

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ – FAACZ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

POTHYARA BASTOS DE ARAÚJO

O TRATAMENTO JURÍDICO DO INVESTIDOR-ANJO EM *STARTUPS*

ARACRUZ

2020

POTHYARA BASTOS DE ARAÚJO

O TRATAMENTO JURÍDICO DO INVESTIDOR-ANJO EM *STARTUPS*

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito, das Faculdades Integradas de Aracruz, a ser utilizado como diretrizes para manufatura do Trabalho de Conclusão de Curso.

ARACRUZ

2020

AGRADECIMENTOS

Palavras são incapazes de expressar a Deus a gratidão que existe em meu coração. A Ele agradeço por ter me dado força, coragem e sabedoria para superar todos os obstáculos encontrados durante essa caminhada. À instituição FAACZ, aos professores, e seus colaboradores que direto ou indiretamente ajudaram na formação, ao que sou hoje.

Ao orientador, Eduardo Silva Bitti, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, muito obrigada.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar a figura do investidor-anjo inserida pela Lei Complementar 155 de 2016 no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, visa demonstrar os negócios jurídicos já tipificados, quais sejam: contrato de sociedade em conta de participação e contrato de mútuo, que possivelmente atenderiam as demandas do investidor-anjo em face da *startup*, bem como fazer uma comparação destes negócios jurídicos com a figura do investidor-anjo a fim de se explorar 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, desconsideração da personalidade jurídica e simples nacional.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. DA LEI COMPLEMENTAR 155 DE 2016 E O INCENTIVO AOS PEQUENOS EMPRESÁRIOS DESENVOLVEDORES DE STARTUPS	8
3. ANÁLISE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS QUE VIABILIZAM A REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS.....	10
3.1 SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO	11
3.2 CONTRATO DE MÚTUO CONVERSÍVEL.....	13
3.2.2 Da possível responsabilidade civil e trabalhista	16
3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica pela teoria maior.....	18
3.2.4 Desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor	19
3.3 CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO	22
4. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE CONTRATOS DE INVESTIMENTOS EM STARTUPS	29
5. PARTICULARIDADES DA LEI COMPLEMENTAR 155 DE 2016	33
6. TRIBUTAÇÃO E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PASSÍVEIS DE SEREM CELEBRADOS PELO INVESTIDOR-ANJO	35
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
8. REFERÊNCIAS.....	47

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, 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, 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.

Posto isso, a Lei Complementar 155 de 2016 com fulcro nas regras já previstas na ordem norte americana para os *angel investors*, buscou adequar as disposições precedentes para o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de consubstanciar a inserção desse modelo de investimento no Brasil.

Por conseguinte, característica típica do investidor-anjo é não ser sócio da *startup* em que realizará aporte de capital, sendo pessoa física ou jurídica que está disposta em investir em ME ou EPP, mediante aportes que não integram a receita da investida. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.133).

Ademais, parte dessa pesquisa expõe a não responsabilização do investidor-anjo tanto na esfera civil como na esfera trabalhista, o que se dá por meio da análise dos institutos da desconsideração da personalidade jurídica bem como das teorias maior e menor da desconsideração.

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 confrontam os princípios que

fundamentam esse tipo de contrato, como por exemplo, o princípio da autonomia privada.

Questionamento como o supramencionado, será esmiuçado no presente trabalho a fim de apresentar possíveis respostas para os problemas práticos que poderão surgir a partir da celebração do contrato previsto no artigo 61-A da Lei Complementar 155 de 2016.

Noutro giro, a Lei Complementar a nosso ver é omissa no que tange a regra tributária despendida ao contrato de participação. Ademais, frisa-se, analisar essa lacuna é objetivo principal da presente pesquisa, tendo em vista que a transferência da regulamentação tributária para que seja realizada em momento posterior pelo Ministério da Fazenda pode dar ensejo ao cenário perfeito para simulação do contrato de participação.

À vista disso, pergunta-se: É possível e viável juridicamente, principalmente no tocante as regras tributárias, a simulação do contrato de participação com cláusulas que versam sobre outros negócios jurídicos, tais como o contrato de mútuo e a sociedade em conta de participação?

Com desejo de responder o questionamento supramencionado, 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 tributária 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.

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.

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 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.

No Brasil é possível observar que a eclosão do conhecimento sobre essa nova qualificação de empresa como atividade se deu principalmente pelo desenvolvimento e crescimento escalável de algumas atividades empresarias.

Noutro giro, a título de curiosidade, segundo a definição da investidora Aileen Lee, essas companhias são denominadas como unicórnios, sendo mágicas e raras. Esse foi o conceito que a investidora encontrou para as atividades que já conseguiram atingir a marca de US\$ 1 bilhão em avaliação de mercado, como a *Nubank*, *iFood* e 99. (TERRA, 2019)

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).”

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 termos 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 efetiva dessa nova 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 o investimento-anjo “inaugurado” no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 61-A da referida norma está intrinsecamente relacionado ao objetivo principal do presente trabalho.

Fixadas as premissas introdutórias, nos próximos tópicos discorreremos sobre os negócios jurídicos contratuais ou não contratuais que poderão 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 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.

Em contrapartida, 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.

Reforçando essa característica, asseguram (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.124):

em toda Sociedade em Conta de Participação temos pelo menos duas figuras bastante delineadas: um sócio responsável por efetivamente exercer o objeto da sociedade, chamado de sócio ostensivo (no caso de uma startup seria o empreendedor ou sua startup já constituída formalmente) e um sócio participante, chamado de sócio oculto (o investidor).

Outra característica da sociedade em conta de participação é fato de constituir um modelo de sociedade não personificada, ou seja, não possui personalidade jurídica, conforme descreve o artigo 993 do Código Civil.

Logo, decorre dessa característica o fato de que a sociedade em conta de participação não assume obrigações perante terceiros, somente o sócio ostensivo que realizará os atos de gestão em nome próprio.

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.

Ademais, (VERÇOSA, 2006, p.321) argui que o descumprimento desta proibição acarretará responsabilidade patrimonial do sócio participante perante terceiros juntamente com o sócio ostensivo, relativamente aos negócios em que o primeiro intervier.

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

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.

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 uma sociedade em conta de participação entre a empresa e o investidor. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p. 124)

Portanto, relacionando a figura do sócio oculto à figura do investidor-anjo, podemos dizer que esse negócio jurídico até pode ser um meio plausível para realização de investimentos, desde que não haja limitação tributária, 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)

Importar dizer ainda que, ao concluirmos que a sociedade em conta de participação pode ser um meio plausível, não estamos dizendo que ela deverá ser constituída por meio da simulação das diretrizes descritas no artigo 61-A. Destarte, reitera-se, as pessoas jurídicas contempladas pela regra são aquelas descritas no artigo 3º da Lei 123 de 2006 não estando a sociedade em conta de participação neste rol.

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 contrapartida mantém 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, o qual versa sobre o contrato no qual é possível pessoa física ou jurídica emprestar ao mutuário, coisa fungível. Nesse sentido, o dinheiro é coisa fungível, conforme

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

O doutrinador Flávio Tartuce segue no mesmo passo ao definir contrato de mútuo:

Em regra, trata-se de contrato unilateral e gratuito, exceção feita para o mútuo oneroso. Além disso, o contrato é cumulativo, real, temporário e informal. O exemplo típico envolve o empréstimo de dinheiro, uma vez que o mútuo somente terá como objeto bens móveis, pois somente esses podem ser fungíveis. (2019,p.767)

À vista disso, prevê também o nosso ordenamento jurídico que quando o investidor-anjo 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 pelo autor supramencionado, 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 é que o investidor integrará o quadro social da investida.

Ademais, por meio desse negócio jurídico o investidor realiza os seus aportes e o beneficiário do investimento após o transcurso do lapso temporal pactuado, ao invés de restituir os valores com juros fará a devolução do empréstimo em forma de participação societária na *startup*.

À vista disso, segundo (FEIGELSON, NYBO e 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.

Ademais, destaca-se, que o contrato de *Mútuo Conversível* muito se assemelha com o contrato preliminar descrito no artigo 462 do Código Civil, constituindo uma obrigação de fazer ao final das tratativas preliminares, no caso em tela, quando comparado com o mútuo constitui a obrigação de entregar coisa certa.

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 primeiro pode ser considerado menor, tendo em vista que dependendo da atividade desenvolvida pela investida os lucros da *startup* poderão representar valores altos.

Portanto, não seria viável para o investidor celebrar esse contrato, já que ultrapassada a limitação dos juros legais o contrato corre o risco de ser caracterizado como agiotagem.

Outro óbice que pode vir a surgir no momento em que o investidor for escolher o negócio jurídico que celebrará com a investida, relaciona-se justamente com a conversão do contrato de mútuo já que o aporte feito pelo investidor nesse modelo de contrato será convertido em cotas ou ações da *startup*.

Primordialmente, frisa-se que, a Lei Complementar 155 de 2016 no que diz respeito à responsabilidade do investidor na seara civil, a nosso ver não deixou lacunas tendo em vista que a regra do artigo 61-A, parágrafo 4º, II é clara, ao mencionar que o investidor não se responsabilizará pelas dívidas da investida.

Entretanto, o dispositivo trata apenas dos contratos negociais, como o de participação que encontra respaldo na Lei. Noutro turno, se partes celebrarem

negócios jurídicos distintos daquele, como o de *mútuo conversível*, o risco de desconsideração da personalidade jurídica passa a existir, de forma subsidiária.

Nos tópicos seguintes serão abordadas as responsabilidades civil e trabalhista, bem como os meios que o investidor pode utilizar para resguardar o seu patrimônio.

3.2.2 Da possível responsabilidade civil e trabalhista

Precipuamente, quando tratamos dos meios para realização de investimentos com os investidores de *startups*, o principal questionamento que surge é como se delimita a responsabilidade do investidor-anjo por débitos da investida.

Pois bem, como se sabe está inerente no campo das negociações o risco de o negócio ter êxito ou não e, conseqüentemente, quando a *startup* não consegue se desenvolver de forma progressiva podem surgir dívidas de ordem civil e trabalhista desse empreendimento.

À vista disso, o contrato de participação descrito na Lei Complementar 155 de 2016, deixa claro em seu artigo 61-A, parágrafo 4º, II, que o investidor não responsabilizará pelas dívidas da investida.

Importa dizer que, a regra delimita apenas a não responsabilização do investidor quando este celebrar um contrato negocial com a *startup*, entretanto, como vimos no tópico anterior, pode o investidor celebrar outros negócios jurídicos diferentes daquele descrito no artigo 61-A, parágrafo 4º, II, e com isso se expor ao risco da responsabilização civil.

Noutro turno, não podemos deixar de mencionar o fato de que na prática, o investidor na maioria das vezes celebra um contrato de simulado de sociedade em conta de participação ou até mesmo o contrato de *mútuo conversível*, advindo com estas responsabilidades que são inerentes à figura do sócio.

A partir disso, se o investidor fizer parte do quadro societário da investida, ou seja, se celebrar um contrato de *mútuo conversível* ou um contrato de sociedade em conta de participação, não estará, pelo menos em tese, respaldado pela regra da Lei Complementar 155 de 2016.

Ademais, a Código Civil prevê que o sócio se responsabilizará pelas dívidas da sociedade, por exemplo, o art. 1052 do Código Civil aduz que o sócio apenas se responsabilizará pelas dívidas restritamente ao valor das suas cotas, no entanto, quando o capital não for devidamente integralizado ele responderá solidariamente pelas dívidas empresa.

Em contrapartida, quando falamos da sociedade em conta de participação a regra é diversa uma vez que neste modelo de sociedade somente se responsabilizará perante terceiro o sócio ostensivo, enquanto o sócio oculto só possui obrigações perante o sócio ostensivo.

Além disso, na sociedade em conta de participação não há o que se falar em valor do capital social, tendo em vista que o valor do aporte realizado entre o sócio ostensivo e o sócio oculto é denominado no artigo 994 do Código Civil como patrimônio especial não possuindo valor de capital social e, necessitando menos ainda da formalidade de integralização desse investimento.

Mais uma vez o negócio jurídico citado no parágrafo anterior muito se assemelha com o contrato de participação descrito na Lei Complementar 155 de 2016, o qual aduz que o aporte financeiro feito pelo investidor não constituirá o capital social da empresa.

Todavia, o Código Civil é claro ao dizer que o sócio participante não pode realizar nenhum ato de gestão da empresa, sob pena de responder solidariamente pelas obrigações da sociedade.

Ressalta-se que, diferente do contrato simulado que muitas vezes é celebrado entre os investidores e a *startup* denominado como contrato de participação, no contrato de sociedade em conta participação o investidor e/ou sócio oculto ocupa a posição de sócio da sociedade ainda que de maneira informal, e no contrato de *mútuo conversível* também.

Destarte, é justamente sobre essa posição muito próxima com a do sócio que falaremos no tópico a seguir, bem como discorreremos sobre possíveis problemáticas que podem surgir quando falamos em desconsideração da personalidade jurídica.

3.2.3 Desconsideração da personalidade jurídica pela teoria maior

Como exposto no tópico anterior, o investidor-anjo pode celebrar contrato de sociedade em conta de participação ou o contrato de *mútuo conversível*, que ao fim ao cabo o torna sócio da investida.

Ademais, decorre do fato de o investidor-anjo assumir a figura de sócio da investida, a possível responsabilização com o patrimônio social e também o patrimônio pessoal pelas dívidas da sociedade, uma vez que sejam constatados os requisitos que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Notadamente quando nos referimos aos débitos civis à doutrina majoritária segue a regra do artigo 50 do Código Civil, a qual aduz que deve estar presente o desvio de finalidade da empresa ou a confusão patrimonial denominada como teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica.

Corroborando com esse entendimento, argui (TARTUCE, 2015, p. 157) pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência de fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência.

Noutro giro, a celebração de um contrato de mútuo conversível ou até mesmo o contrato de sociedade em conta de participação, pode não ser bem visto pelo judiciário que por um lapso pode associar a esses negócios a intenção de subverter a previsão da Lei Complementar 155 de 2016.

Entretanto, entendemos que tal argumento não encontra respaldo jurídico uma vez que independentemente de existir a previsão legal sobre o contrato de participação que viabiliza a realização de investimentos, é importante lembrar que há outros negócios jurídicos que resguardam o interesse de realizar investimentos financeiros em empreendimentos privados.

Além disso, esses contratos negociais são regidos pela liberdade de contratar, logo pode o investidor-anjo efetivar a oferta de aportes de capital por qualquer outro negócio jurídico legalmente previsto no ordenamento brasileiro.

Por conseguinte, o simples fato conter uma cláusula no contrato de mútuo conversível que estipule a forma de restituição do investimento em cotas na sociedade, esta cláusula não caracteriza o disposto no artigo 50 do Código Civil uma vez que há a necessidade de ser verificada a violação dos critérios da teoria maior.

Verifica-se, pois, que não há o que se falar em responsabilização do investidor por débitos da investida nos termos supramencionados, vez que para que o investidor realize os aportes financeiros na *startup* não há a necessidade de abuso da finalidade social da investida, menos ainda que proceda com confusão patrimonial.

De outro lado, há no ordenamento jurídico brasileiro duas teorias que fundamentam a desconsideração da personalidade jurídica, a teoria maior que fora explanada nos parágrafos supramencionados, bem como a teoria menor que segundo (ULHÔA, 2008, p. 2) seria aquela que se contenta com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.

Essa teoria é muito utilizada na esfera trabalhista, e é sobre a suas particularidades que iremos discorrer no tópico seguinte, no entanto, cabe ressaltar que não é o objetivo dessa pesquisa esgotar todas as nuances referente ao tema, mas vagamente falar sobre a execução do patrimônio social por dívidas trabalhistas.

3.2.4 Desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor

Diferente do que ocorre na esfera civil na esfera trabalhista encontramos uma teoria muito similar ao direito consumerista, por exemplo, se uma empresa ou *startup* teve contato com o colaborador ou de alguma forma obteve benefícios através de seus esforços, logo será responsável pelo adimplemento dos direitos celebrados no contrato de trabalho.

Nessa esteira, grosso modo, nesses contratos se verifica o fato de que uma das partes não possui, em razão de condição de sujeito subordinado, o referido dever de conhecimento de empreendimento. (BITTI, 2017).

Todavia, as jurisprudências bem como as regras trabalhistas exigem que seja constatado que o investidor tenha realizado atos de gestão na administração da investida para que a partir disso o investidor-anjo venha a ser responsabilizado.

Nesse sentido, descrevem os artigos 991 a 996 do Código Civil que versam sobre a sociedade em conta de participação, que é necessário que o investidor assuma uma postura de sócio ou até mesmo quando falamos do sócio oculto que ele venha a realizar atos que são adstritos ao sócio ostensivo, e por via de consequência, venha a se responsabilizar diante de terceiros.

A Lei Complementar 155 de 2016 deixa claro que o investidor não realizará atos de gestão, tendo ainda descrito minuciosamente que não terá direito a qualquer ato de gerência. Por conseguinte, nem a responsabilidade trabalhista deve se fazer presente no contrato negocial nos termos da Lei Complementar 155 de 2016.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região – TRT4 em sede recursal, já decidiu sobre o tema pelo não provimento das razões recursais, conforme se depreende do voto da Relatora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo: “A participação do agente financiador DEG, como acionista minoritário da atividade empresarial TOLSTOI, por sua vez sócia da empresa GUERRA S.A., em contrapartida e garantia de financiamento, quando ausentes poderes de direção, controle e administração e/ou interesse integrado, não atrai a responsabilidade prevista no §2º do art. 2º da CLT.” (TRT4, 2020).

Verifica-se, pois, que se o investidor não realizar atos de gestão, resta afastada a responsabilidade trabalhista pelas dívidas da investida uma vez que o julgado supramencionado garante que não estando presentes os atos de direção, controle e administração não há o que se falar na responsabilidade solidária prevista no artigo 2º da CLT.

Ocorre que, a problemática reaparece quando o investidor-anjo não celebra o contrato de participação descrito no art. 61-A da Lei 155 de 2016 e, opta por celebrar um contrato de simulado de sociedade em conta de participação ou o contrato de mútuo conversível.

Verificamos nos parágrafos anteriores que quando investidor-anjo celebra um contrato de parceria comercial com a investida, há o impedimento da responsabilidade tanto na esfera civil quanto na esfera trabalhista.

Noutro giro, quando há a celebração de sociedade em conta de participação ou contrato de mútuo conversível, reaparece uma possível responsabilização pelas dívidas da investida, já que nesses termos o investidor estaria mais próximo da figura de sócio da atividade desenvolvida bem como podendo vir a realizar atos de gerência, controle e administração da *startup*.

Nesse sentido, pode o credor trabalhista descobrir a relação entre o investidor-anjo e a investida, e se este vier a realizar atos de gerência na sociedade em conta de participação, assegura o Código Civil que o sócio oculto pode vir a se responsabilizar perante terceiros, conforme o artigo 991, parágrafo único.

Quando nos referimos ao contrato de mútuo conversível, uma vez que o aporte financeiro venha ser integralizado e convertido em cotas para o investidor, bem como se este realizar os atos de gestão e administração da empresa que são inerentes aos sócios, é possível que venha a ser responsabilizado por dívidas de natureza tanto civil quanto trabalhista.

À vista disso, o meio mais utilizado para que os credores alcancem esses sócios é a desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme ensinam os doutrinadores Tarcísio Teixeira e Alan Moreira Lopes:

A desconsideração da personalidade jurídica tem sido aplicada com muita intensidade na Justiça do Trabalho, sob o fundamento de o trabalhador, sendo a parte mais fraca da relação de trabalho, não pode ser prejudicado pela falta de disponibilidade financeira da sociedade, independentemente do motivo que a levou a se tornar inadimplente. Ou seja, nessa visão, os sócios respondem independentemente de fraude ou confusão patrimonial pelas dívidas trabalhistas, o que não necessariamente é uma posição adequada.” (2017, p. 65)

Deste modo, não é necessário que seja caracterizado a fraude e a confusão patrimonial, apenas que a parte mais forte da relação, ou seja, empresário ou sócio oculto, tenha se beneficiado do trabalho da parte mais fraca, o colaborador.

Corroborando com o mesmo entendimento, o doutrinador Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa já definia a teoria menor como:

“No atendimento aos interesses do empregado, o Judiciário Trabalhista tem desconsiderado a pessoa jurídica da sociedade em relação aos sócios da empregadora, sejam eles controladores ou não, administradores ou não, daquela. Mesmo sócio com ínfima participação no capital de sociedades têm sido instados a pagar dívidas trabalhistas destas, tal como se fossem verdadeiros avalistas.” (2006, p. 101)

Nesse sentido, trata-se de uma teoria mais abrangente, definida pela doutrina como teoria menor a qual exige menos critérios pelo fato de ampliar a possibilidade de atingir o patrimônio do sócio, afastando a necessidade de caracterização de fraude e confusão patrimonial.

Ademais, argui (ULHOA, 2006, p. 39) que a teoria menor da desconsideração é, por evidente, bem menos elaborada que a maior. Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta.

Portanto, diante das questões supramencionadas, fica evidente que a opção pelo contrato de mútuo conversível e/ou contrato de sociedade em conta de participação não traz segurança ao patrimônio do investidor ante aos riscos de dívidas trabalhistas.

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 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 Ulhôa, 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)". (FEIGELSON, NYBO e 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 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 no artigo 61-A da Lei Complementar 155 de 2016, cuida-se de um contrato bilateral uma vez que o investidor e a investida possuem obrigações recíprocas.

Ratificando esse conceito, assevera o doutrinador Flávio Tartuce que:

“O contrato será bilateral quando os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos, de forma proporcional. O contrato bilateral é também denominado contrato sinalagmático, pela presença do sinalagma, que é a proporcionalidade das prestações, eis que as partes têm direitos e deveres entre si (relação obrigacional complexa).” (2019, p. 51).

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 à característica de obrigações recíprocas, quais sejam: A faculdade do investidor de realizar o aporte de capital e o direito de receber os lucros no final de cada período, caso o faça, para investida resta 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 às 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.

Ademais, Flávio Tartuce ratifica esse entendimento, senão vejamos:

“é contrato típico aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e lhe concedendo um ‘nomen juris’. Aliás, penso que a denominação decorre da regulamentação, e não vice-versa, como poderia parecer se o adjetivo preferido fosse nominado. A seu turno, portanto, contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de direito. (2019, p.57)”

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 a doutrina argui ser necessário que seja estabelecido regras específicas do contrato e o art. 61-A é omissivo nesse quesito.

Ademais, os contratos típicos estão previstos no Código Civil a partir do artigo 481, dentre os quais não se encontra a figura do contrato de participação, corroborando com a premissa de que o contrato citado na Lei seguirá as regras gerais referentes aos contratos ante a falta de previsão legal.

Desse modo, se tratando o contrato de participação um negócio jurídico celebrado entre empresários, este obedecerá às regras gerais dos contratos,

dentre as quais, estão presentes: a autonomia privada, a função social dos contratos, a força obrigatória do contrato e boa-fé objetiva.

Importa ressaltar que, quando as partes que firmam negócio jurídico possuem um equilíbrio na condição patrimonial, profissional, financeira e econômica de mercado, o negócio realizado será regulado pelas regras de Direito Comercial dado que a relação formada entre empresários é horizontal ante a compatibilidade de conhecimento de risco de mercado.

Recorda em seu artigo (BITTI, 2017), que no Direito Empresarial é dever das partes conhecer os riscos inerentes à atividade praticada. Essa consideração, de novo, viabiliza a noção de transparência das normas que regem a matéria e expõem os riscos sobre os quais os empresários têm o dever, ônus, de conhecer.

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.

Efetivamente, diz (FORGIONI, 2003) que vale apontar que tanto a autonomia privada quanto o princípio do *pacta sunt servanda* são tidos como vértices do sistema de Direito Comercial não por apego a dogma liberal. Muito pelo contrário: a autonomia privada e o respeito aos vínculos em um sistema capitalista, possibilitam fluxo de relações econômicas.

Noutro giro, a presença do princípio da força obrigatória dos contratos e a boa-fé objetiva estão intrinsicamente presentes nesses negócios celebrados no meio comercial, sendo que a força obrigatória dos contratos prevê que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico.

Ademais, embora seja constatado no Direito Civil uma tendência a valorização da liberdade para as partes estipularem as regras contratuais, ainda assim, estas deverão respeitar os limites dispostos na Lei, uma vez que o art. 61-A da Lei Complementar 155 de 2016 estabeleceu limites a serem respeitados pelos contratantes.

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 nos tópicos anteriores os pontos positivos e negativos sobre negócios jurídicos, 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 vedações tributárias que limitam a celebração deste contrato com pessoas jurídicas optantes pelo tratamento tributário diferenciado, as quais serão abarcadas no tópico 06 da presente pesquisa.

No próximo tópico discorreremos sobre algumas cláusulas típicas do contrato de participação, no entanto, sem o intuito de engessarmos ou limitarmos as negociações que poderão ser feitas pelo investidor e *startup* tendo em vista que o contrato ora estudado é regido principalmente princípio da autonomia privada, o qual argui que as partes possuem mais liberdade para estipularem conteúdo do negócio jurídico que irão celebrar.

4. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DE CONTRATOS DE INVESTIMENTOS EM STARTUPS

O contrato de participação embora esteja previsto na Lei Complementar 155 de 2016, também é revestido por cláusulas-padrão que deverão ser observadas detidamente pelos investidores a fim de evitar problemas futuros.

Nesse sentido, existem várias cláusulas específicas que revestem esse contrato, inicialmente trataremos da cláusula de garantia e declarações, a qual se perfaz na declaração e garantia do cumprimento da legislação imposta à formação da sociedade, capacidade dos sócios, ausência de demandas judiciais em face da investida, cumprimento das obrigações tributárias e trabalhistas etc.

À vista disso, essa cláusula visa gerar um conforto sobre as informações prestadas pelas partes, bem como se entende que as declarações prestadas foram as informações de conhecimento das partes essenciais para que o contrato fosse celebrado. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.136)

Todavia, se for comprovada a inveracidade das declarações prestadas, o negócio jurídico celebrado entre o investidor-anjo e a *startup* poderá ser rescindido ou anulado, conforme aduz o art. 138 do Código Civil, uma vez que é possível constatar o erro na declaração da vontade em celebrar o contrato.

Outra cláusula típica do contrato de investimento é a do Efeito Material Adverso que nas palavras de (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.136) visa forçar uma das partes a manter as operações em conformidade com a prática atual para que não haja súbitas ou relevantes alterações de resultados financeiros ou exposição exagerada a riscos até que a operação se concretize.

A título de exemplo, uma startup X, inscrita na JUCEES – Junta Comercial do Estado do Espírito Santo celebrou contrato de participação e outras avenças com as pessoas jurídicas Y, Z e W, e detalhou no bojo do contrato a cláusula de condução dos negócios⁵, a qual se assemelha com os preceitos da cláusula

⁵ (...) “5.2. Condução dos negócios. Os Sócios e a Sociedade, a partir desta data e até a data do fechamento ou do resgate do aporte corrigido, comprometem-se, por si e por sus administradores (se for o caso) a: (a) conduzir os Negócios de Sociedade em seu curso normal, de forma compatível com suas melhores práticas passadas, obrigando-se a manter o investidor-anjo informado acerca de qualquer operação ou negócio relevante para a sociedade a partir desta

padrão de Efeito Material Adverso uma vez que determina que os sócios conduzam os negócios da sociedade em seu curso normal.

Explico melhor, é necessário que a investida mantenha as operações que eram realizadas antes da concretização do investimento, a fim de que seja garantido ao investidor-anjo que não haverá alteração relevante nas atividades anteriormente praticadas uma vez que no ato da negociação do contrato de participação a vontade do investidor em realizar o aporte se deu por meio de uma *due diligence* que se baseou nas atividades realizadas pela *startup* naquele momento, no entanto, se houver uma mudança significativa a decisão poderia ser contrária.

Outra cláusula específica do contrato de participação, segundo (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.136), é aquela de condição precedente, a qual concerne nas condições suspensivas, ou seja, aquelas que subordinam a eficácia do negócio jurídico ao cumprimento da condição prevista do contrato.

Exemplo típico de condição precedente ocorre quando no processo de *due diligence* os investidores percebem algum erro que deve ser solucionado antes da conclusão da operacionalização do investimento.

É bem comum que as partes convencionem sobre uma cláusula de indenização⁶⁶, caso o contrato não venha a ser devidamente cumprido e seja verificada omissão na cláusula de garantias e declarações.

Especificamente no contrato de participação a cláusula de indenização, argui (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.139) que deverá ser convencionada por meio do *basket*, que limita a partir de qual montante de risco realmente será devida a indenização e até qual limite a parte inadimplente está imposta (*cap*).

data, em especial os relacionados aos ativos chaves da sociedade. (b) conduzir as atividades da sociedade em conformidade com as melhores práticas contábeis, mantendo os livros e registros completos e precisos, além de documentação de apoio das operações envolvendo os negócios da sociedade.”(...)

⁶⁶ “(...)5.3.1. Caso qualquer dos sócios descumpra as obrigações mencionadas acima, uma multa não compensatória de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) poderá ser exigida, de cada sócio infrator pela sociedade e ou pelo investidor-anjo. (...)”

Quanto aos atos de fechamento do contrato de participação, há também a previsão de estipulação da conversão⁷ da sociedade limitada em Sociedade por Ações. Conforme asseveram (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.139) as exigências mais comuns são a de transformação em Sociedade por Ações (S.A.) e, neste momento, a adoção de um Estatuto Social combinado com a assinatura dos Sócios, o qual deverá conter direitos mínimos já previstos no contrato de investimento.

A exigência de conversão se dá especificamente por finalidades tributárias e para enquadramento da sociedade que antes era limitada no regramento das sociedades anônimas, a qual possui exigências típicas, como a governança.

Mais uma cláusula típica desse contrato, resulta do direito de voto das partes⁸, bem como do compromisso dos sócios em exercer esse direito da melhor maneira possível, a fim de resguardar o interesse de todos os envolvidos e principalmente o desenvolvimento da empresa que receberá o aporte.

Existe também, a cláusula de participação no Conselho de Administração⁹, que condiz na formação de um conselho pela sociedade que recebe o investimento em que seja nomeado pelo menos um representante pelos investidores para garantir a representatividade na tomada de decisões desse órgão de governança da investida. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.139)

O investidor também recebe segurança, no tocante a convenção da cláusula *tag along*¹⁰ uma vez que essa cláusula tem o intuito de proteger o sócio minoritário,

⁷ “(...)3.1.(...)(a) Alteração. Os sócios, representando a totalidade do capital social da sociedade, deliberarão sobre a transformação ou não da Investida em Sociedade Anônima e, independente da forma, assinarão as alterações contratuais necessárias, seja para ingresso do investidor-anjo na Sociedade, seja para conversão, hipótese em que as partes, em conjunto, se reunirão para retratar os documentos societários previstos na Cláusula 4;(...)”

⁸ “(...) 4.1.2. Compromisso de Voto no Interesse das Sociedades. As partes se comprometerão formalmente a exercer seus respectivos direitos de voto no melhor interesse da sociedade. (...)”

⁹ “(...)5.5.1. Y e Z outorgam, neste ato, à W, plenos poderes para representa-los direta e exclusivamente, em nome e nos interesses do investidor-anjo, junto à sociedade limitada X, devendo, para tanto, servir como canal de comunicações, notificações, bem como tomada de decisões entre as Partes, no que disse respeito a este contrato. (...)”

¹⁰ “(...)o *tag along* também deriva do direito norte-americano. Esse direito assegura que a alienação, direta ou indireta, do controle de uma empresa somente poderá ocorrer sob a condição de que sócio adquirente realize a oferta de aquisição das ações ou quotas detidas pelos demais sócios, de forma proporcional à sua participação no capital social. (Feigelson, Nybo e Fonseca, 2018, p.139)

que pode ser o caso do investidor dependendo da estipulação da conversão. Ademais, essa cláusula versa sobre a previsão de oferta preliminar aos investidores quando os sócios majoritários tem interesse de vender a participação na investida.

Em contrapartida, existe também a cláusula *lock-up*, essa cláusula convencionada a proibição do sócio vender a sua participação na investida por determinado tempo e, em caso de descumprimento da cláusula será imposta ao sócio uma multa não compensatória.

É muito comum o contrato de participação dispor sobre a *drag along*, que ao contrário da cláusula supramencionada, dispõe sobre os interesses dos sócios majoritários, asseveram (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.139), que caso sócio majoritário receba oferta de compra da totalidade de sua participação, a cláusula *drag along* obriga os demais sócios a vender sua participação conjuntamente e tomar as demais medidas necessárias para efetuar tal venda nas mesmas condições ofertadas ao majoritário.

Noutro turno, há também a estipulação da cláusula denominada *non-compete*, a qual visa garantir que os investidores não realizem atividade que concorram com atividade desenvolvida pela *startup*.

Nesse sentido, (FEIGELSON, NYBO E FONSECA, 2018, p.142) dizem que no Brasil, quando a cláusula de não concorrência trata de relações trabalhistas, para que tenham validade é necessário que a cláusula contenha a delimitação do espaço geográfico, prazo definido e remuneração durante o prazo de não concorrência.

Neste tópico do trabalho, demonstramos algumas cláusulas mais importantes no momento da estipulação do contrato de participação, no entanto, sem o intuito de esgotar todas as avenças que poderão ser convencionadas entre o investidor-anjo e a *startup*, tendo em vista que há relevância da autonomia privada na estipulação dos negócios jurídicos horizontais, o que se traduz em maior liberdade para negociação entre as partes.

Feita a exposição de algumas cláusulas típicas do contrato de participação, passa-se a análise do artigo 61-A da Lei Complementar 155 de 2016 que inseriu a figura tributária do investimento anjo no Brasil, uma vez que é imprescindível para compreensão do objeto da presente pesquisa falar sobre as especificidades descritas na referida Lei.

5. PARTICULARIDADES DA LEI COMPLEMENTAR 155 DE 2016

Já superada a intenção do legislador em inserir a figura do investidor-anjo no ordenamento brasileiro, a qual fora destrinchada no tópico 1 deste trabalho, resta claro que o instituinte encontrou fundamento no anseio de assegurar o desenvolvimento da ordem econômica e, notadamente, os beneficiários desse anseio são os pequenos empresários desenvolvedores de *startups*.

Posto isto, com uma breve leitura da Lei 155 de 2016 é possível constatar que, o objetivo do legislador é incentivar a realização de investimento nas atividades empresariais que estejam enquadradas em microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme está descrito no caput do artigo 61-A.

Todavia, é necessário fazer uma análise minuciosa da Lei Complementar, a fim de que sejam apontadas algumas considerações acerca da norma positivada, as quais revelam algumas contrariedades que no plano prático poderão servir de óbices para adoção da regra.

Primordialmente, uma das principais características do investidor-anjo é não ser sócio da atividade empresarial que fará seus aportes, uma vez que o artigo 61-A aduz expressamente que a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte poderá admitir aportes de capital que não integrará o capital social da empresa e, por conseguinte, não estará o patrimônio do investidor vulnerável e passível de qualquer risco que a envolve a posição de sócio, como a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização pelas dívidas da investida.

O investimento previsto na Lei Complementar 155 de 2016 foi estabelecido com a peculiaridade de ser transitório, isso porque a regra prevê em seu artigo 61-A,

parágrafo 4º, alínea III, que o investidor será remunerado por seus aportes, nos termos do contrato de participação, pelo prazo máximo de cinco anos.

À vista disso, mais uma vez o legislador não deixou dúvidas quanto ao prazo para remuneração do investidor, entretanto, o artigo não declara a partir de quando a restituição será feita, desta maneira se entende que remuneração deverá ocorrer a partir dos lucros percebidos pelos aportes.

Prerrogativas legais também foram oferecidas para os empresários que têm o desejo de empreender, no entanto, lhe falta o impulso financeiro para colocar em prática o desenvolvimento da ideia inovadora. À vista disso, a Lei Complementar 155 de 2016 tem o intuito de promover pequenos empresários e microempresas como está previsto no caput do artigo 61-A.

No que tange a natureza do capital investido, a Lei Complementar 155 de 2016 de forma transparente argui que o investimento não integrará o capital social da empresa. Portanto, o valor do montante que será investido é indiferente para a modalidade da sociedade que receberá o aporte, tendo em vista que não perderá a qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte, desde que as cláusulas do contrato de participação celebrado estejam de acordo com as limitações do artigo 61-A.

Outra limitação prevista na Lei Complementar se refere ao percentual das retiradas que serão realizadas pelos investidores e idealizadores de startups, vez que o parágrafo 6º do artigo 61-A assevera que a remuneração dos aportes não excederá o limite de 50% (cinquenta por cento) dos lucros obtidos pela microempresa ou empresa de pequeno porte.

Por fim, ressaltam-se duas modalidades como proteção a *startup* a desvinculação do investidor, que poderá ser feita pelo resgate ou pela transferência a terceiro, conforme o art. 61-A, parágrafo 7º da Lei Complementar 155 de 2016.

A Lei prevê o direito de resgate aduzindo que o investidor poderá exercer o direito de resgate depois de transcorridos, no mínimo, 2 (dois) anos do aporte de capital ou prazo superior estabelecido no contrato de participação, não podendo

ultrapassar o valor investido devidamente corrigido, e será feito balanço específico para isso.

A problemática a respeito do prazo, afeta justamente a liberdade contratual das partes, uma vez que a Lei Complementar limita o prazo para mínimo para o retorno dos valores, segundo (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.134) a Lei entrou na esfera de liberdade negocial das partes que desejam concretizar um investimento ao estabelecer prazo mínimo para o resgate.

Ainda, embora o investidor-anjo não integre o quadro societário da empresa ME ou EPP, a lei lhe assegura a possibilidade de exercer o direito de preferência para adquirir a participação na empresa investida, e o direito de alienar, nos exatos termos, o aporte em conjunto com a participação dos sócios. (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.134)

Quanto à tributação do contrato de investimento, a Lei Complementar deixou a regulamentação ao encargo do Ministério da Fazenda, o qual considerou que há tributação em dois momentos, no repasse e no resgate, conforme a Instrução Normativa RFB nº 1.719 de 21 de julho de 2017.

Constata-se que, embora seja nítido que a ideia do Legislador em inaugurar a figura do investidor-anjo por meio de Lei Complementar 155 de 2016 busca atender os interesses dos idealizadores/investidores de *startups*, há muitas dúvidas a respeito da tributação no que tange o capital investido.

Todavia, por ora, tentar alcançar questões práticas que poderão surgir a partir da celebração do contrato de participação previsto na Lei, é dificultoso uma vez que não há segurança jurídica sobre o tema ainda.

Dito isso, passa-se a análise no próximo tópico das questões tributárias que limitam a celebração de alguns negócios jurídicos entre o investidor e a *startup*.

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 regaste, 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, 2018, p. 135) 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 sobre tratamento tributário despendido à 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 à 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.

Em outros termos, a Lei Complementar 123 de 2006 fundamenta o entendimento da Receita Federal COSIT n. 139, de 2015, o qual 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 (FEIGELSON, NYBO e FONSECA, 2018, p.126):

O (regime simplificado mais amplo que existe é o chamado “Simples Nacional”, previsto na Lei Complementar n.123/2006). O Simples autoriza as empresas que auferam 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 conversível¹¹ 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 consultante 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

¹¹ (...)”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)”(...)

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 celebrem contrato com pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, essa resolução confronta o disposto no art. 61-A, 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 da Lei Complementar 155 de 2016, bem como dos negócios jurídicos existentes no ordenamento brasileiro que 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 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 o 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 Complementar 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.

À vista disso, não há entendimento diverso quanto à ideia do legislador em promover aos empresários ainda em desenvolvimento um impulso econômico através da criação da figura do investidor-anjo, bem como fica evidente o interesse em alavancar a economia do país.

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 considerações 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 dizermos que seria uma reprodução dessa figura do direito empresarial tendo em vista todos os aspectos e intervenções descritos na Lei Complementar 155 de 2016.

Noutro giro, importa dizer que o não enquadramento da figura do investidor-anjo como sócio da investida deixa o seu patrimônio pessoal afastado da temida desconsideração da personalidade jurídica, bem como reduz a vulnerabilidade do seu patrimônio.

No entanto, conforme fora demonstrado ao longo da 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.

Por esse motivo, muito embora a sociedade em conta de participação tenha similaridade com o contrato de participação em vários aspectos e, por essa ótica, concluiríamos que estes dois negócios jurídicos melhor atenderiam os interesses dos investidores em impulsionar pequenos empreendimentos.

Todavia, este não é o entendimento mais acertado uma vez que a Solução de Consulta DISIT/SRRF10 n. 10024 de 2015 bem como outros entendimentos citados ao longo da pesquisa, aduzem que a sociedade em conta de participação para fins tributários é considerada pessoa jurídica e, por essa razão a celebração desse negócio não seria possível ante a limitação prevista no caput do art. 3º da Lei 123 de 2006, o qual argui que os beneficiários do tratamento tributário unificado não podem ter outras pessoas jurídicas participando do capital.

Contudo, o que vem sendo observado é que na prática os investidores simulam a celebração do contrato de participação, dado que o caput. do artigo 61-A aduz

que o investimento não integralizará o capital da investida. Logo, por essa razão não confronta a limitação do art. 3º da Lei 123 de 2006.

Sem embargo, na prática, o interesse real das partes é 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.

Com efeito, tal afirmação é tão verdadeira, que colacionamos tópico 5 da pesquisa exemplo concreto de um contrato nominado como contrato de participação com cláusulas típicas do contrato de sociedade em conta de participação e mútuo conversível.

Diante disso, conclui-se 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 adequar o tratamento tributário da celebração contrato de sociedade em conta de participação quando realizado com pessoa jurídica optante pelo Simples Nacional.

8. REFERÊNCIAS

BITTI, Eduardo Silva. “ **A horizontalidade e a reserva de funções dos contratos empresariais**”. Disponível em: < <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-horizontalidade-e-a-reserva-de-funcoes-dos-contratos-empresariais-por-eduardo-silva-bitti>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

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.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região. **Incidente de resolução de demandas repetitivas nº0022298-23.2018.504.000 -TRT4**. Requerente: DEG- Deutsche Investitions Und Entwicklungsgesellschaft Mbh. Requerido: Ederson Ferreira de Souza. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/2bbBTyhVtDKZyqsNSoCetq?&tp=responsabiliza%C3%A7%C3%A3o%3B+investidor>>. 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.

FORGIONI, Paula Andrea. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 42, n. abr./ju 2003, p. 7-38, 2003.

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.

NARDES, Felipe Bruno Souza; MIRANDA, Roberto Campos da Rocha. **Lean Startup e Canvas: uma proposta de metodologia para startups**. Revista Brasileira de Administração Científica, Aquidabã/se, v. 5, n. 3, p.252-272, 15 nov. 2014. Escola Superior de Sustentabilidade. <http://dx.doi.org/10.6008/spc2179-684x.2014.003.0015>. Disponível em: <
<http://www.sustenere.co/journals/index.php/rbadm/article/view/SPC2179-684X.2014.003.0015/457>> . Acesso em: 02 nov 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..

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.

TERRA. **Unicórnio: por que startups de sucesso recebem esse nome**. Terra, 10 set. 2019. Disponível em: <
<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/inovacao/quintoandar-e-oitavo-unicornio-brasileiro-entenda-o-que-sao-essas-startups->

<raras,c781845e55a4f813af0f850b248986f858w9yy5x.html>> Acesso em: 30 out. 2020.

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.