

Vesting como mecanismo de retenção de talentos e incentivos

Marcelo Godke

Plano da aula:

- I. Conceito
- II. Visão econômica
- III. Previsão Legal
- IV. Regime Societário
- V. Exemplo Prático
- VI. Questões Trabalhistas
- VII. Questões Tributárias
- VIII. Formas de Mitigação dos Riscos Trabalhistas e Tributários
- IX. Considerações Finais

I. Conceito

- ▶ Origem do Termo: latim: *vestis* (vestir)
- ▶ Wait and See Principle - Common Law Século XVII - an interest is legally enforceable only if specified events on which the creation of the interest depends.
- ▶ No nosso direito: condição.
- ▶ Negócio jurídico bilateral em que as partes condicionam a aquisição de participação societária de um sócios, em uma sociedade, de forma gradual e progressiva, ao cumprimento de determinados objetivos e metas.

II. Visão econômica

- ▶ Problema: conflito entre *agent* e *principal* inerente a todas as empresas.
- ▶ Como lidar com tal problema de maneira a alinhar os interesses da empresa com os dos administradores?
- ▶ Os economistas institucionalistas dizem que ser necessário criar incentivos e instituições para que determinados objetivos econômicos sejam atingidos.

II. Visão econômica

- ▶ O alinhamento de interesses pode ser atingido por meio do *vesting*.
- ▶ Se o administrador não tem qualquer perspectiva de receber participação do lucro (falta de “sentimento de dono”), não trabalhará com afinco para que o lucro seja obtido.
- ▶ Seu interesse estará restrito a atividades mais conservadoras e com menor potencial de retorno, em que o risco excessivo é sempre indesejado.

II. Visão econômica

- ▶ Na visão do administrador que não tem “sentimento de dono”, maior risco (*excessive risk taking*) poderá afetar negativamente emprego e salário.
- ▶ Logo, a falta de alinhamento de interesses pode levar à pior performance.
- ▶ O *vesting*, então, surge como mecanismo e instituição para alinhar interesse.

II. Visão econômica

- ▶ Parte da remuneração (a parte variável) passa a ser paga de acordo com a performance da empresa.
- ▶ Assim, cria-se, por meio do *vesting*, interesse de o administrador agir com “sentimento de dono”, buscando um pouco mais de risco e também de retorno.
- ▶ Problema: manipulação de informações contábeis (dentre outras) na busca de *performance pay*.

II. Visão econômica

- ▶ Crises do início dos anos 2000 e a de 2007-8 são exemplos claros de que o *performance pay* precisa evoluir muito.
- ▶ Em primeiro lugar, o crescimento econômico pode servir ajudar a melhorar a performance da empresa, sem que o administrador tenha sido o grande responsável (*free rider problem*).

II. Visão econômica

- ▶ Mas pode acontecer de os administradores que não batam as metas venham a manipular dados contábeis para tentar receber a remuneração variável, mesmo sem merecer
- ▶ Ou seja, a tentativa de alinhar interesses pode não ser eficiente.
- ▶ Surge o *pay without performance*.

III. Previsão Legal

- ▶ Art. 121 do Código Civil

“Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.”

- ▶ Art. 122 do Código Civil

“São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

III. Previsão Legal

- ▶ Deliberação CVM nº 728, 27 de novembro de 2014
 - Alterações propostas no Pronunciamento Técnico CPC 10 (R1) - Pagamento Baseado em Ações, permitem que a aquisição de um direito (vesting) esteja atrelada ao cumprimento de determinadas condições de serviço e de desempenho, conforme definições abaixo:
 - Condições de aquisição de direito são as condições que determinam se a entidade recebe os serviços que habilitam a contraparte a receber caixa, outros ativos ou instrumentos patrimoniais da entidade, por força de acordo com pagamento baseado em ações. As condições de aquisição de direito são condições de serviço ou são condições de desempenho.

III. Previsão Legal

- Condição de serviço é a condição de aquisição que exige que a contraparte complete um período específico de serviço durante o qual os serviços são prestados à entidade. Se a contraparte, independentemente da razão, deixar de prestar o serviço durante o período de aquisição, ela não foi capaz de satisfazer a condição. A condição de serviço não requer que a meta de desempenho seja cumprida
- Meta de desempenho é a condição de aquisição que exige que:
 - (a) a contraparte complete um período específico de serviço (ou seja, condição de serviço); o requisito de serviço pode ser explícito ou implícito; e
 - (b) a meta específica de desempenho a ser cumprida, enquanto a contraparte está prestando o serviço exigido em (a).

III. Previsão Legal

- O período de cumprimento da meta de desempenho:
 - (a) não deve se estender além do fim do período de serviço; e
 - (b) pode começar antes do período de serviço desde que a data de início da meta de desempenho não seja substancialmente antes do início do período de serviço.
- A meta de desempenho é definida tendo por referência:
 - (a) operações (ou atividades) próprias da entidade ou operações ou atividades de outra entidade do mesmo grupo (ou seja, condição de não mercado); ou
 - (b) o preço (ou valor) dos instrumentos patrimoniais da entidade ou instrumentos patrimoniais de outra entidade do mesmo grupo (incluindo ações e opções de ações) (ou seja, condição de mercado).

IV. Regime Societário

- ▶ Art. 1055 do Código Civil veda a contribuição de sócio de sociedade limitada em serviços.
- ▶ Tipos societários possíveis:
 - Sociedade simples; (responsabilidade ilimitada)
 - Sociedade Anônima; (previsão legal - CVM - maior segurança)

V. Exemplo Prático

- ▶ Cenário sem a cláusula de vesting (free rider):
 - Os sócios de uma sociedade precisam de João para auxiliá-los no desenvolvimento de um projeto
 - Sem condições para contratá-lo e oferecer um bom salário, os sócios oferecem uma participação de 10% na empresa
 - Passados dois anos, João resolve sair da empresa, que não tem condições de recomprar a sua participação.
 - Passados mais alguns anos, a empresa cresce e João exige o pagamento de sua participação pelo valor atual da empresa.

V. Exemplo Prático

► Cenário com a cláusula de vesting:

- Os sócios de uma sociedade precisam de João para auxiliá-los no desenvolvimento de um projeto.
- Sem condições para contratá-lo e oferecer um bom salário, os sócios oferecem uma participação de 10% na empresa, por meio de contrato de vesting, sob os seguintes termos:
 - (i) Durante o primeiro ano, João não recebe nenhuma participação societária (cliff)
 - (ii) Após o primeiro ano, a cada semestre João passa a ter o direito de “vestir” 1,25% de participação, de modo que, ao final de 4 anos, João adquira os 10%;
 - (iil) caso João decida se retirar da sociedade antes de completado o prazo mínimo de 4 anos, João perde o direito de adquirir o restante da participação e a sociedade tem a opção de recompra de sua participação pelo mesmo valor de emissão.

V. Exemplo Prático

► Modelo de Cláusula de Vesting:

- Os Participantes adquirirão, a cada 12 (doze) meses, contados do dia 13 de julho de 2011 ou da data do efetivo ingresso do Participante como colaborador da Companhia (caso tal ingresso tenha ocorrido após 13 de julho de 2011), conforme aplicável, o direito a $\frac{1}{4}$ (um quarto) das Opções que lhe couberem, conforme o pertinente programa/respectivo Contrato (“Vesting”)
- As Opções que já tenham passado pelo período de Vesting (“Opções Vested”) somente poderão ser exercidas após a ocorrência de um Evento de Liquidez (conforme definição a seguir), observados os demais termos e condições aqui dispostos e/ou eventualmente estabelecidos no Programa, bem como os seguintes prazos (“Início do Prazo de Exercício”): (i) após 6 (seis) meses contados da ocorrência do Evento de Liquidez, apenas 40% (quarenta por cento) das Opções Vested poderão ser exercidas; e (ii) após 12 (doze) meses contados da ocorrência do Evento de Liquidez, todas as Opções Vested poderão ser exercidas

VI. Questões Trabalhistas

- ▶ Art. 3º da CLT

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

- ▶ Vesting não pode ser interpretado como uma remuneração pois trata-se de mecanismo de incentivo aos sócios para que estes sempre busquem a lucratividade

VI. Questões Trabalhistas

- ▶ Não se verifica também subordinação entre os sócios de uma *startup* nem tampouco a existência onerosidade, uma vez que estes estão sujeitos à retirada de pró-labore.

VI. Questões Trabalhistas

- ▶ (...) (o) exercício pelo beneficiário tem uma série de condicionantes ou requisitos para sua opção, o qual não traz quaisquer traços compensatórios do trabalho, não comutativo, portanto, eis que o empregado não o aufere habitualmente, tampouco busca com esse incentivo suprir suas necessidades vitais, por exemplo. (...) o empregado compra por um preço (preço de exercício) e vende por outro e nesta operação é que irá obter ou não um lucro. (...) é mera expectativa de direito, pois o trabalhador beneficiário não contrai automaticamente o direito de comprar ações de sua empregadora, pois isso só poderá ser caracterizado e transformado efetivamente em direito após o prazo de carência fixado pelo plano. (...) a inexistência de garantia de lucro imediato, bem como a não aferição automática do direito de comprar as ações outorgadas pela companhia afastam o caráter trabalhista, e, portanto, salarial ou remuneratório da verba em questão.”

VI. Questões Trabalhistas

- ▶ Processo nº: RTOrd 1000856-03.2017.5.02.0023 - 23ª Vara do Trabalho de SP:
- ▶ Notícia veiculada no site JOTA: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/justica-nega-vinculo-empregaticio-em-contrato-de-vesting-com-startup-21052019>
- ▶ Não reconheceu vínculo trabalhista apesar de o “sócio” não figurar no contrato social como tal. O comportamento do reclamante foi determinante para a decisão judicial, já que ele se apresentava como sócio perante terceiros.
- ▶ Não existência de hipossuficiência e MOU foi negociado à exaustão pelas partes.

VII. Questões Tributárias

- ▶ Direito de aquisição societária interpretado como ganho de capital ou de que a aquisição integra a remuneração
- ▶ julgamento da empresa Pop Internet Ltda. realizado pelo CARF (processo nº 10980.728541/2012-13)

“(...) Determina o período de maturação de 4 anos para que o participante possa exercer as opções (...) A cláusula 7 versa sobre os efeitos do desligamento do participante, estabelecendo prazos para o exercício das opções disponíveis e tornando extintas as opções ainda disponíveis. (...) Na ação fiscal considerou-se remuneração como a diferença entre o valor médio de mercado no dia do exercício da opção pelo trabalho e o valor pago pela opção.”

VII. Questões Tributárias

► Ganho de capital:

Ganho de Capital - Tabela de Alíquota Progressiva	
Ganho de Capital Obtido	Alíquota
< R\$ 5.000.000,00	15,0%
de R\$ 5.000.000,01 a R\$ 10.000.000,00	17,5%
de R\$ 10.000.000,01 a R\$ 30.000.000,00	20,0%
➤ R\$ 30.000.000,01	22,5%

VIII. Formas de mitigar os riscos trabalhistas e tributários

- ▶ Direito de aquisição de participação societária x Condição de perda de participação societária:
 - Concessão da participação societária desde o primeiro momento, condicionada ao cumprimento de determinadas metas, sob o risco de perda, em caso de descumprimento.
 - Reduz o risco de aumento progressivo de participação societária sujeito à tributação;
 - Reduz o risco do enquadramento do aumento progressivo como remuneração trabalhista

IX. Considerações Finais

► Vantagens

- Atrair talentos que seriam impossíveis de contratar na fase inicial do negócio, oferecendo uma parte da empresa como contrapartida;
- Segurança ao empreendedor ao estabelecer um cronograma de crescimento progressivo da participação societária ao cumprimento de metas

► Desvantagens

- Instrumento pouco conhecido, não se sabe a forma como os tribunais irão interpretar
- Riscos trabalhistas - os contratos de vesting como uma forma de disfarçar uma relação empregatícia
- Riscos tributários - participação societária adquirida como ganho de capital

OBRIGADO

CONTATO

marcelo@godke.law

(11) 3049-9040 e (11) 9-8377-5436