



A TRIBUTAÇÃO DOS PLANOS DE OPÇÕES DE COMPRA DE AÇÕES PARA EMPREGADOS - UMA ANÁLISE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA.*

Marcio Henrique Sales Parada**

Resumo

Os planos de *stock options* tiveram origem nos Estados Unidos da América, graças à presença de fatores como o desenvolvimento do mercado mobiliário e a clara separação entre a propriedade das empresas e o controle das mesmas. No Brasil, estudiosos do assunto apontam que as opções de compra de ações para empregados vêm crescendo em função da globalização, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o país, principalmente na área de tecnologia. A Receita Federal do Brasil tem entendido, ao analisar planos de opções de compra de ações, que o fato da legislação das S.A. ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Destaca-se que existe diferença entre opções de ações comuns e esta opção para trabalhadores. A análise do risco negocial, dentre outros, é elemento fundamental para a definição da natureza desses planos. De outro lado, o Tribunal Superior do Trabalho - TST tem decidido, de forma praticamente unânime, que a integralização das ações pelos empregados, em razão de planos de opção de subscrição de ações, não configura verba de natureza salarial, devido a algumas características, especificadas. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) vem se debruçando sobre a questão da tributação das *stock options*, representadas por planos de outorga de opções de compra de ações a preços pré-fixados, pelas companhias, a seus próprios empregados, diretores e administradores. Mais recentemente, vem se aprofundando nos casos para resolver também quando ocorre o fato gerador e qual é a base de cálculo, enquanto aspectos da hipótese de incidência do eventual tributo.

Palavras-chave: aquisição de ações. empregados. tributação. fato gerador. base de cálculo.

* Artigo submetido em 18 nov. 2016 e aceito para publicação em 13 dez. 2016.

** Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil. Conselheiro no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF/MF

TAXATION OF THE STOCK OPTIONS PLANS FOR EMPLOYEES - AN ANALYSIS OF THE TAX LIABILITY HYPOTHESIS.

Abstract

The stock options plans has its origin in the United States of America, due the presence of factors such as the development of stock markets and the strong difference between ownership and control of the companies. In Brazil, scholars say that the stock options plans for employees have grown due to transfer of international companies to this country, mainly in the field of technology. The Federal Revenue Service has understood, analyzing stock options plans, that the fact that corporate law allows for this possibility of payment, does not exclude it from the concept of salary. It is important to highlight the differences between market stock options and the employee stock options. The presence or not of the business risks involved, among others, is a fundamental component to define the actual nature of these plans. On the other hand, the Brazilian Superior Court of Labor (TST, as acronym in Portuguese) has been deciding, almost unanimously, that the purchase of shares by employees, in the context of stock option plans, does not represent salaries or compensatory earnings, observing some specific characteristics. The Administrative Court of Tax Appeals (CARF, as acronym in Portuguese) is also analyzing the question of the taxation of stock option plans, represented by the possibility of employees acquiring shares with favorable conditions in relation to market conditions. More recently, there has been a deeper analysis of the question, in order to find a solution concerning how to define the correct time of the taxable event and the taxable amount, to configure the complete tax liability hypothesis.

Keywords: stock options. employees. taxation. time of the taxable event. taxable amount.

Introdução

Uma *stock option* é um privilégio, concedido por uma parte a outra, que dá ao comprador o direito, mas não a obrigação, para adquirir uma ação por um preço combinado, dentro de certo período de tempo. De forma bem simples, é um contrato de opção de compra de ações que confere ao titular o direito de comprar ações a um preço determinado (preço de exercício), em uma determinada data (data de vencimento da opção). *American options* (opções americanas) as quais representam a maioria do mercado, podem ser exercidas a qualquer tempo entre a data da oferta e a expiração do prazo da opção. De outra forma, *European options* (opções europeias) são ligeiramente menos comuns e podem somente ser adquiridas após a expiração de determinado prazo, ou seja, o exercício antecipado do direito de compra não é permitido.

A ideia comercial é que o comprador acredite que o valor da ação vá crescer, enquanto o vendedor pensa em contrário.

O recurso a planos de *stock options* surgiu nos Estados Unidos da América¹ e tem se expandido pelo resto do mundo, tornando-se uma prática corrente nas empresas. A oferta de opções de compra de ações enquanto componente de políticas de remuneração foi de início implementada apenas em relação a administradores executivos, os chamados CEO's (acrônimo para o inglês *Chief Executive Officer*), tendo mais tarde expandido o seu âmbito de aplicação ao restante da cadeia hierárquica, inclusive trabalhadores, apesar de se verificar que a aplicação mais relevante continua a ser em relação aos primeiros.

Para compreender a sistemática é preciso que sejam conhecidos os conceitos de 'outorga', 'opção', 'maturação', *vesting* (carência), 'exercício', e suas respectivas datas e condições de ocorrência. Necessário se faz também que sejam tratados os valores do 'preço justo' da ação e do 'preço do exercício' da opção, a fim de que se conclua sobre o eventual ganho, quantificando-o. Chama-se de 'prêmio' o valor que a pessoa interessada em adquirir uma *stock option* paga por esse direito de comprar as ações no futuro, por um preço pré-determinado.

Vêm-se identificando duas vertentes dessa concessão de opções de compra de ações: as *stock options* mercantis e as chamadas *employee stock options* (opções de compra para empregados). As *stock options* mercantis podem ser negociadas tanto em bolsa de valores, quanto em mercado de balcão. Após o lançamento da opção, comprador e lançador não

¹ HALL, Brian J. **What you need to know about stock options**. Harvard Business Review. março-abril, 2000. Disponível em: <<https://hbr.org/2000/03/what-you-need-to-know-about-stock-options>>.

interagem, sendo a liquidação realizada por meio de uma câmara ou caixa de liquidação. As opções de compra para empregados são similares às primeiras, com algumas diferenças fundamentais. Por exemplo, elas têm sempre um bem especificado tempo de maturação, o que significa que o empregado deve permanecer na companhia por um período determinado, antes que ele adquira o direito de exercer sua opção de compra.

No Brasil, estudiosos do assunto apontam que as opções de compra de ações para empregados vêm crescendo em função da globalização, devido à transferência de investimentos de empresas estrangeiras para o país, principalmente na área de tecnologia².

No momento, verifica-se então, em relação a essa sistemática, a necessidade de estudar sua natureza, se remuneratória ou negocial, para fins de incidência da tributação. Isso porque a Receita Federal do Brasil (RFB), nos últimos anos, vem realizando várias autuações em empresas que ofereceram planos dessa espécie a empregados. Os autos de infração estão sendo julgados no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), onde, além da questão da natureza dos planos, está-se analisando, mais recentemente, para os casos em que se entende terem caráter remuneratório, o correto momento da ocorrência do fato gerador do tributo e a base de cálculo a ser considerada.

Os planos de opção de compra de ações para empregados, sua natureza, a tributação dos ganhos auferidos e os aspectos dessa hipótese de incidência tributária são, portanto, a espinha dorsal deste artigo.

1. *Stock options* para empregados. Natureza. Tributação.

Os planos de opções de compra de ações para empregados da companhia possuem duas partes: o empregado e o empregador. O plano pode ser concedido a um executivo, um diretor ou um trabalhador comum. No ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de conferir ações a empregados tem a seguinte previsão, na Lei nº 6.404, de 1976:

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

² CALVO, Adriana. **A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho - 'employee stock options plans'**. Disponível em:
<http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=246>

Parágrafo 3º. O estatuto pode prever que a companhia, dentro do limite do capital autorizado, e de acordo com o 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 à sociedade sob seu controle.

As empresas que os adotam vêm sustentando que o que esses planos permitem aos participantes é uma oportunidade de adquirir ações da companhia, mediante contrato oneroso e voluntário, portanto de natureza mercantil, e que os possíveis ganhos viriam apenas após o exercício das opções outorgadas e conseqüente venda das ações eventualmente adquiridas pelos participantes em mercado. Não existe, assim, fato imponible de obrigação tributária relativo a remunerar por serviços prestados. A circunstância de serem todos os participantes diretores ou empregados do detentor das ações decorreria de expressa disposição de lei, acima transcrita.

Para operacionalizar esta forma de bonificação, as empresas aprovam, mediante assembléia geral, um plano de opções de compra de ações, o qual apresenta, normalmente, as seguintes diretrizes: a) a quantidade de ações que serão disponibilizadas para o plano; b) as pessoas que serão contempladas e a quantidade de ações a que terão direito; c) o período de carência (*vesting*); d) o preço do exercício e e) as condições para aquisição do direito.

Normalmente, a concessão de inclusão no programa busca serviços considerados estratégicos e empregados considerados "talentos" e está condicionada ao cumprimento de metas de performance e redução de custos. Nem todos os cargos são elegíveis e será firmado contrato individual com cada participante. O preço de exercício das opções será fixado com base nos valores de mercado anteriores à data de sua concessão. Chama-se de prêmio o valor que a pessoa interessada em adquirir uma *stock option* paga por esse direito de comprar as ações, no futuro, por um preço pré-determinado - é possível que esse valor seja zero ou insignificante. O exercício da opção é realizado após o vencimento de cada carência e o preço do exercício será pago à vista. A quantidade efetiva das opções que serão outorgadas a cada beneficiário será definida em função da avaliação de seu desempenho, em cada nível hierárquico.

A Receita Federal do Brasil vem entendendo, ao analisar planos de opções de compra de ações que datam do período compreendido entre 2007 e 2010, cujas autuações foram realizadas entre 2012 e 2014, que o fato da legislação das S.A. ter previsto essa modalidade de pagamento,

não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Indica-se, nesse ponto, que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212, de 1991, sendo necessário aprofundar-se nos fatos e características de cada plano aprovado em assembléia geral, para constituição de créditos tributários, com o fito de evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, simplesmente chamando-as de *stock options*.

Para concluir pela natureza salarial dessa outorga de opções de compra de ações, como espécie de remuneração a médio e longo prazo, aponta-se que existe diferença entre opções de ações comuns e esta opção para trabalhadores, porque naquela o comprador deve pagar para ter direito a comprar as ações da companhia por preço pré-fixado e, se ao final do período de carência, a ação estiver com preço de mercado abaixo daquele estipulado, perderá (prejuízo) o valor pago, enquanto que na segunda o trabalhador não paga nada pelo direito de comprar ações da empresa. Assim, mesmo que o valor da ação no mercado esteja abaixo do valor pré-fixado, na data em que poderia exercer sua opção, ele nada perderia, ou seja, só corre o risco de ganhar, não corre o risco de perder. Caso a ação esteja abaixo, o trabalhador nada perde; acima, sempre ganha.

Análise do risco negocial é elemento fundamental para a definição da natureza desses planos. Vejamos que as *stock options* comuns são operações realizadas entre partes iguais, o que não é o caso das opções que vêm sendo oferecidas pelas empresas a seus trabalhadores. Numericamente, a principal diferença está no fato do trabalhador não pagar nada pelo direito de comprar as ações da empresa.

Por exemplo, uma empresa que tem ações no mercado valendo R\$ 100,00 (cem reais) pode comercializar opções de compra por R\$ 10,00 (dez reais), fixando o preço futuro de suas ações em Bolsa de Valores em R\$ 50,00 (cinquenta reais), com prazo máximo de exercício de um ano. Ao término do prazo, caso a ação esteja valendo R\$ 90,00, o titular pode exercer seu direito de compra por R\$ 50,00, lucrando R\$ 30,00 (90 - 50 - 10). Mas se ação estiver valendo menos de R\$ 50,00, ele não compra, o prazo termina e ele perde os R\$ 10,00.

Nas opções para empregados, a empresa abre mão de receber os R\$ 10,00. Assim, se ao término do prazo a ação estiver valendo mais de R\$ 50,00, ele compra e lucra. Se estiver valendo menos, ele simplesmente não compra, mas nada perde. Em alguns casos, existe a fixação de um

preço vil, irrisório em relação ao valor da ação, na tentativa de driblar essa argumentação do risco.

Aponta-se ainda que os planos de opções de ações para trabalhadores estão sujeitos a regras que podem ser ajustadas às necessidades específicas da companhia, não são transacionáveis nem podem ser objeto de cessão por qualquer forma. Ainda, os planos possuem disposições que visam a reforçar a ligação entre a empresa e o trabalhador. Assim, os objetivos para a companhia negociar essas ações com seus empregados seriam: motivação, retenção de talentos, vinculação de performance, redução de conflitos e imposição de critérios de avaliação.

Segundo Alice Monteiro de Barros³:

As stock options constituem um regime de compra ou de subscrição de ações e foram introduzidas na França em 1970, cujas novas regras encontram-se na Lei n. 420, de 2001. Não se identificam com a poupança salarial.

O regime das stock options permite que os empregados comprem ações da empresa em um determinado período e por preço ajustado previamente. Se o valor da ação ultrapassa o preço, o beneficiário obtém lucro e, em consequência, duas alternativas lhe são oferecidas: revender de imediato a mais valia ou guardar os seus títulos e se tornar um empregado acionista. A primeira alternativa tem encontrado a preferência dos empregados (cf. Pierre Hanotaux. Poupança Salarial e Stock options. Revista Synthesis 37/2003, p. 93. Tradução e resumo de Eliane Pedroso).

Na opinião da renomada autora, no Brasil essas opções de compra de ações não representam um complemento da remuneração, mas um meio de estimular o empregado a fazer coincidir seus interesses com o dos acionistas, ressalvando que em sentido oposto é a jurisprudência espanhola, que lhe atribui feição salarial.

Uma das mais importantes características desses planos, que os restringem, é a existência do chamado *vesting period* ou período de carência, que se constitui em um intervalo de tempo no qual o empregado deve esperar para poder exercer seu direito de compra das ações. Nesse período, o empregado beneficiário deve permanecer na companhia, inclusive sendo-lhe

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo : LTr, 2006, p.746.

estabelecido o cumprimento de metas de desempenho. Ou seja, não basta ser empregado, mas deve ser um "bom empregado".

Outra importante distinção em relação às *stock option* comumente negociadas em mercado de renda variável (bolsa de valores), é que lá estão disponíveis a qualquer investidor, não havendo vínculo de nenhuma natureza com a companhia dona das ações. Além disso, as opções de compra de ações adquiridas no mercado podem, via de regra, ser livremente exercidas e negociadas com terceiros imediatamente após a sua aquisição, sendo plenamente transferíveis até a data de expiração.

Noutro giro, para defender que esses planos de opções de compra de ações por administradores e empregados têm natureza mercantil, argumenta-se que o beneficiário deve adquirir as ações com seu próprio dinheiro, ou seja, a companhia não lhe empresta dinheiro para a aquisição, existe voluntariedade e onerosidade e, principalmente, que existe risco. Diz-se ainda que existe uma incompatibilidade do plano com a hipótese de incidência de contribuições previdenciárias, porque não estão presentes o caráter retributivo nem a habitualidade. As empresas alegam que os planos de opções de ações não são concedidos apenas para reter certos profissionais difíceis de substituir, mas também para proteger o investimento em capital humano e são oferecidos a trabalhadores potenciais e altamente qualificados que a companhia pretende atrair.

Além disso, dizem que os planos em questão necessitam da aceitação pelo titular, por isso baseiam-se em contrato bilateral; geram a obrigação de entregar, no futuro, ações mediante o pagamento de preço pré-estabelecido; a empresa não efetua qualquer espécie de pagamento aos participantes; as opções decorrem da celebração de contrato mercantil que não pode ser confundido com uma opção de mercado, na medida em que representa mera promessa de compra/venda, não sendo apreciável economicamente.

Entretanto, não se enxerga que haja compartilhamento dos riscos do negócio. Existe a possibilidade de receber um *plus* pelo sucesso da companhia ou não. Assim, não há risco de perder, mas apenas o risco de "não ganhar". Destaco que esse é apenas um artifício de retórica, para clarear a situação, pois há quem diga que ou há risco, ou não há.

Mas, então, é preciso definir qual é o objeto do risco. Se o objeto do risco é o *plus* nas vantagens oferecidas pela companhia ao empregado ou se o objeto do risco é o resultado de

mercado no preço das ações da companhia. Em relação ao primeiro, existe a possibilidade apenas de ganhar uma vantagem adicional. Em relação ao segundo, o participante do plano, na forma como se colocou, não corre qualquer risco, porque receberá seu salário nos termos do contrato e da legislação trabalhista. Assim, não se pode dizer que haja compartilhamento dos riscos do negócio, mas a possibilidade de ter seus ganhos aumentados em razão do sucesso da companhia, do qual participa em função de seu trabalho, seu empenho, sua fidelidade e sua capacidade.

Se por um lado uma *stock option* que não é exercida ou cujo valor de exercício encontra-se superior ao valor dos ativos no mercado à vista (*out of money*), nada mais é do que mera expectativa de direito para o beneficiário, esse nada ganhou, nada auferiu, não experimentou alteração patrimonial alguma. Em sentido contrário, se exerceu a opção, porque no momento em que se preencheram as condições para o exercício a situação de mercado era vantajosa, ganhou, auferiu, teve acréscimo patrimonial!

A partir do momento do exercício da opção, não mais interessa o resultado que o participante do plano poderá auferir, porque as utilidades já deixaram a esfera patrimonial da detentora das ações e passaram a ser suas. Se o preço da ação vai subir ou descer, não está mais ao alcance da relação entre a companhia e o empregado. Feito o exercício das opções de compra, o risco é suportado apenas pelo trabalhador, sem qualquer bilateralidade com a empresa.

Então essa questão da venda futura seria totalmente inalcançável pelas contribuições sociais previdenciárias, ela alinha-se à verificação do ganho de capital eventualmente auferido pelo beneficiário e à incidência do imposto de renda das pessoas físicas, mas o fato de ter exercido seu direito a comprar ações com valor abaixo do preço de mercado, em evidente vantagem não oferecida ao mercado em geral, ostenta natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de salário de contribuição – base de cálculo das referidas contribuições. Alienação com ganho, acima do valor pelo qual exerceu sua opção, a partir desse momento, seria outro fato gerador tributário.

Argumenta-se também que um empregado que exerça suas opções estaria sendo remunerado, mas se nunca exercer em razão de condições adversas do mercado, não o estaria sendo. Mas a opção de compra é um adicional, um *plus*, um "ganho extra", que o empregado/diretor pode vir a ter. Não significa que trabalhou sem remuneração, significa que

pode participar do eventual sucesso, mas no caso desse sucesso esperado não ocorrer, continuará a ter direito à sua remuneração contratual.

É de ser anotada ainda a questão do participante do plano ter de usar recursos próprios para adquirir as ações. No caso, ele só compra se quiser e se forem verificadas as condições vantajosas. Em se tratando de mercado de ações, é possível comprar e vender praticamente ao mesmo instante. Não se pode afirmar que haja um sacrifício de recursos próprios para exercer as opções. Não sacrifica porque se comprar e quando comprar, ele estará ganhando, já que compra algo sabidamente por preço vantajoso.

Imaginemos outra espécie de negócio, por exemplo, se uma empresa alienasse um bem qualquer a seus funcionários, como um computador ou um veículo. Também estar-se-ia diante de uma remuneração, uma vantagem retributiva?

Basta analisar as condições em que foi feita essa alienação. Se foi feita em condições de vantagem (por valor sabida e significativamente inferior ao valor de mercado), que não seriam observadas se o bem fosse alienado a terceiros ou posto à venda no balcão, e desde que esse funcionário lhe tivesse prestado serviços de excelência, fielmente, por período de tempo determinado, a vantagem só se desse em razão de sua especialidade ou capacidade laboral e cumpridas metas de desempenho funcional, a resposta é sim.

Ou seja, o objetivo não era propriamente a alienação do bem - assim como nos planos aqui em discussão, o objetivo não é propriamente a venda de ações -, mas sim conceder vantagem ao empregado/dirigente em função de determinadas características dele e ao cumprimento de condições vinculadas ao trabalho.

A doutrina trabalhista, cite-se Amauri Mascaro Nascimento⁴, traz como características do salário a essencialidade, apontando para a onerosidade do contrato de trabalho; a reciprocidade, pois se paga o salário em troca pela prestação de serviços; a sucessividade, ou seja, é pago em função de uma relação que se prolonga no tempo, o que resulta na necessidade de se pagar o salário em períodos curtos.

Registre-se que o que define a eventualidade não é a periodicidade do pagamento ou ter sido esse realizado uma ou duas vezes, pois se assim fosse a gratificação natalina seria eventual,

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. Edição fac-similada. São Paulo : LTr, 1996, p. 21.

pois é paga apenas uma única vez ao ano, ainda que dividida, mas esse pagamento é habitual. A habitualidade, no caso, está presente na necessidade do vínculo laboral, no período de tempo que o empregado deve mantê-lo para receber a vantagem. Se ele trabalha ali somente um mês, ou uma vez, eventualmente, não seria escolhido para a outorga de opções de compra das ações, certamente.

O caráter remuneratório nasce na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta.

2. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST

Observa-se, entretanto, que o Tribunal Superior do Trabalho - TST tem entendido, de forma praticamente unânime, que a integralização das ações pelos empregados, em razão de planos de opção de subscrição de ações, não configura verba de natureza salarial, por lhes estarem presentes algumas características. Vejamos:

a) inexistência de contraprestação, uma vez que o conceito de remuneração previsto no artigo 457 da CLT assim dispõe:

Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada à distribuição aos empregados

Portanto, a remuneração caracterizar-se-ia como um conjunto de retribuições concedidas habitualmente ao empregado pela prestação de serviço, seja em dinheiro ou em utilidades, decorrentes do contrato de trabalho. Alega-se que o conceito de salário está intrinsecamente ligado ao valor percebido pelo empregado em virtude das atividades executadas para o empregador. Todavia, a remuneração é composta de outras parcelas, que decorrem do contrato de trabalho celebrado entre as partes, ou seja, a pessoa só recebe porque trabalha na empresa, mas essas não estão relacionadas à retribuição direta pelos serviços prestados.

Nesse contexto, o TST tem concluído que o benefício denominado *stock option* não se enquadra em nenhuma das parcelas que compõe a remuneração, vez que, por mera liberalidade, o empregador concede ao empregado o benefício de aquisição de ações, que poderá subscrevê-las ou não, como forma de incentivo e valorização pelo serviço prestado.

Conforme esclarece o Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, relator do Recurso de Revista 122200-69.2002.5.01.0039, da 3ª Turma do TST⁵:

“(...) Não há afronta à literalidade do art.457, § 1º, da CLT a decisão regional que não reconheceu a natureza de abono ao benefício denominado stock options, uma vez que tal parcela por força tanto de cláusula do contrato de trabalho quanto de norma interna da empresa controlada do grupo econômico não tem natureza de comissão, porcentagem, gratificação ajustada, diária para viagem ou abono pago pelo empregador, mas de prêmio conferido aos empregados que se destacavam na empresa”.

b) falta de onerosidade, pois é necessário que o funcionário utilize de recursos próprios para a compra das ações, não tendo o empregador qualquer participação no ônus. Este seria um argumento central, a partir da análise das decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Conforme decisão do Ministro Mauricio Godinho Delgado, quando do julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 85740- 33.2009.5.03.0023 pela 6ª Turma do TST⁶:

⁵ Processo: RR - 122200-69.2002.5.01.0039 Data de Julgamento: 18/12/2013, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/01/2014.

⁶ Processo: AIRR - 85740-33.2009.5.03.0023 Data de Julgamento: 15/12/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/02/2011.

*(...) As "stock options", regra geral, são parcelas econômicas vinculadas ao risco empresarial e aos lucros e resultados do empreendimento. Nesta medida, melhor se enquadram na categoria não remuneratória da participação em lucros e resultados (art. 7o, XI, da CF) do que no conceito, ainda que amplo, de salário ou remuneração. **De par com isso, a circunstância de serem fortemente suportadas pelo próprio empregado, ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa, mais ainda afasta a novel figura da natureza salarial prevista na CLT e na Constituição.** De todo modo, torna-se inviável o reconhecimento de natureza salarial decorrente da possibilidade de compra de ações a preço reduzido pelos empregados para posterior revenda, ou a própria validade e extensão do direito de compra, se a admissibilidade do recurso de revista pressupõe o exame de prova documental - o que encontra óbice na Súmula 126/TST.*

*(...) O programa pelo qual o empregador oferta aos empregados o direito de compra de ações (previsto na Lei de Sociedades Anônimas, n. 6.404/76, art. 168, § 3º) não proporciona ao trabalhador uma vantagem de natureza jurídica salarial. Isso porque, embora a possibilidade de efetuar o negócio (compra e venda de ações) decorra do contrato de trabalho, **o obreiro pode ou não auferir lucro, sujeitando-se às variações do mercado acionário, detendo o benefício natureza jurídica mercantil.** O direito, portanto, não se vincula à força de trabalho, não detendo caráter contraprestativo, não se lhe podendo atribuir índole salarial. (destacou-se)*

c) caráter mercantil da operação pois, ao aceitar o plano, o empregado participaria dos riscos inerentes do negócio, sublinhando a jurisprudência do trabalho que não há garantia alguma contra perdas decorrentes das flutuações do preço das ações. Assim, o plano tornar-se-ia ato negocial da esfera civil/empresarial. Conforme esclareceu o Desembargador do TRT da 2ª Região, Sérgio Pinto Martins, no acórdão 20030145141⁷:

O exercício da opção de compra de ações pelo empregado envolve riscos, pois ele tanto poderá ganhar como perder na operação. Trata-se, portanto, de operação financeira no mercado de ações e não de salário. Não há pagamento

⁷ TRT/SP - 20010255561 - RO - Ac. 3ªT 20030145141 - Relator Desembargador Sérgio Pinto Martins - DOE 08/04/2003.

pele empregador ao empregado em decorrência de prestação de serviço, mas risco do negócio. Logo, não pode ser considerada salarial a prestação.

3. A questão no direito comparado.

A par dos entendimentos jurisprudenciais acima colocados, atribui-se ao célebre investidor norte-americano Warren Buffett a seguinte frase⁸, questionando então, em termos contábeis, qual a natureza das opções:

If options aren't a form of compensation, what are they? If compensation isn't an expense, what is it? And if expenses shouldn't go into the calculation of earnings, where in the world should they go?

Os planos de *stock options* tiveram origem nos Estados Unidos da América, como se disse na introdução, graças à presença de fatores como o desenvolvimento do mercado mobiliário e a clara separação entre a propriedade das empresas e o controle das mesmas.

A primeira regulamentação em matéria de contabilização de *stock options* foi a Opinião nº 25 - "*Accounting for Stock Issued to Employee*" emanada pela APBO (*Accounting Principles Board Opinion*)⁹, nos Estados Unidos, em 1972. Considerou-se que o tratamento previsto na referida norma era de benefício contábil, o que favoreceu uma rápida difusão dos planos de *stock options* naquele país. Porém, logo verificou-se a introdução de novos modelos matemáticos de valoração, em harmonia com as normas contábeis internacionais.

O APBO nº 25 classificava os planos de *stock options* em duas categorias: não remuneratórios e remuneratórios. A primeira categoria, como reportam os estudos de Freeman, Larsen (2011), compreendia os planos destinados a difundir as ações entre os trabalhadores. A APB sustentava serem essenciais ao menos quatro condições a fim de que se verificasse um plano não remuneratório (*noncompensatory plan*):

a) são ofertados a todos os empregados que trabalham durante certo tempo e possuem determinadas qualificações profissionais;

⁸ COOK, T. E. e NOBES, C. W., **The development of accounting in an international context: a festschrift in honor of R.H. Parker**. 1ª ed., New York : 1997, p. 185.

⁹ O *Accounting Principles Board* (APB) fizera parte do *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA). Ele fora criado em 1959 e emitiu pronunciamentos sobre princípios contábeis até 1973, quando foi substituído pelo *Financial Accounting Standards Board* (FASB). Fonte: http://en.wikipedia.org/wiki/Accounting_Principles_Board.

b) as ações são atribuídas em medida igual a todos os empregados ou mesmo em proporção à remuneração/salário;

c) o período de tempo dentro do qual é concedida a faculdade de exercício da opção é razoavelmente limitado;

d) o desconto concedido sobre o preço de mercado das ações não deve ser tão elevado em relação àquele que se tenha razoável em uma oferta destinada aos acionistas ou a terceiros.

A mesma norma contábil afirma que os planos que não possuem estas características são automaticamente definidos como remuneratórios (representam, então, uma categoria residual). Freenman, Larsen (2011) sustentam que os planos remuneratórios se definem como planos destinados a fornecer uma retribuição adicional a um seletivo grupo de empregados, geralmente altos executivos da companhia. Essa distinção, segundo a APB, tem importantes conseqüências contábeis.

Os estudos de Di Carlo (2009) reportam que um plano não remuneratório implica em aumento de capital, subscrito, entretanto, por sujeitos internos à empresa, enquanto um plano remuneratório tem natureza retributiva e, portanto, se traduz em um maior custo com pessoal. Contabilmente, realiza-se, no caso dos planos remuneratórios - aqueles que mais nos interessam aqui -, um aumento do patrimônio líquido e em contrapartida um componente negativo de receita, relativo ao maior ônus com pessoal.

A técnica contábil estabelecida na APBO nº 25 entrou rapidamente em obsolescência. No que diz respeito à metodologia de valoração, aplicava-se o "*intrinsic value method*" (método do valor intrínseco) que prevê a imputação do custo equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o preço do exercício, na chamada "*measurement date*", normalmente a data da concessão das opções (*grant date*), naqueles planos em que o trabalhador conhece o número de ações a que terá direito e o preço do exercício, previamente.

A primeira consideração a propósito desse método é que se as opções são emitidas "*at the money*" (pelo valor de mercado) ou mesmo "*out of money*" (valor acima do valor de mercado) o custo considerado será nulo (o único registro contábil seria, portanto, no momento do exercício das opções, com um aumento de capital em contrapartida de uma entrada de caixa).

Vejamos, para fins de subsidiar nossas conclusões, que, claramente, essas seriam as hipóteses mais freqüentes, uma vez que um plano de *stock options* que fosse dotado de um perfil

de fato "incentivador" deveria ser lançado *at the money*, já que destinado ao crescimento do valor acionário, ou mesmo *out of money*, se quisesse render um objetivo particularmente desafiador.

O que colocou seriamente em discussão o *intrinsic value method* foi a descoberta de um algoritmo de valoração das opções (modelo de *option pricing*) introduzido por Black e Scholes em 1973¹⁰, apenas um ano após a APBO nº 25 ser emitida.

Nas décadas seguintes, foram várias as discussões e inovações acerca da contabilização das *stock options*, entre pressões internas e, finalmente, para adaptação às IFRS (*International Financial Reporting Standards*), um conjunto de pronunciamentos contábeis internacionais publicados e revisados pela IASB (*International Accounting Standards Board*).

Na Itália, por exemplo, as empresas introduziram os planos de motivação com base em aquisição de ações por volta dos anos noventa¹¹, quando algumas características do ambiente competitivo e institucional favoreceram sua difusão. Paradoxalmente, no mesmo momento em que, nos Estados Unidos, a opinião pública e parte da doutrina começavam a colocar em discussão a eficácia desses programas, que recaíra sobre o inteiro sistema de *corporate governance* e não somente sobre a remuneração de altos diretores.

Diferentemente do Brasil, onde não existe uma legislação específica para a tributação das *stock options*, naquele país europeu o TUIR¹² (texto único do imposto de renda, equivalente ao nosso Regulamento do Imposto de Renda - RIR) contém tratamento para a matéria, tanto no que toca à apuração e registro do custo, pelas empresas, quanto da parte da tributação pelos recebedores das opções.

Em relação à dedutibilidade do custo dos planos de *stock options* houve discussões doutrinárias¹³ especialmente após a introdução das normas padronizadas da IASB, o que levou a Comissão Italiana de impostos diretos, renda das empresas e operações extraordinárias a desenvolver um aprofundamento dedicado ao perfil tributário dos ônus relativos aos planos de *stock options*, individualizando duas posições: a primeira a favor da dedutibilidade do custo no exercício de concessão das opções e a segunda defendendo que esse custo não seria

¹⁰ BLACK, Fischer and SCHOLE, Myron. *The Pricing of Options and Corporate Liabilities*. *The Journal of Political Economy*, vol. 81, n. 3, mai - jun, 1973, pp. 637-654.

¹¹ ZATTONI, Alessandro. *La diffusione dei piani di stock option in Italia: situazione attuale e prospettive future*. 2008. Disponível em <<https://iris.luiss.it/handle/11385/147634#.V8CEyqKb0vI>>

¹² *Testo Unico delle Imposte sul Reddito*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=5flyRuKfWhwC&pg=PA444&lpg=PA444&dq=commissione+italiana+sul+imposte+dirette&source>.

¹³ DEZZANI, Flavio, BIANCOME, Paolo Pietro e BUSSO, Donatela. *IAS/IFRS Manuale*. Edição 2012. Milano: *Walters Kluwer Italia*.

imediatamente dedutível, mas somente quando efetivamente sustentado, conexo com uma diminuição do patrimônio líquido, o que somente se verifica no momento do exercício da opção de compra, pelos contemplados.

Em 1º de abril de 2009 foi aprovado o Decreto do Ministério da Economia e das Finanças nº 48, que pareceu acolher a primeira tese como a mais coerente. Já o D.M de 8 de junho de 2011, o artigo 6 § 1º veio confirmar não só a dedutibilidade dos custos com *stock options* para fins de IRES (o IRPJ italiano) mas também a sua natureza de "custo com pessoal" e a sua contabilização no exercício da concessão das opções¹⁴. Também dispôs o referido Decreto sobre os efeitos da falta de exercício das opções pelos beneficiários, dizendo que "*a provisão inicial não perde sua qualificação patrimonial*"¹⁵.

Em relação ao tratamento fiscal previsto para o beneficiário das *stock options*, de início observava-se uma tendência da legislação a uma posição de favorecimento, primeiro porque o fato gerador só ocorreria quando, após o exercício das opções, as ações fossem revendidas e o rendimento daí decorrente era classificado como ganho de capital. Como a alíquota do rendimento de pessoas físicas é normalmente maior que a alíquota aplicável ao ganho de capital, se concretizava que o rendimento decorrente das *stock options* era tributado de forma inferior. Segundo porque como se considerava fiscalmente relevante o momento no qual efetivamente era realizada a manifestação monetária, gerava-se um diferimento do imposto devido.

Entretanto, esse regime fiscal favorecido veio a ser abolido com o artigo 82, parágrafo 23, do Decreto-lei nº 112, de 25 de junho de 2008, convertido na Lei nº 133, de 06 de agosto de 2008, que promoveu alterações legislativas no TUIR¹⁶ (o compêndio da legislação do Imposto de Renda). Como consequência, a diferença entre o valor das ações no momento do exercício do direito de opção e o preço do exercício (*strike price*) é considerada como renda tributável do trabalho com vínculo empregatício.

Uma curiosidade é que esse rendimento é enquadrado como um salário "*in natura*" e a cifra correspondente deve ser sujeita à retenção do imposto de renda pela fonte pagadora, com

¹⁴ O Decreto Ministerial de 08 de junho de 2011, art. 6, parágrafo 1º: "*i componenti negativi imputati a conto economico a titolo di spese per servizi in conformità alle disposizioni dell'IFRS 2 sono rilevanti ai fini fiscali sulla base delle imputazioni temporali rilevate in bilancio ai sensi dell'articolo 83 del testo unico*".

¹⁵ Último parágrafo do art. 5: "*sia che i dipendenti esercitino le opzioni ad essi assegnate, sia che, in virtù del venir meno delle ragioni di convenienza alla sottoscrizione, le opzioni non risultino esercitate, l'apporto iniziale non perde la sua qualificazione patrimoniale*".

¹⁶ CENDON, Paolo. *Il diritto privato nella giurisprudenza. LAVORO*. Torino : UTET Giuridica, 2009, p. 297.

base no artigo 23 do D.P.R n° 600, de 29 de setembro de 1973¹⁷. Portanto, o empregador, na condição de substituto tributário, é obrigado a efetuar a retenção considerando o supracitado valor "*in natura*" mais o salário do período correspondente.

Segundo GARUFI (2008)¹⁸: "*as modificações introduzidas pelo legislador reduzem enormemente o atrativo fiscal dos planos de stock options...a qualificação de tais instrumentos está agora pareada a qualquer outro rendimento do trabalho com vínculo, sujeito a uma alíquota marginal própria da pessoa física*".

3.1 Jurisprudência estrangeira.

Com a decisão n°. 13088 de 25 de julho de 2011¹⁹, a Corte de Cassação (o Superior Tribunal italiano), julgando recurso do Fisco, precisou que em matéria de *stock option* é necessário distinguir dois momentos: a concessão do direito de opção e o exercício do mesmo. As ações, de fato, passam a fazer parte do patrimônio do trabalhador no momento em que a opção é exercida e, portanto, a disciplina aplicada, *ratione temporis*, é aquela vigente no momento de tal exercício. Essa conclusão é coerente com o critério com o qual são tributados os rendimentos do trabalho assalariado, ou seja, pelo regime de caixa.

¹⁷ Artigo 23 do referido Decreto traz que: "*Ritenute alla fonte - ritenuta sui redditi di lavoro dipendente...*"

¹⁸ "*la modifica introdotta dal legislatore della Manovra d'estate riduce enormemente l'appel fiscale dei piani di stock option...l'assegnazione di tali strumenti è ora parificata ad un qualsiasi altro reddito di lavoro dipendente, soggetto all'aliquota marginale propria del contribuente*". GARUFI, S., 2008. **Il nuovo regime fiscale dei piani di stock option**. Il nuovo diritto delle società, vol 6, n. 23, 2008, pp. 55-62.

¹⁹ EMENTA: *IRPEF – Redditi di lavoro dipendente – Stock option – Determinazione della normativa applicabile – Rileva il momento di esercizio dell'opzione e non quello di assegnazione. Al fine della corretta individuazione della disciplina di tassazione applicabile alle stock options assegnate a lavoratori dipendenti dal datore di lavoro è necessario distinguere i due momenti della assegnazione del diritto di opzione, da un lato, e quello di esercizio dello stesso e, dunque, dell'effettiva assegnazione dei rispettivi titoli, dall'altro, e considerato che le azioni entrano a far parte del patrimonio del dipendente solo nel momento in cui l'opzione venga esercitata o ceduta, la disciplina applicabile va individuata in quella vigente al momento di tale esercizio; infatti, la disposizione contenuta nell'art. 48, secondo comma, lett. g-bis), del TUIR, aggiunta dall'art. 13, primo comma, lett. b), del D.Lgs. 23 dicembre 1999, n. 505, relativa ai criteri di tassazione delle cosiddette "stock options", si applica in base al secondo comma del predetto art. 13, decorrere dal 1° gennaio 2000, e, quindi, alle assegnazioni dei titoli avvenute dopo tale data, indipendentemente dal momento in cui sia stata offerta l'opzione.*[Corte di Cassazione, sez. trib. (Pres. Merone, rel. Valitutti), 25 luglio 2012, ord. n. 13088, ric. agenzia delle entrate]. Disponível em: <http://www.bollettinotributario.it/wordpress/irpef-redditi-di-lavoro-dipendente-stock-option-determinazione-della-normativa-applicabile-rileva-il-momento-di-esercizio-delloptione-e-non-quello-di-a/>

Conforme a sentença nº. 11214, de 2011²⁰, a mesma Corte afirmou que o *plus* derivado do exercício do direito de opções sobre ações, concedidos por uma empresa a um empregado constitui um componente do rendimento do trabalho assalariado e, portanto, deve ser tributado com alíquotas progressivas. O caso refere-se a um administrador de uma sociedade por ações, titular de algumas ações da mesma, que obteve ganhos sobre os quais empresa efetuara a retenção do imposto na fonte, aplicando alíquotas progressivas. O beneficiário sustentava, contudo, que a tributação deveria se dar com a alíquota de 12,5%, prevista para o ganho de capital.

O Tribunal Federal das Finanças da Alemanha (BFH, conforme acrônimo em alemão) é um tribunal superior de recursos para os casos de direito tributário e aduaneiro. Frequentemente, sua jurisprudência tem consideráveis efeitos nas práticas da administração fiscal e, como consequência, também tem forte impacto no orçamento federal²¹.

O *Bundesfinanzhof* (BFH), em 2015, considerou se a aquisição de ações da companhia a preços reduzidos, por empregados, representava rendimento de trabalho assalariado²². Embora certos elementos da decisão da Corte estivessem em acordo com precedentes jurisprudenciais, o BFH parece ter modificado sua posição anterior em relação à valoração do benefício recebido. Conforme já fixado, a Corte confirmou que um benefício em espécie resultante da aquisição de ações a um preço reduzido representa rendimento do trabalho apenas se for qualificado como contrapartida pelo fornecimento de serviços, dentro da relação de emprego. O Tribunal manteve ainda seu posicionamento em relação ao momento da ocorrência do fato gerador tributário, qual seja, o momento em que o empregado adquire a disponibilidade econômica para dispor das ações, definido como o momento em que, jurídica e economicamente, a propriedade das ações é transferida para ele.

Entretanto, modificando entendimentos anteriores, o BFH estendeu que para estabelecer a base de cálculo do tributo, o beneficiário não mais tomaria o valor das ações existente no momento em que elas são efetivamente transferidas para sua propriedade, mas o valor referente ao momento em que empregado e empregador finalmente concordam com a aquisição das ações,

²⁰ *Cassazione: le plusvalenze da stock options sono reddito da lavoro dipendente*. Lavoro e Diritti, por Massima Paolo, em 08 de junho de 2011. Disponível em <http://www.lavoroediritti.com/sentenze/cassazione-le-plusvalenze-da-stock-options-sono-reddito-da-lavoro-dipendente>

²¹ Disponível em: <http://www.bundesfinanzhof.de/content/information-english>

²² Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-alert-gru-germany-150115.pdf>

isto é, o momento em que o adquirente notifica o vendedor/empregador que ele deseja exercer o seu direito de opção de compra das ações. No entender do Tribunal, qualquer variação no valor das ações entre o tempo da transação e o tempo da real transferência de propriedade não está mais baseada da relação de emprego, mas deriva de condições de mercado.

4. A jurisprudência administrativa

No Brasil, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) vem se debruçando sobre a questão da tributação das *stock options*, representadas por planos de outorga de opções de compra de ações a preços pré-fixados, pelas companhias, a seus próprios empregados, diretores e administradores.

Em princípio, residiu a discussão, basicamente, na determinação de ter ou não o *plus* decorrente dessas opções, para os empregados, natureza salarial. Isso porque existem reflexos diretos no imposto de renda a ser retido na fonte, pelos empregadores, e nas contribuições previdenciárias.

Mais recentemente, vem se aprofundando nos casos, para resolver três pontos: I - a natureza do plano de opção para compra de ações (*stock options*), se salarial, como defende a Receita Federal, ou se mercantil, como defendem os contribuintes; II - quando ocorre o fato gerador (aspecto temporal da hipótese de incidência) e III - qual é a base de cálculo do tributo (aspecto quantitativo da hipótese de incidência).

Vejamos as disposições do Voto condutor do Acórdão 2401-003.891 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 11 de fevereiro de 2015:

O fato da legislação das S.A ter previsto essa modalidade de pagamento, não a excluiu do conceito do salário de contribuição. Nesse ponto, entendo oportuno a indicação do auditor que a verba não está contida no rol de exclusões do art. 28, §9º, mas devemos nos aprofundar nos fatos indicados no relatório fiscal para constituição do crédito ora sob análise.

Tal fato mostra-se relevante para evitar que as empresas passem a adotar sistemáticas de remuneração indireta, passando as chamá-las de stock options.

(...)

... o caráter remuneratório nasce, na medida que se observa que o benefício concedido surge como um meio indireto de satisfazer o trabalhador, fidelizá-lo, ou simplesmente oferecer-lhe um atrativo, de forma que o mesmo veja no trabalho prestado na empresa uma possibilidade de remuneração indireta.

(...)

Assim, ao condicionar a opção de compras de ações e o número de ações a serem outorgadas a condições relacionadas ao desempenho profissional, o recorrente acaba por desnaturar a operação mercantil do Stock options aproximando sua concessão a de um mero prêmio, demonstrando sua feição salarial

Em vários outros casos, também, o CARF chegou à conclusão, a partir da análise e condições dos Planos de Opções de Ações para empregados das companhias, que se desvirtua a concepção original, inclusive aquela prevista na Lei das Sociedades por Ações, para criar uma forma de retribuir alguns empregados/dirigentes 'especiais', atraindo-os e mantendo-os com a possibilidade de um *plus* ou ganho adicional decorrente e relacionado ao seu trabalho e sua fidelidade para com a empresa e ausente o risco típico do negócio mercantil.

No Acórdão 2401-003.044 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, foi assentado que:

"em sua concepção original o stock option é mera expectativa de direito do trabalhador (seja empregado, autônomo ou administrador)... Em ocorrendo o desvirtuamento do stock options 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.

Evidencia-se, então, um elemento fundamental na análise dos planos, qual seja, o compartilhamento dos riscos do negócio, pelo trabalhador que adquire as ações. Se a companhia tiver sucesso e o preço de suas ações subir no mercado de renda variável, ele ganha. Porém, caso o preço das ações caia, ele deveria experimentar prejuízo, como ocorre com qualquer investidor.

Vejam os que se disse no Acórdão nº 2301-003.597 - 3ª Câmara/1ª Turma Ordinária:

No presente caso a concessão de “stock options” aos segurados contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo devem integrar o salário de contribuição, pois foram concedidos pelo trabalho do segurado, integraram-se ao patrimônio do segurado e não podem ser conceituados como oriundos de negócio mercantil, pois ausente risco.

Assim, vem sendo observado um desvirtuamento dos planos de *stock options* em sua concepção inicial, tanto pela adoção de política remuneratória na forma de outorga de ações quanto pela correlação com o desempenho para manutenção de talentos, com evidente intenção de afastar o risco atribuído ao próprio negócio, caracterizando uma forma indireta de remuneração. Nessa forma de execução, com a minimização do risco, passa a outorga de ações a representar a verdadeira intenção de ter o trabalhador a opção de ganhar com a compra das ações. As vantagens econômicas oferecidas aos empregados na aquisição de lotes de ações da empresa, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário decorrente exclusivamente do trabalho, ostentando natureza remuneratória, e, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de salário de contribuição - base de cálculo das contribuições previdenciárias.

4.1. A análise da hipótese de incidência tributária

O artigo 142 do CTN dispõe que o ato de lançamento constitui-se na atividade atinente à autoridade administrativa para: verificar a ocorrência do fato gerador e determinar a matéria tributável (antecedentes), calcular o montante devido e identificar o sujeito passivo (consequentes). Portanto, esses elementos constituem-se em aspectos da hipótese de incidência tributária.

Socorrendo-me na doutrina de Regina Helena Costa²³:

Os aspectos pessoal e quantitativo compõem o chamado "consequente" da hipótese de incidência tributária, isto é, descrita a materialidade e indicadas as coordenadas espacial e temporal do fato no antecedente da norma, exsurge

²³COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**, 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 205.

uma relação jurídica mediante a qual um sujeito possui o direito de exigir o tributo e outro sujeito o dever de pagá-lo (aspecto subjetivo), apontando-se o valor da prestação correspondente (aspecto quantitativo).

Para Kiyoshi Harada²⁴:

Aspecto quantitativo do Fato Gerador: neste aspecto, destacam-se a base de cálculo e a alíquota. Na operação de lançamento tributário, após a verificação da ocorrência do fato gerador, da identificação do sujeito passivo e da determinação da matéria tributável, há que se calcular o montante do tributo devido aplicando-se a alíquota sobre a base de cálculo. Esta é, pois, uma ordem de grandeza própria do aspecto quantitativo do fato gerador.

Só há o efetivo pagamento, com natureza salarial, se de fato o beneficiário exercer sua a opção de compra que lhe foi outorgada. A teor do artigo 43 do CTN, o imposto sobre a renda incide sobre a disponibilidade econômica ou jurídica de renda, mas não é possível entender que haja um pagamento de vantagem com natureza salarial no momento em que se outorga a opção de compra das ações, sendo incerto que vá ser exercida a opção, ou mesmo no momento em que se encerra o período de carência (*vesting*) quando o beneficiário "poderia" exercer a opção, mas, obviamente, dependente de condições favoráveis de mercado.

Decorre tal comentário de terem sido verificadas autuações da Receita Federal considerando a ocorrência do fato gerador tanto no momento da outorga das opções quanto no término do período de carência (quando haveria uma "disponibilidade de exercício") mesmo que o exercício não viesse efetivamente a ocorrer.

Também não é possível concordar com a alegação de que o fato gerador só ocorreria quando o beneficiário alienasse suas ações com ganho. Isso porque esse seria então um segundo momento, de ocorrência de outro fato gerador, submetido à tributação do ganho de capital, como já discerniu a jurisprudência italiana.

Vejamus que no voto vencedor do Acórdão 2401-003.044 – 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF, estabeleceu-se que:

²⁴ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**, 23ª ed, São Paulo : Atlas, 2014, p. 544/545.

"O momento da ocorrência do fato gerador deu-se com a concretização da opção, auferindo um ganho indireto (o direito de compra). Não podemos dizer que se dará apenas com a venda, pois poderemos nos deparar com situações em que o empregado nunca realizasse essa venda. Mas, possui o "bem" (direito a ação) direito esse concedido, como no presente caso, pela contraprestação do serviços".

Importante esclarecer que defende-se aqui que o fato gerador ocorre (aspecto temporal) na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito de compra em relação às ações que lhe foram outorgadas, verificado-se que as outorgas de opções de ações para trabalhadores reputam-se perfeitas e acabadas na data em que, após o implemento das condições suspensivas, ocorre o exercício dessas opções de compra. Não há como atribuir ganho se não demonstrado o efetivo exercício do direito sobre as ações. Concorde-se, contudo, que não é necessário que efetivamente realize a venda posterior das ações, para fins de tributação relativa à vantagem salarial, se o direito lhe foi conferido e a vantagem foi incorporada a sua esfera patrimonial.

No que diz respeito à definição da base de cálculo da contribuição previdenciária ou do imposto de renda (aspecto quantitativo da hipótese de incidência), não se pode concordar que no momento em que se esgota o prazo de carência, o trabalhador tendo constituído o direito de exercer as opções de ações, recebendo em troca uma ação da companhia para cada opção que possui, a tributação ocorra sobre a parcela assumida como despesa pela empresa, traduzida no valor que o beneficiário deixou de pagar pela opção de compra quando da sua outorga, mensurando-o pelo valor justo da opção de compra, como foi proposto em algumas autuações da Receita Federal.

Mesmo porque, essa base de cálculo, assim definida, não se coaduna com a descrição feita para definir o momento de ocorrência do fato gerador.

Vejamos que o fato gerador, sujeito a condição suspensiva, só ocorre quando do efetivo exercício da opção pelo beneficiário, conforme se tratou alhures. Também, destaque-se que não se está tributando a compra da ação.

Assim, impossível chegar à conclusão que a base de cálculo seria o valor justo da ação, no momento da outorga, ou seja, o valor que o beneficiário teria deixado de pagar para adquirir aquela ação, caso fosse comprá-la em mercado, quando a companhia lhe incluiu no plano de opções de compra de ações e ele adquiriu o direito, sob condição suspensiva, de comprá-la a determinado preço, no futuro.

Porque a "vantagem" de natureza salarial obtida pelo beneficiário do plano e subsidiada pela companhia, pelo todo que vimos aqui sustentando, se verifica pela diferença entre o valor da ação na data do exercício (valor do bem em mercado sob condições normais) e aquele valor (pré-fixado e favorecido) que o beneficiário vai pagar à companhia dona das ações. Essa é, efetivamente, a medida da vantagem auferida.

Naquele dia, do exercício, ele está ganhando a diferença entre o valor de mercado da ação e o valor pelo qual a está comprando porque será esse o valor acrescido a seu patrimônio.

Vejamos que no Acórdão 2302-003.536 - 3ª Câmara/ 2ª Turma Ordinária do CARF, restou consignado que "*as vantagens econômicas oferecidas aos empregados da empresa na aquisição de lotes de ações próprias, quando comparadas com o efetivo valor de mercado dessas mesmas ações, configuram-se ganho patrimonial do empregado beneficiário ...*". Ou seja, aí deu-se a medida da base de cálculo. No voto condutor, dispôs ainda o relator que:

O beneficiário tem ao seu dispor a faculdade de exercer ou não tal direito de aquisição. O exercício da faculdade de efetuar a "Contribuição para Aquisição dos Lotes Incorporados" dá-se por mero aviso à empresa, acompanhado do pagamento do "Valor da Contribuição para Aquisição" correspondente ao Lote Incorporado a que se refere.

O ganho patrimonial, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

5. CONCLUSÃO

Planos de *stock options* surgiram como uma forma de atrair a participação dos empregados para o negócio. Sendo acionistas, ou parceiros, estariam mais empenhados em contribuir e trabalhar para os objetivos da empresa. No curso do processo, foram sendo criados

planos especiais, de início, apenas os administradores com altos cargos, caracterizando um complemento de suas remunerações. Posteriormente, esses planos foram se expandindo para outros níveis da estrutura organizacional.

Verificou-se um desvirtuamento da concepção original, passando esses planos a ensejar uma proposta de ganho adicional, para o empregado, decorrente do sucesso da companhia. Apesar de representar atrativo para talentos profissionais e manutenção de investimento em capital humano, observa-se uma inegável vinculação com o contrato de trabalho e com metas de desempenho laboral.

Não é possível responder, aprioristicamente, se as vantagens oferecidas a empregados participantes desses planos têm ou não natureza salarial. Aqui procurou-se tratar de vários aspectos que podem levar a essa conclusão. A análise efetiva do plano de opções de compra de ações (*stock options*) oferecido a determinados empregados/dirigentes pode consubstanciar efetiva vantagem patrimonial em razão do trabalho desenvolvido para a companhia e, portanto, ostentando natureza remuneratória, nessa condição, parcela integrante do conceito legal de salário. Assim tem sido, por exemplo, na Itália e na Alemanha.

É preciso definir ainda os aspectos da hipótese de incidência tributária. Para chegar a esse ponto, procurou-se evidenciar a questão desde as primeiras normas de cunho contábil, surgidas nos EUA na década de 1970, até a mais recente jurisprudência de nosso Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Concluimos que o fato gerador tributário ocorre na data do exercício das opções pelo beneficiário, ou seja, quando o mesmo exerce o direito em relação as ações que lhe foram outorgadas e que a base de cálculo é o ganho patrimonial, e, portanto, há que ser apurado nesse momento histórico e deve corresponder à diferença entre o valor de mercado das ações adquiridas e o valor efetivamente pago pelo beneficiário.

Anota-se, é importante frisar, que existem entendimentos diversos, tanto jurisprudenciais, no que diz respeito à tributação desses planos, quanto, em sede administrativa, no que diz respeito à tributação e, sendo fato imponível, quanto ao momento da ocorrência do fato gerador e quanto à correta medida da base de cálculo.

Enfim, espera-se que a leitura desse trabalho possa contribuir para construir uma visão mais sólida e um aprofundamento do tema pelos interessados no assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo : LTr, 2006, p.746.

BLACK, Fischer e SCHOLLES, Myron. *The Pricing of Options and Corporate Liabilities*. *The Journal of Political Economy*. vol. 81, n. 3, mai - jun, 1973, pp. 637-654.

CALVO, Adriana. **A natureza jurídica dos planos de opções de compra de ações no direito do trabalho - 'employee stock options plans'**. Disponível em:

<http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=246>. Acesso em 28 Ago 2016.

CENDON, Paolo. *Il diritto privato nella giurisprudenza. LAVORO*. Torino : UTET Giuridica, 2009, p. 297.

COOK, T. E. e NOBES, C. W. *The development of accounting in an international context: a festschrift in honor of R.H. Parker*. 1 ed. New York : 1997, p. 185.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*, 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 205.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. Malheiros: 2007.

DEZZANI, Flavio, BIANCOME, Paolo Pietro e BUSSO, Donatela. *IAS/IFRS Manuale*. Edição 2012. Milano : *Walters Kluwer Italia*.

DI CARLO, F., *Le stock option nell'economia dell'impresa*. 1 ed., Torino : *Giappichelli Editore*, 2009.

FREEMAN, G.R., LARSEN, G.A., *The market's reaction to the FASB stockbased compensation project*. *Journal of Applied Business Research*, vol. 13, n. 4, 2011, pp. 83-91.

Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento, v. 5, n.5, 2017

GARUFI, S., *Il nuovo regime fiscale dei piani di stock option. Il nuovo diritto delle società*. vol. 6, n. 23, 2008, pp. 55-62.

HALL, Brian J. *What you need to know about stock options*. *Harvard Business Review*. mar-abr, 2000. Disponível em: <<https://hbr.org/2000/03/what-you-need-to-know-about-stock-options>>.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 544/545.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. Edição fac-similada. São Paulo : LTr, 1996, p. 21.

TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributário, parte generale*. 9. ed, Milano: UTET giuridica, 2006. p. 67-68.

ZATTONI, Alessandro. *La diffusione dei piani di stock option in Italia: situazione attuale e prospettive future*. 2008. Disponível em : <<https://iris.luiss.it/handle/11385/147634#.V8CEyqKb0vI>>. Acesso em 18 Ago 2016.