



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BIANCA NERI RANDAM

***STOCK OPTION PLANS: NATUREZA JURÍDICA E TRATAMENTO
FISCAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA***

Salvador

2021

BIANCA NERI RANDAM

***STOCK OPTION PLANS: NATUREZA JURÍDICA E TRATAMENTO
FISCAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA***

Trabalho de conclusão de curso de graduação
apresentado como requisito para a obtenção do
título de Bacharela em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Leandro Aragão Werneck

Salvador

2021

BIANCA NERI RANDAM

**STOCK OPTION PLANS: NATUREZA JURÍDICA E TRATAMENTO
FISCAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 06 de dezembro de 2021.

Banca examinadora

Leandro Aragão Werneck – Orientador
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Helconio de Souza Almeida
Mestre em Direito Tributário pela Universidad Autonoma de Madrid
Universidade Federal da Bahia

Harrison Ferreira Leite
Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Universidade Federal da Bahia

Dedico este trabalho aos meus avós,
João e Dinorá (*in memoriam*), e José Jorge e Odette,
de quem herdei o melhor que há em mim: amor.

AGRADECIMENTOS

Somos a média das pessoas com quem mais convivemos. Por escolha e muita sorte, tive a oportunidade de dividir os últimos cinco anos com as melhores pessoas que poderia desejar.

Concluo essa etapa da minha trajetória com uma imensa gratidão a todos vocês que me ajudaram a construir essa história. Em um período em que muitos perderam a chance de realizar esse sonho para sempre, eu pude continuar a minha jornada e encerrar esse ciclo tão importante cercada das pessoas que mais amo nesse mundo.

Por isso, em primeiro lugar, preciso agradecer a Deus, que me proporcionou o dom da vida, guardando meu caminho e me guiando com muito amor, superando todas minhas expectativas.

Aos meus pais, Helder e Gorette, que estiveram presentes a cada passo e sempre estarão. Nunca conseguirei retribuir tamanha doação e cuidado, mas darei o melhor de mim tentando.

Agradeço a toda minha família, meu irmão, por todo incentivo, meus avós, por serem meus exemplos de vida, minha madrinha, por ser minha parceira e confidente desde o dia em que nasci, especialmente pela minha prima-filha Maria, que me ensinou o significado do amor incondicional. À Eliane e Camila, por serem a certeza de que nunca estarei sozinha. À Thor, meu companheiro fiel de todos os momentos e madrugadas.

A todos amigos que conheci na FDUFBa, agradeço a Gabriel, Esther, Bruno e Luiza, sem os quais eu jamais teria conseguido. Posso ter sido a primeira, mas essa conquista é nossa.

Às irmãs que escolhi a dedo, minhas *Seven*, Abramo, Ana Paula, Beatriz, Camila, Fernanda e Priscila. Estaremos sempre juntas, não importa o lugar ou a distância física.

Aos melhores amigos desse mundo, Ivan, Lucas, Annabel, Betina, José Manuel, Brena, Gabriel e Cecília. A amizade de vocês é tudo na minha vida, vocês são parte de mim.

A Paulo e família, por terem sido essenciais na minha mudança para o curso de direito, no qual encontrei a minha verdadeira vocação.

Aos meus colegas e chefes do Santos & Novelli, Bomfim Novis e Pinheiro Neto, por todo o aprendizado e lições compartilhadas. Amigos do NCI e Empresa Júnior, que sempre terão um lugar especial no meu coração.

Por fim, mas não menos importante, ao meu orientador e grande amigo, Leandro, por tudo e por tanto.

RANDAM, Bianca Neri. ***Stock Option Plans: Natureza Jurídica e Tratamento Fiscal à Luz da Jurisprudência Brasileira***. 65 f. TCC – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2021.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso se destina à análise do tratamento fiscal aplicável aos *Stock Option Plans*. Para tanto, perpassa pelo seu conceito, origem e finalidade, buscando delimitar sua natureza jurídica, de modo a tornar possível a identificação do regime tributário adequado. Considerando a ausência de legislação específica envolvendo matéria tributária, busca-se através de uma análise histórica da normatização do tema identificar a evolução da compreensão acerca dos planos que instituem pagamentos baseados em ações, firmados entre as empresas e seus colaboradores. A pesquisa analisa especialmente as decisões do CARF que ao longo dos anos acabaram por estabelecer alguns parâmetros para diferenciação dos Planos de *Stock Option* que possuem natureza mercantil daqueles que possuem natureza de compensação, integrando a remuneração do empregado. A controvérsia é de extrema relevância haja vista a crescente adoção do instituto pelas companhias brasileiras, bem como o cenário de insegurança jurídica que envolve a tributação das *stock options*.

Palavras-chave: *Stock Options*. Opções de ações. Natureza jurídica. Ganho de Capital. Remuneração. Tributação. CARF.

RANDAM, Bianca Neri. ***Stock Option Plans: Legal Nature and Tax Treatment According to Brazilian Jurisprudence***. 65 f. Graduation Final Project – Law School, Federal University of Bahia, Salvador. 2021.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the tax treatment applicable to stock option plans. Therefore, it permeates through its concept, origin and purpose, seeking to delimit its legal nature in order to identify the appropriate tax regime. Due to the absence of specific legislation involving tax matters, through a historical analysis of the regulation of the subject, aims to identify the evolution of the understanding of share-based plans signed between companies and their employees. The research specially analyzes CARF decisions that over the years ended up established some parameters to differentiate Stock Option Plans that have a commercial nature from those that have a compensation nature, integrating the remuneration of the employee. The controversy is of extreme expression given the growing adoption of the institute by Brazilian companies, as well as the legal uncertainty surrounding the taxation of stock options.

Keywords: Stock Options. Legal nature. Capital Gains. Compensation. Taxation. CARF.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	STOCK OPTION PLANS: CONCEITO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA	14
2.1.	A ORIGEM E FINALIDADE DOS <i>STOCK OPITON PLANS</i>	15
2.2.	DISTINÇÃO DOS DEMAIS INCENTIVOS DE LONGO PRAZO BASEADOS EM AÇÕES.....	18
2.3.	OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	20
2.3.1.	Regime Fiscal dos Planos de Opções de Ações Antes da Lei nº 12.973/2014	24
2.3.2.	Regime Fiscal dos Planos de Opções de Ações Após a Lei nº 12.973/2014	26
3.	NATUREZA JURÍDICA	30
3.1.	CONCEITOS TEMPORAIS DOS CONTRATOS DE SOP	32
3.2.	AS ETAPAS DE UM PLANO DE <i>STOCK OPTION</i>	33
3.2.1.	Assinatura do Contrato de <i>Stock Option</i>	34
3.2.2.	<i>Vesting Period</i>	35
3.2.3.	<i>Período de Exercício</i>	36
3.2.4.	<i>Lock-up Period</i>	37
3.2.5.	<i>Alienação das Ações</i>	37
3.3.	ELEMENTOS ESSENCIAIS À NATUREZA MERCANTIL DO CONTRATO....	38
3.3.1.	Facultatividade ou Voluntariedade	39
3.3.2.	Onerosidade	40
3.3.3.	Risco do Negócio	43
3.3.4.	Estabelecimento de <i>Lock Up</i>	45
3.3.5.	Ausência de contraprestatividade	46
3.3.6.	Eventualidade (ou Não Habitualidade)	46
3.4.	VISÃO GERAL ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE SOP	47
4.	TRATAMENTO FISCAL APLICÁVEL	50
4.1.	IMPOSTO DE RENDA	50

4.2.	IMPOSTO DE RENDA - GANHO DE CAPITAL.....	51
4.3.	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.....	52
4.4.	DO MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR.....	53
4.5.	DA BASE DE CÁLCULO	56
4.6.	MULTAS E DEMAIS ACRÉSCIMOS LEGAIS	58
5.	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise e discussão a respeito da natureza jurídica e, conseqüentemente, do tratamento fiscal aplicável aos Planos de Opções de Ações (*Stock Option Plans*) à luz dos parâmetros identificados com base em precedentes administrativos e judiciais, em especial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Por *Stock Option Plan* tem-se um contrato mediante o qual uma empresa se obriga a entregar, no futuro, uma determinada quantidade de suas ações a terceiros, sob um preço e dentro do prazo fixado no momento da outorga. Em que pese seja possível a concessão de opções de ações a quaisquer pessoas que forneçam bens ou serviços a empresa, ainda que não sejam qualificadas como empregados, este trabalho é focado nas opções de ações concedidas diretamente a funcionários.

Diante do constante crescimento da competitividade no meio empresarial, o capital humano das empresas ganha uma maior relevância, na medida em que passa a haver também uma disputa pelos melhores profissionais através do oferecimento de diversos benefícios e incentivos que vão além das políticas salariais, o que justifica o surgimento de planos voltados à vinculação do progresso da empresa ao sucesso de seus funcionários.

Nesse contexto, os Planos de *Stock Option* se enquadram como uma modalidade de Incentivo de Longo Prazo, que tem como objetivo aproximar os interesses dos colaboradores aos dos acionistas, funcionando não apenas como um atrativo para contratação de novos profissionais, como principalmente para a manutenção de talentos.

Tendo em vista que até a edição da Lei nº 12.973/2014, o ordenamento jurídico brasileiro não fazia qualquer referência ao regime fiscal aplicável aos Planos de Opções de Ações, atualmente, remanesce a controvérsia quanto aos requisitos para definição da natureza mercantil ou remuneratória dos valores recebidos a título de *stock options*.

Nesse sentido, discute-se acerca da ausência de normas que regulem a matéria, bem como o impacto desse vazio legislativo na delimitação das

características elencadas pela jurisprudência para classificação de um Plano como sendo uma operação mercantil sujeita a tributação apenas como ganho de capital, na hipótese de valorização das ações adquiridas pelo funcionário, ou como típica remuneração do participante, sujeita a tributação aplicável aos rendimentos ordinários.

Diante desse debate, a ausência de regulamentação do instituto tem contribuído para que diversas decisões administrativas e judiciais acabem sendo proferidas em sentidos opostos, instaurando um cenário de extrema insegurança jurídica e de desincentivo para a adoção de tais práticas. Portanto, verifica-se a necessidade de buscar balizas tanto na esfera tributária, trabalhista, previdenciária e societária, com o objeto de garantir uma maior segurança e conformidade com o ordenamento ao tratamento aplicável aos *Stock Option Plans*.

Dado esse cenário de insegurança jurídica que marca a tributação dos *Stock Option Plans*, é papel do CARF, por meio de seus instrumentos de uniformização da jurisprudência, estabelecer critérios e parâmetros para a classificação da natureza dos acordos com pagamento baseado em ações firmados entre empresas e seus colaboradores, de modo a mitigar os riscos de julgamentos que apliquem interpretações dissonantes quanto ao tema.

Tendo em vista que o modelo está cada vez mais sendo implementado pelas empresas com colaboradores situados no Brasil, a presente tese busca investigar quais são os requisitos e parâmetros para tributação de um Plano de *Stock Option*, notadamente, considerando que a legislação brasileira ainda não acompanhou essa realidade, de modo que até o momento não existe legislação específica sobre a matéria.

No mesmo sentido, a doutrina nacional ainda é escassa com relação à tributação dos Planos de Opções de Ações no Brasil, de modo que a análise jurisprudencial ganha grande relevância na determinação dos critérios atualmente considerados para a definição dos tributos incidente sobre os referidos planos.

Assim, a presente pesquisa foi dividida em três capítulos: (i) *Stock Option Plans*: Conceito e Delimitação da Controvérsia; (ii) Natureza Jurídica: Relação Mercantil ou Laboral; e (iii) Tratamento Fiscal Aplicável.

No primeiro capítulo, apresenta-se o cenário jurídico envolvendo os Planos de *Stock Options* no direito brasileiro por meio da conceituação e identificação da finalidade desses contratos. Com base no conceito adotado, realiza-se a distinção desses planos dos demais programas de Incentivo de Longo Prazo, para então analisar as concepções existentes sobre os Planos de Opções de Ações no ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva normativa.

No segundo capítulo, a partir dos precedentes analisados, delimita-se os critérios que são considerados para fins de classificação da natureza dos referidos planos, de forma a verificar a existência ou não de parâmetros que embasem o seu tratamento fiscal como uma operação mercantil ou como típica remuneração do colaborador.

Por fim, no terceiro capítulo, a partir dos esclarecimentos quanto à natureza jurídica desses planos, parte-se para a diferenciação e análise dos possíveis tributos incidentes na hipótese de um *Stock Option Plan* ser classificado como (i) operação mercantil, a ser tributada sob a forma de ganho de capital, ou como (ii) remuneração do colaborador, tributada sob a forma de rendimentos.

2. STOCK OPTION PLANS: CONCEITO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

Os *Stock Option Plans* (SOP) ou Plano de Opções de Ações correspondem a instrumentos contratuais através dos quais as empresas concedem opções de ações aos seus funcionários (administradores, empregados ou prestadores de serviços), que ao aderirem ao plano passam a ter o direito de adquirir ações da própria companhia ou de sua controladora, conforme critérios previamente determinados (QUINTANILHA, 2019). Assim, na data acordada, os participantes podem comprar ou subscrever uma quantidade limitada de ações dessa empresa dentro do prazo e pelo preço estabelecido no momento da outorga.

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho (2012), os planos de *stock options* podem ser conceituados como um negócio jurídico, através do qual o colaborador pode declarar sua vontade e pagar um preço para que a empresa se obrigue a entregá-lhe, no futuro, uma determinada quantidade e espécie de ações previamente definidas no instrumento da opção.

Por meio desse sistema, a empresa confere ao participante o direito de subscrever ações da empresa para qual trabalha ou, na maioria das vezes, da sua controladora no exterior, conforme os termos da outorga, desde que este plano tenha sido previamente aprovado pela Assembleia Geral da empresa (CALVO, 2005).

Para Maurício Godinho Delgado (2015), mediante tais contratos, o empregador concede a seus colaboradores a possibilidade de aquisição de ações, em condições relativamente mais vantajosas, que irão exercer futuramente a opção para se tornar proprietário de certo lote de ações, podendo vendê-lo conforme a oportunidade e cotação do mercado acionário.

De outro modo, é possível afirmar que os colaboradores adquirem opções de ações das empresas, apostando que tais ativos sofrerão uma variação positiva ao longo do tempo, de modo que, futuramente, após o prazo de carência, ao realizarem a compra dessas ações pelo preço anteriormente fixado, poderão aliená-las por um valor superior ao da aquisição.

Assim, com o objetivo de compreender a natureza jurídica e o tratamento fiscal aplicável aos SOP, inicialmente, faz-se necessário identificar a origem e finalidade desses contratos, analisando o contexto de seu surgimento e os principais aspectos que influenciaram a sua criação.

2.1. A ORIGEM E FINALIDADE DOS *STOCK OPTION PLANS*

Em um contexto de crescente complexidade do mundo atual, as atividades empresariais se multiplicam para atender ao surgimento de novos desafios, gerando um mercado de alta competitividade, no qual a maior dificuldade das empresas não está ligada apenas à contratação de bons profissionais, mas especialmente à retenção dos talentos encontrados (WANDERLEY, 2015).

Nesse cenário, a concessão dos *stock option plans* tem como finalidade a convergência dos interesses dos profissionais e dos acionistas, por meio da criação de uma “cultura de propriedade”, de modo que o crescimento da empresa passe a beneficiar diretamente o participante e não apenas a própria corporação (QUINTANILHA, 2019). Ou seja, o SOP acaba por vincular o sucesso da empresa ao sucesso do profissional, funcionando como um incentivo à sua produtividade e permanência na companhia.

Sob outra perspectiva, Luís Eduardo Schoueri e Raphael Assef Lavez (2019) entendem que o desenvolvimento das grandes corporações teria sido marcado pela dissociação entre a propriedade (dos acionistas) e a administração (dos diretores), sendo que, como cabe ao administrador determinar a condução da empresa, é comum que ocorra um conflito entre os seus interesses e os dos acionistas. Segundo os autores, na abordagem econômica, essa situação passou a ser denominada de “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 se contrapor, na medida

em que ambos visam à maximização da utilidade da propriedade - o que pode ter significados diferentes para cada um deles (SCHOUERI; LAVEZ, 2019, p. 221-222).

Nesse sentido, a “Teoria da Agência” afirma que o mercado é composto por diversos agentes de interesses antagônicos, que atuam de forma simultânea com informações distintas, o que acaba provocando um conflito, na medida em que o principal (os donos das companhias) não controla totalmente os agentes (diretores, empregados), os quais podem priorizar seus próprios interesses por deterem informações privilegiadas (OLIVEIRA, 2020).

Dessa forma, o “custo de agência” refere-se aos dispêndios aplicados pelo principal com o intuito de mitigar a diferença de informações e influenciar as ações dos agentes, reduzindo a possibilidade de estes tomarem decisões pautados em seu próprio benefício.

Segundo Alexandre Evaristo Pinto e Marcos Shigueo Takata (2020, p. 28), “o estudo da teoria da agência foi a pedra fundamental para o desenvolvimento da governança corporativa, enquanto campo de atuação e estudo, de forma que ela nasce com o objetivo de criar mecanismos que auxiliem o alinhamento dos interesses dos administradores aos dos acionistas”. Assim, as ferramentas que possibilitam o alcance desse objetivo sem um efetivo desembolso de dinheiro por parte da companhia ganham notoriedade.

A política de remuneração é um dos fatores mais importantes para o sucesso de uma organização, considerando que esta interfere não apenas na atração de profissionais, como também ajuda a moldar o comportamento desses indivíduos (JENSEN; MURPHY, 1990). Nesse sentido, os economistas Michael C. Jensen e Kevin J. Murphy (1990) há muito defendem que os CEOs devem possuir quantidades significativas de ações da empresa, tendo em vista que o elo mais poderoso entre a riqueza do acionista e a dos executivos é a propriedade direta de ações da companhia.

Em conformidade com o entendimento de Sergio Pinto Martins (2015, p. 125), “a emissão de ações e venda no mercado é uma forma de obtenção de capital para a empresa, sem que ela tenha que se endividar no mercado”. Assim, o *Stock Option Plan* se insere nesse contexto enquanto instrumento concedido pelas empresas,

geralmente aos cargos mais elevados na estrutura organizacional, para integração do trabalho e capital (SCHOUERI; LAVEZ, 2019).

Em síntese, as *stock options* funcionam como um mecanismo de governança corporativa, que têm como finalidade o alinhamento de interesses e mitigação dos possíveis conflitos de agência entre os administradores e os acionistas (PINTO; TAKATA, 2020).

Em que pese esse instrumento possa parecer inovador, de acordo com estudo publicado no *Journal of Economic History*, *stock options* eram ocasionalmente concedidas a executivos durante a década de 1940¹, nos Estados Unidos da América, mas não se mostravam tão atrativas por receberem o tratamento de rendimento ordinário (FRYDMAN; MOLLOY, 2007). A concessão de *Stock Option Plans* se popularizou na década de 1950, quando a tributação de Imposto de Renda (IR) chegava a 91%, e o Congresso alterou o incentivo para que ficasse sujeito apenas ao ganho de capital na alienação das ações, à alíquota de 25% (PEREIRA; SANTOS, 2015).

Nesse cenário, entre 1960 e 1970, os Planos de *Stock Options* passaram a ser conhecidos entre os norte-americanos como um “paraíso fiscal”, de modo que o benefício foi revogado em 1976, quando a tributação da renda ainda era por volta de 70%, e acabou sendo revisto nos anos seguintes (PEREIRA; SANTOS, 2015).

Para ilustrar a atratividade do SOP, Sergio Pinto Martins (2015) menciona o conhecido caso de Lee Iacocca que assumiu a gestão da Chrysler em 1978 por um salário de US\$ 1.00 por ano em troca de opções de compra de ações.

Por terem sido difundidos por companhias norte-americanas, os Planos de Opções de Compra de Ações acabaram se popularizando com expressões em inglês variadas, a exemplo de *incentive stock options* ou *employee stock options plans*, sendo *stock option plans* a denominação mais recorrente. No entanto, para fins de melhor esclarecer e concluir a definição dos *Stock Option Plans*, faz-se necessário proceder a diferenciação entre o SOP e os demais planos de Incentivos de Longo Prazo (ILP) com base em ações.

¹ Segundo o mesmo estudo, os Planos de Opções de Ações eram comuns na década de 1920, mas após a queda do mercado na década de 1930 (“A grande depressão”), os SOP praticamente se tornaram inexistentes, até o seu reaparecimento modesto em 1940.

2.2. DISTINÇÃO DOS DEMAIS INCENTIVOS DE LONGO PRAZO BASEADOS EM AÇÕES

Os *Stock Option Plans* correspondem a apenas uma das espécies de Incentivos de Longo Prazo baseados em ações, a exemplo das: (i) *restricted stocks* (ações restritas); (ii) *phantom shares* (ações fantasmas); (iii) *phantom options* (opções fantasmas); (iv) *stock appreciation rights* (direito de valorização das ações); e (v) *performance shares* (ações por performance).

Não obstante, é muito comum que esses planos acabem sendo genericamente denominados de *Stock Option Plans*, sendo essencial realizar a diferenciação de cada um deles, na medida em que o tratamento tributário é distinto para cada uma das hipóteses (OLIVEIRA, 2020).

Em primeiro lugar, como já mencionado, o Plano de *Stock Option* é um programa de ILP que concede a possibilidade de os colaboradores de uma empresa adquirirem participação na sociedade, em data futura e a um preço pré-fixado, mediante a outorga de opções de ações com regras previamente determinadas (COSTA; PACHECO, 2015).

Por outro lado, os planos de ações restritas (*restricted stocks*) correspondem a um efetivo plano de concessão de ações, marcados pela transferência formal das ações na própria outorga do plano, ou após o prazo de carência (*restricted stock units*) e do atingimento das condições estabelecidas (GONÇALVES, 2013). Nesse caso, é possível até mesmo conferir preferência na distribuição de dividendos e conceder o direito de voto ao beneficiário antes do recebimento das ações, além de outras previsões que se alinhem com o objetivo do plano.

No caso das *phantom shares* ou *phantom options*, as ações fantasmas são conhecidas também como ações virtuais ou fictícias, na medida em que as ações da empresa não passam por uma transferência de titularidade, de modo que os beneficiários recebem apenas a quantia em dinheiro baseada no valor de mercado de uma determinada quantidade de ações equivalentes (unidades), ou associada à

sua valorização em certo período, como é o caso dos *stock appreciation rights* (SARs).

Tais hipóteses não permitem a aquisição efetiva de ações (COSTA; PACHECO, 2015) e, por não concederem o direito a posse das ações, possuem um maior risco de atrair a natureza salarial (QUINTANILHA, 2019).

Por sua vez, as *performance shares* são marcadas pela sua vinculação ao desempenho do colaborador e atingimento de determinados resultados, funcionando como uma premiação, na qual o caráter contraprestacional fica mais evidente.

Apesar da existência desses diversos instrumentos, em pesquisa realizada entre 2019 e 2020, pela Pris (2020), empresa especializada processo de gestão e contabilização de Inventivos de Longo Prazo, indica-se que os Planos de Opções de Compra de Ações ainda correspondem a forma mais utilizada de ILP no Brasil, ainda que seja comum entre as empresas a adoção de mais de um modelo de incentivo ao mesmo tempo.

Entre as 79 empresas analisadas, 73% preveem Planos de *Stock Options*. O segundo ILP mais utilizado seriam as ações restritas com 46% de abrangência, seguida pelas *phantom shares* (13%). Além de ter sido registrada uma notável ampliação da instituição de planos de ações restritas em relação à pesquisa anterior, verificou-se que 20% desses planos possuem condições de performance (*performance shares*).

Segundo os dados disponibilizados, as *performance shares* teriam uma representatividade de 9% das empresas, próximas às *phantom options* com 6%. Também foi registrado que apenas 1% previam bônus de permanência (*staying bonus*), sendo que este se destaca por não necessariamente estar associado à valorização das ações da companhia.

Nesse contexto, ainda de acordo com a pesquisa, aproximadamente 82% das empresas tem planos que concedem opções de ações, enquanto por volta de 72% utilizam ações de fato. Nesse ponto vale ressaltar que enquanto na emissão de ações, o beneficiário recebe diretamente uma parcela do capital social da empresa, na opção de compra de ação, este recebe apenas o direito de adquiri-las no futuro, por um preço e período predeterminados.

Não obstante aos diversos instrumentos aqui mencionados, cumpre destacar que o ordenamento jurídico ainda não acompanhou a velocidade com a qual o mercado cria e adapta a previsão de Incentivos de Longo Prazo. Assim, tendo em vista o objeto de pesquisa se destina unicamente aos Planos de Opções de Ações (*stock options*) propriamente ditos, passamos a analisar as disposições aplicáveis ao instituto à luz da legislação brasileira.

2.3. OS PLANOS DE OPÇÕES DE AÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção aos Planos de Opções de Ações no Brasil decorreu da influência das empresas multinacionais que atuavam no país (PEREIRA; SANTOS, 2015), de modo que a primeira lei a mencionar de forma genérica a outorga de “opções de ações” foi a Lei do Mercado de Capitais (“Lei nº 4.728/1965”):

Art. 48. Nas condições previstas no estatuto, ou aprovadas pela assembléia geral, a sociedade poderá assegurar opções para a subscrição futura de ações do capital autorizado.

Após mais de 10 anos, a Lei das Sociedades Anônimas (ou Lei das S/A – Lei nº 6.404/1976) passou a prever de fato a possibilidade de as empresas instituírem planos de opções de ações para os administradores ou empregados, ou pessoas que prestem serviços à companhia ou a sociedade sob seu controle, conforme artigo 168, § 3º:

Art. 168. O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária.

§ 3º O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite de capital autorizado, e de acordo com plano aprovado pela assembléia-geral, outorgue 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.

Para tanto, determinou que tal concessão estivesse sujeita a: (i) previsão em estatuto social; (ii) observância ao limite do capital autorizado; e (iii) aprovação prévia do plano em assembleia geral.

Nesse sentido, em que pese o artigo 166, III, da Lei das S/A, atualmente, elenque o exercício de opção de compra de ações como hipótese de aumento de capital da companhia, haja vista a emissão de novas ações em favor do beneficiário do plano, também é possível que a liquidação seja realizada por meio da entrega de ações em tesouraria, sem ocasionar um aumento de capital, como bem elucidam Celso Costa e Carlos Pacheco (2015).

Com relação ao processo de normatização dos Planos de Opções de Ações, Karolina Quintão Quintanilha (2019), em referência à tese apresentada por Thiago Tabora Simões para obtenção de título de Doutor perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, posteriormente publicada pela editora Noeses, contextualiza em ordem cronológica a publicação de normas sobre o tema no Brasil.

Segundo os pesquisadores, apenas após quase três décadas, a Comissão de Valores Mobiliário (CVM), por meio da Deliberação CVM nº 371/2000, se manifestou acerca da disponibilização de informações (e não da contabilização) dos benefícios de remuneração em ações, que deveriam ser entendidos como:

23 Os benefícios de remuneração em ações são aqueles em que o empregado tem direito de receber títulos de participação acionária emitidos pela Entidade (ou sua matriz); ou o valor da obrigação da Entidade para com o empregado depende do valor futuro dos títulos de participação acionária emitidos pela Entidade. Os benefícios de remuneração em ações incluem:

- a. Ações, **opções em ações** e outros títulos de participações emitidos a favor de empregados; e
- b. Pagamentos futuros a empregados que dependem do valor de mercado das ações da Entidade.

De acordo com a referida Deliberação, deveriam ser divulgadas através das demonstrações contábeis as seguintes informações: (i) a natureza e as condições dos planos de remuneração em ações; (ii) a política contábil adotada; e (iii) a quantidade e o valor pelos quais as ações foram emitidas.

A contabilização de “prêmios” recebidos ou pagos em operações com opções só veio a ser tratada pela Instrução CVM nº 390/2003, que dispôs sobre a negociação por companhias abertas de ações de sua própria emissão, mediante operações com opções. Por meio da mesma norma, a CVM instituiu requisitos para a negociação com opções, estabelecendo que o descumprimento das referidas disposições configura hipótese de infração de natureza objetiva, ensejando a adoção de rito sumário de processo administrativo.

Posteriormente, a cada ano, por meio de Ofício-Circular, a CVM foi consolidando e atualizando diversas instruções e normas envolvendo os planos de remuneração por ações (Ofício-Circular CVM/SNC/SEP nº 01/2004; nº 01/2005; nº 01/2006; nº 01/2007 e seguintes).

Neste ponto, vale destacar que, à época, a instituição de *Stock Option Plans* ainda era discreta no Brasil, de modo que os referidos Ofícios, reportaram esse fato à Teoria da Agência, considerando que a baixa delegação do poder decisório nas empresas mitigava a divergência de interesses, na qual o incentivo à “cultura de propriedade” se fundamenta:

No Brasil, existem poucos casos divulgados de companhias com este tipo de plano de remuneração, possivelmente motivado pela baixa delegação de poderes dos investidores controladores aos administradores, dada a identificação dos acionistas controladores com os administradores, formando um mesmo grupo de interesse.

Da perspectiva contábil, os primeiros Ofícios da CVM faziam referência à forma de contabilização do SFAS 123R (*Statement of Financial Accounting Standards No. 123 revised*) e ao IFRS 2 (*International Financial Reporting Standard 2*), defendendo o entendimento de que as empresas brasileiras deveriam reconhecer contabilmente as despesas relativas à outorga de instrumentos patrimoniais aos seus colaboradores com base no método de precificação adequado (COSTA; PACHECO, 2015). Contudo, havia uma dispensa da sua obrigatoriedade ressalvada pela ausência de determinação expressa nesse sentido, nos seguintes termos:

No entanto, enquanto não houver expressa determinação nesse sentido, as companhias abertas devem divulgar em nota explicativa qual seria o montante do resultado do período e do Patrimônio Líquido, caso essa contabilização tivesse sido feita.

No entanto, as circunstâncias mudaram em virtude da publicação da Lei nº 11.638/2007, por meio da qual o Brasil deu início ao processo de convergência com as normas e padrões contábeis internacionais, alterando a Lei das S/A e prevendo novas regras de escrituração.

Isso porque a própria Lei nº 11.638/2007 delegou à CVM e demais entidades voltadas ao estudo e à divulgação dos padrões contábeis e de auditoria, a responsabilidade de regular a migração da contabilidade brasileira aos novos padrões:

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas.

A partir de então, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis passou a elaborar pronunciamentos técnico-contábeis (CPCs) com o objetivo de guiar e instituir a forma de aplicação do IFRS no Brasil.

Nesse sentido, em 16/12/2010, foi publicado o Pronunciamento Técnico CPC 10 que estabeleceu os procedimentos para reconhecimento e divulgação, nas demonstrações contábeis, das transações com pagamento baseado em ações, não apenas tornando o reconhecimento obrigatório, como também determinando que a mensuração dessa despesa fosse realizada com base no valor justo da opção:

7. A entidade deve reconhecer os produtos ou os serviços recebidos ou adquiridos em transação de pagamento baseada em ações quando ela obtiver os produtos ou à medida em que receber os serviços. Em contrapartida, a entidade deve reconhecer o correspondente aumento do patrimônio líquido em conta de instrumentos patrimoniais por pagamentos baseados em ações se os produtos ou serviços forem recebidos em transação de pagamento baseado em ações liquidada em ações (ou com outros instrumentos patrimoniais), ou deve reconhecer um passivo, se a transação for liquidada em dinheiro (ou com outros ativos).

8. Os produtos ou serviços recebidos ou adquiridos em transação de pagamento baseada em ações que, no seu reconhecimento, não se qualifiquem como ativo, devem ser reconhecidos como despesa do período. (...)

11. (...) O valor justo desses instrumentos patrimoniais deve ser mensurado na data de outorga.

12. (...) Em função da dificuldade de mensuração direta do valor justo dos serviços recebidos, a entidade deve mensurá-los de forma indireta, ou seja, deve tomar o valor justo dos instrumentos patrimoniais outorgados como o valor justo dos serviços recebidos.

Nesse contexto, em 2013, a Medida Provisória nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, passou a disciplinar a possibilidade de a remuneração decorrente de acordo com pagamento baseado em ações ser deduzida das bases de cálculo do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSL).

Em tempo, importante antecipar que o uso do termo "remuneração" nas referidas normas não se refere ao conceito jurídico da palavra, mas sim à sua acepção econômica ou contábil (GALHARDO; BATISTA, 2015).

Desse modo, é possível perceber que durante muitos anos não houve qualquer legislação que dispusesse sobre o tratamento fiscal aplicável a outorga de desses planos, que apenas passaram a ser objeto de regulamentação específica por meio da Lei nº 12.973/2014.

Considerando que, antes da norma entrar em vigor, o regime fiscal e previdenciário dos Planos de Opções de Ações era determinado apenas com base nas características de cada plano, faz-se necessário diferenciar o cenário da controvérsia antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014.

2.3.1. Regime Fiscal dos Planos de Opções de Ações Antes da Lei nº 12.973/2014

Diante do vácuo legislativo sobre o assunto, a discussão sobre a materialidade dos Planos de Opções de Ações se concentrava em definir se estes devem ser classificados como típica remuneração do beneficiário, hipótese na qual estaria sujeita à tributação sob a forma de rendimentos, ou como uma operação mercantil

realizada entre a companhia e o colaborador, caso em que se sujeitaria à tributação apenas do ganho de capital.

Na hipótese de os ativos ou valores recebidos pelo beneficiário do SOP serem caracterizados como rendimento ordinário (isto é, uma típica remuneração), haveria a incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) a alíquotas progressivas de zero a 27,5%, além de eventual Contribuição Previdenciária, enquanto o ganho de capital apenas está sujeito ao IRRF a alíquotas de 15% a 22,5%.

A partir dessa discussão, derivam duas principais controvérsias envolvendo o tratamento fiscal aplicável aos *Stock Option Plans*, sendo a primeira relacionada à forma de tributação como remuneração ou ganho de capital; e a segunda sobre o momento em que esses ativos deveriam ser tributados, se: (i) na outorga; (ii) no período de carência; (iii) no exercício; ou (iv) na alienação das ações.

Nesse sentido, com base em uma análise casuística de cada plano, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) costumava determinar a natureza mercantil ou remuneratória utilizando os seguintes critérios:

- (i) **Facultatividade:** a adesão ao Plano de Opção de Ações precisava ser voluntária;
- (ii) **Onerosidade:** deveria haver um custo financeiro para o beneficiário, impedindo que as ações acabassem sendo concedidas de forma gratuita ou a um valor simbólico;
- (iii) **Estabelecimento de Prazos:** após o exercício da opção, deveria haver um prazo para sua alienação (conhecido como *lock-up*);
- (iv) **Risco Efetivo:** o beneficiário deveria estar sujeito ao risco de flutuação do valor da ação (típico do negócio), inclusive no caso de desvalorização ao longo do tempo, sem que houvesse certeza de um ganho financeiro.

Dessa forma, antes da Lei nº 12.973/2014, era possível que se reconhecesse a natureza mercantil de um Plano de *Stock Option* Caso que atendesse a esses critérios, o que ensejaria a tributação dos valores recebidos pelos beneficiários apenas no momento de alienação das ações como ganho de capital, correspondente a diferença do preço do exercício e do valor de alienação da ação.

Contudo, após as disposições da Lei nº 12.973/2014 entrarem em vigor, o regime tributário aplicável ao SOP foi alterado, razão pela qual seus efeitos serão analisados a seguir.

2.3.2. Regime Fiscal dos Planos de Opções de Ações Após a Lei nº 12.973/2014

Conforme já exposto, a Lei nº 12.973/2014 surge em um contexto de harmonização² da legislação tributária com o “padrão IFRS”.

Com relação à outorga dos *Stock Option Plans*, o artigo 33 da Lei nº 12.973/2014 determina que as **despesas associadas ao valor da remuneração, paga por meio de acordo com pagamento baseado em ações, em virtude de serviços prestados por empregados ou similares**, apenas se tornam dedutíveis para fins de apuração do lucro real **após** serem liquidadas em caixa ou com a emissão definitiva de instrumentos patrimoniais (quer sejam ações ou opções de ações):

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.

Art. 34. As aquisições de serviços, na forma do art. 33 e liquidadas com instrumentos patrimoniais, terão efeitos no cálculo dos juros

² Apesar dessa finalidade, cumpre mencionar que a Medida Provisória nº 627/2013 (convertida na Lei nº 12.973/2014) revogou os artigos da Lei nº 11.941/2009 que instituíram o Regime Tributário de Transição (RTT). Tais disposições se referiam à neutralidade dos efeitos tributários decorrentes das mudanças nas regras de associadas à aplicação do IFRS. Desse modo, até então, os métodos contábeis vigentes até 31 de dezembro de 2007 ainda estavam sendo considerados para fins de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSL.

sobre o capital próprio de que trata o art. 9º da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, somente depois da transferência definitiva da propriedade dos referidos instrumentos patrimoniais.

Portanto, ao adotar a lógica do CPC 10, a Lei nº 12.973/2014 determinou que o **valor da remuneração por serviços prestados pelos colaboradores**, via pagamento baseado em ações, deve ser tratado como parte da remuneração do trabalhador, apenas sendo dedutível no momento da efetiva transferência da ação ou opção ao beneficiário.

Uma leitura superficial do referido artigo pode levar à concepção de que qualquer plano com pagamento baseado em ações, firmado entre a empresa e seus empregados, passa a obrigatoriamente ser considerado como parte da remuneração do colaborador, devendo estar sujeito à respectiva tributação de IRRF e Contribuições Previdenciárias conforme a situação, o que em tese solucionaria parte da controvérsia aqui analisada.

No entanto, nos parece que a Lei nº 12.973/2014 somente se voltou a regular a hipótese e o momento de dedutibilidade de tais despesas nos casos em que **a companhia de fato realiza o pagamento de parte da remuneração do empregado mediante a instituição de um SOP.**

Nessas hipóteses, a empresa transferiria sem qualquer custo para seus funcionários as opções de ações ou efetivas ações em retribuição aos serviços prestados. A nosso ver, contudo, esse não pode ser o tratamento dispensado genericamente para todo e qualquer plano que possibilite a compra de ações pelos colaboradores das empresas.

No mesmo sentido, Karolina Quintão Quintanilha (2019, p. 193) esclarece que:

Os critérios ali contidos devem ser atendidos quando a empresa considera que a entrega de ações tem a finalidade de mensurar a prestação de serviços de seus empregados, ou seja, só se aplica a dedutibilidade do artigo 33 nos casos em que restar configurada a natureza salarial, excluindo quando a natureza for mercantil, ou seja, a aquisição de ações não ocorrer em razão da prestação de serviços.

É dizer, com o advento da Lei nº 12.973/14, apenas o momento da dedutibilidade fiscal dos “pagamentos baseados em ações” que estiverem associados à remuneração por serviços prestados pelo participante passou a ser

regulamentado pela legislação brasileira, de modo que o ordenamento ainda não disciplinou a entrega de opções ou ações em virtude de contrato eminentemente mercantil, ainda que firmado entre empresa e funcionários.

Assim, continua sem existir regra que discorra sobre os elementos que poderiam caracterizar um SOP como sendo mercantil ou remuneratórios. Do mesmo modo, não há expressamente qualquer previsão relativa a eventual incidência de IRPF e contribuição previdenciária sobre benefícios decorrentes de um SOP (QUINTANILHA, 2019).

Feitos os devidos esclarecimentos, com relação à finalidade da norma, analisando a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 627/2013, verifica-se que a intenção da norma foi permitir que as despesas com esses pagamentos fossem dedutíveis somente quando efetivamente liquidadas, em caixa ou pela emissão de instrumentos patrimoniais, o que evitaria um descasamento entre o reconhecimento da despesa e a sua liquidação. Veja-se:

O art. 32 considera a despesa registrada em decorrência de pagamentos baseados em ações como dedutível somente depois do efetivo pagamento, quando os valores forem liquidados em caixa ou em outro ativo, ou depois da transferência da propriedade definitiva das ações ou opções de ações, quando liquidados com instrumentos patrimoniais. Justifica-se esse tratamento devido à atual obrigatoriedade de contabilização no resultado do pagamento baseado em ações, afetando imediatamente o lucro tributável pelo IRPJ. (...) Fazem-se necessárias essas previsões para minimizar divergências quanto ao tratamento tributário aplicado às operações que envolvem pagamento baseado em ações, assim como evitar que despesas não liquidadas em função do não cumprimento das condições para fruição do pagamento baseado em ações sejam consideradas dedutíveis.

Portanto, é possível concluir que a Lei nº 12.973/2014 estabeleceu que (i) o valor da remuneração dos serviços prestados por empregados ou similares, efetuado por meio de SOP, deve ser adicionado ao lucro líquido para apuração do lucro real no respectivo período em que o custo ou a despesa foram apropriados; e que (ii) tal valor pode ser deduzido quando a liquidação for efetuada em caixa ou outro ativo financeiro, ou na transferência definitiva das ações ou opções em caso de liquidação por instrumentos patrimoniais.

Contudo, a referida Lei deixou de (i) determinar a forma de tributação dos valores com relação aos empregados beneficiários; (ii) diferenciar as hipóteses em que os pagamentos não estão associados aos serviços prestados pelos funcionários, tendo utilizado genericamente o termo “remuneração” para os pagamentos baseados em ações.

3. NATUREZA JURÍDICA

Nas palavras de Sergio Pinto Martins (2015, p. 127), “estabelecer a natureza jurídica de um instituto é procurar enquadrá-lo na categoria em que se situa dentro do Direito”.

Atualmente, os estudiosos da matéria defendem que a grande dificuldade associada ao estabelecimento de um conceito para as *stock options* decorre de sua natureza jurídica controversa, uma vez que pode assumir natureza salarial ou não, o que irá determinar a discussão no âmbito previdenciário e tributário (SILVEIRA; RAMOS, 2015).

Nos termos do artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para fins de determinação do salário, remuneração é composta por todos os benefícios que trazem reflexos econômicos para o empregado, desde que concedidos de forma habitual e gratuita, em retribuição aos serviços prestados:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

§ 1º Os valores atribuídos às prestações "in natura" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82).

Atualmente, a legislação trabalhista brasileira também não disciplina a concessão de *Stock Option Plans* ou de instrumentos similares firmados entre as empresas e seus empregados, sendo necessário observar as regras e princípios gerais do Direito do Trabalho, também considerando a jurisprudência acerca da matéria.

Como regra, incentivos, bônus e demais pagamentos realizados pelo empregador ao empregado com habitualidade integram a remuneração do colaborador, que deve ser submetida aos encargos trabalhistas e previdenciários.

Em que pese as possíveis diferenciações doutrinárias entre o conceito de salário e do gênero remuneração, o caráter de retribuição pela prestação de serviços

é sempre decisivo na configuração da parcela recebida, não estando vinculado à efetiva realização do trabalho, mas sim ao contrato do qual decorre, conforme se observa dos ensinamentos de Maurício Godinho Delgado (2015, p. 206):

Salário é o conjunto de parcelas “contraprestativas” pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho. Trata-se de um complexo de parcelas e não de uma única verba. Todas têm caráter contraprestativo, não necessariamente em função da precisa prestação de serviços, mas em função do contrato (nos períodos de interrupção o salário continua devido e pago); todas são também devidas e pagas diretamente pelo empregador, segundo modelo referido pela CLT.

Especificamente com relação às *stock options*, o doutrinador realiza o afastamento entre o conceito de salário, considerando que a (i) volatilidade das parcelas, inerentes às ações, a distancia dos elementos essenciais do salário; e (ii) ocasionalidade do seu pagamento que pode ser de repetição muito espaça ou sequer existir:

As *stock options* distanciam-se também dos salários e fazem posicionar o titular das ações em *locus* nitidamente empresarial, inclusive assumindo riscos típicos da empresa, mesmo que limitados ao montante de seu estoque acionário. A argumentação se completa no sentido de ser a parcela essencialmente volátil – características inerentes às ações -, o que mais ainda a separa dos caracteres próprios de salário. Do ponto de vista prático, há ainda outro aspecto que pode influenciar no enquadramento jurídico da verba: a absoluta ocasionalidade (ou não) de sua oferta. Se as *stock options* forem ofertadas de maneira manifestamente ocasional, sem repetição no contrato (ou com repetição muito longínqua – bianual, trianual ou similar), não atenderão à ideia de habitualidade, que seria imprescindível para seu enquadramento nas gratificações. Ao revés, sendo repedidas em lapsos temporais relativamente curtos, poderão sim, considerando estritamente esse ponto de vista, se assimiladas às parcelas gratificatórias. (DELGADO, 2015, p. 752)

Assim, em síntese, todos os pagamentos realizados pelo empregador ao empregado costumam compor a sua remuneração para fins de incidência dos encargos tributários, previdenciários e trabalhistas, com exceção das parcelas com natureza não remuneratória (como indenizações, ressarcimentos ou parcelas não salariais por força de lei) e das parcelas de **natureza não trabalhista ainda que conexas ao contrato de emprego**, a exemplo dos *Stock Option Plans* (MARTINEZ, 2020).

Por ser um contrato atípico, os Planos de *Stock Option* não estão limitados a determinado modelo, o que justifica a existência de diferenças relevantes entre os diversos planos existentes, tendo em vista que cada empresa adequa o seu plano conforme suas necessidades. Essas variações podem se referir ao menor ou maior grau de onerosidade para os participantes, vinculação ao estabelecimento de metas individuais ou coletivas, estipulação dos prazos etc.

Não obstante, “todos os Planos de Opção de Compra de Ações possuem ao menos um elemento em comum, qual seja a opção de compra de ações (*stock option*)” (OLIVEIRA, 2020, p. 9).

Conforme já mencionado, a natureza controvertida dos Planos de Opções de Ações, enquanto plano de incentivo de longo prazo, está diretamente relacionada com a tributação dos valores recebidos pelos beneficiários, na medida em que ou: (i) estes correspondem a uma compensação que integra a remuneração do funcionário; ou (ii) devem ser tributados pelo ganho de capital, em sendo produto de uma operação mercantil (WANDERLEY, 2015).

Dessa forma, assumindo que a natureza jurídica de um instituto se determina através da análise de seus elementos essenciais, “as características do *stock option* é que indicarão se tem natureza de remuneração ou não” (MARTINS, 2015, p. 128).

Tendo em vista a complexidade envolvendo o tema e frequente referência a termos em inglês adotados pelo mercado, entendemos que, antes de adentrar às fases e elementos do SOP, há de se esclarecer o significado de alguns desses conceitos comumente utilizados pela doutrina especializada para se referir a aspectos temporais.

3.1. CONCEITOS TEMPORAIS DOS CONTRATOS DE SOP

A utilização de terminologias específicas e, na maioria das vezes, em língua estrangeira, justifica a necessidade de uma breve explicação acerca dos principais termos utilizados nos *Stock Option Plans*.

O termo *Granting* é utilizado para denominar a outorga do direito. Assim, o período de concessão do direito à futura aquisição das ações ou das opções de

ações é conhecido como *Granting Period*, sendo que a data efetiva em que a opções é concedida ao participante (ou a data acordada para concessão do direito) é denominada de *Grant Date*.

Por sua vez, o termo *Vesting* é o equivalente à carência, de modo que *Vesting Period* corresponde ao período em que a concessão do direito de exercício das ações ou opções está vinculada a condições para o exercício. Tais condições são conhecidas como *Vesting Conditions*, são as condições que precisam ser atingidas para o recebimento do direito de adquirir as ações. Após isso, a opção pode ser exercida e vendida, sendo que essa data recebe o nome de *Vest Date*.

O exercício é comumente traduzido para *Exercise*, sendo *Exercise Period* justamente o período no qual o participante deve exercer as opções vestidas. O preço predeterminado no contrato (“congelado”) é conhecido como preço de exercício, *Exercise Price* ou, ainda, *Strike Price*.

A data de expiração corresponde ao prazo máximo para o participante exercer a sua opção de compra de ação, denominada de *Expiration Date*.

Devidamente exercida, é possível que o SOP preveja ainda um *Lock-up Period*, determinando um prazo mínimo antes da alienação das ações adquiridas.

3.2. AS ETAPAS DE UM PLANO DE STOCK OPTION

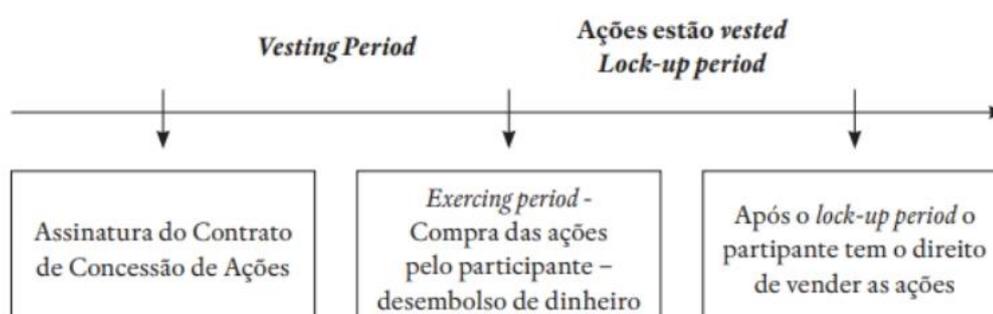
Segundo Thiago Taborda Simões (2016), os planos de *stock options* podem ser divididos em 4 (quatro) etapas: (i) aprovação do plano; (ii) concessão da opção; (iii) aquisição do direito de exercício da opção; e (iv) expiração do plano. Tais marcos são de extrema relevância na definição do momento em que as *stock options* devem ser tributadas: se na outorga, aquisição, exercício das opções ou apenas no momento de alienação das ações.

Nesse contexto, outros doutrinadores, a exemplo de Andrea Gonçalves Silva (2013, p. 135) em sua Dissertação de Mestrado para a Universidade de São Paulo, indicam a existência de três operações relevantes:

Deve-se frisar que, entre a entrega das opções de compra de ações e a venda das ações subjacentes ao plano de *stock options*, no

mercado de capitais, há três operações: a concessão das opções, que tem como partes o trabalhador beneficiário e a empresa outorgante do plano; o exercício das citadas opções, por meio do qual o profissional paga à empresa o preço de exercício e adquire as ações subjacentes ao plano; e a venda das ações adquiridas com os planos de *stock options*, no mercado de capitais, que se opera entre o trabalhador acionista e terceiros investidores, sem qualquer conexão com a empresa empregadora.

Com o objetivo de ilustrar melhor esse processo em seu modelo tradicional, pode ser verificada a seguinte linha do tempo (BRITTO; FIGUEIREDO; BUENO 2017):



Fonte: Livro “Stock options: os planos de opção de compra de ações”, 2017.

Nesse contexto, a partir do conjunto de teorias analisadas, adotaremos como etapas do SOP os seguintes momentos: (i) assinatura do Contrato de *Stock Option*; (ii) *Vesting Period* do direito para receber as opções de comprar as ações ou de aquisição das ações; (iii) exercício do direito pelo participante que irá comprar ou subscrever as ações; (iv) *Lock-up Period*; e (v) alienação das ações pelo empregado.

3.2.1. Assinatura do Contrato de *Stock Option*

Conforme já mencionado, a Lei das S/A sujeita a implementação de um *Stock Option Plan* à aprovação dos sócios por meio de assembleia geral. Após a fase de aprovação, é necessário que a empresa cientifique formalmente seus funcionários acerca dos termos estabelecidos, de modo que, tendo esse trâmite sido respeitado, o Plano de Opções de Ações considera-se implementado (QUINTANILHA, 2019).

Em seguida à sua implementação, é facultada aos colaboradores que atendem aos seus requisitos a possibilidade de adesão ao Plano, momento no qual ocorrerá a outorga de direitos. Esse é o marco inicial do SOP, também conhecido como *Granting*, é onde o contrato instituído pelo Plano efetivamente é firmado, com condições associadas a eventos de naturezas diversas, a exemplo da (i) permanência na condição colaborador da companhia por determinado período; (ii) cumprimento de metas individuais ou coletivas; e (iii) manutenção da performance comercial ou financeira da empresa (GALHARDO; BATISTA, 2015).

De acordo com Lucas Barbosa Oliveira (2020, p. 37), a existência de restrições a livre transação trata-se de “característica *sui generis* das opções de compra de ações outorgadas no âmbito de um SOP as distingue das opções negociadas em bolsa de valores e trás (sic) um considerável impacto na definição da data de ocorrência do fato jurídico tributário”, conforme será visto a diante.

Firmado o Plano de Opção de Compra de Ações, a empresa é denominada de concedente, sendo o beneficiário ou participante as nomenclaturas utilizadas para se referir ao empregado ou prestador de serviço que adere ao plano.

Nessa etapa, a concedente se obriga a emitir ou transferir as ações ao participante que, após o prazo estabelecido, atenda às condições determinadas no Plano (QUINTANILHA, 2019). Esse período de prefixado corresponde ao *Vesting*.

3.2.2. *Vesting Period*

O *Vesting Period* também é conhecido como período de carência, “que é o intervalo de tempo entre o momento em que a opção é concedida e o momento em que o empregado poderá de fato exercer o seu direito de compra” (PEREIRA; SANTOS, 2015, p. 26).

Esse período é estabelecido no momento da outorga e, segundo entendimento jurisprudencial, no *vesting* apenas existiria uma expectativa de direito, haja vista que a conclusão do período para a aquisição do direito ainda não foi atingida. Inclusive, para os contratos de natureza mercantil, será necessário que o participante realize um efetivo desembolso de caixa para a aquisição das ações objeto do Plano, o que

pode acabar não sendo concretizado a depender da sua vontade (GALHARDO; BATISTA, 2015).

Nesse sentido, caso as condições não tenham sido cumpridas, ou tenha ocorrido a desvalorização das ações, deixando de ser interesse do participante, a operação pode ou não ser concretizada. Sobre sua duração, Karolina Quintão Quintanilha (2019, p. 195) entende que esta estaria associada ao objetivo de manutenção dos profissionais na empresa, podendo inclusive ser objeto de questionamento por parte das autoridades fiscais:

A legislação brasileira não traz a previsão do lapso temporal que o *vesting* deve observar. Entretanto, se uma das principais finalidades dos *stock options plans* é aumentar o tempo de permanência de determinado profissional na empresa, prática conhecida como "retenção de talentos", não faz sentido que o plano estipule um *vesting* curto, sob pena de o fisco presumir que, na verdade, a companhia utiliza os planos de *stock options* como forma de remunerar seus funcionários e/ou prestadores de serviços pelos trabalhos prestados, atribuindo a natureza jurídica salarial, e seus desdobramentos, sobre a operação. Atualmente, a prática do mercado tem estabelecido prazos que variam entre 3 (três) e 5 (cinco) anos.

Após o período do *vesting*, atendidas as devidas condições, o participante adquire o direito ao exercício da compra das ações.

3.2.3. Período de Exercício

No período de exercício, os participantes irão exercer o seu direito, mediante desembolso em dinheiro, de comprar as ações previamente determinadas pelo preço fixado no momento da outorga. A depender do acordo firmado, pode haver uma data específica para o exercício ou um lapso temporal limitado.

Aqui o participante avalia se deseja efetivar a compra das ações, observando se o preço de aquisição das ações "congelado" pelo SOP é mais vantajoso do que o atual valor de mercado. É dizer, caso tenha ocorrido a valorização das ações da empresa, é provável que o participante exerça seu direito, enquanto que, caso ocorra a desvalorização dos ativos, é possível que o participante se abstenha de exercer a opção de ações.

Conforme explicam Luciana Rosanova Galhardo e Diego Alves Amaral Batista (2015, p. 313), "o participante só passa a ter direitos econômicos e políticos de sócio a partir do exercício da opção e da efetiva emissão das ações".

Nesse contexto, após o exercício, as empresas devem proceder com a transferência de titularidade das ações para os funcionários.

3.2.4. Lock-up Period

Ainda considerando a discricionariedade para o arbitramento de cláusulas variadas, típica dos contratos de natureza mercantil, é possível que alguns SOP prevejam um prazo mínimo no qual a titularidade das ações deve ser preservada pelo participante, ou que em sentido contrário possibilitem a alienação imediata dos ativos a terceiros.

Esse período em que o participante se encontra impedido de alienar as suas ações, mesmo após o exercício da opção, é denominado de *lock up* e, embora não seja obrigatório, é muito comum no mercado por acrescentar um componente de risco para o beneficiário (FAJERSZTAJN, 2019).

Como mencionado no capítulo anterior, parte da jurisprudência entende que o estabelecimento de *lock up* seria requisito para caracterização da natureza mercantil do SOP. Contudo, a doutrina costuma defender que a ausência da previsão de *lock up* não interfere na natureza jurídica das opções de compra de ações (OLIVEIRA, 2020)

Nesse contexto, a possibilidade dessa limitação apenas tem como finalidade a manutenção do beneficiário como sócio da empresa durante determinado período em que as ações ainda estão sujeitas a flutuação do mercado, de modo a incentivar que o funcionário se mantenha produtivo e gerando valor para a companhia, na medida em que o desempenho da empresa impactaria na precificação das ações detidas (GALHARDO; BATISTA, 2015).

3.2.5. Alienação das Ações

Após o *lock-up period*, os participantes tem o direito de vender ou alienar as ações adquiridas.

Assim como o efetivo exercício da opção (item 3.2.3), a alienação pode ou não ocorrer a depender do interesse do beneficiário, na hipótese de o participante preferir manter sua posição acionária na empresa, em detrimento de realizar a venda das ações adquiridas, embolsando as possíveis diferenças entre o preço de aquisição (*strike price*) e do valor de mercado no momento da alienação.

Essa etapa pode ocorrer no mercado da bolsa de valores ou em negociação privada, de modo que as ações serão convertidas em caixa independentemente do tipo de negociação realizado (GALHARDO; BATISTA, 2015), que pode se dar (i) de forma direta e pública no mercado de valores mobiliários, no caso de sociedade anônima de capital aberto; ou (ii) nos termos das previsões estatutárias, caso se trate de companhia de capital fechado (OLIVEIRA, 2020).

De acordo com a doutrina, sob a perspectiva do beneficiário, é na alienação das ações em que "há certeza e definitividade quanto ao valor da renda auferida, o que autorizará a incidência do imposto, com toda a segurança, permitindo-se, nesse momento, que o pagamento do tributo seja custeado por sua própria materialidade, respeitando-se a capacidade contributiva" (FAJERSZTAJN, 2019, p. 440).

3.3. ELEMENTOS ESSENCIAIS À NATUREZA MERCANTIL DO CONTRATO

Assumindo como premissa que a identificação da natureza dos ganhos decorrentes das *stock options* depende das particularidades de cada caso concreto, Bruno Marcorin Carramaschi e Luiz Alberto Paixão dos Santos (2015, p. 105) identificam na jurisprudência os seguintes critérios para a qualificação da natureza dos benefícios auferidos no âmbito de um SOP:

- (i) fixação do preço de exercício da opção como sendo de mercado ou não;
- (ii) concessão ou não de subsídio financeiro para o exercício da opção;
- (iii) distância ou proximidade temporal entre exercício da opção e venda da ação adquirida (i.e., existência e prazo de lock up);

- (iv) facultatividade; e
- (v) condições de exercício vinculadas a permanência do beneficiário na empresa.

A nosso ver, à luz da jurisprudência brasileira, é possível consolidar esses critérios em pelo menos 4 (quatro) elementos essenciais à determinação da natureza eminentemente mercantil de um *Stock Option Plan*, para que este não se enquadre como uma remuneração: (i) facultatividade ou voluntariedade; (ii) onerosidade; (iii) estabelecimento de prazos; e (iv) risco efetivo típico de um acionista.

Além disso, considerando as características de uma relação laboral, é possível acrescentar mais 2 (dois) elementos não devem estar presentes no SOP, uma vez que ensejariam o reconhecimento dos valores recebidos como remuneração, especialmente para fins de incidência das contribuições previdenciárias. São eles (i) contraprestatividade ou retributividade; e (ii) habitualidade ou não eventualidade.

A seguir, passamos a analisar cada uma dessas características de modo a verificar como os tribunais tem compreendido a manifestação desses aspectos para fins de determinação do tratamento fiscal aplicável.

3.3.1. Facultatividade ou Voluntariedade

Um SOP assumirá natureza remuneratória quando excluir a opção de escolha de seus funcionários na participação do Plano. Isto é, a compulsoriedade na adesão ao Plano de *Stock Option* atrai para si a natureza salarial no pagamento de benefícios.

Nesse contexto, “o beneficiário não pode ser obrigado a participar do SOP, pois a voluntariedade é característica inerente de quem realiza investimentos de capital potencialmente sujeitos a variações e perdas” (GALHARDO; BATISTA, 2015, p. 330).

Com relação aos contratos de opções, as lições do professor Orlando Gomes (2009, p. 69) remetem a declaração de aceitação por parte dos envolvidos:

A opção é o contrato por via do qual se confere a uma das partes a faculdade de criar, por iniciativa própria, uma relação obrigacional já definida em seus pontos essenciais. Por esse negócio jurídico, uma das partes se reserva a liberdade de aceitar proposta, completa e inalterável, da outra, com tal eficácia que, para formar o contrato sucessivo, basta declarar a aceitação, necessária não sendo outra manifestação da vontade do proponente ou peticitante.

Nesse sentido, é necessário que haja demonstração de vontade tanto no momento de se firmar o contrato, bem como no momento de exercício da opção de ações, nos termos acordados.

3.3.2. Onerosidade

Seguindo a lógica das relações mercantis, é necessário que seja cobrado um preço pela aquisição das ações oferecidas no SOP, de modo que os Planos que concedam opções ou ações de forma gratuita (ou que apresentem vantagens excessivas, com o estabelecimento de preços ínfimos ou desproporcionais em comparação aos operados no mercado), atrairão a natureza salarial.

Por outro lado, a natureza de remuneração será afastada quando demonstrado que o beneficiário efetivamente investiu seu próprio capital na aquisição das ações, prevalecendo a natureza mercantil do SOP (GALHARDO; BATISTA, 2015). Seja na assinatura do SOP ou no exercício da compra de ações, não deve ser atribuída uma natureza salarial às prestações nas quais o trabalhador incorreu em efetivo ônus financeiro.

Nesse sentido, Sergio Pinto Martins (2015, p. 128) cita o caso envolvendo a empresa Computer Associates do Brasil Ltda, no qual o caráter não salarial foi reconhecido:

Stock options. Incentivo ao empregado. Caráter não salarial. Tratando-se as denominadas *stock options* de incentivo ao empregado no desenvolvimento de seus misteres, condicionado, porém, a regras estabelecidas e não sendo gratuito, visto que sujeito a preço, embora com desconto, tem-se que não guardam tais opções de compra de ações da empresa caráter salarial. Recurso ordinário obreiro a que se nega provimento, no aspecto (TRT-2ª Região, RO 42.364/2002, Ac. 20030636234, rel. juíza Anélia Li Chum, D.O. ESP 5.12.03)

Assim como no precedente mencionado, decisões mais recentes já reconhecem que, mesmo em caso do estabelecimento de descontos na aquisição das opções, a verificação da onerosidade reforça a natureza mercantil dos SOP.

Com relação à precificação das ações, como visto acima, a legislação apenas disciplina as hipóteses de outorga gratuita de ações ou de opções de ações, motivo pelo qual classificam alguma parcela do Plano como “pagamento baseado em ações”. Nesse sentido, tais disposições não são aplicáveis em se tratando de um Plano de Opção de Ações de natureza puramente mercantil, através do qual os beneficiários incorrem em custo tanto para adquirir as opções de compra de ações, quanto para exercer essas opções, adquirindo as ações subjacentes. Afinal, não haveria quaisquer despesas com o pagamento baseado em ações.

Não obstante, destacamos que a jurisprudência ainda não analisou em detalhes as métricas utilizadas para atribuição do preço de exercício, de modo que tende a desconsiderar os Planos em que há estabelecimento de valores ínfimos ou irrisórios para as opções ou ações subjacentes. Nesse sentido, ocorre o que tem sido chamado de “desvirtuamento do SOP”:

“PLANO DE OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES (*STOCK OPTIONS*). Em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador), consistindo em um regime de opção de compra de ações com preço prefixado, concedida pela empresa aos contribuintes individuais ou mesmo empregados, garantindo-lhe a possibilidade de participação no crescimento do empreendimento (na medida que o sucesso da empresa implica, sendo apenas um incentivo ao trabalhador após um período pré determinado ao longo do contrato de trabalho.

Em ocorrendo o desvirtuamento do *stock option* em sua concepção inicial, qual seja, mera operação mercantil, seja, pela concessão de empréstimos, possibilidade de venda antecipada, troca de planos, correlação com o desempenho para manutenção de talentos fica evidente a intenção de afastar (ou minimizar) o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração.

Trecho do Voto

Para que os planos se enquadrem na regra contida no dispositivo acima mencionado é necessário que sejam cumpridos alguns requisitos, dos quais dois são essenciais e obrigatórios: **onerosidade e risco**. [...] Ora, é inerente ao plano de opções que haja um **desconto entre o preço de mercado atual e o valor a ser oferecido aos beneficiários**. Se não, qual seria a finalidade de a empresa elaborar um plano para oferecer as ações? Se for para

obter uma ação ao preço de mercado, basta que o interessado vá direto a uma corretora e adquira quantas ações quiser junto a Bolsa de Valores. (CARF: Acórdão nº 2301-006.005 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 11 de abril de 2019) (grifo nosso)

Em que pese o reconhecimento da possibilidade do oferecimento de descontos, no caso em análise, os conselheiros concluíram que “o valor pago pelas ações é bastante inferior ao valor de mercado, o que fere o caráter mercantil do plano uma vez que desaparece o risco”.

A título de exemplo, adotando um entendimento ainda mais restritivo, o voto vencedor do Acórdão nº 2201-005.285, de 11 de julho de 2019, acabou por entender que o caráter da onerosidade da operação não seria suprido apenas com o pagamento pelo beneficiário no momento do exercício da opção, na medida em que no momento da outorga nada foi investido pelo participante para que no futuro gozasse dessa benesse.

No entanto, nos parece que, até o momento, a jurisprudência tributária e trabalhista apenas se consolidou no sentido de reconhecer que a ausência de qualquer investimento do empregado atrairia a natureza salarial.

Em sentido contrário, no âmbito judicial, vale a pena mencionar o entendimento consagrado por juiz da 10ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, o qual entendeu que “o risco de mercado não é afastado pelo fato de o optante vir a receber as ações gratuitamente nas proporções contratualmente estabelecidas” (Processo 0021090-58.2012.4.03.6100, DJE 29.10.2013). Para o juiz, apesar de reduzido, o risco da operação continuava existindo na medida em que as ações detidas pelo beneficiário poderiam sofrer desvalorização. A referida decisão acabou sendo mantida pelo TRF3.

Assim, parte da doutrina defende que “mesmo no caso em que o empregado exerce o direito de opção pelo sistema *cash less exercise*, em que o exercício é feito sem pagamento, o trabalhador assume o risco de ganhar ou perder ao vender as ações, de acordo com o valor obtido no mercado acionário” (MARTINS, 2015, p. 127).

Não obstante, os riscos de questionamento aumentam quando a onerosidade não é evidente, de modo que a previsão de cláusulas que possibilitem que empregado utilize o valor da venda das ações para pagamento do preço do

exercício também acabam reforçando a ausência de onerosidade para o empregado beneficiário.

Dessa forma, de acordo com a jurisprudência, conclui-se que a onerosidade será verificada caso o SOP preveja o pagamento de (i) “prêmio” para compra de opções de ações; (ii) *strike price* em valor razoável; e (iii) sem quaisquer mecanismos de *cashless* (a exemplo da possibilidade de compensação com o valor a ser recebido na venda das ações, acima mencionada).

Ademais, verifica-se que os dispêndios financeiros do participante com o SOP estão diretamente associados a verificação ou não de limitação dos riscos de perda de capital pelo funcionário, razão pela qual passamos as demais características que compõem esse elemento.

3.3.3. Risco do Negócio

Para caracterização do SOP como contrato de natureza mercantil, o participante deve estar sujeito ao risco típico do negócio, isto é, poderá tanto ganhar como perder o dinheiro investido.

Dessa forma, em regra, quaisquer cláusulas que visem à diminuição dos riscos para os beneficiários do Plano podem ser objeto de questionamento por parte das autoridades fiscais, elevando as chances de caracterização da verba como laboral.

Nesse ponto, a jurisprudência trabalhista se consolidou no sentido de reconhecer que a exposição do participante à variação do valor das ações é um elemento fundamental para demonstração da natureza mercantil da transação. A título de exemplo, colaciona-se a seguinte ementa:

OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES PELO EMPREGADO. STOCK OPTIONS PLANS. NATUREZA JURÍDICA MERCANTIL. Os stock options plans - planos de opção de compra de ações pelo empregado - afastam-se da conceituação de salário, já que consubstanciam potencial benefício de conteúdo aleatório e não previamente determinável, inclusive porque o empregado, ao exercer tal opção, ainda que esta lhe seja dada em razão do contrato de trabalho, submete-se ao risco próprio do acionista, podendo, inclusive, submeter-se ao efeito negativo de flutuação própria das cotações em bolsa. A potencial vantagem correspondente aos stock options possui nítida natureza mercantil, pois o

empregado, no caso, adquire ações da companhia em que trabalha, ainda que em valores inferiores aos daqueles negociados em Bolsa de Valores, mas desvinculados do salário, assumindo os riscos da sua valorização ou da sua desvalorização segundo a performance da companhia e das respectivas ações, ínsitos ao próprio mercado de capitais. Tratam-se, pois, de operações no mercado de ações, não possuindo, os stock options plans, natureza salarial. (TRT da 2ª Região; Processo: 1001023-76.2017.5.02.0069; Data: 04-11-2020; Órgão Julgador: 2ª Turma - Cadeira 4 - 2ª Turma; Relator(a): RODRIGO GARCIA SCHWARZ) (grifo nosso)

Para Sergio Pinto Martins (2015, p. 127), “não se poderia dizer que é remuneração a opção de compra em que o empregado tem prejuízo no mercado financeiro”. Nesses casos, para o autor, o trabalhador assume o risco na opção de ganhar ou de perder (risco de flutuação do valor das ações).

Nesse contexto, vale destacar as considerações trazidas no Acórdão 2402-007.208³. No caso sob análise, o SOP continha previsão de que o participante teria a possibilidade de “somente exercer a opção se o valor de mercado da ação for superior ao preço de outorga por ele contratado, tendo o direito contratual de guardar o momento que julgar mais adequado ao exercício de tal opção”.

O referido contrato também não continha previsão de desembolso financeiro, razão pela qual o CARF entendeu o risco típico da operação mercantil havia sido suprimido, na medida em que sob hipótese alguma o beneficiário incorreria em perda:

“Vale destacar, também, que em regra não há qualquer desembolso financeiro do beneficiário pois, ao exercer a sua opção, pode imediatamente vender as ações no mercado ou à própria empresa, sem efetivamente desembolsar qualquer quantia à concedente, ficando consigo a diferença entre o preço de compra e o de venda, não havendo que se falar, portanto, em onerosidade contratual, já que o único investimento que o trabalhador de fato realiza é a prestação ao empregador, obrigação natural dessa espécie contratual.”

As demais variações de cláusulas que visem a mitigar os riscos aos quais os participantes estão sujeitos, ou que de alguma forma garantam a certeza de um

³ O Acórdão 2201-005.153; Acórdão 2201-005.152 e Acórdão 2201-005.151 também seguiram a mesma linha, consignando que: “incidem contribuições previdenciárias sobre benefícios concedidos a colaboradores, no âmbito de Programas de stock options, quando verificada que a operação tem nítido viés remuneratório, não apresentando natureza mercantil, não evidenciando qualquer risco para o beneficiário e estando claramente relacionada a contraprestação por serviços”.

ganho financeiro, ele poderá simplesmente não o fazer, se verificar que as ações não sofreram a valorização esperada.

3.3.4. Estabelecimento de *Lock Up*

A presença de cláusula de *lock up* reforça os riscos para o participante do SOP, o que é positivo para fins do afastamento da incidência das contribuições aplicáveis aos rendimentos ordinários (GALHARDO; BATISTA, 2015). No entanto, a sua ausência não é suficiente para desnaturar a natureza mercantil do SOP, servindo apenas para fortalecer as características de risco e onerosidade para o participante (FREITAS, 2015).

Em sentido diverso, parte da doutrina entende que, caso as ações tenham sido adquiridas sem pagamento pelo exercício da ação, a possibilidade de sua alienação imediata pode desqualificar a natureza de investimento do SOP, por eliminar o elemento de risco inerente a esse tipo de operação (CARRAMASCHI; PAIXÃO, 2015).

Conforme explicam Bruno Marcorin Carramaschi e Luiz Alberto Paixão dos Santos (2015, p. 107), “caso a ação fique indisponível por um período de tempo depois do exercício, ela poderá sofrer desvalorização neste período e, passado o *lock up*, poderá valer menos do que o preço pago para exercer a opção”.

Porém, em regra, o *lock up* não deve implicar a desnaturação do contrato de *stock options*, na medida que se refere a momento posterior ao exercício das ações, de modo que a venda das ações constitui um negócio jurídico independente (CATÃO, 2006).

Dessa forma, para a doutrina, o *lock up period* não deve ser entendido como um elemento imprescindível para a validade de um SOP, mas meramente como um mitigador das chances de questionamento.

3.3.5. Ausência de contraprestatividade

A contraprestatividade é elemento típico do conceito de remuneração. Dessa forma, cláusulas que imponham contraprestações a serem executadas pelos participantes, a exemplo do alcance de metas individuais e vinculação ao tempo de permanência na empresa, podem servir de fundamento para desnaturação do *Stock Option Plan*.

Esse tem sido o entendimento do CARF sobre a matéria:

REMUNERAÇÃO INDIRETA. OPÇÃO DE COMPRA DE AÇÕES. STOCK OPTIONS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. Os pagamentos efetuados pelas empresas a seus diretores, sob a forma de opções de compra de ações - Stock Options, condicionada à permanência do beneficiário na empresa, caracterizam-se como retribuição ao trabalho prestado, portanto têm natureza remuneratória. (CSRF: Acórdão nº 9202-005.968 – 2ª Turma. Sessão de 26 de setembro de 2017)

Para que mantenham sua natureza original de contrato mercantil, é necessário que o SOP não corresponda a uma retribuição ao trabalho exercido pelo empregado. Em outras palavras, os Planos de *Stock Option* são “um atrativo, uma possibilidade de o beneficiário realizar a compra das ações da empresa que ajudou a desenvolver” (QUINTANILHA, 2019).

Nesse sentido, via de regra, verifica-se que o empregado não recebe o direito de opção de compra de ações como pagamento pelos serviços prestados na empresa, sendo que o potencial ganho com a venda das respectivas ações sequer é pago pelo empregador, de modo que se tratam de situações distintas (MARTINS, 2015).

3.3.6. Eventualidade (ou Não Habitualidade)

Outra característica típica das parcelas de natureza remuneratória é a habitualidade. Segundo a doutrina, seria o conceito mais subjetivo de se analisar, na medida em que só poderá ser definido diante do caso concreto, sendo entendido como o lapso temporal no qual ocorre a prática de reiterada de determinado ato (QUINTANILHA, 2019).

Nesse sentido, a caracterização da habitualidade no pagamento no âmbito dos SOP seria muito discutível, uma vez que pode vir a ocorrer a cada três anos, cinco anos, em periodicidades diversas, sendo que habitual para o direito do trabalho se enquadra no período máximo de um ano, como no caso das férias, gratificações natalinas etc (MARTINS, 2015).

As empresas que desejam instituir um SOP devem observar, portanto, a impossibilidade de habitualidade na concessão, eis que os *Stock Option Plans* mercantis são marcados pela eventualidade:

Também a habitualidade encontra-se ausente nos planos de *stock option*, posto que as ações são conferidas um a única vez, mediante o exercício da opção de compra pelo seu titular. Ou seja, após o *vesting period*, o beneficiário terá um prazo para informar se exercerá ou não a opção de comprar as ações, e uma vez tomada a decisão pelo titular da opção (seja pela compra ou não das ações), resta encerrado o objeto contratual (WANDERLEY, 2015, p. 130).

Portanto, restará caracterizada a habitualidade na hipótese de haver a concessão regular de Planos de Opções de Compra de Ações, por repetidas vezes no mesmo período, com os mesmos critérios e beneficiários.

3.4. VISÃO GERAL ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE SOP

No âmbito do CARF, com base nos precedentes acima mencionados e nas demais decisões analisadas, podemos concluir que:

- (i) a análise dos Planos de *Stock Option* tem sido procedida de forma casuística, mediante a identificação das características e peculiaridades de cada acordo, para determinação da natureza da relação como sendo uma operação mercantil ou uma remuneração;
- (ii) para que o SOP mantenha sua natureza originária de contrato mercantil, quatro elementos principais devem estar presentes: (i) facultatividade; (ii) onerosidade; (iii) risco efetivo ao participante; e (iv) previsão de *lock up*;

- (iii) tais elementos estão interrelacionados, uma vez que ausente a onerosidade da transação, não poderá haver risco para o participante do SOP;
- (iv) caso seja identificada a habitualidade e contraprestatividade na concessão do SOP, este assumirá a natureza de remuneração, sujeita ao IRPF a alíquotas progressivas de 0 a 27,5%.

Partindo para uma análise quantitativa, em estudo realizado por Bruno Romano (2021), publicado na Revista Direito Tributário Atual, entre as 63 decisões exaradas pelo CARF sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre Planos de *Stock Options*, 23 foram favoráveis aos contribuintes e 40 foram desfavoráveis (sendo 29 recursos voluntários e/ou de ofício, 8 em sede de recurso especial, 3 em sede de embargos de declaração).

Das decisões julgadas de forma favorável ao contribuinte, 21 se referiam a recursos voluntários e/ou de ofício, dos quais 16 decidiram pela nulidade do auto de infração. Dos 5 acórdãos em que a não incidência de tributos foi reconhecida, 2 foram reformados, 2 aguardam julgamento de recurso especial e apenas 1 foi mantido.

Recentemente, no começo do mês de novembro, foi noticiado na mídia que a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF teria afastado a incidência de IRPF sobre os ganhos obtidos por meio de SOP, por possuírem caráter mercantil em detrimento da natureza remuneratória defendida pela Fazenda (Processo nº 10880.734908/2018-43). A decisão teria sido realizada com base no novo critério de desempate pró-contribuinte, instituído após o fim do voto de qualidade.

Em que pese o referido acórdão ainda não ter sido disponibilizado, ao que parece, a decisão se encontra em consonância com o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que tem entendimento consolidado de que os SOP não estão sujeitos aos critérios de remuneração por possuírem natureza mercantil.

No âmbito judicial, levantamento realizado pelo escritório Mattos Filho, aponta que 75,86% de 174 decisões localizadas em primeira e segunda instâncias são favoráveis aos contribuintes, sendo majoritariamente favorável no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (OLIVON, 2021).

Nesse contexto, também recentemente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou desistência do Recurso Especial (REsp 1.737.555) que seria julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, envolvendo a tributação dos *Stock Option Plans*. A decisão do TRF3 havia sido favorável ao contribuinte e o SOP de fato não possuía os elementos caracterizados de remuneração.

Seria o primeiro julgamento do STJ acerca da incidência das contribuições previdenciárias sobre a venda das ações dos empregados. Acredita-se que a desistência tem sido uma estratégia recorrente da PGFN de modo a evitar um precedente desfavorável quanto a matéria.

4. TRATAMENTO FISCAL APLICÁVEL

Feitas as devidas observações acerca da natureza jurídica dos Planos de *Stock Option*, cabe ao presente trabalho verificar o tratamento fiscal aplicável ao SOP, caso seja tributado pelo do Imposto de Renda (pessoa física ou ganho de capital) e das Contribuições Previdenciárias.

Além disso, há ainda de se observar a controvérsia envolvendo momento da tributação. É dizer se *stock options* devem ser tributadas no momento da outorga, da aquisição ou exercício das opções, ou apenas no momento de alienação das ações. Além de breves comentários sobre a controvérsia envolvendo a base de cálculo a ser considerada.

Via de regra, os residentes no Brasil são tributados tanto sobre a renda quanto sobre os ganhos de capital que sejam auferidos no país ou no exterior. A legislação tributária brasileira, no entanto, prevê um tratamento distinto para “renda” e “ganhos de capital” recebidos pelas pessoas físicas residentes no Brasil.

4.1. IMPOSTO DE RENDA

Atualmente, a renda auferida por residentes brasileiros ainda que de fontes estrangeiras (empresas não domiciliadas no Brasil), seja remetida ao Brasil ou não, está sujeita ao Imposto de Renda, no Brasil, às alíquotas progressivas estabelecidas no artigo 122, item V, do Decreto nº 9.580 de 22.11.2018 (“Decreto nº 9.580/18” que aprova o Regulamento do Imposto de Renda – “RIR/18”):

Base de cálculo mensal (R\$)	Alíquota (%)	Valor a ser descontado do Imposto de Renda (R\$)
Até 1,903.98	-	-
De 1,903.99 até 2,826.65	7,5	142,80
De 2,826.66 até 3,751.05	15	354,80
De 3,751.06 até 4,664.68	22,5	636,13

Acima de 4,664.68	27,5	869,36
-------------------	------	--------

Quando esta renda for paga diretamente de fonte estrangeira, em princípio, não deveria haver retenção de obrigações de renda para a fonte pagadora, uma vez que o beneficiário brasileiro seria o responsável pelo recolhimento do imposto de renda de acordo com as alíquotas acima indicadas, através de vouchers denominados “carnê-leão”.

O Imposto de Renda pago via carnê-leão é tratado como adiantamento do imposto devido pela pessoa física no final do exercício, devendo ser computado em seu passivo fiscal global na declaração anual de imposto de renda da pessoa física (“DIRPF”).

Por outro lado, se o residente tributário brasileiro receber pagamentos de entidades locais (como por meio da folha de pagamento local), tais pagamentos estarão sujeitos ao IRRF, às alíquotas progressivas indicadas acima, de acordo com o artigo 677, item V do RIR/18.

Nesse caso, caberia à entidade brasileira reter o IRRF devido pelo empregado, na condição de responsável tributária pela obrigação⁴. Os valores de IRRF, nesse caso, também seriam tratados como um adiantamento para o passivo fiscal total que será apurado pelo indivíduo em sua DIRPF.

4.2. IMPOSTO DE RENDA - GANHO DE CAPITAL

De acordo com o artigo 21 da Lei nº 8.981, de 20.1.1995 (“Lei nº 8.981/95”), geralmente, os ganhos de capital apurados por pessoas físicas brasileiras, na venda

⁴ A entidade é responsável pelo valor total do imposto, bem como por quaisquer multas de mora e juros aplicáveis, caso a retenção na fonte seja paga após o vencimento e o empregado ainda não tenha apresentado a Declaração de Imposto de Renda (“DIRPF”). No entanto, após o prazo para o funcionário apresentar sua DIRPF, as entidades locais podem ser responsabilizadas pela multa e juros de mora, mas não pelo valor principal do imposto devido (que só seria cobrado pelas autoridades fiscais dos próprios funcionários brasileiros).

de ativos, estão sujeitos ao imposto de renda a alíquotas progressivas, que variam de 15% a 22,5%⁵.

No caso de ganhos de capital auferidos por pessoas físicas brasileiras, não há obrigações de retenção na fonte para a fonte pagadora e as pessoas físicas são responsáveis pelo pagamento do imposto devido, no último dia útil do mês seguinte em que os ganhos de capital foram reconhecidos. Nos termos da legislação, o imposto pago por pessoas físicas sobre ganhos de capital é definitivo, o que significa que não será contabilizado para fins de tributação geral na DIRPF.

A base de cálculo para esse imposto é a diferença positiva entre o produto da (i) venda, liquidação ou resgate dos ativos; e (ii) o seu custo de aquisição, que geralmente deve ser comprovado por meio do valor constante da DIRPF, conforme comprovado por documentação qualificada e confiável.

A base de cálculo dos ganhos de capital pode ser calculada em reais ou em moeda estrangeira, dependendo da origem dos recursos que foram utilizados pela pessoa física na aquisição do bem. Se um ativo estrangeiro é comprado com fundos auferidos originalmente em reais, os ganhos de capital associados à alienação de tal ativo devem estar sujeitos a possíveis flutuações cambiais, enquanto os ativos estrangeiros comprados com fundos auferidos originalmente em moeda estrangeira não devem estar sujeitos a variações cambiais.

4.3. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Nos termos da legislação brasileira, a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, mediante recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal, das contribuições do trabalhador, das contribuições sociais incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos e das contribuições do empregador incidentes sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que

⁵ Para o ganho de capital no valor de até 5MM reais: Alíquota de 15%; para o ganho de capital no valor entre 5MM e 10MM de reais: Alíquota de 17,5%; para o ganho de capital no valor entre 10MM e 30MM de reais: Alíquota de 20%; e para o ganho de capital no valor superior a 30MM de reais: Alíquota de 22,5%.

lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”; “a receita ou o faturamento”; e o “lucro”, nos termos do artigo 195, da Constituição Federal.

Na esteira do disposto na Constituição Federal, a Lei nº 8.212/91 define, como base de cálculo da contribuição previdenciária, a totalidade dos rendimentos pagos, a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

Em síntese, as empresas brasileiras estão sujeitas ao pagamento de contribuições para a previdência social sobre a remuneração paga a seus empregados regularmente (se tal pagamento for feito de forma consistente) e em contraprestação pelo trabalho realizado pelo empregado.

As alíquotas das contribuições previdenciárias variam de 20% (caso não haja vínculo empregatício) a 31,8% (para empregados e dirigentes com vínculo empregatício).

De acordo com a legislação previdenciária, empresas do mesmo grupo econômico são solidariamente responsáveis pelas obrigações previdenciárias. Assim, mesmo que o pagamento seja feito no exterior por empresa estrangeira do grupo, a empresa brasileira em que o participante estiver trabalhando pode ser responsabilizada pelo pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga no exterior.

4.4. DO MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

A rigor, a partir do momento em que há a transferência das opções aos participantes do Plano sem qualquer contrapartida (ou seja, a título gratuito), existe o risco as autoridades fiscais alegarem que as opções outorgadas teriam natureza remuneratória e os valores correspondentes deveriam ser oferecidos à tributação no momento de outorga.

No entanto, é possível defender que, até o final do *vesting period*, há apenas mera expectativa de direito, na medida em que não existe qualquer garantia de que o direito será adquirido pelo Participante ou mesmo de que se verificará efetivamente algum benefício econômico a ele transferido, com caráter remuneratório.

Assim, do ponto de vista da pessoa física do participante do plano, apenas após o *vesting period*, quando há a transferência definitiva das opções e – mais do que isso – quando elas de fato são exercidas, com o pagamento de um preço pela ação em valor inferior ao de mercado – é que se poderia dizer que, verificou-se de fato algum benefício econômico.

Em outras palavras, ainda que a outorga das opções das ações aos participantes do Plano seja realizada a título gratuito, o fato gerador das contribuições previdenciárias apenas restará configurado após o exercício das opções e a transferência definitiva da propriedade das ações aos participantes do Plano.

No mesmo sentido, o CSRF e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) possuem entendimento consolidado no sentido de que a tributação pelo IRRF e pelas contribuições previdenciárias deve se dar no momento do exercício da opção pelo Participante do plano, consoante se infere dos seguintes precedentes⁶:

“FATO GERADOR DO IRRF. OCORRÊNCIA INDEPENDENTEMENTE DO EXERCÍCIO DA OPÇÃO DE AÇÕES.

O fato gerador do IRRF em relação ao plano de stock ocorre quando apurado ganho pelo trabalhador (mesmo que na condição de salário utilidade), no momento em que este exerce o direito de opção em relação às ações que lhe foram outorgadas.

Improcedente o lançamento quando a autoridade fiscal afirma que o fato gerador do IRRF, no caso de stock options, seria a data de vencimento da carência, independentemente do exercício das ações. (CSRF – Acórdão 9101-004.587, Relatora: Andrea Duek Simantob, integrante da 1ª Turma, Sessão de 5.12.2019)

⁶ Acórdão 9101-004.587, Acórdão 2401-006.796, Acórdão 1401-003.644, Acórdão 2201-005.285, Acórdão 2201-005.153, Acórdão 2201-005.152, Acórdão 2201-005.151, Acórdão 2301-006.005, Acórdão 2301-005.988 e Acórdão 2401-005.990

Trecho do Voto

Como visto, a discussão neste instante processual se resume à análise do momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda nas operações de *Stock Options*. [...] A autoridade fiscal entendeu que este seria, independentemente do exercício da opção pelo funcionário, o vencimento do prazo de carência, com base nas seguintes premissas: [...] Entretanto, parece-me que assiste razão ao contribuinte, quanto este pondera que somente no exercício da opção haveria a fruição de eventual benefício pelo funcionário, com a correspondente entrega de recursos para a aquisição das ações. [...] **Parece-me que não há como afastar a lógica deste raciocínio, pois somente quando do exercício das opções há a possibilidade de se auferir resultado positivo, decorrente da diferença entre o preço exercido e aquele praticado no mercado de ações.** No mesmo sentido, se é no efetivo exercício da opção que o contribuinte efetua os respectivos registros, não há como exigir o recolhimento do IRRF em momento diverso, mesmo que se adote a autorização do CTN, que fala de disponibilidade jurídica ou econômica da renda. [...] **É irrelevante, na hipótese, tratar-se de contribuição previdenciária ou de IRRF, pois a premissa é a mesma: somente quando há o exercício das opções de compra pelo funcionário, com o desembolso dos respectivos valores e o registro contábil das operações pela empresa é que se pode falar em remuneração sob a forma de utilidade, com a possibilidade de o beneficiário efetivamente usufruir as vantagens decorrentes do ativo adquirido, pois antes disso não se vislumbra qualquer benefício.**" (nosso grifo)

Quando os participantes recebem as opções de compra de ações, e estas estão livres para exercício, pode-se dizer que um ativo foi incorporado ao seu patrimônio. No entanto, enquanto não exercidas, as opções representam apenas uma expectativa de direito.

Para que determinado pagamento se amolde ao conceito de salário de contribuição para fins de incidência de Contribuições Previdenciárias e de IR, o ganho deve estar efetivamente realizado, ou seja, deve estar definitivamente incorporado no patrimônio do empregado. Não se pode falar em remuneração quando o ganho é meramente potencial e ainda pendente de um evento futuro para sua realização.

Assim, ainda que no *vesting* o ativo tenha sido transferido em definitivo aos participantes, sob a perspectiva da pessoa física, esse direito poderá nunca ser convertido em efetivo acréscimo patrimonial. O ganho deixa de ser eventual e passa a incorporar a remuneração do empregado se e tão somente quando ocorre o

exercício, razão pela qual o recolhimento das Contribuições Previdenciárias se dá somente no exercício da opção de compra de ações.

Dessa maneira, conclui-se que o momento da tributação para fins da Contribuição Previdenciária é o do exercício da opção de compra pelos participantes, com a transferência da propriedade definitiva das ações aos participantes.

Nesse momento, a pessoa física participante do SOP deveria passar a considerar também esse valor como remuneração para fins de IRPF, com consequente informação em sua declaração de ajuste anual.

4.5. DA BASE DE CÁLCULO

Outra questão relevante é o valor que deve servir de base de cálculo dos tributos para fins de tributação.

Historicamente, a jurisprudência do CARF se consolidou no sentido de que a base de cálculo desses tributos (IRRF e Contribuições Previdenciárias) é a diferença entre o valor pago pelo Participante no exercício da opção e o preço de mercado da ação nesse momento.

Entretanto, é importante destacar as razões pelas quais a Receita Federal e o CARF entenderam de tal forma: (i) em nenhum processo administrativo já julgado pelo CARF restou comprovado que a empresa levou a tributação o valor justo das opções; e (ii) quando questionada se a base de cálculo deveria ser o valor justo das opções, os contribuintes não puderam comprovar qual foi o valor justo das opções utilizado para fins de registro contábil e/ou qual foi modelo contábil utilizado para precificação dos ativos.

Diante da ausência de tais dados, a única base de cálculo possível passaria a ser o valor intrínseco da operação, isto é, a diferença entre o valor de mercado da ação na data do exercício e o preço de exercício pago pelo beneficiário da opção.

Assim sendo, a base de cálculo da contribuição previdenciária deveria corresponder valor justo das opções na data da outorga.

Contudo, este cenário mais favorável, no qual o valor justo das opções é tributado, ainda enfrenta uma posição desfavorável no CARF. Os precedentes mais recentes de fato passaram a analisar especificamente a questão da existência de opções de compra de ações transacionadas no âmbito de um Plano de Opção de Compra de Ações como sendo um ativo específico. Confira-se:

“(...) Os beneficiários firmam individualmente um contrato de adesão (CO) com o contribuinte, aderindo a todas as condições do “Plano” e formalizando a aquisição das opções de compra. Neste documento constam o número de opções de compra de ações SILVER e GOLD, o preço de aquisição, o prazo para exercício (normalmente a partir do 36º mês da data de outorga) e a condição suspensiva que permite a modificação no número de opções GOLD ofertada. A efetiva subscrição das ações é efetuada com a assinatura do documento “Termo de Exercício de Opção e Boletim de Subscrição” (TE).

(...)

Prossegue o Fisco dizendo que, neste caso específico de opções de compra de ações, o fato gerador ocorre no momento em que as ações são subscritas e passam a fazer parte do patrimônio do beneficiário segurado empregado. É neste momento da subscrição das ações com deságio que a remuneração fornecida pela empresa (diferença entre o valor de mercado e o valor de compra da ação) passível de tributação é integrada ao patrimônio do Participante, ocasião em que se concretiza a vantagem econômica e ocorre o fato gerador. O momento em que o fato gerador se consolida corresponde às datas de reunião do Conselho de Administração em que as ações subscritas foram emitidas e passaram a fazer parte do patrimônio dos segurados empregados.

(...)

As despesas registradas nas contas contábeis "331123 -Pagamento em Ações" e "361507 - Reestruturação" contabilizadas conforme o Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1) não refletem de forma correta as remunerações e conseqüentes bases de cálculo de contribuições dos segurados empregados, dado que utilizam o "valor justo" de cada opção concedida, estimado na data de concessão através da metodologia de precificação e contabilização Black & Scholes, conforme informado no item "27 f" das Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras (folha 08 do DOC019 Valor Econômico 4ºITR GPA 2013), em vez da data do exercício.

Em consequência, a Fiscalização aferiu indiretamente estas bases de cálculo de contribuições sociais previdenciárias e para outras entidades de acordo com o disposto no § 6º, do artigo 33, da Lei nº 8.212/1991.

A base de cálculo para fins de incidência da contribuição previdenciária foi calculada pela multiplicação da quantidade de ações adquiridas pela diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício (participação do empregado) na data de subscrição, qual seja, a dada da reunião do conselho de administração.”

(Processo Administrativo nº 13864.720104/2017-72: Acórdão nº

2201-005.918, 1ª Turma Ordinária, 2ª Câmara, 2ª Sessão de Julgamento, publicado em 2.3.2020.)

No Acórdão nº 2201-005.918, vale notar que o CARF analisou situação na qual a fiscalização tinha plena ciência e reconheceu que as opções foram precificadas pelo modelo *Black & Scholes* e contabilizada como despesa conforme determina o CPC 10 (R1). Não obstante, o CARF entendeu que estas opções não refletiriam de forma correta a remuneração percebida pelos empregados.

A base de cálculo eleita pela Fiscalização, portanto, seria o *spread*⁷, isto é, a diferença entre o valor de mercado da ação e o preço de exercício na data da subscrição. Esta base de cálculo, por óbvio, somente poderia ser calculada na data do exercício das opções.

É interessante que a Fiscalização não justificou as razões pelas quais entendeu que as opções não refletiriam corretamente a remuneração percebida pelos participantes, mesmo tendo tido acesso aos documentos que comprovaram exatamente como o cálculo foi feito.

A opção por se valer da aferição indireta e descartar os documentos contábeis apresentados pelo contribuinte, supostamente com base no § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212, de 24.7.1991 (“Lei 8.212/1991”)⁸, nos parece na verdade contrariar o que determina este dispositivo e os demais dispositivos contábeis.

4.6. MULTAS E DEMAIS ACRÉSCIMOS LEGAIS

Na hipótese de falta do recolhimento do IRRF ser constatada antes do prazo de entrega das declarações de ajuste anual dos participantes, a fonte pagadora estaria sujeita à exigência do valor do IRRF, acrescido de multa de ofício 75% (poderia ser exigida multa de 150% se as autoridades fiscais viessem a classificar a operação como fraudulenta) e juros de mora.

⁷ Acórdão 9101-004.587; Acórdão 1401-003.644; Acórdão 1401-003.644.

⁸ § 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Diferentemente, caso a falta do recolhimento do IRRF fosse constatada depois de encerrado o prazo de entrega das declarações de ajuste anual dos participantes, a fonte pagadora estaria sujeita tão somente à exigência da multa de ofício (75% ou 150%) e juros de mora.

No caso de não recolhimento do IRRF, e depois de encerrado o prazo de entrega das declarações, as contribuintes pessoas físicas também poderiam ser demandadas a pagar o valor do principal do IRPF, acrescido de multa de ofício (75% ou 150%) e juros de mora.

Por outro lado, caso os valores tivessem a qualificação de ganhos de capital, eles estariam sujeitos à alíquota exclusiva de 15% do Imposto sobre a Renda, hipótese na qual a responsabilidade pelo recolhimento do imposto seria do próprio contribuinte⁹ residente no Brasil. O valor do ganho de capital é a diferença entre o custo de aquisição do contribuinte e o preço recebido por conta da alienação do ativo¹⁰.

⁹ Nesse caso, o imposto deve ser recolhido aos cofres públicos até o último dia útil do mês subsequente ao da apuração do ganho de capital.

¹⁰ Os ganhos de capital que sejam iguais ou inferiores a R\$ 35.000,00 estão isentos do Imposto sobre a Renda. No caso de ações listadas na Bolsa de Valores, o limite dessa isenção é reduzido para R\$ 20.000,00

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que os Planos de *Stock Options* podem assumir natureza jurídica distinta a depender das características que apresentem no caso concreto.

Em virtude da ausência de legislação específica que disponha sobre os referidos planos, os Tribunais brasileiros têm delimitado os parâmetros que embasam a diferenciação de seu tratamento fiscal, seja como uma (i) operação mercantil, sujeita à tributação sob a forma de ganho de capital; ou como (ii) remuneração do colaborador, sujeita a tributação sob a forma de rendimentos.

Dessa forma, a jurisprudência tem se consolidado no sentido de que os planos permitirem o recebimento ou a aquisição de ações a preço simbólico ou a título gratuito, sem que exista um risco efetivo para o participante ou facultatividade na adesão, devem ser considerados como remuneração.

Por outro lado, possuem natureza mercantil os planos que concedem aos funcionários uma legítima opção de investimento com graus variados de risco, a valores mais vantajosos, mas não discrepantes do mercado, de forma facultativa. Quanto maior o risco para o participante do SOP, mais fácil se torna afastar a caracterização de possíveis ganhos como compensação pelos serviços prestados.

Na visão da Receita Federal, a previsão de um *lock up period* aumenta o risco do negócio para o participante, conferindo natureza mercantil ao Plano. Contudo, em conformidade com a doutrina especializada, o *lock up* não deve ser compreendido como elemento imprescindível para a caracterização de um SOP de mercantil.

Além da compulsoriedade e gratuidade da concessão das ações, são características que configuram a relação laboral: (i) contraprestatividade, caso seja comprovado que os pagamentos são realizados em retribuição aos serviços prestados pelo empregado beneficiário; e (ii) habitualidade, caso os planos sejam oferecidos de forma recorrente.

Na hipótese de os pagamentos decorrentes do SOP serem tidos como “remuneração”, eles devem ser computados nas bases de cálculo das contribuições previdenciárias e se sujeitarem ao IRPF a alíquotas progressivas de 0% a 27,5%,

enquanto uma operação mercantil teria um ganho tributado a alíquotas de 15% a 22,5%, sem incidência de contribuições previdenciárias.

Sendo esse o cenário jurídico que envolve os aspectos fiscais aplicáveis aos *Stock Option Plans*, resta evidente a necessidade do Poder Legislativo, no âmbito de suas atribuições constitucionais, passar a regulamentar a matéria, de modo a mitigar a insegurança jurídica que decorre da ausência de parâmetros legais a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

- BRITTO, Felipe Lorenzi de. D.; FIGUEIREDO, Fernanda. B.; BUENO, Iva.Maria. **Stock options: os planos de opção de compra de ações**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933792/>. Acesso em: 27 out. 2021.
- CALVO, Adriana Carrera. A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no Direito do Trabalho: "employee stock option plans". **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 9, p. 1126 - 1130, set., 2005.
- CARRAMASHI, Bruno Macorin; 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. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2015. p. 91-116.
- CATÃO, Marcos André Vinhas. Tributação de stock options. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 127, p. 57-67, abr. 2006.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.197.
- 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. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2015. p. 117-154.
- DA CUNHA, Luiza Fontoura. Stock Options: uma Análise sobre sua Tributação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n.º 203, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012. p.725, vol.08 nº. 01, Rio de Janeiro, 2015.
- DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. O princípio da realização da renda e a tributação de stock options. **Revista Direito Tributário Atual - RDTA**. São Paulo, n. 41, jan./ jul. 2019. p. 44-66.
- EMANUEL, Steven L. **Emanuel Law Outlines: Corporations**. New York: Aspen Publishers, 5th ed. 2005, 628p.
- FARO, Mauricio 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. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2015. p. 430-450.

FAJERSZTAJN, Bruno. Realização da renda nos planos de stock options. Uma análise na perspectiva dos beneficiários. In: ZILVETI, Fernando Aurelio (Coordenador); FAJERSZTAJN, Bruno (Coordenador); SILVEIRA, Rodrigo Maito da (Coordenador). **Direito tributário: princípio da realização no Imposto sobre a Renda - Estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira**. São Paulo: IBDT, 2019. p. 405-443.

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

FRYDMAN, Carola; SAKS, Raven. Historical Trends in Executive Compensation, 1936-2003. *Journal of Economic History*. 67p. 2007. Disponível em: http://web.stanford.edu/group/scspi/media/_media/pdf/Reference%20Media/Frydman%20and%20Saks_2005_Elites.pdf. Acesso em 30 de ago. de 2021.

GALHARDO, Luciana Rosanova; BATISTA, Diego Alves Amaral. Stock options: plano de pagamentos baseados em ações. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2015. p. 311-333.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carla de Lourdes. Stock options e hiring bonus: sua tributação e a incidência de contribuições para a seguridade social. In: Paulo de Barros Carvalho, Priscila de Souza. (Org.). **Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais**. 1ed. São Paulo: Noeses Editora, 2013, p. 133-142.

JENSEN, Michael C.; MURPHY, Kevin J. "CEO incentives – it's not how much you pay, but how". **Harvard Business Review**, 1990. Disponível em: <https://hbr.org/1990/05/ceo-incentives-its-not-how-much-you-pay-but-how>. Acessado em 14 de set. de 2021.

MARCONDES, Daniel Gustavo Peixoto Orsini. Stock options - tributação no Brasil e nos tratados internacionais. **Revista Direito Tributário Atual - RDTA**. São Paulo, n. 28, 2012. p. 24-42.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. Natureza do Stock Options no direito do trabalho. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Direito do Trabalho e Direito Empresarial: sob enfoque dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTR. p. 125-129, 2015.

MOREIRA, André Mendes; QUINTELA, Guilherme Camargos; SAVASSI, Rafael França. Plano de Stock Options: Análise esob o Prisma da não Incidência de

Contribuições Sociais. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 214, p. 32-42, 2013.

MOLERO, Leonel; MELLO, Eduardo. Derivativos: negociação e precificação. 2ed. São Paulo: Saint Paul, 2021.

OLIVEIRA, Lucas Barbosa. **Opções de compra de ações: Tributação de Stock Options enquanto pagamento baseado em ações**. 120f. Monografia – Insper, São Paulo, 2020.

OLIVON, Beatriz 2021. PGFN desiste de julgamento sobre stock options no STJ. **Valor econômico**. Online. 30/08/2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/08/30/pgfn-desiste-de-julgamento-sobre-stock-options-no-stj.ghtml>. Acesso em 25 de nov. de 2021.

PEREIRA, Daniel Queiroz; SANTOS, Lorena Miranda Pereira dos. A Natureza Jurídica das Stock Options no Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 21-50, 2 mar. 2015. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/15350>. Acesso em: 01 ago. 2021

PINTO, Alexandre Evaristo; TAKATA, Marcos. Questões controversas no regime de tributação das Stock Options: evolução histórica, regime contábil e jurisprudência do CARF. **Revista Direito Tributário Atual - RDTA**. São Paulo, n. 44, jan./abr. 2020. p. 25-52.

PRIS, **Pesquisa anual Gestão de Incentivos de Longo Prazo no Brasil**, 2019/2020, São Paulo. Disponível em: <https://pesquisadeilp.pris.com.br/>. Acesso 20 de set. 2021.

QUINTANILHA, Karolina Quintão. Análise dos stock options plans e seus reflexos tributários segundo o entendimento do conselho administrativo de recursos fiscais. In: GOMES, Marcus Lívio (Coordenador); ROCHA, Sergio André (Coordenador). **Planejamento tributário sob a ótica do CARF: análise de casos concretos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 183-220.

ROMANO, Bruno. Estudo do Plano de Stock Options à Luz das Premissas Adotadas pelo CARF. **Revista Direito Tributário Atual**, n.47. p. 122-146. São Paulo: IBDT, 2021.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCHOUERI, Luis Eduardo; LAVEZ, Raphael Assef. Planos de opções de ações (stock option plans) na jurisprudência do CARF: uma típica questão de legalidade em matéria tributária. In: GOMES, Marcus Lívio (Coordenador); ROCHA, Sergio André (Coordenador). **Planejamento tributário sob a ótica do CARF: análise de casos concretos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 221-264.

SIMÕES, Thiago Taborda. **Stock options: os planos de opções de ações e sua tributação**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2016.

SILVA, Andrea Gonçalves. **Stock Options Plan como uma forma de remuneração flexível**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-22082014-092008/publico/Andrea_Goncalves_Silva_Stock_Options_Plan.pdf. Acesso em: 01 de nov. de 2021.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Employee stock options. **Revista IOB: Trabalhista e Previdenciário**, São Paulo, v. 17, n. 199, p. 109–119, 2006.

SILVEIRA, Carmen Francisca Woitowicz da; e RAMOS, Michelly E. Paola. Stock Options e suas Incidências Tributárias. ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET** – Caderno de produção do corpo Docente e Discente. Curitiba PR - Brasil. nº 13, jan-jun/2015.

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

VITO, Mariana Neves de; SOUZA, Luciana Simões de. Stock Options e Demais Planos de Ações - Ed. 2015. Revista dos Tribunais, 2015.

WANDERLEY, Thiago Barbosa. Stock Option: não incidência da Contribuição Previdenciária e Momento da Incidência do IRPF. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Dialética, n.º 238, 2015.

ZILVETI, Fernando Aurelio; CHARNESKI, Heron. Stock option: aproximações possíveis e distanciamentos necessários entre o direito e a contabilidade. In: PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fabio Pereira da; VETTORI, Gustavo G.; MURCIA, Fernando Dalri. **Controvérsias jurídico-contábeis (volume 2)**. São Paulo: Atlas, 2021. p. 189-209.