

conciliadora para que se constituya en comisión arbitral, o bien recurrir ante la Corte de Apelaciones de Santiago. No obstante, el proyecto propone que, en el primer caso, la comisión arbitral actúe de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros mixtos, con fallo en derecho (y no en equidad).

DARÍO GÓMEZ DE TOJEIRO
Y JAVIER RUIZ-CÁMARA (*)

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AOS PLANOS DE STOCK OPTION

Introdução

Cada vez mais as empresas buscam mecanismos de remuneração variável, visando a um maior comprometimento do empregado e à valorização das competências individuais. Nesse sentido, o Direito do Trabalho brasileiro prevê diversas formas de participação financeira dos empregados na empresa em que trabalha, tais como prêmios e participação nos lucros e resultados.

Com as transformações econômicas pelas quais o mundo passou nas últimas décadas, com cada vez mais empresas abrindo seu capital em Bolsas de Valores, tornou-se frequente a utilização dos chamados planos de *Stock Option* como técnica de remuneração variável.

Para o empregador, a concessão dos planos de *Stock Option* visa a, entre outros fatores, captar e reter talentos, estimulando o aumento da produtividade dos empregados e da empresa. Já para o empregado, a adoção do plano de *stock option* é uma maneira de poder auferir lucros significativos, participando dos ganhos da empresa.

Com a difusão dos planos de *Stock Option* no Brasil, torna-se necessário analisar sua natureza jurídica, uma vez que, caso seja entendido que o lucro auferido pelo empregado com a venda de suas ações integra parte de seu salário, haverá implicações previdenciárias e tributárias que podem resultar em relevantes encargos para o empregador. Por outro

lado, caso se constate que o plano de *Stock Option* é um contrato de natureza mercantil, os ganhos auferidos pelos empregados com a venda das ações estarão livres de tais encargos trabalhistas e previdenciários.

O presente artigo tem como escopo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, analisar conceptualmente os planos de *Stock Option* sob o ponto de vista do Direito do Trabalho, descrevendo o estágio atual da jurisprudência brasileira.

Definição de *Stock Option*

Os planos de *Stock Option* ou planos de opção de compra de ações consistem no direito de o empregado comprar lotes de ações da empresa para a qual trabalha ou de empresas do mesmo grupo econômico por um preço fixo, determinado ou determinável em um certo prazo, segundo critérios estabelecidos na época da outorga, por meio de um plano previamente aprovado pela assembléia geral da empresa.

Trata-se, portanto, do direito de o empregado comprar, no futuro, ações da empresa para a qual trabalha por um preço, em tese, menor do que o de mercado, podendo vendê-las com lucro. Com efeito, se o valor da ação na data do exercício da opção ultrapassar o preço estabelecido na data da concessão do plano, o empregado beneficiário obterá lucro, podendo, revender as ações de imediato, ou guardar os títulos e se tornar um empregado acionista.

Historicamente, o plano de *Stock Option* era utilizado apenas por empresas multinacionais de grande porte que, ao se instalarem no Brasil, decidiam adotar um sistema remuneratório que conferisse maior participação dos empregados nos lucros da empresa. Nessa época, os planos de opção de compra de ações eram concedidos basicamente aos altos executivos das empresas como forma de recompensá-los e vincular seus interesses com os dos acionistas da companhia.

Posteriormente, foram estendidos aos demais empregados das companhias para estimular a fidelidade com a empresa para qual trabalham, com o objetivo de reter os talentos e aumentar a produtividade. Assim, todos aqueles responsáveis pelo crescimento e desenvolvimento da empresa buscariam o sucesso empresarial do seu empregador. Ademais, fomenta-se o aumento da cooperação entre os diferentes níveis hierárquicos do quadro colaborativo da empresa, o que acaba por fortalecer a imagem institucional interna e externa da companhia.

A legislação societária brasileira disciplina a hipótese de participação acionária de empregados. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76) exige que

(*) Abogados. Destacado, el primero, en la oficina de Santiago de Chile, y perteneciente, el segundo, al Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid) y previamente destacado en la oficina de Santiago de Chile.

certos requisitos sejam cumpridos para que os planos de opção de compras de ações possam ser implementados. São eles: (i) previsão no estatuto da empresa da possibilidade de empregados serem acionistas da empresa; (ii) existência de capital autorizado; (iii) aprovação por parte da assembleia geral da sociedade do plano de oferta de opção de compra de ações.

Geralmente, os planos de opção de compra de ações contêm os seguintes elementos: (i) preço de emissão das ações; (ii) prazo de carência para o exercício das opções («*vesting*»); e (iii) termo da opção, isto é, o prazo máximo para o exercício da opção de compra.

O preço de emissão é o valor de mercado da ação na época em que a opção foi concedida, ou seja, é o preço pelo qual a ação está sendo vendida quando da assinatura do plano. Pode-se, ainda, definir o preço de emissão pelo valor médio das ações nos últimos pregões da bolsa de valores, anteriores à data da concessão da opção.

É possível também que a empresa estabeleça um desconto sobre o valor de mercado da ação. Contudo, o valor do desconto não pode ser tão significativo ao ponto de eliminar o risco da operação futura. Caso contrário, ter-se-ia a gratuidade na concessão do plano, característica típica do salário-utilidade.

O prazo de carência, por sua vez, é o período em que o empregado deverá permanecer na empresa até que possa exercer a opção de compra das ações. Na prática, o prazo de carência costuma ser de três, cinco ou dez anos. Após o prazo de carência, se o empregado quiser adquirir as ações, deverá fazê-lo em um prazo máximo, o chamado termo de opção.

Desse modo, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho antes de expirado o período de carência, o empregado não poderá exercer seu direito de compra das ações. É importante ressaltar, no entanto, que nos casos de dispensa sem justa causa, o aviso prévio, isto é, a notificação antecipada do empregado sobre a dispensa, deve ser incluído na contagem do período de carência fixado no plano de opção de compra.

Assim, é importante entender que, em que pese opiniões doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, no ato de assinatura do plano de opção de compra, não é outorgado automaticamente ao empregado o direito de comprar as ações de sua empregadora ou da controladora ou coligada desta. O empregado possui, na verdade, uma mera expectativa de direito, que será materializada apenas ao final do prazo de carência estipulado no plano.

Natureza Jurídica dos planos de *Stock Option*

Por se tratar de um instituto recente no cenário econômico nacional, as legislações trabalhistas e previdenciárias ainda não previram qualquer regulamento referente à matéria dos planos de *Stock Option*. As diretrizes que existem sobre o tema são extraídas das regras estabelecidas pelo Banco Central, na Circular nº 3.013, de 23 de novembro de 2000. Dessa forma, ainda não há um posicionamento legal definitivo nem consolidação do tema junto à doutrina e à jurisprudência trabalhista e previdenciária brasileira.

É imperioso definir a natureza jurídica dos planos de *Stock Option*, já que na hipótese de que seja definido que a opção de compra de ações tem natureza salarial, será necessária sua inclusão na base de cálculo de todos os direitos trabalhistas, tais como décimo terceiro salário, aviso prévio, horas extras, férias e Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – («FGTS»).

Por outro lado, caso se constate que os planos de *Stock Option* representam um contrato de natureza meramente mercantil, sem qualquer vinculação com o contrato de trabalho, os ganhos auferidos pelos empregados com a venda das ações não serão considerados parte da remuneração e estarão livres dos encargos previdenciários e trabalhistas.

Argumentos favoráveis à natureza salarial do plano de *Stock Option*

Um dos argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência para demonstrar a natureza salarial dos planos de opção de compra é o de que este instituto possui um caráter retributivo, já que são concedidos como contraprestação aos serviços prestados pelo empregado, decorrendo necessariamente do contrato de trabalho.

Segundo tal percepção, a concessão do plano consistiria em retribuição variável, baseada no princípio de que, caso o empregado preste um serviço de qualidade para a empresa, o valor desta empresa aumentará e, conseqüentemente, o empregado será beneficiado com ações cada vez mais valorizadas. Há, portanto, uma contraprestação pelos resultados positivos alcançados.

Referido posicionamento é minoritário, ainda que sejam pouquíssimas as decisões proferidas nos tribunais brasileiros. Baseia-se, portanto, na idéia de que o lucro auferido pelo empregado tem natureza de prêmio, pago em decorrência do contrato de trabalho, em contraprestação aos serviços prestados. Com efeito, a opção de compra de ação por valor

inferior ao de mercado constitui inelutável benefício, razão pela qual, tal posicionamento defende sua integração à remuneração do empregado.

Argumentos favoráveis à natureza mercantil do plano de *Stock Option*

No entanto, a doutrina e jurisprudência majoritárias sobre o tema defendem a natureza mercantil dos planos de opção de compra de ações, face ao caráter oneroso e aleatório de tais planos. É esse, inclusive, o entendimento que os Tribunais Trabalhistas têm manifestado sobre o assunto, apesar de, conforme acima salientado, serem bastante escassas as decisões sobre o presente tema.

Partindo-se da definição de plano de *Stock Option* como um plano por meio do qual, após um prazo de carência, o empregado adquire o direito de comprar ações da empresa para a qual trabalha ou de outra do mesmo grupo, a um preço determinado na época de emissão do plano, pode-se inferir que no ato de assinatura do plano de *Stock Option*, o empregado ainda não tinha o direito de comprar ações de seu empregador.

Como já foi dito anteriormente, o empregado beneficiário tem apenas uma mera expectativa de direito, que poderá se materializar em direito subjetivo depois de transcorrido o período de carência fixado no plano. Isso porque, devido às variações do mercado de capitais, o valor das ações pode ser alterado e o empregado poderá ou não obter lucro com a negociação de tais ações. Assim, a ausência de garantia de lucro imediato, bem como a existência de um prazo para que o empregado venha a ter direito de adquirir as ações afastam a natureza salarial do plano de *Stock Option*.

Ademais, na hipótese de que, depois de alcançado o prazo de carência, o empregado decida por exercer seu direito e negocie suas ações no mercado acionário, deverá pagar por tais ações. Nesse sentido, a oferta de compra de ações consiste em um contrato oneroso para o empregado. Tal característica também afasta a condição de benefício salarial, já que a gratuidade, requisito típico do benefício salarial, não está presente.

Além disso, outro aspecto que merece destaque para que se possa caracterizar a natureza mercantil do plano de *Stock Option* é o risco inerente a esse instituto. A razão disso é que as flutuações do mercado de capitais podem ora valorizar as ações, ora desvalorizá-las. É uma situação aleatória, envolvendo inclusive riscos, pois o empregado pode ter pre-

juízos com a operação. O salário, por outro lado, não pressupõe de modo algum qualquer tipo de risco, diante do princípio da alteridade, inerente ao Direito do Trabalho.

Percebe-se, desse modo, inexistir qualquer garantia contra perdas que possam decorrer do plano de *Stock Option*. Compete ao empregado definir o momento mais oportuno para negociar a ação no mercado. Nesse sentido, os ganhos que podem ser auferidos com o plano de opção de compra de ações são eventuais e, portanto, não habituais, contrariamente ao salário.

Outro argumento importante para a caracterização do plano de *Stock Options* como verba desprovida de natureza salarial é que, caso o empregado opte por revender as ações, a vantagem obtida deverá ser realizada por um corretor de valores mobiliários autorizado para atuar no mercado de capitais e não poderá ser feita diretamente pelo empregado. Trata-se, pois, de um investimento no mercado de ações, de natureza meramente mercantil, apesar de ser exercido no curso do contrato de trabalho.

É preciso esclarecer também que, para os que consideram a natureza mercantil dos planos de *Stock Option* não seria possível caracterizá-lo como um prêmio pago pelo empregador ao empregado, já que o prêmio é pago pelo esforço do trabalho do empregado, resultante de metas e resultados objetivos, diferentemente dos planos de *Stock Options*, que dependem da conjuntura do mercado de ações.

Os Planos de *Stock Option* perante a Justiça do Trabalho brasileira

Pelo fato de ainda ser um instituto recente no cenário econômico nacional brasileiro, as decisões proferidas sobre o tema ainda são escassas.

A posição adotada pela maioria dos julgados é a de que o plano de *Stock Option* não tem natureza salarial. Os principais argumentos utilizados para defender esse posicionamento são: (i) a opção de compra envolve ganho financeiro, sendo, inclusive, um investimento feito pelo empregado nas ações da empresa; (ii) a operação envolve risco, já que as ações podem se desvalorizar, devido às oscilações do mercado financeiro, e o eventual benefício efetivo do empregado está na razão direta do aumento do valor das ações da empresa; (iii) o plano de *Stock Option* não tem caráter contraprestativo, uma vez que seu objetivo não é remunerar direta ou indiretamente a força de trabalho do empregado; e (iv) o plano de *Stock Option* é um contrato oneroso, pois o

empregado terá que pagar pelas ações, caso opte por exercer seu direito.

Embora o posicionamento acima relatado seja majoritário, há decisões em sentido contrário reconhecendo a natureza salarial do plano de *Stock Option*. No entanto, a maioria desses acordos aponta para eventual desvirtuamento do instituto, quando a empresa paga efetivo prêmio, resultante do alcance de metas objetivas como plano de opção compra de ações. Nestes casos, o plano estava diretamente ligado ao desempenho de cada empregado na empresa.

Considerações Finais

Conforme as breves considerações acima, percebe-se que, embora a questão não seja pacífica nos tribunais brasileiros, há tendência majoritária da jurisprudência em considerar os planos de *Stock Option* como operações de natureza mercantil, destituídas do caráter contraprestativo, e, portanto, sem natureza salarial.

Não obstante, o desvirtuamento do instituto, resultante no pagamento de prêmio decorrente do atingimento de metas objetivas e específicas, sem que esteja presente qualquer risco ao empregado será interpretado, na maior parte dos casos, como verba de natureza salarial, incidindo sobre ela todos os direitos trabalhistas e eventuais encargos previdenciários.

RICARDO DE PAULA ALVES
E JULIANA LIMA PIMENTEL GOMES (*)

INTERNACIONAL

LA PIRATERÍA MARÍTIMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Introducción

Recientemente ha sido objeto de atención en los medios de comunicación la proliferación de asaltos y secuestros de buques y tripulaciones por parte de piratas frente a las costas de Somalia. Pese a que la

palabra «pirata» o «piratería» evoca tiempos pasados, o trae recuerdos de épocas distintas a la actual, el hecho cierto es que este fenómeno no ha dejado de existir nunca. Otras zonas del Globo, como las aguas frente a las costas de Nigeria, Malasia o Filipinas, han sufrido y siguen sufriendo este tipo de ataques.

Desde una perspectiva jurídica, siendo la navegación marítima una actividad con un elemento internacional, se plantean habitualmente cuestiones, y más en los últimos tiempos, sobre cuál es el régimen jurídico aplicable, dónde se regula el fenómeno de la piratería y qué ha entenderse por «piratería» o «actos de piratería», concepto a veces discutido y sujeto a confusión, dada la no siempre clara línea que lo distingue de «terrorismo» o de «acto terrorista». La finalidad y objetivos de los sujetos, grupos u organizaciones que realizan este tipo de actos no está siempre clara, y a veces en la comisión de estos actos concurren motivaciones no sólo económicas, sino también políticas o religiosas.

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 («UNCLOS») constituye el marco jurídico principal aplicable a la lucha contra la piratería marítima internacional.

El apartado a) del artículo 101 de UNCLOS define la piratería como «todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: (i) contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; (ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado»; también la incitación a la comisión de tales actos o su facilitación constituye un acto de piratería, al tenor del artículo 101.c) de UNCLOS. Un buque pirata es aquél que es destinado, por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentra, a cometer un acto de piratería o que haya servido para cometer tales actos, mientras sigan bajo el mando de los responsables del acto de piratería (artículo 103 de UNCLOS).

Si bien los artículos 100 y siguientes de UNCLOS se incardinan sistemáticamente dentro de la Parte VII de UNCLOS que regula el régimen de la *Alta Mar* y que incluso el parcialmente transcrito artículo 101.a).i) del texto convencional limita el concepto

(*) Abogados destacados en la Oficina de Sao Paulo.