

A DISCIPLINA JURÍDICA DO MECANISMO DE *VESTING* NAS *STARTUPS* BRASILEIRAS

Vida Cardoso*

1 INTRODUÇÃO

Cada estágio de desenvolvimento do ciclo de vida de uma *startup* será marcado por relações jurídicas de trabalho específicas. Estas relações devem ser compreendidas em um sentido amplo, pois não há correspondência necessária à estritas relações de emprego, dado que os sujeitos presentes são vários, como prestadores de serviço, sócios, investidores e, inclusive, empregados.

Na maioria das vezes, a estrutura de uma *startup* será incompatível com o estabelecimento de vínculos que comprometam a estrutura financeira da empresa com um elevado gasto com folha de pagamento. Neste contexto, formas alternativas¹ de regularização e regências das relações jurídicas, que não constituem vínculos de emprego, são observadas, como relações atípicas ao ordenamento pátrio ou mesmo típicas, à luz da CLT.

Vigora no ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro o princípio da primazia da realidade sobre a forma contratual estabelecida, corolário que deverá nortear a análise de cada do presente tema. Neste contexto, não obstante o leque de temas seja extenso em relação às relações jurídicas vivenciadas no âmbito de uma *startup early stage*, elege-se como objeto de estudo deste artigo o mecanismo denominado *vesting*, que foi importado do direito norte-americano para o Brasil e é muito utilizado no contexto das *startups*. Compreende-se o tema a partir de um panorama geral acerca das relações jurídicas de trabalho em cada uma das fases de desenvolvimento de uma *startup*.

A partir do momento em que o empresário começa a montar a sua equipe, para que o produto e/ou serviço inovador proposto se materialize e, conseqüentemente, seja testado,

*Vida Sepulveda Noya Cardoso. Graduada em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. LLM em Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Advogada da área contratual, imobiliária e empresarial. vidanoya@gmail.com.

¹ O termo alternativa deve ser compreendido considerando o princípio da primazia da realidade sobre a forma, vigente no ordenamento jurídico-trabalhista brasileiro, dado que não há “alternativa”, no sentido de opção ou escolha conferida às partes quando restar caracterizada uma relação de emprego, ainda que a forma contratual eleita para vestir a relação possa ter sido escolhida de forma inadequada.

aperfeiçoado e validado definitivamente diante do público, relações jurídicas são estabelecidas entre os sujeitos envolvidos. O contexto de insegurança e alto risco, inicialmente pautado pela ausência de capital refletirá nas relações jurídicas de trabalho - em sentido amplo - estabelecidas. Neste sentido:

De um lado, o fundador da *startup* tem uma grande responsabilidade pois existe um risco de o negócio falir e as pessoas que estiverem participando do projeto ficarem sem emprego por essa razão. De outro, o mesmo fundador da *startup* precisa pensar em sua proteção, pois, ao contratar pessoas, ele passa a correr risco pessoal, diante da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no campo trabalhista, o que não é incomum.²

Em um primeiro momento, haverá apenas a ideia, originada do próprio fundador, ou até mesmo de uma pluralidade de empreendedores que, contudo, não possuem vínculos societários, quiçá de trabalho ou emprego. No início, ainda é tudo muito informal e “faz pouco sentido constituir uma *startup* e já iniciar as atividades com vínculos celetistas”,³ afinal, a *startup* não detém capital suficiente para sustentar estas relações, nem certeza sobre a continuidade da atividade diante do contexto de risco e insegurança inerente a este meio. De outro modo, a partir da evolução para materialização do produto e/ou serviço inovador, haverá formação de uma equipe, o que, por sua vez, requer certo nível de formalidade.

No estágio inicial da *startup*, denominado de *early stage*, em regra, as relações são atípicas, quando comparadas à jornada de 8 horas diárias e 44 semanais prevista tradicionalmente pela CLT. Assim, “[...] é comum que a ‘jornada’ do colaborador ocorra quando este tiver tempo, geralmente após o expediente de seu outro trabalho ou nos intervalos que ele possui ao longo do dia”.⁴ Em aspectos mais específicos “o modelo tradicional da jornada não é condizente com a dinâmica das *startups*, tipicamente estruturada de maneira mais informal e com menor controle de horário”,⁵ sendo comum neste ecossistema a prioridade da produtividade e do resultado, independentemente da forma como exercida a atividade, ao cumprimento de determinada jornada de trabalho na sede da empresa.

Entretanto, quando da presença de investidores mais expressivos, o cenário muda, havendo convívio entre sujeitos que passam a dedicar-se em regime de exclusividade na

² FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 193.

³ *Ibidem.*, p. 195.

⁴ *Ibidem.*, p. 196.

⁵ *Ibidem.*, p. 195.

startup, o que demonstra uma estrutura mais robusta diante do mercado, conferindo maior segurança ao exercício da atividade.

Em regra, a transição para a fase de desenvolvimento avançada de uma *startup*, na qual tende-se à consolidação do produto e/ou serviço oferecido no mercado, a empresa vivenciará um período de gradação entre relações informais e vínculos revestidos de formas contratuais típicas ou atípicas, adequadas a cada momento. No *growth stage*, de outra forma, a probabilidade de as relações serem revestidas de formas jurídicas típicas de emprego é bem maior; a empresa terá uma estrutura de funcionários e funções divididas internamente, fase esta que, contudo, não será objeto de análise da presente pesquisa.

O contexto do direito do trabalho e do direito civil, pautado em novos arranjos e novas formas de contratação que desafiam a clássica divisão entre empregado e empregador em um trabalho subordinado e autônomo aplica-se diretamente ao ambiente disruptivo observado no ecossistema de *startups*.⁶ Há, de fato, uma tendência à horizontalidade das relações jurídicas entre os sujeitos, sendo certo que a visão hierárquica vertical, cada vez mais, é observada com menos frequência.

Em busca de relações jurídicas mais “adequadas” ao contexto das *startups*, considerando, inclusive, ecossistemas mais desenvolvidos, como o norte-americano, identificou-se um mecanismo de retenção de colaboradores estratégicos para o negócio da *startups*: o *vesting*. Este mecanismo não guarda correspondência legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, havendo interpretação jurisprudencial bastante incipiente sobre o tema. Será este, pois, o objeto de análise do presente artigo, conforme será melhor desenvolvido adiante.

2 O MECANISMO DE VESTING: RELAÇÃO JURÍDICA ATÍPICA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NAS STARTUPS

O contexto de falta de recursos no estágio inicial de um *startup* refletirá nas relações de trabalho e nos arranjos contratuais estabelecidos durante o ciclo de desenvolvimento da

⁶ VEIGA, Marcelo Godke; PENIDO, Karen. Contrato com colaboradores. In: OIOLI, Erik Frederico (Coord.). **Manual de Direito das Startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 75-97.

empresa. Desta forma, alguns mecanismos foram importados de modelos estrangeiros como alternativa, na visão de um empreendedor, ao comprometimento de parte significativa do orçamento da empresa com gastos destinados a folha de empregados, como os planos de opção de compra de ações e o mecanismo do *vesting*, objeto de análise do presente capítulo.

Com o intuito de ilustrar o panorama traçado, abordar-se-á, especificamente, o mecanismo denominado de *vesting*, instituto de origem norte americana. Para tanto, será necessário compreender em o que consiste o *vesting*, quais sujeitos podem ser beneficiados por meio desse mecanismo, sua forma de operacionalização e a relação (ou não) que o instituto guarda com as disposições normativas pátrias, além do posicionamento jurisprudencial pátrio acerca do tema. Ademais, pontuar-se-á os pontos de convergência e antagonismos entre o mecanismo do *vesting* e o plano de oferta de opção de compra, em sua espécie *stock options*. Por fim, considerações serão estabelecidas acerca do futuro da aplicação do mecanismo no Brasil, diante de todo o panorama exposto.

2.1. CONCEITO E MODUS OPERANDI DO VESTING

Considerando a impossibilidade de gasto elevado com folha de empregados, firmar uma relação de emprego é, muitas vezes, tarefa difícil para uma *startup* que, por vezes, ainda opera tendo prejuízo. Para que a atividade se desenvolva, o empreendedor conta com a atuação de sujeitos que possuem relevante papel na sobrevivência e na evolução da empresa, por possuírem conhecimento técnico específico, como é o caso de desenvolvedores de *softwares*/aplicativos, por exemplo. Ademais, “um empregado estratégico pode ser a qualquer momento absorvido pelo mercado em razão de um salário maior”,⁷ sendo este um risco que o empreendedor/fundador da *startup* está inserido ao longo do exercício da atividade.

Acresça-se ainda que a pretensão salarial destes profissionais não corresponde à capacidade de pagar da empresa,⁸ razão pela qual, tentando equacionar o problema exposto, surge uma forma de retenção do empregado, através de uma roupagem contratual atípica ao

⁷ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Apontamentos sobre *vesting* no Brasil. In: REZENDE, Luiza (Org.). **Direito para empreendedores**. São Paulo: Évora, 2016, p. 31.

⁸ CARDOSO, Bruno Herzmann. **Direito para startups: o contrato de vesting**. 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/direito-para-startups-o-contrato-de-vesting/>. Acesso em: 28 out. 2019.

ordenamento jurídico brasileiro: o mecanismo de *vesting*. Este mecanismo foi importado do direito americano e sua aplicação no Brasil não guarda as mesmas proporções observadas no ordenamento de origem. Desta forma:

[...] o propósito do *vesting* é a transferência da participação societária de uma única vez, cuja segurança de que poderá realmente usufruir dos direitos de se tornar proprietário dessa participação está condicionada à ocorrência de alguns eventos. Assim, apenas decorrida a totalidade do período do *vesting* é que o fundador está realmente investido na sua participação societária, pois fica livre do direito de recompra de sua participação pela empresa. Esse é o real intuito do *vesting* no Direito Americano, mas que foi importado ao Brasil pela metade, ou seja, apenas considerando a primeira explicação acima, qual seja, de que a participação seria adquirida aos poucos, de período em período.⁹

O *vesting*, no Brasil, comporta variações de definições doutrinárias, sendo algumas delas: (i) “instrumento de retenção de talentos”, (ii) “mecanismo de atração de colaboradores”,¹⁰ (iii) “formato pelo qual o sócio adquire um direito de participação societária após decorrido um período estipulado entre as partes”,¹¹ (iv) tipo de investimento, segundo o qual a *startup* investe na qualificação e manutenção de seus colaboradores mais relevantes,¹² e (v) contrato, segundo o qual determinados agentes terão direitos a ações, considerando a observância de parâmetros especificados de produtividade no decurso do tempo.¹³

Embora o *vesting* seja elencado, por vezes, como contrato ou como cláusula, a presente pesquisa, por sua vez, filia-se ao entendimento de que o *vesting* correspondente a um mecanismo, que consiste em um conjunto de relações efetivadas em suas devidas roupagens jurídicas contratuais, sendo impossível reduzi-lo à forma contratual de um único documento.

Adota-se o posicionamento de que o *vesting*, no Brasil, não se reveste de um único contrato e, para que se obtenha o mesmo resultado pensado em seu instituto original deve-se compreender que:

⁹ JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. Natureza jurídica do *vesting*: como uma tradução errada pode acabar com o futuro tributário e trabalhista de uma *startup*. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

¹⁰ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op. cit., p. 205.

¹¹ JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. Op. cit., p. 40.

¹² REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **Startups**: análise de estruturas societárias e de investimentos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2018, p. 109.

¹³ OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, jul/dez 2016, p. 183. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1786>. Acesso em: 06 nov. 2019.

[...] é fundamental ao menos três tipos de documentos envolvidos e que se complementam: (i) o documento que formalize a relação societária: Contrato Social (Limitadas) ou Estatuto Social (S/A); (ii) o documento parassocietário que detalha melhor as relações internas e também patrimoniais entre os sócios: Acordo de Quotistas ou Acordo de Acionistas e (iii) a depender da forma, ou um contrato de trabalho, ou um contrato de prestação de serviço, ou um contrato de opção de compra, ou dois destes, como um contrato de prestação de serviços e um contrato de opção de compra de quotas.¹⁴

O *vesting* consiste, pois, em um mecanismo atípico ao ordenamento jurídico brasileiro, que estipula condições suspensivas à promessa de participação societária, por meio da outorga de uma opção de compra a preços estabelecidos para o eventual beneficiado.¹⁵ Estas condições podem ser o decurso de determinado período de tempo, no qual deverá o beneficiário permanecer vinculado à *startup*, o atingimento de metas de desempenho estipuladas, ambas somadas ou o que eventualmente for acordado entre as partes.¹⁶ Em síntese, o *vesting* tornará o colaborador um potencial,¹⁷ afirmação a ser interpretada com cautela, pois envolve nuances de caráter interdisciplinar, o que ainda será objeto de discussão no presente capítulo.

Existem dois tipos de *vesting*: o tradicional e o invertido. Aquele corresponde à aplicação que o ordenamento jurídico brasileiro empregou ao mecanismo norte-americano importado, sendo operacionalizado por meio de um contrato de opção de compra de participação societária, no qual haverá o direito de aquisição quando superadas as condições eventualmente acordadas,¹⁸ sejam ela o decurso do tempo ou o atingimento de metas. Desta forma, o beneficiário será investido na participação societária apenas quando as condições forem superadas, sendo possível também a investida gradual e proporcional ao decurso de tempo, quando, somente ao final, haverá propriedade plena sobre a totalidade da participação societária prometida.¹⁹

O *vesting* em sua versão invertida corresponde à concepção formulada em sua origem estrangeira, segundo a qual o beneficiário, desde o momento inicial, torna-se sócio da *startup*, o que é operacionalizado também por meio de um contrato de opção de compra de

¹⁴ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 25.

¹⁵ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op. cit., p. 203-204.

¹⁶ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 110.

¹⁷ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op. cit., p. 206.

¹⁸ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 110.

¹⁹ JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. Op. cit., p. 41.

participação societária, mas que tem como beneficiário os demais sócios da *startup*. Assim, se as condições estabelecidas não forem cumpridas, os demais sócios possuem o direito de recompra das ações ou quotas, sendo certo que a participação societária já foi distribuído desde o começo. Da mesma forma, pontua-se que é possível haver gradação, quando a recompra seja feita de forma parcial ou total, o que será calculado de forma proporcional ao descumprimento das condições acordadas, gerando a retirada parcial ou total do beneficiário do quadro societário da empresa.²⁰ Esta forma, contudo, não foi a adotada quando da aplicação no Brasil.

Há ainda o período denominado de *cliff*, correspondente a um período de carência, no qual se o beneficiário optar por sair da sociedade, ele não terá direito ao quanto lhe fora prometido. Esta escolha culmina na “impossibilidade de exercício de opção de compra de qualquer participação societária ou então na perda de toda a parcela adquirida de início (no caso do *vesting* invertido)”.²¹ Neste intento, considerando o *vesting* tradicional, normalmente se oferece um ano de *cliff* e quatro anos de *vesting*: após um ano, o colaborador terá direito à aquisição de participação societária outorgada proporcionalmente ao longo de quatro anos.²²

De outro modo, quando o período de carência é ultrapassado e as condições estipuladas forem devidamente cumpridas, não é possível cumular a função de empregado da sociedade e sócio dela. Assim, em termos operacionais, em se tratando de prestador de serviço ou empregado da própria *startup*, o contrato de trabalho ou de prestação de serviço será rescindido, sendo certo que os efeitos desta rescisão terão de ser devidamente suportados pelas partes nos termos dos respectivos contratos firmados.²³

Ademais, em relação à possibilidade de saída do beneficiário do *vesting*, observe-se que a saída poderá ser classificada como *good leaver* (boa saída) ou *bad leaver* (saída ruim). A primeira corresponde ao trabalhador que saiu por motivos razoáveis, amigavelmente, de forma que receberá os valores proporcionais aos que lhes foram outorgados.²⁴ De outro modo, o beneficiário *bad leaver* trata-se dos trabalhadores que deixam a *startup* por motivos de

²⁰ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 110.

²¹ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 111.

²² FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op. cit., p. 205.

²³ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 33.

²⁴ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op. cit., p. 206.

demissão pelo empregador por justa causa, o que pode, se não esgotado o período de *cliff*, culminar na saída sem qualquer direito à participação societária.

Pelo exposto, resta claro que a aplicação do *vesting* em seu ordenamento jurídico de origem é claramente desvirtuada quando importado ao Brasil. Este desvio reflete, por sua vez, na compreensão da natureza jurídica do mecanismo, tendo em vista as disposições do ordenamento jurídico pátrio. Compreendido o conceito do instituto, assim como sua aplicação prática, passa-se a delinear quem são os legitimados a serem beneficiados pelo *vesting*.

2.2. OS SUJEITOS BENEFICIÁRIOS DO MECANISMO *VESTING* E AS FORMAS CONTRATUAIS ENVOLVIDAS PARA OFERTA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Após ter sido estabelecida a compreensão acerca do conceito do mecanismo de *vesting* enquanto instituto de origem norte-americana que guarda aplicação diversa da original no ordenamento jurídico brasileiro questiona-se: quem são os sujeitos que podem ser beneficiados por meio da participação societária objeto do *vesting*?

Tanto empregados como prestadores de serviços ou sócios podem ser parte de uma operação, sendo certo que cada um desses casos guarda as suas devidas peculiaridades.²⁵ O prestador vincula-se por meio de um contrato de prestação de serviço, o empregado, em regra, por meio de um contrato de trabalho individual e o sócio, por sua vez, firma o vínculo por meio do próprio contrato/estatuto social, assim como eventual acordo de acionista.

O *vesting* é bastante utilizado por empregados e prestadores de serviço sensíveis, com o objetivo de retenção dos profissionais estratégicos e comprometimento deles com o negócio.²⁶ Ademais, em regra, há referência à figura de um colaborador, que, compreendido em uma visão ampla, engloba tanto funcionários efetivos, como prestadores de serviço e, até mesmo, sócios.²⁷

Quando tratam-se as partes de sócios da *startup* é latente o caráter mercantil da relação jurídica acordada, porquanto afasta-se a possibilidade de enquadramento de relação de

²⁵ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 25.

²⁶ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 29.

²⁷ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 110.

trabalho entre o sócio e a *startup*. Todavia, quando em referência a aplicação do *vesting* a empregados da empresa, ressalte-se que a remuneração do funcionário não deve ser confundida com o benefício que porventura lhe seja ofertado. Neste sentido, nos termos da previsão do artigo 1.055, parágrafo 2º, do Código Civil Brasileiro, é vedada integralização do capital social de uma empresa por meio de prestação de serviço.

Assim, quando os sujeitos beneficiados forem prestadores de serviço e empregados, é importante que esta relação jurídica seja preservada, assim como efetivados todos e quaisquer direitos decorrentes do vínculo estabelecido. O *vesting* jamais deverá ser considerada uma forma de fraudar os direitos devidos a um empregado por meio da concessão de oferta de participação societária, principalmente quando condicionada ao atingimento de determinada meta, sendo certo que a oferta não deve ser confundida com a remuneração devida ao beneficiário pelos serviços prestados.

Mesmo que pareça redundante a afirmação, se sócio, o sujeito deverá possuir os deveres e direitos como sócio e não uma simulação de empregados com participação.²⁸ Se empregado ou prestador de serviço autônomo, deverá receber o que lhe seja de direito, nos termos da legislação trabalhista pátria, com destaque para a remuneração salarial efetivamente devida, ainda que, na visão do empregador (fundador/empreendedor da *startup*), isto possa significar um maior custo com contribuições sociais e encargos trabalhistas.

Considerando que o *vesting* trata-se, mais uma vez, de um mecanismo, no qual há diversas formas contratuais atuando de forma logicamente coordenada, cada uma destas relações comporta direitos e deveres próprios, que devem, acima de qualquer circunstância serem preservados. O contrato de trabalho, emprego, prestação de serviço, contrato/estatuto social e/ou acordo de acionistas devem ser respeitados de forma apartada ao contrato de oferta de participação societária, evitando, dessa forma, confusão entre os institutos e futuras discussões judiciais, principalmente acerca de direitos suprimidos e verbas devidas e não pagas.

Neste sentido, o ponto crucial para compreensão acerca da natureza do *vesting* localiza-se justamente na forma de transição de empregado para sócio da *startup*. Em termos de roupagem jurídica, a transferência das quotas ocorrerá mediante (i) cessão onerosa com valor fixo pré-definido, o que muito se aproxima do instituto das *stock options*, que adiante

²⁸ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 37.

será melhor analisado, ou (ii) cessão gratuita, de forma que o beneficiário não pagará nada.²⁹ A grande celeuma reside justamente nesta última forma, dado que, como não há pagamento por parte do trabalhador, há uma linha muito tênue entre caracterizar o benefício como uma forma de contraprestação ao serviço, aproximando-se de uma verba salarial, ou de a relação jurídica possuir caráter tão somente mercantil, afastando-se qualquer incidência de encargo ou reflexo sobre o valor em questão.

Tendo em vista este panorama, recomendam Chinalte e Wuol que “a cessão seja sempre onerosa, ainda que o valor seja meramente pró-forma”.³⁰ Ressalte-se, inclusive que, em analogia a casos que levaram em consideração a aplicação do mecanismo das *stock options*, há entendimento jurisprudencial pátrio do TST que ratifica a importância de haver onerosidade na cessão, “ainda que com preço diferenciado fornecido pela empresa”.³¹ Considerando esta mesma perspectiva, os Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 15ª Região possuem entendimento no mesmo sentido, desde que a oferta tenha se efetivado a título não gratuito,³² sendo as ações transferidas a título oneroso, porquanto excluída a hipótese de caracterização de salário-utilidade.³³

Conclui-se que os beneficiários da aplicação do mecanismo de *vesting* em determinada *startup* correspondem aos indivíduos denominados usualmente de “colaboradores”. Estes poderão ser prestadores de serviço, empregados da empresa ou até mesmo os próprios sócios da empresa, o que é perfeitamente possível de ocorrer, inclusive dentro das nuances do

²⁹ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUOL, Fábio Soares. Op. cit., p. 34.

³⁰ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUOL, Fábio Soares. Op. cit., p. 34.

³¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock Options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula 126/TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 85740-33.2009.5.03.0023. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 15 de dezembro de 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 662/2011, p. 2143-2144, 03 fev. 2011.

³² SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Stock Options. Incentivo ao empregado. Caráter não salarial. Acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região n. 20030636234. Relatora: Ministra Anélia Li Chum. São Paulo, 17 nov. 2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP)**, São Paulo, n. 91, p. 93, 05 dez. 2003. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2003%2ftrt%25202a%2520regiao%2fdezembro%2f05%2fpag_0093_C2HGKUFIO2RPFaAU4F5CDHCVB5O.pdf&pagina=93&data=05/12/2003&caderno=TRT%202a%20Regi%C3%A3o&paginaordenacao=100093. Acesso em: 05 nov. 2019.

³³ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Opção de compra de ações (“Stock Option”). Remuneração. Não configuração. Decisão Monocrática do Recurso Ordinário n. 00387-2003-045-15-85-7. Relator: Juiz Ricardo Regis Laraia. Campinas, 03 jul. 2007. **Diário de Justiça de São Paulo (DJSP)**, São Paulo, p. 76, 13 jul. 2007. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pIdProc=1279398&pDbLink=>. Acesso em: 06 nov. 2019.

ordenamento jurídico pátrio. O *vesting*, contudo, não deverá ser forma de fraudar relações de trabalho, sejam elas em sentido amplo ou de emprego propriamente dita, de forma que os direitos dos trabalhadores deverão ser sempre assegurados. Neste intento, ainda que a forma contratual eleita possua previsão em contrário, os direitos trabalhistas deverão ser assegurados, tendo em vista o princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Pelo exposto, foi contemplada a análise das roupagens jurídicas englobadas na oferta de um benefício através da outorga do direito de compra de ação da *startup* por meio do *vesting*, assim como dos sujeitos que podem estar envolvidos neste processo. Considerando que não há ainda legislação no Brasil acerca deste instituto, é importante analisar também o entendimento jurisprudencial pátrio acerca do que se denomina de *vesting*. Todavia, a interpretação feita até então no âmbito do poder judiciário não comporta a mesma compreensão ora exposta na presente pesquisa, como melhor será exposto no seguinte tópico.

2.3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO: CLÁUSULA QUE DELIMITA CONDIÇÃO SUSPENSIVA DE DECURSO DE TEMPO (*VESTING PERIOD*)

Tendo sido delineado o conceito do mecanismo de *vesting* defendido pela presente pesquisa como um conjunto de relações, que, tão somente juntas, conferem a melhor aplicação do instituto, concluiu-se pela impossibilidade de resumir a sua roupagem jurídica a apenas uma cláusula contratual. Isto porque o mecanismo em questão suscita interpretações distintas, principalmente quando há vinculação da oferta de participação societária ao atingimento de determinada meta na prestação de serviço. Contudo, o panorama traçado até então não possui correspondência em termos legislativos no Brasil, porquanto faz-se necessário analisar eventuais entendimentos jurisprudenciais acerca do que vem se entendendo como *vesting*.

As decisões brasileiras proferidas englobando o tema de *vesting*, contudo, não o consideram como um mecanismo que opera da forma até então exposta. O entendimento jurisprudencial brasileiro mais recente observado em 2016 pelo TST no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 2843-80.2011.5.02.0030 trata-se de nítido caso de oferta de compra por meio de *stock options*, havendo, curiosamente, referência expressa ao vocábulo *vesting*.

Ocorre que a definição dada ao *vesting* está relacionada à cláusula que condiciona o resgate das cotas a um determinado período de tempo – “prazo de carência fixado pelo plano”,³⁴ sendo certo que o mecanismo de *vesting* não se resume a previsão contratual por meio de uma cláusula, tratando-se de um instituto que envolve um conjunto de formas contratuais. No mesmo sentido, há entendimento³⁵ considerando o *vesting* como cláusula contratual que fixa prazo de carência de determinado plano de compra de ações.

Pelo exposto, o entendimento jurisprudencial brasileiro acerca do tema, até a presente data, compreende o *vesting* enquanto cláusula que estipula um período de tempo de carência (*vesting period*) nas empresas, o que é característica, por sua vez, inerente às *stock options*. Em se tratando de *stock options*, “o *vesting* refere-se exclusivamente a um período de tempo predefinido o qual o beneficiário do plano precisará respeitar para adquirir o direito de poder comprar ou não as ações que tem direito”.³⁶ Contudo, as formas de carência vinculada a esta cláusula de *vesting* não restringem-se apenas ao decurso do tempo, havendo a “carência direta” (*straight vesting*), na qual há outorga parcial da mesma porcentagem ao longo de determinado período de tempo da opção de compra; “carência com data pré-fixada” (*cliff vesting*), na qual há data fixada para a opção de compra ser realizada; “carência de desempenho” (*performance vesting*), quando se vincula a opção a uma meta da própria empresa; e “carência em passos” (*step vesting*), similar ao *straight vesting*, mas divergindo, pois a porcentagem eventualmente outorgada não precisa seguir uma regra quanto a sua quantidade.³⁷

Assim, o cenário de pouca discussão em termos jurisprudenciais acerca do mecanismo de *vesting* nas nuances defendidas pelo presente trabalho, certamente, tem relação com o

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração do Reclamante – Alteração Lesiva – Bônus Anual – Pedido Sucessivo – Omissão. Embargos de Declaração do Reclamado – Reflexo das gratificações em férias. Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo n. 2843-80.2011.5.02.0030. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 8 de junho de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 1996/2016, p. 2104, 09 jun. 2016.

³⁵ BELO HORIZONTE. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Stock Options. Opção facilitada, com preços pré-fixados, para aquisição futura de ações da empresa. Prazos de carência (*vesting*). Insubstância do benefício na rescisão contratual ocorrida antes do cumprimento da carência. Recurso Ordinário n. 01150-2009-023-03-000-4. Relatora: Juíza Wilméia da Costa Benevides. Belo Horizonte, 10 maio 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, n. 729/2011, p. 124, 16 maio 2011.

³⁶ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op.cit, p. 28.

³⁷ DALMAS, Viviane Castro Neves Pascoal Maldonado. **Stock Options nas relações de emprego**. 2007. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Direito do Trabalho. Pontífca Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2007, p. 43-47. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp033109.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

processo ainda em desenvolvimento da consolidação do ecossistema de *startups* brasileiro, embora em termos de produção doutrinária, já se fale consideravelmente sobre o assunto.

Nos processos observados acima, o *vesting* é inserido enquanto cláusula que vincula a oferta de participação societária ao decurso do tempo (*vesting period*), em um plano de oferta de compra de ação materializado por meio de sua espécie *stock options* – mecanismo que guarda relação muito próxima da efetivação prática do *vesting*. Esta não é, contudo, a forma que reveste o mecanismo de *vesting* quando analisado como instituto autônomo desvinculado das *stock options*. Sendo assim, faz-se necessário compreender o instituto das *stock options* - mais antigo e de origem norte-americana -,³⁸ conforme será feito no tópico a seguir.

2.3.1. ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O VESTING E AS STOCK OPTIONS

O mecanismo do *vesting* em muito se assemelha a estrutura das *stock options*, ao que parece ser uma versão adaptada do referido instituto, de forma a possibilitar a aplicação de algo parecido em empresas de estrutura menos robustas que não sociedade anônimas, como as *startups*. Em termos de aplicação, no Brasil, há maior frequência no plano de empresas estrangeiras, notadamente as norte-americanas.³⁹ O mecanismo de *stock options* começou a ser usado no Brasil para manter os benefícios que os executivos possuíam quando empregados na matriz estrangeira da empresa; a aplicação ampliada aos empregados ocorreu em momento posterior, porquanto justifica-se a escassez em matéria trabalhista sobre o tema.⁴⁰

As *stock options* correspondem à possibilidade de a sociedade anônima empregadora estabelecer a opção de compra de ações da companhia, tendo como compradores administradores ou empregados, o que ocorre mediante expedição de novas ações.⁴¹ Desta forma, ao exercer a opção, o beneficiário tornar-se-á proprietário pelo preço de oferta, com a

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2018, p. 487.

³⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 860.

⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei n. 286/2015**, de 10 de fevereiro de 2015. Acrescenta o Art. 458-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a concessão de Opções de Ações (Stock Options), p. 6. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946411>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁴¹ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 27.

possibilidade de venda pelo preço no mercado acionário,⁴² de forma que a diferença entre essas duas parcelas corresponderá ao lucro auferido pelo beneficiário das *stock options*. Ao receber as ações com opção de compra, o sujeito não é obrigado a pagar de imediato, sendo certo que exercerá a opção apenas se for vantajoso, com a possibilidade de o fazê-lo futuramente, quando a operação tiver maior índice de rentabilidade.⁴³

Assim, ao conferir um benefício futuro para o empregado, no qual haverá possibilidade de lucro, o objetivo das *stock options* não deixa de ser o mesmo que o *vesting*: beneficiar o trabalhador por sua contribuição para a empresa, afinal, a sua produtividade influenciou diretamente no sucesso (ou não) da empresa e, inclusive, na valorização das ações objeto da oferta de compra. Ora, estão envolvidos neste fluxo um trabalhador, vinculado por meio de um contrato de trabalho e uma forma de benefício a este sujeito outorgada, porquanto seja possível questionar-se: qual a natureza jurídica da parcela de lucro recebida pelo empregador com eventual venda das ações?

O termo é controverso e definido enquanto “figura dúbia”.⁴⁴ Considerando a vantagem econômica obtida pelo empregado, sendo a relação jurídica lastreada por meio de um contrato de trabalho, a parcela poderia ser enquadrada como de caráter retributivo, entendimento do qual não se filia a presente pesquisa. Ressalte-se, contudo, a hipótese de a parcela ser enquadrada como gratificação, quando, por exemplo, conferida uma vez por ano ao empregador, sendo imprescindível que o caráter de habitualidade esteja presente para tanto, o que não necessariamente corresponde à aplicação prática, principalmente considerando a oscilação do mercado econômico.⁴⁵ Entende-se que, mesmo que a opção seja outorgada uma vez por ano, ela pode, inclusive, não ser vendida naquele ano corrente; a venda acontecerá somente por livre vontade do proprietário das ações, o que dificulta o enquadramento da parcela de lucro como gratificação.⁴⁶

Em que pese haja um contrato de trabalho para lastrear a relação jurídica da opção de compra, houve efetivamente um aporte de capital por parte do empregado, ainda que por um preço mais baixo, tratando-se, enfim, de “um contrato oneroso, pois o empregado, para

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 861.

⁴³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. cit., p. 487.

⁴⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. cit., p. 487. DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit., p. 860.

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.cit., p. 861.

⁴⁶ Na presente pesquisa considera-se que a discussão em relação às *stock options* versa sempre sobre a parcela de lucro com a venda posterior das ações compradas anteriormente pelo beneficiário, dado que na compra exercida por este sujeito não há lucro a ele conferido.

exercer o seu direito de compra, deverá desembolsar o valor da opção”.⁴⁷ Assim, o lucro eventualmente auferido não deverá ser considerado como parcela salarial ou gratificação, pois será vinculado a uma terceira relação jurídica entre o vendedor (empregado, beneficiário) e o adquirente, o que não guarda relação direta com o contrato de trabalho firmado inicialmente. A parcela de lucro pode, inclusive, ser considerada mera participação nos lucros e resultados, tratando-se de parcela sujeita à volatilidade do mercado econômico, assumindo ainda os empregados “riscos típicos da empresa, mesmo que limitados ao montante de seu estoque acionário”.⁴⁸

Neste sentido, “para fins trabalhistas, prevalece o entendimento de que a opção de compra não apresenta natureza salarial por se tratar de valor decorrente de negociação desvinculada do contrato de trabalho”.⁴⁹ Corrobora esta posição o entendimento de que as *stock options* sejam classificadas como verbas vinculadas ao risco empresarial, sendo portanto variáveis conforme os lucros e resultados do empreendimento respectivo, porquanto não se encaixam no conceito de salário ou remuneração.⁵⁰ Não há, contudo, até a presente data, pacificação jurisprudencial a respeito do preciso enquadramento jurídico das *stock options*, inclusive pelo fato de não ser muito frequente sua presença em processos judiciais trabalhistas no País.⁵¹ Até fevereiro de 2017, foram encontrados apenas 81 acórdãos em pesquisa jurisprudencial sobre o tema no site do TST.⁵² A presente pesquisa defende que as *stock options* possui previsão na legislação pátria, uma vez que considerada espécie do gênero plano de opção de compra de ação, que engloba ainda o ESPP (*Employee Stock Purchase Plan*), Ações Restritas (*Restricted Stocks*), Ações de Performance (*Performance Stocks*) e Ações Fantasmas (*Phantom Shares*).⁵³

⁴⁷ GIMENEZ, Ana Maria; GIMENEZ, Claudemir. Reflexões sobre a natureza jurídica das *stock options* à luz de uma proposta legislativa. In: REUNIÃO ANUAL DA SBPC, 69, 2017, Belo Horizonte. **Reflexões sobre a natureza jurídica das *stock options* à luz de uma proposta legislativa**. Belo Horizonte: 2017, p. 3.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., p. 861.

⁴⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op.cit., p. 488.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock Options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula 126/TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 85740-33.2009.5.03.0023. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 15 de dezembro de 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 662/2011, p. 2143-2144, 03 fev. 2011.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.cit., p. 861.

⁵² GIMENEZ, Ana Maria; GIMENEZ, Claudemir. Op.cit., p. 1.

⁵³ DALMAS, Viviane Castro Neves Pascoal Maldonado. Op.cit., p. 3-4.

Por fim, observa-se que o *vesting* é mecanismo atípico à legislação do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto que as *stock options* guardam previsão na Lei n. 6.404/76 (“Lei das SA”), no artigo 168, parágrafo 3º, por meio da outorga de opção de compra de ações a seus administradores, empregados ou prestadores de serviço. Não descarta-se, neste sentido, a possibilidade de o *vesting* ter começado a ganhar maior aplicação no ecossistema brasileiro, considerando o cenário inicial de uma *startup* incompatível com a constituição por meio de uma sociedade anônima, já que a estrutura de uma sociedade limitada é, por vezes, indicada como mais adequada a uma *startup*.⁵⁴ Defende-se que uma *startup* com orçamento baixo, visando fugir de burocracias, seria incompatível com a aplicação das *stock options*.⁵⁵

O *vesting* pode ser aplicado tanto em sociedades anônimas quanto em limitadas, sendo possível, ainda, estipular atingimento de metas ao exercício do direito, enquanto que as *stock options* possuem aplicação mais restrita. Neste sentido, “o *vesting*, ainda que guarde semelhança com o *stock options*, pode ser bastante distinto, principalmente por estarmos tratando da aplicação para startups de baixo orçamento e afins, notadamente da área de tecnologia”.⁵⁶

Assim, em que pese os dois institutos apresentados sejam distintos, eles guardem algumas semelhanças, já que ambos são formas de benefício outorgadas aos empregados de determinada empresa, cada um possuindo, contudo, sua própria forma de operacionalização e aplicação. Enquanto o *vesting* possui maior leque de tipos societário abarcados, aplicando-se, inclusive, a empresas de pequeno porte e estruturas menos robustas, como é o caso das *startups*, as *stock options* estão vinculadas à aplicação em uma sociedade anônima.

Em síntese, não deixa de haver relação muito próxima entre os dois mecanismos, uma vez que ambos consistem em oferta de participação societária. Por outro lado, o *vesting* é considerado uma cláusula, relacionada ao período de decurso do tempo necessário, dentro do plano oferecido por meio de *stock options*. Ressalte-se, contudo, que as *stock options*, enquanto plano de opção de compra possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que o *vesting* não é ainda objeto de produção normativa, havendo um panorama jurisprudencial também muito incipiente. Esta lacuna, por sua vez, merece algumas considerações, como melhor será desenvolvido no tópico seguinte.

⁵⁴ REIS, Edgar Vidigal de Andrade. Op. cit., p. 39, 47.

⁵⁵ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 26.

⁵⁶ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op. cit., p. 27.

3 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA APLICAÇÃO DO MECANISMO DE VESTING NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O mecanismo de *vesting*, compreendido enquanto um conjunto de documentos contratuais e não apenas uma cláusula que impõe condição suspensiva de decurso de tempo vinculada a um plano de oferta de opção de compra, insere-se em um contexto disruptivo típico das relações firmadas no âmbito do ecossistema de *startups*. São características deste meio a informalidade na contratação e na prestação de serviço, a falta de controle de horário e novas formas de relações jurídicas firmadas em um panorama no qual a hierarquia entre empregador e empregado passa a ser substituída pela relação horizontal e, portanto, chamada de colaboração.⁵⁷

Em síntese, “desenvolveram-se novos arranjos no mercado de trabalho, bem como novas formas de contratação de mão de obra, que desafiaram a clássica divisão, até então conhecida, entre trabalho subordinado e trabalho autônomo”.⁵⁸ “Cria-se uma dinâmica única e típica do ambiente de *startups* que não encontra respaldo ainda no Direito Trabalhista”,⁵⁹ sendo certo que o *vesting* é a perfeita ilustração prática deste cenário.

Neste contexto, os direitos, notadamente de cunho trabalhista, que, porventura, tenham os prestadores de serviço ou empregados da *startup* beneficiários do *vesting* devem ser assegurados, sendo certo que este mecanismo jamais poderá ser operacionalizado enquanto forma de suprimir quaisquer direitos ou violar o princípio da primazia da realidade sobre a forma vigente no ordenamento jurídico pátrio.

O *vesting* não deve ser forma de fraudar a remuneração devida ao serviço prestado pelo trabalhador ao oferecer-lhe o benefício da opção de compra de participação societária condicionada, principalmente ao atingimento de determinadas metas na prestação de serviço. Prioriza-se, sempre, a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma, com o intuito de evitar fraude e desvirtuamento dos requisitos caracterizadores de uma relação de

⁵⁷ Acredita-se que, por esta razão, surge o termo “colaborador”, como grupo que reúne sócios, empregados e prestadores de serviço – possíveis beneficiários da participação societária ofertada por meio do mecanismo de *vesting*.

⁵⁸ VEIGA, Marcelo Godke; PENIDO, Karen. Op.cit., p. 75.

⁵⁹ FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. Op.cit., p. 197.

emprego, presente nos artigos 2º e 3º da CLT: pessoa física, personalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

Dentre os requisitos acima, considerando que a personalidade esteja presente, sendo certo que a eventualidade e a subordinação dependem do caso concreto, a grande celeuma reside na contraprestação que compõe a característica onerosa da respectiva relação jurídica. Ora, não há dúvidas de que há onerosidade, uma vez que o serviço prestados pelo trabalhador está sendo devidamente remunerado, mas deve-se avaliar se o benefício outorgado por meio do mecanismo de *vesting* é parcela que compõe ou não a efetiva remuneração.

Neste sentido, questiona-se: condicionar a oferta de participação societária à entrega de determinados resultados não seria, ainda que em última instância, uma forma de vincular a forma de remuneração do prestador ao benefício objeto do *vesting*? Certamente, essa será uma questão ainda muito debatida em um futuro próximo, considerando a evolução do desenvolvimento do ecossistema de *startups* brasileiro e a maior aplicação prática do mecanismo de *vesting* nestas empresas.

Assim, há uma linha muito tênue entre um benefício que, ainda que oferecido por meio de contrato de opção de compra apartado do contrato de emprego ou de prestação de serviço, possui metas de produtividade estipuladas para a concessão da participação que derivam diretamente do respectivo contrato de trabalho firmado. O quadro tende a ser mais delicado ainda quando a oferta de participação societária opera por meio de um contrato de cessão gratuita, de forma que o empregado/trabalhador não pagará nenhum valor pela aquisição de quotas na *startup*, sendo certo que a participação só foi cedida em decorrência da prestação de serviço ocorrida.

De outro modo, é possível apontar que a investida na participação societária dependerá das condições incertas do mercado, sendo relação eminentemente comercial, porquanto deva-se afastar qualquer aproximação de contraprestação pelos serviços prestados. Neste sentido, além de esse direito ser oferecido quando da superação da condição acordada, questiona-se: o colaborador terá uma remuneração pelo trabalho exercido independentemente da superação ou não de determinada condição? Se empregado ou prestador de serviço, é imprescindível, pois, que haja um salário ou que a remuneração acordada seja efetivada, rechaçando-se,

assim, qualquer hipótese que pretenda remunerar o sujeito por meio exclusivamente da outorga de participação societária.⁶⁰

Pelo exposto, estabelece-se o seguinte panorama de reflexão: se não fosse oferecido o benefício através do *vesting*, o salário ou a remuneração oferecida ao trabalhador seria maior? Ou seja, o empregado deixa de ganhar uma parcela eminentemente salarial, com os seus respectivos reflexos, para ter a possibilidade de uma participação societária? Se a resposta for positiva, sugere-se que, certamente, estaria havendo, ainda que em uma hipótese remota, um desvirtuamento do mecanismo do *vesting*, porquanto, conclui-se que não deve ser aplicado no Brasil como forma de remuneração pelos serviços prestados, mas sim como mero benefício. Assim, recomenda-se, para evitar maiores riscos, que a concessão da opção de compra seja de caráter onerosa, ainda que em valor diferenciado, porquanto não poderá afetar a contraprestação pecuniária recebida pelo trabalhador em decorrência da prestação de serviço.

Neste intento, não descarta-se a possibilidade de enquadramento do *vesting* enquanto relação de trabalho *lato sensu*, quando, em um cenário mais extremo, houver cessão gratuita e oferta condicionada ao atingimento de metas de produtividade. Em síntese:

Relação de trabalho é expressão genérica que “refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. [...] Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.”⁶¹

Ademais, cumpre mencionar o Projeto de Lei n. 286/2015, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, que visa acrescentar o artigo 458-A na CLT para melhor regulamentação acerca das *stock options*. No Projeto há interessante previsão, ainda que no âmbito das *stock options*, ratificando o raciocínio exposto até então, segundo o qual a participação societária do empregado pode ser classificada enquanto vantagem contratual de natureza salarial ou não salarial. Esta ocorrerá quando o objetivo for fidelizar o trabalhador, enquanto que aquela ocorrerá quando a participação for considerada complementação à

⁶⁰ Conforme previsão do artigo 1.055, parágrafo 2º, do Código Civil Brasileiro, é vedada integralização do capital social de uma empresa por meio de prestação de serviço.

⁶¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Op.cit., p. 333.

remuneração, notadamente na hipótese de haver vinculação ao atingimento de metas, desempenho ou produtividade, bem como implicações de ônus e risco ao beneficiário.

Desta forma, ainda que o Projeto de Lei consista em uma tentativa de melhor regulamentar a vigência das *stock options* no Brasil, guardadas as devidas proporções, as condições consideradas para fins de caracterização de natureza salarial da proporção outorgada em muito se assemelham à aplicação prática do *vesting*.

Assim, mesmo considerando que as *stock options* são uma realidade no Brasil, foram necessários mais de trinta anos para que a proposta de um projeto de lei fosse apresentada, sendo que, no ano de 2019 o Projeto ainda encontrava-se em fase de tramitação. Neste sentido, questiona-se acerca do futuro da aplicação do *vesting* no Brasil: será necessário um decurso de tempo tão significativo para que se tenha alguma produção normativa acerca do *vesting*? A resposta à pergunta é impossível de ser precisada, sendo certo, contudo, que as disposições do Projeto de Lei n. 286/2015 representam importante passo para interpretação de mecanismo similar, como é o caso do *vesting*, atentando-se à caracterização (ou não) da participação societária enquanto de natureza salarial.

Diante do exposto, considerando a importação do mecanismo do *vesting* a partir do sistema jurídico norte-americano, é certo que, naturalmente, a sua aplicação no Brasil não guardaria as mesmas proporções que o seu ordenamento de origem, afinal, as leis e entendimentos que regem cada país são próprios do sistema respectivo. Portanto, não critica-se o fato de importar o instituto de origem norte-americana, dado que é extremamente natural e, inclusive, de grande valia utilizar-se do direito comparado para trazer inovações e contribuir para a evolução do ordenamento jurídico pátrio, principalmente tomando como parâmetro ecossistemas mais desenvolvidos, como o norte-americano.

A aplicação e operacionalização do *vesting* no Brasil, contudo, deverá ocorrer com cautela, tendo em vista os princípios assegurados pelo ordenamento jurídico, assim como as disposições legislativas que devem ser respeitadas, conforme acima exposto. O Direito deverá atuar então, nesse contexto de disrupção ocasionado pelas características inerentes às *startups*, como forma de adequar o instituto importado em questão aos moldes do sistema jurídico brasileiro, considerando os princípios, as leis e os entendimentos consolidados. Pontua-se, neste sentido:

O Direito, enquanto expressão heterônoma estatal, constitui uma *força* intrinsecamente *conservadora*. Não cria, portanto, novas realidades. Cinge-

se a regular os fenômenos sociais com o objetivo de preservar determinado conjunto de valores que a comunidade jurídica elegeu como essenciais.

[...]

A ampliação do espaço destinado à *autonomia* privada poderia, pois, ensejar a construção (ou alargamento) de espaço fértil da *criatividade* jurídica, de onde poderia brotar a formulação de novas soluções jurídicas para os novos *desafios* que exsurtem em momentos de *crise* e sobretudo da *disrupção tecnológica* experimentada nas duas últimas décadas.⁶²

As leis de determinado ordenamento acompanham a evolução social, sendo certo que estão um passo atrás do momento atual vivenciado pela sociedade. Afinal, as necessidades sociais dão origem à regulamentações e normativas, sendo a lei resultado do que vivenciado em determinado período, diante das práticas e costumes sociais específicos. Compreende-se que o Direito visa gerar segurança jurídica e, para tanto, demora mais para acompanhar as mudanças que ocorrem na realidade.⁶³ O *vesting* não possui ainda previsão legislativa no Brasil, mas algumas decisões judiciais já abordaram o tema, como acima exposto.

O conhecimento técnico e específico detido por trabalhadores estratégicos e, cada vez mais autônomos e menos subordinados em relação ao contratante, são peças-chaves para aplicação do *vesting* como forma de possibilitar o desenvolvimento das *startup*. Conclui-se, portanto, que a importância desses sujeitos para atingir a escalabilidade do produto e/ou serviço oferecido, não deve ser desvirtuada com eventual ausência de vínculo trabalhista efetivo. Afinal, os direitos assegurados pela legislação brasileira não devem ser deturpados ou mascarados na aplicação das novas formas contratuais que, porventura, passem a ser aplicadas, o que não seria diferente para o caso do *vesting*.

Pelo exposto, ressalte-se que a escassez de recursos nas *startups early stage*, assim como a falta de regulamentação acerca dessas empresas no Brasil constituiu panorama que reforça ainda mais a atmosfera de incerteza e insegurança para todos os sujeitos envolvidos. Certamente, haverá reflexo em eventuais resoluções de conflito no âmbito trabalhista, porquanto enfrentarão os juízes e advogados situações peculiares, envolvendo os vínculos estabelecidos nas *startups* no ecossistema brasileiro.

⁶² PAULA, Gáudio Ribeiro de. A valorização da Autonomia Privada em Contexto de Crise sob a Perspectiva do Direito Comparado. In: RODRIGUES, Douglas Alencar (Coord.); VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da (Coord.); VEIGA, Matheus de Figueiredo Corrêa da (Coord.). **Novos rumos do direito do trabalho na atualidade**. São Paulo: LTr, 2018, p. 78.

⁶³ CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Op.cit., p. 37.

REFERÊNCIAS

PAULA, Gáudio Ribeiro de. A valorização da Autonomia Privada em Contexto de Crise sob a Perspectiva do Direito Comparado. *In*: RODRIGUES, Douglas Alencar (Coord.); VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da (Coord.); VEIGA, Matheus de Figueiredo Corrêa da (Coord.). **Novos rumos do direito do trabalho na atualidade**. São Paulo: LTr, 2018, p. 78.

GIMENEZ, Ana Maria; GIMENEZ, Claudemir. Reflexões sobre a natureza jurídica das *stock options* à luz de uma proposta legislativa. *In*: REUNIÃO ANUAL DA SBPC, 69, 2017, Belo Horizonte. **Reflexões sobre a natureza jurídica das *stock options* à luz de uma proposta legislativa**. Belo Horizonte: 2017, p. 3.

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock Options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula 126/TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 85740-33.2009.5.03.0023. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 15 de dezembro de 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 662/2011, p. 2143-2144, 03 fev. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2018, p. 487.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018, p. 860.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 286/2015**, de 10 de fevereiro de 2015. Acrescenta o Art. 458-A à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a concessão de Opções de Ações (Stock Options), p. 6. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946411>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração do Reclamante – Alteração Lesiva – Bônus Anual – Pedido Sucessivo – Omissão. Embargos de Declaração do Reclamado – Reflexo das gratificações em férias. Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo n. 2843-80.2011.5.02.0030. Relatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 8 de junho de 2016. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 1996/2016, p. 2104, 09 jun. 2016.

BELO HORIZONTE. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão da 10ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Stock Options. Opção facilitada, com preços pré-fixados, para aquisição futura de ações da empresa. Prazos de carência (vesting). Insubistência do benefício na rescisão contratual ocorrida antes do cumprimento da carência. Recurso Ordinário n. 01150-2009-023-03-000-4. Relatora: Juíza Wilméia da Costa Benevides. Belo Horizonte, 10 maio 2011. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**. Brasília, n. 729/2011, p. 124, 16 maio 2011.

DALMAS, Viviane Castro Neves Pascoal Maldonado. **Stock Options nas relações de emprego**. 2007. 329 f. Dissertação (Mestrado) - Direito do Trabalho. Pontífica Universidade Católica – PUC, São Paulo, 2007, p. 43-47. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp033109.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento. Recurso de revista. Compra de ações vinculada ao contrato de trabalho. Stock Options. Natureza não salarial. Exame de matéria fática para compreensão das regras de aquisição. Limites da Súmula 126/TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 85740-33.2009.5.03.0023. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Brasília, 15 de dezembro de 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, Brasília, n. 662/2011, p. 2143-2144, 03 fev. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Stock Options. Incentivo ao empregado. Caráter não salarial. Acórdão da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região n. 20030636234. Relatora: Ministra Anélia Li Chum. São Paulo, 17 nov. 2003. **Diário Oficial do Estado de São Paulo (DOSP)**, São Paulo, n. 91, p. 93, 05 dez. 2003. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2003%2ftrt%25202a%2520regiao%2fdezembro%2f05%2fpag_0093_C2HGKUFIO2RPFaAU4F5CDHCVB5O.pdf&pagina=93&data=05/12/2003&caderno=TRT%202a%20Regi%C3%A3o&paginaordenacao=100093. Acesso em: 05 nov. 2019.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Opção de compra de ações (“Stock Option”). Remuneração. Não configuração. Decisão Monocrática do Recurso Ordinário n. 00387-2003-045-15-85-7. Relator: Juiz Ricardo Regis Laraia. Campinas, 03 jul. 2007. **Diário de Justiça de São Paulo (DJSP)**, São Paulo, p. 76, 13 jul. 2007. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pProcesso.wProcesso?pTipoConsulta=PROCESSOCNJ&pIdProc=1279398&pDbLink=>. Acesso em: 06 nov. 2019.

JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. Natureza jurídica do *vesting*: como uma tradução errada pode acabar com o futuro tributário e trabalhista de uma *startup*. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

REIS, Edgar Vidigal de Andrade. **Startups: análise de estruturas societárias e de investimentos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 109.

OLIVEIRA, Fabrício Vasconcelos de; RAMALHO, Amanda Maia. O contrato de *vesting*. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, jul/dez 2016, p. 183. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1786>. Acesso em: 06 nov. 2019.

CHINAITE, Carlos Eduardo de Sousa; WUO, Fábio Soares. Apontamentos sobre *vesting* no Brasil. In: REZENDE, Luiza (Org.). **Direito para empreendedores**. São Paulo: Évora, 2016, p. 31.

CARDOSO, Bruno Herzmann. **Direito para startups: o contrato de vesting**. 26 fev. 2018. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/direito-para-startups-o-contrato-de-vesting/>. Acesso em: 28 out. 2019.

VEIGA, Marcelo Godke; PENIDO, Karen. Contrato com colaboradores. *In*: OIOLI, Erik Frederico (Coord.). **Manual de Direito das Startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 75-97.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 193.