

Afinal uma boa notícia sobre tributação de planos de Stock Options

As primeiras experiências com o tema dos planos de *Stock Options*, no Brasil, remontam a fins da década de 1980 e início da década de 1990, quando subsidiárias de empresas estrangeiras, especialmente norte-americanas, as quais tinham suas ações cotadas em bolsa, atribuíam a seus empregados o direito de



Elidie Palma Bifano
professora e advogada

Essa concessão tinha origem em regras de boa governança corporativa, pois

mostravam a preocupação das empresas com seus colaboradores e assim acrescentavam esse novo atributo a ser apresentado a eventuais interessados na compra de suas ações. Com isso, empregados e administradores tinham acesso às ações das empresas onde atuavam, passando a ostentar a posição de acionistas dessas entidades, participando da riqueza que um dia viriam a compartilhar com outros acionistas, sob a forma de dividendos.

Essa prática de outorgar o direito de optar pela compra de ações espalhou-se pelo mercado de tal sorte que hoje é corriqueiro que as empresas, companhias abertas ou não, mantenham um plano de outorga de opções de compra de ações aos empregados e administradores.

O plano de outorga do direito de comprar ações a funcionários e administradores está previsto na lei brasileira contido, sob a denominação de opção de compra de ações, na Lei n. 6404/76, Lei das Sociedades por Ações, art. 166, III que dispõe poder o capital social ser aumentado pela conversão em ações de opções de compra e art. 168, § 3º que permite ao estatuto da companhia, dentro do limite de capital autorizado e de acordo com plano aprovado pela assembleia geral, contemplar a possibilidade de outorga de opção de compra de ações.

A concessão de opções de compra tem a natureza de um incentivo destinado a associar pessoas ao sucesso dos negócios que elas mesmas constroem. O principal objetivo do incentivo é a concessão do direito de adquirir ações emitidas pela companhia, nos termos contratados, a pessoas para tanto designadas em contrato ou plano de outorga de opções de compra de ações. A motivação imediata desses



planos é atrair e reter pessoas e a motivação de médio/longo prazos é permitir a participação no sucesso da entidade mediante a democratização do capital.

A concessão do direito de optar é gratuita, residindo sua maior vantagem na expectativa, para seu detentor, de um ganho contingente, futuro e indeterminado, em caso de valorização das ações, relativamente ao preço de aquisição garantido pelo plano e o valor de venda, tudo a depender do cumprimento das condições previamente ajustadas. O ganho deve ser tratado como contingente, a nosso ver, porque o exercício da opção, apenas, não garante ao integrante do programa um ganho efetivo, uma vez que somente a venda da ação por valor superior ao de compra permitirá ao beneficiário embolsar, de fato, o ganho. O simples exercício da opção pelo valor ajustado não permite obter esse resultado.

A sociedade que introduz plano dessa natureza tem a expectativa de comprometimento dos beneficiários com a obtenção de resultados dos quais eles poderão, futuramente, desfrutar. Considerando esses objetivos, é possível dividir o plano em fases ou momentos, a saber: (i) outorga de opção de compra ou momento da concessão ao beneficiário do direito de, em data pré-determinada e a um valor pré-fixado, comprar ou subscrever certa quantidade de ações; (ii) exercício da opção ou momento no qual o beneficiário exerce a opção de compra das ações, nos termos já definidos, tornando-se proprietário de ação; (iii) venda das ações ou momento em que o beneficiário aliena as ações, respeitado, se houver, o prazo de negociação.

No exterior, especialmente em países de direito anglo saxônico, em que a substância econômica do negócio prevalece, em termos de interpretação, o plano de concessão de ações é considerado como forma para complementar a remuneração do beneficiário, visto que sob a ótica dessa legislação, todas as relações entre empregador empregado sempre decorreriam do contrato de trabalho. Com isso os resultados dos planos de outorga de ações são remuneração de seus beneficiários, sendo o primeiro momento em que essa remuneração é calculada, aquele do exercício da opção de compra e seu montante o equivalente à diferença entre o valor pago, garantido contratualmente, e o valor de mercado na data.

No Brasil o Tribunal Superior do Trabalho tem examinado esse tipo de contrato e, de longa data, considerado os planos de concessão de opção de compra de ações como de natureza não salarial, visto que não são contrapartida de trabalho do empregado, ainda que contratados em decorrência do vínculo que ele mantém com a sociedade que o concede. Aduzem esses tribunais que embora a opção seja oferecida aos empregados para aquisição de ações da empresa por um custo abaixo do mercado, no momento do exercício ele, empregado, assume a titularidade das ações, como proprietário, ficando elas sujeitas à volatilidade desse mercado. Nessas condições, eventual diferença, lucro ou ganho, entre o custo de aquisição predeterminado na opção e o valor de mercado na data da aquisição não tem natureza salarial pois decorre do negócio e não dos serviços prestados pelo empregado. Com isso eventuais ganhos em planos de compra de ações, pelos empregados, não se submetem aos encargos trabalhistas.



Do ponto de vista tributário, essa interpretação do TST não vem sendo, entretanto, acompanhada quer pela Secretária da Receita Federal do Brasil, quer pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), tanto no que tange às contribuições previdenciárias, como em relação ao Imposto sobre a Renda. O fato é que tem prevalecido entendimento, por parte das autoridades fiscais, no sentido de que a concessão do *stock options* resulta, sempre, em um complemento salarial. Isso se agravou, como será visto, à medida que as novas práticas contábeis adentram no Brasil.

De fato, com a entrada em vigor da Lei n. 11638/07, os padrões contábeis internacionais foram incorporados à legislação societária brasileira, passando o art. 187, VI, da Lei n. 6404/76, a tratar como apropriação de lucro as participações de empregados e administradores, ainda que sob a forma de instrumentos financeiros, ou seja, pagamento em ações, desde que não se caracterizasse como despesa. Dessa forma depreende-se que a entrega de ações aos empregados, nos termos da lei societária, pode ser feita sob a forma de remuneração, quando será despesa, ou como participação societária.

Essa determinação da lei societária foi acompanhada da edição do Pronunciamento n. 10 (R1), de 16/12/2010, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), que trata do reconhecimento do pagamento baseado em ações, exigindo que ele esteja refletido no resultado e no balanço patrimonial da entidade, *"incluindo despesas associadas com transações por meio das quais opções de ações são outorgadas a empregados"*. Observe-se que o CPC 10 se alinha a uma interpretação econômica dos planos de outorga de opções de compra de ações pelos empregados quando esclarece em seu item 12 que *"via de regra, ações, opções de ações ou outros instrumentos patrimoniais são outorgados aos empregados como parte do pacote de remuneração destes, adicionalmente aos salários e outros benefícios"*.

Ora, como é sabido, os novos padrões contábeis, os IFRS¹, foram construídos em países de direito anglo-saxônico que buscam o fim econômico pretendido com o negócio jurídico, diversamente dos fundamentos da legislação brasileira que busca a causa jurídica dos negócios ou a sua função. Com a adoção dos IFRS, no Brasil, as autoridades fiscais entenderam ter encontrado um novo fundamento para tratar os planos de *stock options* como forma de remunerar os empregados e, dessa forma, submeter seus frutos à incidência da contribuição previdenciária bem como do Imposto sobre a Renda no que se refere à diferença entre o valor da opção e o valor de mercado, no momento do exercício da opção.

Destaque-se que a própria Comissão de Valores Mobiliários também trata da divulgação, nas demonstrações contábeis, dessas transações como pagamento baseado em ações. É o que se observa no Formulário de Referência, documento que as companhias abertas devem preencher, o qual mantém um quadro, no item 14.3, que se intitula como destinado à descrição da política de remuneração dos empregados da emissora com opções de compra.

A Lei n. 12973/14, que alterou a legislação tributária para adaptá-la às novas práticas contábeis, dispõe em seu art. 33 que 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.

Essa determinação, a nosso ver, não trata do negócio jurídico voltado à outorga do direito de optar pela



compra de ações, senão que do pagamento em ações, de serviços prestados, logo são moeda de pagamento, deixando de tratar, pois, da hipótese consagrada pelos tribunais trabalhistas da concessão de ações, mediante desembolso de preço, por parte do beneficiário, o que o torna acionista da sociedade e afasta, nessa operação, a condição de empregado. Ainda, o art. 33, em referência, volta-se ao tema da dedutibilidade do pagamento da remuneração, quando essa despesa estaria, de fato, concretizada. Nessa condição, em que as ações operam como meios de pagamento de obrigações da sociedade com seus empregados, ninguém tem dúvidas de que há incidência de todos os encargos trabalhistas e tributários.

O que realmente preocupa o contribuinte, seja o empregado seja a empresa, diz respeito à reiterada posição dos tribunais administrativos no sentido de que os contratos de outorga de opção de compra de ações, aos empregados, têm a natureza remuneratória, associados que estariam ao contrato de trabalho. Com isso, entendem as autoridades fiscais que a diferença entre o valor de exercício, como contratado, e o valor de mercado, no momento do exercício da opção, representa remuneração do beneficiário sujeita à incidência da contribuição previdenciária conforme a Lei 8212/91, art. 22, I.

No que tange ao Imposto sobre a Renda, as autoridades têm entendido que o fato de beneficiários adquirirem, no momento do exercício da opção, as ações por um preço menor que o valor de mercado, geraria uma vantagem patrimonial que deve ser tributada. Ocorre que o Imposto sobre a Renda incide, na forma do art. 43, do Código Tributário Nacional, sobre acréscimo patrimonial, disponível, e o conceito de disponibilidade implica que dele possam ser retirados os tributos devidos. Em síntese, não há capacidade contributiva meramente potencial, ou esperada, ou decorrente da simples possibilidade de se vir a ter renda disponível, e é isto que ocorre, em nosso entendimento, com a diferença entre o valor contratado da opção e o valor de mercado, nitidamente uma renda não realizada, visto que indisponível para seu beneficiário no momento do exercício. Com isso é possível afirmar-se que somente haverá renda tributável quando o detentor da opção, de fato, realizar a venda da ação, a qual ele optou por adquirir no momento do exercício.

O que se infere é que toda essa confusão gerada nos tribunais administrativos decorre da busca de soluções que desconsideram a legislação brasileira e se baseiam em interpretação econômica dos contratos ou em práticas contábeis, também oriundas de países que se pautam por interpretação econômica dos fatos tributáveis.

No âmbito do Poder Judiciário, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região TRF3 oscila entre decisões favoráveis aos contribuintes, considerando que o contrato de concessão de opção de compra de ações tem natureza mercantil em função do risco, onerosidade e voluntariedade na adesão ao plano e decisões desfavoráveis, não unânimes, que consideram tais contratos como de natureza remuneratória por estarem vinculados ao contrato de trabalho por força da relação anterior que empresa e investidor mantém.

Em todo esse cenário complexo, a grande novidade que se tem sobre a matéria é o reconhecimento pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no acórdão n. 2402-010.654, 12.11.2021 (2ª Turma Ordinária, 4ª Câmara, 2ª Seção), do caráter mercantil dos planos de *stock options*. Assim, foi determinado o cancelamento do lançamento fiscal de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, lavrado com base no já tradicional argumento de que as ações recebidas pela pessoa física em decorrência de plano *stock options* caracterizaria remuneração pelo trabalho prestado. A decisão decorreu da aplicação do art. 19-E, da Lei n. 10522/02, o qual dispõe que em caso de empate no julgamento do processo



administrativo, voltado à exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade (art. 25 do Decreto nº 70.235/72), assim resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte.

Acompanhando o padrão comportamental das autoridades fiscais, a decisão de 1ª Instância estava suportada no CPC 10(R1), já citado, norma contábil que trata esse plano como parte da remuneração dos beneficiários. O voto condutor da decisão reconhece a natureza mercantil dos planos de *stock options*, mas destaca que cada situação deve ser observada e analisada com cautela e individualmente. A conclusão do Carf, pela natureza mercantil do negócio jurídico firmado entre empregado e empresa, acompanha as decisões dos tribunais trabalhistas e parte da jurisprudência do TRF3. Espera-se que essa decisão, embora decorrente de desempate, sirva de parâmetro para a discussão da contribuição previdenciária, pois se remuneração não há tampouco contribuição previdenciária haverá.

Observe-se o quão difícil é mostrar que, sob a lei brasileira, esse contrato com os empregados não tem natureza salarial, sendo de livre escolha de cada um deles participar ou não, o que seria impossível se, de fato, fosse salário que é direito passivo do empregado, garantido constitucionalmente. E tudo isso depois do TST decidir, reiteradamente, que tais negócios jurídicos não têm natureza remuneratória. Apesar de extraída mediante afastamento do voto de qualidade essa decisão é, sem dúvida, um primeiro passo importante para garantir que esse negócio jurídico, hoje corriqueiro, possa prosperar e ser firmado com a tranquilidade que as partes desejam, no que tange ao Imposto sobre a Renda e a contribuição previdenciária, assim confirmando que prática contábil não pode gerar obrigação tributária.

1 *International Financial Reporting Standards*

Meta Fields