

Stock Option Plan: Novo Marco Legal

BMA Review Especial Dia do Estagiário 27.03.2023 4 minutos de leitura

Autores

Luciana Marsal

Áreas relacionadas

Tributário

Assuntos

Tributário BMA Review

Diversos são os fundamentos para o aumento da utilização de mecanismos de engajamento e retenção de colaboradores atrelados à **valorização das empresas** no médio e longo prazo, como, por exemplo: a oscilação do cenário econômico e a necessidade de economia de caixa, a crescente competição, com menores barreiras físicas de contratação pós-pandemia, e a necessidade de engajamento de gerações mais novas por meio do compartilhamento dos resultados futuros para impulsionar o sentimento de dono.

Fato é que a utilização de incentivos de longo prazo baseados no crescimento e na valorização das empresas é cada vez mais usual, e aquelas que não os oferecem arriscam tornar-se cada vez menos atraentes e incapazes de reter talentos. No entanto, o ordenamento jurídico e o posicionamento dos tribunais não acompanham a evolução das relações sociais no mesmo "pace" de corrida.



Há muito se discute sobre a natureza jurídica de um dos mais famosos incentivos de longo prazo: os Stock Option Plans (SOP). Na esfera fiscal, a jurisprudência administrativa[1] sobre o tema é bastante extensa e desfavorável ao contribuinte. No judiciário, todavia, a jurisprudência é majoritariamente favorável[2] ao reconhecer a natureza mercantil de alguns SOPs, porém ainda bastante incipiente. A jurisprudência reconhece o caráter mercantil do SOP quando presentes os elementos de onerosidade,

voluntariedade e risco, pois apenas nestes casos é possível sustentar tratar-se de uma relação jurídica dissociada da relação de trabalho, da qual decorre a remuneração do colaborador.

O PL nº 146/2019, mais conhecido como **Marco Legal das Startups**, trouxe à luz a discussão sobre a regulamentação do SOP, em especial quanto ao seu tratamento fiscal. Este PL considerava como remuneração apenas o valor justo das opções outorgadas no âmbito do artigo 168, §3º, da Lei nº 6.404/1976, inspirando-se nas regras contábeis e na única previsão legal fiscal contida na Lei nº 12.973/2014. Em certa medida, buscou equalizar os efeitos fiscais do outorgante (dedutibilidade e tributação pelo INSS) e do outorgado (tributação pelo IRPF). Entretanto, a conversão em lei deste PL não incluiu as normas atinentes ao SOP, sob a justificativa de que demandam uma regulamentação mais ampla "não adstrita às startups", e deixou a promessa de retomada do tema. E assim veio o PL nº 2.724/2022 ("Marco Legal do SOP"): muito mais abrangente, e à diferença do PL anterior, que considerava como remuneração o valor justo da opção, este novo PL trata das características para que o SOP seja considerado mercantil.

O **Marco Legal do SOP** determinou como elementos intrínsecos ao SOP: a outorga de opções, o período mínimo de carência (vesting) de 12 meses e a exigência de pagamento de preço de exercício. Além disso, ele destaca conceitos que podem ser adotados no SOP sem que seja descaracterizada a natureza mercantil, tais como período mínimo de permanência na empresa, inclusão de metas e restrição à transferência de ações (lock-up). O PL prevê, ainda, a possibilidade de avaliação, atualização e formas de pagamento do preço de exercício e recompra de ações pela companhia.

Os pontos abordados funcionam, na prática, como pilares dos SOPs. No entanto, as peculiaridades e diferentes realidades dos agentes econômicos demandam flexibilidade para endereçar situações específicas.

No geral, vemos um prazo mínimo para que o beneficiário possa exercer as opções (e.g. quatro anos com vesting parcial a cada ano), que pode ou não ser acompanhado de cliff e lock-up. No entanto, há planos que não preveem cliff e contam com período de vesting e lock-up inferiores a um ano, pois são direcionados para demanda específica, como viabilizar a contratação de um executivo C-level, com incentivos e liquidez de curto prazo para tornar a proposta mais competitiva. Seria justificável deixar de classificar esse SOP como de natureza mercantil por prever vesting inferior a 12 meses?

Por outro lado, o Marco Legal do **SOP** permitiu a outorga de opções com preço de exercício em condições mais vantajosas do que o valor de mercado, ponto há muito debatido na jurisprudência fiscal e certamente fundamental para que o SOP seja um instrumento eficaz de atração e retenção.

Dada a relevância desse instrumento, é essencial que tenhamos uma legislação que não só traga segurança fiscal, como seja compatível com a realidade econômica.

>>> Este conteúdo faz parte da BMA Review 79. Clique aqui para ler mais artigos.

[1] 58% das decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) foram desfavoráveis aos contribuintes, sendo que, das favoráveis, 30% o foram por questões de nulidade.

[2] 73% das decisões do judiciário são favoráveis aos contribuintes ao reconhecer a natureza mercantil do SOP.

Conte com o BMA Advogados!



Confira muitos outros artigos sobre diferentes assuntos do Direito, como Direito Tributário, Direito Ambiental, Direito Societário, Direito Trabalhista, Proteção de Dados e muito mais.

Conte com nosso escritório de advogados e tire todas as suas dúvidas!

› **PROFISSIONAIS**

Profissionais que aliam visão jurídica e visão de mercado



Luciana Marsal