

O contrato de vesting: uma alternativa para solucionar conflitos de agência e para dar condição de viabilidade às startups

João Carlos Adalberto Zolandeck

Marcella Granemann Ferreira 12/04/2018

No artigo publicado em 08/03/2018, nesta mesma coluna, falamos sobre a teoria da agência e os contratos de agência como alternativa para dar equilíbrio entre os interesses do principal (dono do capital) e do agente (administrador).

É natural que haja conflitos de interesses entre os sócios de uma determinada empresa e o colaborador, considerando-se que as questões estratégicas de parte a parte sofrem variações.

Nesse contexto, o contrato de *vesting* tem plena aplicação, pois, ao invés de um bem elaborado contrato de agência, pode-se pensar nesta modalidade alternativa, trazendo o funcionário/colaborador ou desenvolvedor para dentro da sociedade, estabelecendo critérios de entrada e de permanência na respectiva estrutura organizacional. Como sócio/acionista, certamente os interesses estratégicos estarão mais alinhados, no sentido do pensamento unitário quanto aos objetivos comuns que levam ao sucesso empresarial.

Essa modalidade contratual surgiu nos Estados Unidos e está cada vez mais presente dentro do mundo das *startups*. Afinal, uma característica clássica desse tipo de negócio, principalmente para as que estão começando suas atividades, é a falta de recursos para contratação de funcionários e/ou *advisors* qualificados.

Tendo em vista que o sucesso de uma *startup* está pautado, em síntese, na inovação, na possibilidade de crescimento exponencial e na base tecnológica, o recrutamento de pessoas qualificadas e detentoras do *know-how* para colocar o serviço em prática e fazê-lo dar certo é fundamental.

Dentro desse cenário, a maioria das empresas acaba encontrando dificuldades em conciliar a necessidade de possuir colaboradores especializados e o custo para a sua contratação, já que, muitas vezes, os valores de mercado de funcionários capacitados ultrapassa o capital disponível para a contratação de pessoal de uma *startup early stage*. Esse impasse, quando não é bem gerenciado, poderá resultar em duas situações negativas para a empresa: a contratação de alguém menos qualificado ou a colocação do funcionário pretendido diretamente como sócio, desprovido de um contrato de *vesting*. Nessas duas hipóteses, os sócios fundadores estarão acentuando os riscos da atividade empresarial, no caso, embrionária, cuja consequência, invariavelmente, é o encerramento das atividades com apuração de prejuízos.

No primeiro cenário, temos a contratação de um colaborador menos qualificado ocupando uma posição que, via de regra, exige toda uma gama de conhecimentos, expertise e *know-how*. Evidentemente, tal fato poderá causar enormes danos à empresa, tanto na sua parte interna quanto na sua projeção no mercado, cujo resultado poderá derivar em fracasso do negócio. É alto o número de *startups* que têm o seu fim nos *early stages* por falta de pessoal capacitado.

Já no segundo cenário, temos a colocação do colaborador como sócio, junto aos fundadores, por simples rearranjo societário desprovido de contrato de *vesting*. Neste caso, mesmo na hipótese de ter sido pactuado um percentual pequeno na participação acionária, por exemplo, 2%, há fundado risco para a continuidade do negócio, especialmente quando, por exemplo, menos de seis meses depois, os sócios fundadores concluem que a decisão foi equivocada diante da ausência de envolvimento daquele colaborador no respectivo projeto, seja por não se encaixar, seja por ter ideias diferentes quanto aos rumos da empresa ou por quaisquer outros motivos que não cabe aqui enumerar, inclusive, ausência de *affectio societatis*, igualmente presente nas sociedades anônimas de capital fechado.

Na qualidade de sócio, no caso, acionista, permanecerá com direito sobre sua participação, mesmo não tendo dedicado à empresa o que esta esperava, cabendo aos demais sócios resolver a sociedade (se possível) em relação a este acionista pouco ou nada produtor, questão de elevada indagação, que dependerá do respectivo estatuto e

da avaliação do caso concreto, visando à melhor solução, inevitavelmente onerosa, e com custos de transação elevados.

O contrato de *vesting*, apesar de não ser de uso exclusivo para *startups* ou empresas da área de tecnologia, é uma alternativa para elas, visto que impede as duas situações mencionadas acima de ocorrerem, protegendo os sócios e a empresa. Por meio desta modalidade contratual, em que pese a *startup* iniciante não possuir capital suficiente para contratação de funcionários-talento ou *advisors*, os sócios fundadores podem colocar dentro da empresa pessoas qualificadas sem correr risco de prejudicar o negócio ou beneficiar alguém que acabará não contribuindo para o seu sucesso. Esse arranjo contratual permitirá a atribuição de critérios para a continuidade, para a evolução ou retração da participação acionária, hipótese de permanência do controle pelos sócios fundadores.

Assim, o *vesting* prevê a aquisição progressiva de direitos sobre o negócio, de acordo com premissas pré-estabelecidas entre as partes. Nessas premissas podem ser pactuadas metas de serviço, objetivos a serem alcançados, entre outras possibilidades, e somente após o cumprimento do que foi estipulado é que o colaborador terá o efetivo direito à participação na empresa, tendo como premissa o resultado.

Isto quer dizer que, nesta modalidade contratual, poder-se-á vincular a aquisição progressiva de participação acionária aos resultados esperados e ao longo do tempo, entre 3, 5 e 10 anos, trazendo, por consequência, maior segurança para a continuidade da atividade empresária.

Além disso, reforça-se, mais uma vez, que o tempo não é o único critério dessa modalidade contratual, já que os contratantes poderão pactuar também metas a serem cumpridas, por uma ou ambas as partes. Por exemplo, pode estar estipulado que um funcionário-talento irá adquirir, ao final de 5 anos, o total de 1,5% de participação acionária. Entretanto, para fazer *jus* à respectiva participação, as partes poderão acordar que o projeto a que estiver vinculado represente, minimamente, 30 novos clientes, com repercussão importante no faturamento da empresa.

O contrato pode ter uma cláusula *cliff*, que estipula um tempo mínimo de colaboração para que o funcionário adquira o direito, normalmente fixado em um ano. Seria como um “período aquisitivo” ou “estágio probatório” e pode garantir maior segurança para o negócio: se o colaborador se desligar da *startup* antes de completar esse período aquisitivo, ele não terá direito à participação na sociedade. Além disso, sócios fundadores se utilizarão do *cliff* inicial para avaliar os valores, habilidades e competências do futuro acionista, com cláusula de barreira ou desligamento, por ineficiência quanto aos critérios pré-estabelecidos.

Quanto ao tipo societário que poderá se apropriar do contrato de *vesting*, enquanto não haja uma regulação mais apropriada e se houver, caberá que seja sob a forma de sociedade anônima, cabendo aqui, o comentário da advogada Paula Melina Firmiano Tudisco, que, em entrevista recém-publicada, aliás, enquanto trabalhávamos este texto, esclarece que nas sociedades limitadas o capital é dividido em quotas, havendo vedação do artigo 1.055, parágrafo 2º, quanto à constituição de capital social por meio da prestação de serviços. Por outro lado, entende ser possível a utilização do contrato de *vesting* nas empresas constituídas sob a forma de sociedade anônima, justamente por não haver a vedação legal referida. O mais indicado, segundo comenta, é que a convenção recaia sobre ações preferenciais sem voto (art. 111 da Lei das S/A), evitando, portanto, disputas pelo poder de controle^[1].

Conclui-se que, com a utilização do contrato de *vesting*, os empreendedores, então sócios fundadores, terão mais segurança na distribuição da participação acionária, recurso valioso para *startups* que estão iniciando suas atividades no mercado, todavia, em razão dos recursos financeiros escassos e especialmente da ausência de arranjo jurídico mais inovador, acabam abrindo mão de participação social relevante para atrair e manter colaboradores-estrela, cuja remuneração ou contrapartidas seriam inviáveis de outra maneira.

[1] TUDISCO, Paula Melina Firmiano. *Contrato de vesting pode ajudar a proteger as startups*. Disponível em <<http://www.amocuritiba.com.br/acontece-em-curitiba/contrato-de-vesting-pode-ajudar-a-protger-as-startups.html>>. Acesso em 11/04/2018.

Licença de uso: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.