

TRATAMENTO JURÍDICO DO INVESTIDOR-ANJO EM STARTUPS

Pothyara Bastos Araújo (pothyararaujo@hotmail.com)

Aluna de graduação do Curso de Direito da FAACZ

Eduardo Silva Bitti (edubitti@fsjb.edu.com)

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paula (PUC/SP), Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo. Professor de Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo e da Fundação São João Batista – Faculdades Integradas de Aracruz (FAACZ). Advogado.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar de forma crítica a figura do investidor-anjo inserida pela lei 155 de 2016 no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, visa demonstrar os negócios jurídicos já tipificados no ordenamento vigente que possivelmente atenderiam as demandas do investidor em face da *startup*, bem como fazer uma comparação destes negócios com a figura do investidor-anjo a fim de se explorar resoluções de questões práticas que possam vir a surgir. Para fundamentação teórica usamos livros, jurisprudência e artigos.

PALAVRAS-CHAVE: investidor-anjo, contrato de participação, startup, Lei complementar 155/2016 e desconsideração da personalidade jurídica.

1 – INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil tem acompanhado um exponencial aumento de startups, empresas nascentes que atuam num cenário de incerteza, buscando um modelo de negócios que seja repetível e escalável (MIRANDA; NARDES, 2014, p. 255)

À vista disso, no ordenamento jurídico brasileiro existem alguns negócios jurídicos que proporcionam a realização de investimentos privados em atividades empresariais. Tal como a sociedade em conta de participação, contrato de mútuo conversível e contrato de participação, este último objeto da presente pesquisa.

Destarte, o presente trabalho discorrerá sobre a possível inovação prevista na Lei Complementar 155 de 2016 com a inserção da figura do investidor-anjo, a fim de questionar a formação do contrato de participação previsto na Lei comparando a nova figura do investidor-anjo com alguns negócios jurídicos existentes no ordenamento brasileiro.

Outra questão, que não fora definida de forma expressa no artigo 61-A da Lei Complementar 155 de 2016, se trata da classificação do contrato de participação previsto na Lei, tendo em vista que esse contrato seria mais negociável entre as partes, no entanto, a Lei prevê limitações que confronta os princípios que fundamenta esse tipo de contrato.

Noutro giro, a Lei Complementar a nosso ver, também deixou a desejar no que tange a regra tributária aplicada no contrato negocial celebrado entre os empresários, uma vez que propõe que tal regulamentação seja feita em momento posterior pelo Ministério da Fazenda.

À vista disso, seria possível a percepção de alguns infortúnios, como a simulação dos contratos no momento da celebração, ante a não previsão expressa no artigo 61-A a respeito da tributação despendida ao contrato de participação.

Portanto, com desejo de responder esses questionamentos, pretende-se, por meio do estudo dos negócios jurídicos já positivados bem como dos Institutos da desconsideração da personalidade jurídica, da simulação dos negócios jurídicos, do princípio da autonomia privada e da limitação de responsabilidade, apresentar meios que o investidor-anjo pode se valer para se eximir da responsabilidade que é inerente aos sócios bem como expor a forma contratual que melhor atenderá os seus interesses e contrapartida não violará nenhuma regra já existente no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DA LEI COMPLEMENTAR 155 DE 2016 E O INCENTIVO AOS PEQUENOS EMPRESÁRIOS DESENVOLVEDORES DE STARTUPS

A Constituição Federal brasileira tem como princípio geral da ordem econômica assegurar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Posto isto, a promulgação da nova Lei Complementar 155 de 2016 que alterou a Lei Complementar 123 de 2006 encontrou diretrizes nessa ordem constitucional para consubstanciar o tratamento diferenciado oferecido para as empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, a micro e a pequena empresa podem ser: empresário individual, sociedade empresária, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade simples (Lei Complementar n. 123/2006, art. 3o, caput). (TEIXEIRA e LOPES, 2017, p. 51).

À vista disso, é perceptível que a promulgação da lei 155 de 2016 objetiva conceder aos pequenos empresários tratamento especial,¹ precipuamente no que tange ao excesso de carga tributária, já que nessa fase inicial os desenvolvedores de startups não possuem capital suficiente para arcar com todas as despesas atribuídas à formação de uma empresa.

Destarte, com fulcro no artigo 170² da Constituição Federal, por meio do princípio geral da ordem econômica a carta magna resguarda em seu inciso IX tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

Por conseguinte, buscando materializar os preceitos de ordem constitucional já que o mercado passa por constantes inovações, o Legislador entendeu ser necessário viabilizar e incentivar os investimentos por meio da Lei Complementar supramencionada.

Quanto às inovações, o mercado passou a dar espaço a novos modelos de empresa, quais sejam: as *startups*, que nas palavras de BLANK e DORF (2019, p. 19) são “(...)uma organização temporária em busca de um modelo de negócio escalável, recorrente e lucrativo (...)”

A principal característica desse conceito está na escalabilidade da atividade que será desenvolvida, os autores BLANK e DORF (2019, p. 19) definem uma *startup escalável*³ como sendo atividade predominantemente tecnológica com visões que mudarão conceitos de atividades predefinidos e, por

¹ TEIXEIRA e LOPES (2017, p. 49) Assevera que a necessidade de tratamento especial para pequenos empresários se dá por várias razões: excesso de carga tributária, burocracia administrativa dos órgãos públicos, complexidade das exigências contábeis, falta de preparo dos empreendedores, insuficiência de capital de giro e linhas de crédito, entre outras.

² (...)”170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

³ BLANCK e DORF (2019, p. 19) “são o trabalho dos empreendedores tecnológicos. Eles fundam uma empresa acreditando que sua visão irá mudar o mundo e resultará em uma companhia com vendas contadas em centenas de milhões, se não bilhões, de reais. Os primeiros dias de uma startup escalável são dedicados à busca de um modelo de negócio que permita trilhar esse caminho. Escala maior e crescente exige investimento de capital de risco de dezenas de milhões para garantir expansão rápida. Startups escaláveis tendem a aglomerar-se em centros de tecnologia, tais como o Vale do Silício, Shanghai, Nova York, Bangalore e Israel, e representam uma pequena porcentagem dos empreendedores, mas cujo potencial de retorno invulgar atrai quase todo o capital de risco (e a imprensa).”

consequência, resultarão em companhias com vendas contadas em centenas de milhões, se não bilhões, de reais.

Essas companhias são uma nova qualificação de empresa como atividade, que na definição de RIES (2012, p. 26) é “(...) uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza (...)”. Para esse autor, esse modelo de empresa é constituído em um ambiente instável justamente porque não há padrões já definidos para o negócio que será instituído no mercado.

Não restam dúvidas quanto ao crescente desenvolvimento das tecnologias no nosso país bem como o reflexo desse movimento no setor empresarial, no entanto, há algumas ressalvas que precisam ser feitas a respeito da denominação dessa nova atividade, uma vez que não é toda e qualquer empresa que se enquadra nas qualificações de uma *startup*.

A recorrência do termo *startup* nos canais de comunicação pode induzir os estudantes e investidores ao erro de entender que toda empresa nascente seria uma *startup*, entretanto, esse entendimento estaria equivocado uma vez que a atividade precisa versar sobre uma ideia tecnológica, que vive em um ambiente instável e que seja escalável.

Insta frisar que, os temas do contrato de participação descrito na Lei 155 de 2016 surgiram mais no sentido tributário, uma vez que a Lei 123 de 2006 também atribuiu ao microempreendedor individual, microempresa e empresa de pequeno porte a mesma qualificação tributária.

Portanto, a definição da qualificação de empresa como atividade, ou seja, as *startups*, é importante para o presente trabalho no que toca a compreensão da alteração da Lei 123 de 2006 por meio da Lei 155 de 2016, uma vez que o objeto de estudo dessa pesquisa é o investimento anjo inaugurado na ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 61-A da referida norma.

Fixadas as premissas introdutórias, nos próximos tópicos discorreremos sobre os negócios jurídicos contratuais ou não contratuais que podem ser utilizados pelo investidor-anjo na formalização do investimento.

3 ANÁLISE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE VIABILIZAM A REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS

O investidor-anjo que pretende fazer aportes em uma atividade empresarial pode se apoiar em diversos negócios jurídicos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, assumindo uma postura de sócio ou apenas contratual, os modelos que serão analisados nessa pesquisa são: contrato de participação, sociedade em conta de participação e contrato de mútuo conversível.

3.1 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação está disciplinada nos artigos 991 a 996 do Código Civil, segundo VERÇOSA (2006, p. 38) sociedade corresponde a um mecanismo jurídico que é titular de bens e/ou recursos financeiros os quais lhe permitem o exercício de uma atividade econômica destinada a proporcionar lucros para os sócios, mas também os sujeita a perdas eventuais.

Quando nos referimos à sociedade em conta de participação como meio para o investidor-anjo realizar seus aportes, nesse negócio jurídico ele estaria vinculado ao quadro de sócios da sociedade, uma vez que conforme assevera VERÇOSA (2006, p. 74), é uma sociedade interna entre o sócio ostensivo e o sócio ou os sócios ocultos ou participantes. Mesmo que eventualmente ocorra a inscrição do contrato social, ainda assim esta sociedade não se revestirá de personalidade jurídica.

Todavia, esse negócio jurídico é muito estimado pelos investidores, justamente pelas características descritas no parágrafo anterior, uma vez que a sociedade em conta de participação possui um caráter

suplementar e não de constituição de empresa, se perfazendo como um instrumento que viabiliza o levantamento de recursos pelo empresário em desenvolvimento.

Quanto ao sócio ostensivo e o sócio participante, o artigo 991 aduz que na sociedade em conta de participação o objeto social é exercido unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob a própria e exclusiva responsabilidade, participando os sócios ocultos apenas dos resultados obtidos.

Destaque-se, portanto, que nesse modelo de sociedade o sócio oculto não pode realizar nenhum ato de administração da sociedade, sob pena de acarretar ao sócio responsabilidade patrimonial o que não é interessante para os investidores de uma *startup*.

Outra particularidade da sociedade em conta de participação está relacionada à formação da sociedade, tendo que vista que nesse modelo não é necessário a publicidade do contrato firmado entre o sócio ostensivo e o sócio participante, sendo apenas requisito que o contrato seja celebrado por escrito para fins de prova das relações entre as partes. (VERÇOSA, 2006, p. 321)

À vista disso, esse negócio jurídico é interessante para o investidor no que toca a limitação da responsabilidade, que será exclusiva do sócio ostensivo perante terceiros, no entanto, quanto à *due diligence*⁴, esta fica prejudicada vez que os dados estatísticos dessa sociedade não são fáceis de serem auferidos antes de firmar o contrato pela ausência de registro.

Noutro giro, há limitações legais dispostas no regime tributário, que diz respeito à renda da *startup* e da pessoa jurídica com que irá constituir a sociedade em conta de participação, as quais serão esmiuçadas no tópico 06 deste trabalho.

Apesar disso, a sociedade em conta de participação é muito almejada pelos idealizadores e investidores de *startups* pelos benefícios acima elencados, dentre os quais se sobressaem a separação do patrimônio, a participação exclusiva somente nos resultados da sociedade e consequentemente a não responsabilização perante terceiros sobre as dívidas da *startup*.

A título de exemplo, uma sociedade em conta de participação pode ser utilizada de duas formas: (i) para realização de um investimento sindicalizado, ou seja, vários investidores realizando um único aporte na empresa; ou (ii) a operacionalização do investimento por meio da constituição de um sociedade em conta de participação entre a empresa e o investidor. (Feigelson; Nybo e Fonseca, 2018, p. 124)

Portanto, relacionando à figura do sócio oculto a figura do investidor-anjo, entendemos que esse negócio jurídico até pode ser um meio plausível, desde que não haja limitações tributárias, ou seja, que a atividade empresarial não esteja enquadrada no regime do Simples Nacional, ante a previsão do entendimento da Receita Federal COSIT n.139/2015 que veda que uma sociedade em conta de participação tenha como um de seus sócios uma sociedade limitada optante pelo regime unificado. (Feigelson; Nybo e Fonseca, 2018, p. 127)

Afastada essa limitação, a celebração desse negócio é interessante para o investidor porque nesse modelo de sociedade o investidor ocuparia o lugar do sócio oculto e a *startup* o lugar do sócio ostensivo, assim participaria o investidor apenas dos resultados obtidos pelos aportes realizados, e mantendo afastada a responsabilização em face de eventuais credores.

3.2 CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL

O contrato de mútuo está disposto no artigo 586 do Código Civil versa sobre o contrato no qual é possível pessoa física ou jurídica emprestar ao mutuário, coisa fungível. Nesse sentido, o dinheiro é coisa fungível,

⁴ Due diligence é o procedimento de pesquisa que deverá ser feito pelo investidor-anjo antes de realizar aportes financeiros na *startup*. Com efeito, serve para levantamento de dados referente ao balanço da empresa que se pretende investir.

conforme dispõe o artigo 85 do Código Civil, uma vez que pode ser perfeitamente substituído por coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade.

À vista disso, prevê também o nosso ordenamento jurídico que quando o investidor celebra contrato de mútuo de dinheiro poderá exigir juros no momento da restituição dos valores, entretanto, não poderão exceder os limites das taxas de juros previstas em lei, nos termos do artigo 591 do Código Civil.

Nesse sentido, em razão das características elencadas acima, principalmente pela liquidez desse contrato, na prática buscou-se adequar o contrato de mútuo as pretensões dos incentivadores de startups, instituindo o contrato de mútuo conversível.

Nesse modelo de contrato, uma das vantagens atribuídas ao investidor-anjo é que não assumirá desde o início os riscos relativos às atividades da *startup*, tendo em vista que somente após a conversão virá integrar o quadro social da investida.

Ademais, por meio desse negócio jurídico o investidor faria os seus aportes e o beneficiário do investimento após o transcurso do lapso temporal pactuado, deve restituir os valores com juros, mas em forma de participação societária na *startup*.

À vista disso, segundo Bruno Feigelson, Erick Fontenele Nybo e Victor Cabral Fonseca (2018, p.130), a conversão poderá ser operada das seguintes formas: (i) obrigatória e automática, quando há a conversão de outro investimento – de terceiro – que seja de mínimo, um valor predeterminado em contratos; (ii) facultativa, a qualquer momento que o investidor desejar, mediante notificação à sociedade.

Todavia, ante a limitação do percentual dos juros prevista no artigo 591 do Código Civil, os incentivadores e investidores de *startups* deixaram de utilizar esse negócio jurídico, uma vez que é consideravelmente pouco lucrativo.

Não podemos deixar de mencionar que a Lei Complementar 123 de 2006, alterada pela Lei Complementar 155 de 2015, aduz em seu artigo 61-A, § 6º que o investidor-anjo fará jus à remuneração correspondente aos resultados distribuídos, sendo que esse resultado pode ser equivalente a qualquer valor desde que não ultrapasse o limite estabelecido em Lei de 50% (cinquenta por cento) dos lucros.

Ocorre que, quando comparamos o limite estabelecido no contrato de mútuo com o limite previsto no artigo 61-A, o segundo pode ser considerado menor, tendo em vista que dependendo da atividade desenvolvida pela investida, os lucros da *startup* poderão representar valores altos.

Todavia, a limitação prevista no artigo 591 do Código Civil pode ser vista como um obstáculo para os investidores, uma vez que diante do percentual definido no artigo supramencionado, o retorno financeiro nesse negócio jurídico pode ser baixo.

Portanto, não seria viável para os investidores celebrar esse contrato, já que ultrapassada a limitação dos juros legais o contrato corre o risco de ser caracterizado como agiotagem. Logo, esse contrato não seria o negócio jurídico mais adequado para atender os interesses do investidor-anjo.

3.3 CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO

O contrato de participação está descrito no artigo 61-A da Lei Complementar 155 de 2016, que por meio da alteração da Lei complementar 123 de 2006, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura do investidor-anjo.

Com intuito de analisarmos de forma crítica as características do contrato descrito na Lei Complementar 155 de 2016, com base nas diretrizes previstas no Código Civil sobre a formação dos negócios jurídicos, discorreremos nos seguintes parágrafos se é possível afirmar que artigo introduziu a figura do investidor-

anjo ou reproduziu os fundamentos que compõe a sociedade em conta de participação, vez que presentes na Lei conceitos de sociedade e investimento.

Pois bem, os artigos 61-A a 61-D que sancionaram o investimento-anjo, asseveram que o contrato de participação cuida-se do modelo de contrato que será realizado por pessoa física ou jurídica, denominado investidor-anjo, aporte de capital que não integrará o capital social da empresa.

Destarte, quando nos referimos aos tipos de contratos presentes no Código Civil que são utilizados para exploração de uma atividade empresarial em conjunto, de acordo com ULHOA (2015, p. 159 e 160):

Os sócios celebram o contrato social com vistas à exploração, em conjunto, de determinada atividade comercial, unindo seus esforços e cabedais para obtenção de lucros que repartirão entre eles. Como contrato plurilateral, cada contratante assume perante todos os demais obrigações.

Observando a definição de Ullhôa, o contrato de participação não se enquadraria, pelo menos na teoria, no modelo de contrato de constituição de sociedade, uma vez que a Lei Complementar prevê expressamente que o investidor-anjo não enquadrará o quadro de sócios da empresa bem como não se responsabilizará pelas dívidas da startup diante de terceiros.

Em explicação mais clara a doutrina corrobora:

“a Lei do Investimento-anjo prevê que uma vez realizado o aporte na empresa, o investidor-anjo (i) não será considerado sócio, não exercerá poderes de administração e não terá direito de voto na sociedade investida; (ii) não responderá por qualquer dívida dessa empresa, inclusive em recuperação judicial, e (iii) não suportará qualquer ofensa a seus bens particulares na hipótese de a sociedade investida sofrer processo de desconsideração da personalidade jurídica, por meio do qual o patrimônio pessoal dos sócios é atingido (art. 61-A, LC n. 123/2006)”. Bruno Feigelson, Erick Fontenele Nybo e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 133).

Por outro lado, na busca de encontrar a definição desse contrato em comparação com as regras previstas no Código Civil a respeito da formação dos contratos, TARTUCE, (2019, p. 50) assevera que o contrato é pode ser negócio jurídico bilateral ou plurilateral, quando envolve pelo menos duas pessoas (alteridade). No entanto, o contrato também pode ser classificado como unilateral, quando apenas uma das partes possui obrigações.

Outrossim, existem contratos que são definidos como unilaterais quando apenas um dos contratantes assumem obrigações em face do outro, é o caso do contrato de doação simples que apesar da presença de duas partes contratantes, doador e donatário, apenas o doador assume a obrigação e o donatário usufrui das vantagens do contrato.

Noutro giro, ainda sobre os direitos e deveres das partes contratantes, há a classificação dos contratos plurilaterais, que nas palavras de TARTUCE (2019, 51) é aquele que envolve várias pessoas, trazendo direitos e deveres para todos os envolvidos, na mesma proporção.

Sem embargo, o contrato de participação previsto na Lei Complementar 155 de 2016, cuida-se de um contrato bilateral uma vez que o investidor e a investida possuem obrigações recíprocas. À vista disso, a Lei prevê que a startup deverá restituir no final de cada período a remuneração correspondente aos resultados distribuídos, definindo a obrigação da investida face ao investidor, que não ultrapassará o percentual de 50% (cinquenta por cento) dos lucros da microempresa ou empresa de pequeno porte.

Logo, se faz presente a característica de obrigações recíprocas, quais sejam: o dever o investidor de realizar o aporte de capital e o direito de receber os lucros no final de cada período, para investida o dever de cumprir com a obrigação de restituição dos lucros, conforme aduz o artigo 61-A, parágrafo 6º da Lei Complementar 155 de 2016.

Além disso, quando nos referimos à obrigação de restituição dos valores, importa dizer que o contrato de participação previsto na Lei Complementar 155 de 2016 cuida-se de um contrato oneroso, vez que nesse negócio jurídico ambas as partes auferem vantagens, pois ambos sofrem um sacrifício patrimonial, verifica-se, pois, a existência de uma prestação e uma contraprestação.

No tocante aos tipos dos contratos, o Código Civil prevê que existem contratos típicos e atípicos, nominados e inominados, conforme TARTUCE (2019, p. 55) os contratos típicos são aqueles regulados por lei, enquanto os atípicos aqueles que não encontram previsão legal. Nos termos do citado dispositivo, é lícito às partes estipular contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais estabelecidas pelo próprio Código Civil.

Por conseguinte, seria possível concluir que o contrato de participação é um modelo de contrato típico, já que citado na Lei Complementar 155 de 2016. Todavia, esse não é o entendimento mais apropriado acerca do tema, visto que a lei apenas cita o contrato sem tratar minuciosamente das especificações que o revestem, deixando mais a encargo das partes negociarem a respeito das cláusulas e regras.

Portanto, embora citado na Lei Complementar 155 de 2016, o contrato de participação não pode ser considerado um contrato típico e nominado, uma vez que é necessário que seja estabelecido regras específicas do contrato e o art. 61-A é omissivo nesse quesito.

Quanto à classificação dos contratos, é necessário compreender substancialmente o negócio jurídico previsto no art. 61-A da Lei Complementar 155 de 2016 a fim de que seja definido a maior ou menor manifestação do Legislativo no cumprimento e alteração das cláusulas desse contrato.

Segundo, TARTUCE (2019, p. 99) cuida-se de um contrato firmado entre empresários com maior extensão da autonomia privada, sendo um direito indeclinável da parte de autorregulamentar o seu interesse, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais.

Ainda sobre a liberdade de contratar das partes, assevera TARTUCE (2019, p.19) que o princípio da autonomia privada define que a liberdade de contratar está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra.

Ademais, as partes devem ter liberdade para estipularem a forma que o aporte de capital será feito e como se dará a atuação do investidor-anjo para contribuir com o negócio, no entanto, deverão respeitar os limites expressos na Lei Complementar 155 de 2016 .

Sendo assim, mesmo que os limites descritos na Lei deverão ser obedecidos, reitera-se, é um contrato empresarial e é necessário que encontre fundamento em princípios como o da autonomia privada, a fim de que a cooperação entre as partes esteja em maior evidência e os riscos sejam mitigados.

É perceptível que há falha na observância dos princípios que norteiam esse modelo contrato, predominantemente o princípio da autonomia privada, resultando no desincentivo da adoção da figura do investidor-anjo para realização de investimentos em *startups*.

Por outro lado, deriva dessa liberdade das partes estipularem as cláusulas contratuais outra problemática recorrente no conteúdo desses contratos, qual seja, a simulação dos contratos, a qual traduz a simulação da vontade das partes em celebrar um contrato de participação quando na verdade o interesse oculto é de celebrar um contrato de sociedade em conta de participação.

Do mesmo modo como foram analisados no tópico anterior os pontos positivos e negativos sobre negócio jurídico, quando nos referimos ao contrato de participação, nos parece apropriado dizer que seria uma escolha correta quando se pensa em investir em atividades ainda em desenvolvimento, quais sejam, as *startups*.

Isso porque, em tese, o investidor não enquadrará o quadro societário da investida, já que contrato de participação cuida-se de um contrato realizado entre empresários que não delimita as funções da figura de sócio.

Verifica-se, pois, que o fato do investidor não figurar como sócio da investida traz o benefício de não estar sujeito à desconsideração da personalidade jurídica e, como resultado, reduz o risco de vulnerabilidade do seu patrimônio social e pessoal perante as obrigações sociais.

No entanto, como é possível constatar, no plano prático das celebrações dos contratos, constantemente os investidores nomeiam o contrato como de participação, mas o conteúdo é revestido de cláusulas referente ao contrato de sociedade em conta de participação e outras avenças, isso se dá pela similaridade e porque é também do interesse das partes receberem o tratamento tributário diferenciado despendido à investida e ao investidor-anjo.

Por conseguinte, advêm da constituição da sociedade em conta de participação no plano prático, vedações que limitam a celebração do contrato de sociedade com pessoas jurídicas optantes pelo tratamento tributário diferenciado, os quais serão abarcados no próximo tópico.

6 TRIBUTAÇÃO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PASSÍVEIS DE SEREM CELEBRADOS PELO INVESTIDOR-ANJO

Por último, passaremos a análise das questões tributárias relativas à celebração dos negócios jurídicos entre o investidor-anjo e a *startup*, os quais serão esmiuçados na seguinte ordem: contrato de participação, contrato de mútuo e contrato de sociedade em conta de participação.

Pois bem, conforme se observa da leitura do artigo. 61-A, o parágrafo 10º aduz que as questões tributárias serão regulamentadas pelo Ministério da Fazenda. Nesse sentido, a fim de regular a tributação incidente, foi promulgada a Instrução Normativa 1719/2017 da Receita Federal.

Destarte, de acordo com FEIGELSON, NYBO E FONSECA (2018, p.135), há tributação de renda prevista na Instrução Normativa 1719/2017 em dois momentos, na remuneração por período e no resgate, senão vejamos:

“Em ambos os casos o imposto será retido na fonte (IRRF) e terá alíquota regressiva, de acordo com o prazo do contrato. Dessa forma, incidem as alíquotas de: (i) 22,5% em contratos de participação com prazo de 180 dias; (ii) 20%, em contratos de participação com prazo de 181 dias até 360 dias; 17,5% em contratos de participação com prazo de 361 dias até 720 dias; e 15% nos contratos de participação com prazos superiores a 720 dias. Importante ressaltar que, na remuneração, o tributo incidirá sobre o valor da remuneração em si; no caso, de resgate, a base de cálculo será a diferença positiva entre o valor efetivamente aportado e o valor atualizado no momento do resgate, se houver.”

É possível constatar a partir do artigo 5º, parágrafo 2º, incisos I e II, que a receita limitou a tributação ao momento da remuneração periódica e do resgate, no entanto, é necessário dizer que o investidor quando celebra um contrato de participação com uma empresa ainda em desenvolvimento tem conhecimento de que neste momento, é impossível para *startup* realizar repasses atualizados.

Isso porque, a empresa que está sendo desenvolvida celebra esse contrato de participação justamente por não ter capital, e o investidor entra como um impulso econômico.

Ademais, como é sabido o interesse real da celebração do contrato de participação decorre da oculta cláusula de conversão do contrato e/ou aquisição da *startup*, caso o empreendimento venha ser bem sucedido.

Todavia, a receita não tratou da tributação no momento da conversão, mesmo porque não há previsão na Lei Complementar 155 de 2016 a respeito da conversão do contrato em cotas ou ações na sociedade

investida. Destarte, como se dará a tributação dessa conversão, enfim, é o grande questionamento para o futuro. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA 2018,p.135)

Quanto ao contrato de mútuo conversível, como demonstramos no tópico 2.2 deste trabalho, o investidor pode efetuar os aportes por meio do contrato de empréstimo de coisa fungível e objetivando a restituição dos valores em forma de conversão de participação societária.

Ademais, aduz FEIGELSON, NYBO e FONSECA que conforme o Decreto nº 6.306 de 2007, o imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) incide sobre operações de créditos realizadas entre pessoas jurídicas ou pessoa jurídica e física, conforme o artigo 2º, inciso I, alínea C, do referido Decreto.

Destarte, prevê o art. 3º, parágrafo 3º do Decreto supracitado que a expressão “operações de créditos” compreende operações de mútuo de recursos financeiros celebrado entre pessoas jurídicas ou entre pessoa jurídica e física. Nesse cenário, o contrato de mútuo convencionado entre o investidor-anjo e a startup se sujeita a esse enquadramento tributário.

Por fim, remanesce a análise crítica sobre tratamento tributário despendido a sociedade em conta de participação. Todavia, antes de adentrarmos as questões puramente tributárias, falaremos sobre o conceito de simulação de negócios jurídicos previsto no Código Civil e seus efeitos, a fim de explicar a limitação tributária presente na celebração de um contrato sociedade em conta de participação para operacionalizar um investimento.

Os negócios jurídicos celebrados entre empresários são resguardados pelo princípio da autonomia privada e, via de consequência, nesses contratos se encontra em maior evidência a liberdade das partes estipularem as avenças. Isso porque, além da vontade das partes, outros fatores como psicológicos, econômicos e financeiros presumem-se estarem equilibrados entre as partes.

Contudo, requer-se atenção, sobre o poder de autorregulamentação que os contratos privados possuem, tendo em vista que existem limitações de ordem pública, como a simulação prevista no Código Civil.

Ademais, a mesma liberdade que por vezes pode ser utilizada para beneficiar o empresário em desenvolvimento, noutras também pode ser utilizada para ludibriar o fisco, camuflando as cláusulas do contrato de participação previsto na Lei Complementar 155 de 2016.

Dito isso, com o advento do Código Civil de 2002, a simulação que antes era tratada como causa de anulabilidade no Código Civil de 1916, recebeu um novo tratamento positivado no artigo 167, no qual passou a ser causa motivadora de nulidade do contrato convencionado.

A escolha Legislativa se justifica na tese que a simulação dos contratos não atinge apenas o interesse privado da vontade das partes, mas abarca o interesse público, tendo em vista que camufla o negócio jurídico a fim de fazer parecer real aquilo que não é, e por isso atinge a causa negocial do contrato.

O ato de simular, nas palavras do doutrinador TARTUCE (2020, p.410) advém de um desacordo entre a vontade declarada ou manifestada e a vontade interna. Em suma, há uma discrepância entre a vontade e a declaração; entre a essência e a aparência.

Destarte, a partir do novo tratamento positivado no Código Civil a constatação de simulação dos negócios jurídicos, qual seja, a declaração nulidade do contrato que dissimulou, gera a consequência de subsistência do contrato que fora realmente celebrado.

Em outras palavras, quando o investidor-anjo celebra com a investida um contrato nominado como contrato de participação, entretanto, as cláusulas do contrato versam sobre características do contrato de sociedade em conta de participação e/ou contrato de mútuo, subsistirão os efeitos dos últimos.

Explica TARTUCE (2020, p.410), no plano da validade como foi destacado, o artigo 167 do CC/2002, reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que subsistirá o que se dissimulou se válido for na substância e na forma.

Ainda argui TARTUCE (2020, p.410) que o novo tratamento previsto no artigo 167 do Código Civil, trata-se de uma simulação relativa, sendo aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência, outro. Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (simulado) e um escondido (dissimulado). Eventualmente, esse negócio camuflado pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa.

Com relação à declaração de nulidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ é pacífica, tendo em vista a existência da decisão em sede de Agravo de Instrumento. Ademais, conforme se depreende do voto do Relator Ricardo Villas Boas Cueva: “Com fulcro no art. 167 do Código Civil, se a parte autora traz robusto conjunto probatório para demonstrar, de maneira irrefutável, a desconformidade entre a intenção real dos contratantes em relação à intenção por eles declarada, é de rigor, quando inviável salvar o negócio dissimulado, a decretação de nulidade de contrato simulado”. (STJ, 2017).

Posto isto, a problemática no que tange a tributação toca exatamente essa simulação ou até mesmo a celebração do contrato de sociedade em conta de participação entre o investidor-anjo e a investida, tendo em vista que a Lei Complementar 123 de 2006 veda que a sociedade em conta de participação tenha como um de seus sócios participantes uma sociedade limitada optante pelo Simples Nacional (Startup).

Quanto às opções de Regulamento do Imposto, o Código Tributário Nacional prevê algumas alternativas, quais sejam: Lucro presumido, Lucro Real, Lucro Arbitrado e o Simples Nacional.

Para pesquisa em tela, importa falar sobre o regime simplificado, uma vez que esse é o regime despendido a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário individual, os quais são considerados microempresas e empresas de pequeno porte, conforme o artigo 3º da Lei Complementar 123 de 2006.

À vista disso, a doutrina esclarece o regime de tributação dessas empresas, a título de exemplo elucida o texto de Bruno Feigelson, Erick Fontenele Nybo e Victor Cabral Fonseca (2018,p.126):

“O (regime simplicado mais amplo que existe é o chamado “Simples Nacional”, previsto na Lei Complementar n.123/2006). O Simples autoriza as empresas que auferirem receita bruta anual de até R\$3.600,00 a calcular os principais tributos de forma unificada e com carga tributária menor, mediante aplicação de uma alíquota (%) sobre a receita bruta de vendas e serviços, mês a mês. (Prety,2013).”

Nesse sentido, a limitação prevista na Lei Complementar 123 de 2006 está disposta no art. 3º, inciso III, arguindo que a empresa de pequeno porte não pode auferir renda bruta anual acima de 4.800,00, para receber o tratamento diferenciado previsto na Lei. Logo, diante da situação de desenvolvimento de uma startup, o simples seria a melhor opção de enquadramento tributário.

Todavia, a Lei Complementar 123 de 2006 traz mais uma vedação, que se refere ao conceito de microempresa e empresa de pequeno porte. Consoante ao disposto no art. 3º, parágrafo 4º da Lei, a empresa de pequeno porte ou microempresa perderão essa qualidade quando presente as seguintes situações:

“Art. 3º. (...)§4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:
I- de cujo capital participe outra pessoa jurídica;(…)
V- cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (...)
VII- que participe do capital de outra pessoa jurídica; (...)
X- constituída sob a forma de sociedade por ações.”

Nessa acepção, a Lei Complementar, nos incisos I, V e VII limita que a sociedade em conta de participação tenha como sócios ostensivos empresas optantes pelo Simples Nacional. Posto isto, retomando a problemática citada nos parágrafos anteriores, não raras vezes o investidor-anjo celebra um contrato de participação com cláusulas específicas da sociedade em conta de participação.

Isso porque, no plano prático, conforme fora demonstrado nos tópicos anteriores, não é do interesse primordial do investidor receber o repasse descrito no artigo 61-A, §6º, da Lei Complementar 155 de 2016, mas sim ter cotas na sociedade em desenvolvimento, uma vez que seria a opção mais atrativa em termos de ganhos.

Explico melhor, a alteração da Lei Complementar 155 de 2016, vem sendo utilizada pelos investidores e a investida a fim de ludibriar o fisco, quando simulam a celebração de um contrato de participação com cláusulas do contrato de sociedade em conta de participação e/ou mútuo conversível, uma vez que os últimos mostram-se mais lucrativo em longo prazo.

A título de exemplo, uma startup X inscrita junto à JCEES – Junta Comercial do Estado do Espírito Santo, celebrou contrato de participação e outras avenças com as pessoas jurídicas Y, Z e W, no entanto, no bojo contrato é possível encontrar cláusulas típicas do contrato de mútuo conversível⁵ e da sociedade em conta de participação.

Retomando as ponderações relativas aos efeitos da simulação de contratos prevista no Código Civil, em termos práticos se tornariam nulos os efeitos do contrato de participação e se for constatada a validade no que tange a forma do contrato de sociedade em conta de participação e/ou mútuo conversível, estes subsistirão.

Todavia, consoante ao disposto na resolução nº. 139 de 2015 não é possível que a sociedade limitada optante pelo Simples Nacional celebre contrato de sociedade em conta de participação com os investidores, ante a proibição prevista na Solução de Consulta COSIT nº. 139 de 3 de junho de 2015, senão vejamos:

“Com base na disciplina legal atinente ao imposto de renda, e tendo em vista a interpretação/aplicação sistemática da legislação tributária, constata-se que a equiparação da SCP às pessoas jurídicas possui um alcance mais amplo, devendo ser compreendida para fins tributários, de forma geral. Nesse sentido, a equiparação em questão deve subsistir também no âmbito do Simples Nacional, que representa regime especial de tributação ME e EPP. (...) Ante o exposto, propõe-se seja solucionada a consulta declarando-se à consulente que para fins tributários, a SCP equipara-se às pessoas jurídicas. Sendo assim, as ME e EPP integrantes de SPE que seja sócia ostensiva de uma SCP não poderão beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado previsto na LC n.123, de 2006, o que implica em exclusão do Simples Nacional.”

Corroborando com o entendimento da consulta supramencionada, a Solução de Consulta DISIT/SRRF10 nº. 10024, de 22 de junho de 2015, elucida que:

“Para fins tributários, a Sociedade em Conta de Participação- SCP equipara-se a pessoa jurídica. Sendo assim, as microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam sócias de SCP não poderão beneficiar-se do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n. 123, de 2006, o que implica a exclusão do Simples Nacional.”

Verifica-se, pois, que ao limitar que os sócios de uma sociedade em conta de participação celebre contrato com pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, essa resolução confronta o disposto no art. 61-A,

⁵ (...)”2.1 Direito de Conversão do Investidor-Anjo. As partes desde já acordam que, até o prazo de 7 (sete) anos a contar da primeira liberação da parcela do Aporte, o Investidor-anjo terá, a seu exclusivo critério, o direito de converter (parte ou) ou valor do aporte corrigido em participação societária da Sociedade, conforme proporções previstas na Cláusula 1.2. 2.1.1 O percentual a que o Investidor- anjo fará jus em razão da conversão do aporte em participação societária será de 15% (quinze por cento), considerando-se a Valuation Post Money de R\$ 1.333.333,34 (um milhão, trezentos e trinta e três mil, trezentos e trinta e três reais e trinta e quatro centavos)”(...)

uma vez que as *startups* são optantes por esse regime. Logo, há uma impossibilidade, pelo menos em termos tributário da celebração do contrato de participação, quando este for celebrado de forma simulada, conforme demonstrado no exemplo supra.

Todavia, em contra argumentação, o que vem sendo observado na prática, é que na maioria das vezes os investidores simulam a celebração do contrato de participação. Isso acontece principalmente porque nos negócios jurídicos celebrados entre empresários há maior evidência da autonomia privada, o que possibilita uma maior flexibilidade de estipulação das cláusulas contratuais.

Contudo, conforme explanado nos tópicos anteriores, o incentivo previsto na alteração da Lei Complementar 123 de 2006 pela Lei Complementar 155 de 2016 não pode ser utilizado para ludibriar o fisco, necessitando de uma emenda à norma positivada a fim de adequar a questão tributária.

Ademais, questionamentos jurídicos acerca do tema, ainda são uma incógnita uma vez que qualquer discussão a respeito do conteúdo do contrato de participação sequer chegou aos tribunais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise crítica da Lei Complementar 155 de 2016, bem como dos negócios jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais poderão servir de instrumento para operacionalizar os aportes feitos pelo investidor-anjo em *startups*, foi possível verificar algumas questões práticas esmiuçadas ao longo da pesquisa.

Preliminarmente, com a relação ao contrato de mútuo conversível foi verificado que esse negócio jurídico embora seja uma boa opção para os investidores/idealizadores de startups, é menos atrativo no que tange a restituição dos valores quando contrato versa sobre mútuo de dinheiro.

Quanto à remuneração desse investimento, o artigo 591 do Código Civil prevê a atualização dos valores com correção de juros no momento da restituição do investimento, no entanto, esse negócio não seria tão lucrativo uma vez que há limitação na taxa conforme o artigo 406 do Código de Civil.

Por esse motivo, o contrato mútuo, deixou de ser utilizado pelos investidores e passou por uma progressão se transformando em contrato de mútuo conversível, já que nesses termos, o negócio passa a ser mais lucrativo para o investidor vez que há a previsão de recebimento do aporte em conversão de cotas na investida.

O resultado prático disso, é o benefício para o investidor que não verá o seu patrimônio vulnerável desde o início da realização do investimento, uma vez que inicialmente não enquadrará o quadro de sócios da *startup*, no entanto, terá como cláusula de garantia futura a conversão, caso o negócio venha a se desenvolver com êxito.

Neste trabalho, também foi possível constatar que a escolha do contrato de participação previsto na Lei 155 de 2016, seria a mais acertada nos termos descritos no artigo 61-A, uma vez que o investidor-anjo estaria livre da responsabilização civil, diante da previsão expressa no parágrafo 4º, inciso II do mesmo dispositivo.

No entanto, outras questões vieram à tona, como a dificuldade de classificação desse contrato, uma vez que embora seja um contrato celebrado entre empresários, alguns impasses são observados no artigo 61-A. A título de exemplo, as limitações na estipulação das cláusulas contratuais, como a descrita no parágrafo 7º do artigo 61-A.

Todavia, em contra argumentação, não obstante o contrato de participação esteja previsto na Lei Complementar 155 de 2016, faz se mister destacar que nesse modelo de contrato há maior evidência da autonomia privada, uma vez que é um contrato negociado entre empresários, logo será revestido de maior liberdade para estipulação das cláusulas.

Entretanto, há ponderações a serem feitas no que tocam estas limitações, tendo em vista que os negócios jurídicos celebrados entre empresários são negócios caracteristicamente mais “negociáveis” e as limitações dispostas no artigo 61-A adentram a esfera da liberdade das partes que celebram esse tipo de negócio, tornando a celebração do contrato de participação pelo investidor-anjo e a *startup* um negócio menos atrativo.

Conclusão diversa foi alcançada no que tange à sociedade em conta de participação, algumas ponderações foram feitas, a saber: foi constatado que esse negócio jurídico inicialmente oferece benefícios a respeito da não responsabilização do investidor, uma vez que nesse modelo de sociedade o investidor não integraria o quadro de sócios da investida.

Ademais, o investidor-anjo é muito similar em alguns aspectos com a figura do sócio oculto, podendo até mesmo dizer que seria uma reprodução dessa figura do direito empresarial tendo em vista todos os aspectos e intervenções descritas na Lei Complementar 155 de 2016.

No entanto, conforme fora demonstrado ao longo na pesquisa, há uma limitação tributária que impossibilita que o investidor-anjo celebre o contrato de sociedade em conta de participação com a *startup* optante pelo Simples Nacional, ante a proibição expressa no artigo 3º, parágrafo 4º da Lei 123 de 2006.

Contudo, o que vem sendo observado é que na prática os investidores simulam a celebração do contrato de participação, quando na verdade o interesse real da vontade das partes é a celebrar o contrato de sociedade em conta de participação, uma vez que as vantagens em termos de lucratividade são maiores no momento da conversão de cotas na sociedade.

Verifica-se, pois, que o incentivo previsto na Lei 155 de 2016 vem sendo utilizado com o intuito de ludibriar o fisco, o que resulta na evidente e necessária alteração da Lei Complementar 155 de 2016, a fim de reformar o artigo 61-A para regular o tratamento tributário da celebração contrato de sociedade em conta de participação quando realizado com pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional.

REFERÊNCIAS

BLANK, Steve. **Startup**: Manual do empreendedor o guia passo a passo para construir uma grande empresa. Rio de Janeiro, Alta books, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso especial nº1.085.661 – STJ. Agravante: Elida Beatriz Flores. Agravado: Juan Miguel Gallardo. Relator: Ministro Ricardo Villa Boas Cueva, Brasília, 2017. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/513676195/agravo-em-recurso-especial-aresp-1085661-sc-2017-0084039-0/decisao-monocratica-513676209?ref=serp>>. Acesso em: 12 out. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: Direito de empresa, 27 ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

FEIGELSON, Bruno; NYBO, Erick Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das startups**, São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: Contratos e atos unilaterais, vol. 3, ed. 9. São Paulo, Saraiva, 2012.

LOPES, Alan Moreira; TEIXEIRA, Tarcísio. **Startups e inovação**: direito no empreendedorismo (entrepreneurship law), ed. 2017, Barueri, Editora Manole Ltda., 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie, vol. 3, ed. 14. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, vol. Único, ed. 10, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

RIES, Eric. **A startup enxuta**: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínuas para criar empresas extremamente bem-sucedidas. São Paulo, Lua de papel, 2012.

VERÇOSA, H. M. D. **Curso de Direito Comercial**: Teoria Geral Sociedades – As sociedades em espécie do Código Civil, v. 2. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.