

ENSAIO SOBRE A POLÊMICA VANTAGEM DO INVESTIDOR-ANJO ADVINDA DA LC 155/2016

SAGGIO SUL CONTROVERSO VANTAGGIO DELL'INVESTITORE ANGELO DA LC 155/2016

Paulo J. C. Nunes¹

Resumo: O artigo aborda as vantagens e desvantagens que referida lei complementar trouxe ao ordenamento jurídico, ao regulamentar a atuação do anjo-investidor, mormente, no campo da proteção patrimonial e tributário. Partindo de um comparativo com determinada figura típica societária e determinada figura típica contratual, chega-se a conclusão no sentido de que o avanço ocorreu apenas no campo societário. O investidor-anjo sofre com uma tributação equiparada a renda fixa, contudo, assume o risco de perda do respectivo capital.

Palavras-chave: Regulamentação do investidor-anjo. Vantagens e desvantagens.

Riassunto: *L'articolo tratta i vantaggi e gli svantaggi che questa legge complementare ha portato al sistema legale, per regolare l'investitore angelo che agisce, principalmente, nel campo della protezione patrimoniale e fiscale. Partendo dal confronto con una certa figura aziendale tipica, si giunge alla conclusione che l'anticipo è avvenuto solo nel settore aziendale. L'investitore angelo subisce un'imposta equivalente al reddito fisso, tuttavia, si assume il rischio di perdita del loro capitale.*

Parole chiave: Regolamento investitore angelo. Vantaggi e svantaggi.

1- Pós-graduado pela Universidade de Coimbra, autor do livro "Digesto Jurisprudencial Ético e Disciplinar da Advocacia", sócio da banca de advogados Ozi & Venturini Sociedade de Advogados, advogado em São Paulo, membro do conselho diretor da Associação Comercial de São Paulo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em que pese, o transcurso do tempo desde a edição da Lei Complementar nº 155/2016, continua, referido diploma legal, extremante atual, embora ainda careça de maior atenção, em especial, quanto ao aspecto tributário.

Referida legislação, frisa-se, importante e pouco lembrada, ao menos pelo Legislativo e Executivo, visa atender a uma faixa de empresas relevantes ao crescimento econômico, principalmente, na atual fase da economia. São elas agentes impulsionadores da civilização contemporânea, exercendo, nesse particular, sua função social.

Basta ver o impacto positivo na sociedade advindo das *startups*.

Assim a Microempresa e a pequena empresa possuem relevante importância social e econômica no cenário nacional.

Para se ter uma ideia da importância dessas empresas para o País, no ano de 2014, elas totalizavam 8,9 milhões e representavam: 27% do PIB; 52% dos empregos com carteira assinada; 40% dos salários pagos.

É notório que esses números expressivos se sustentam a cada ano, com pequena variação muitas vezes para mais, assim como é notório que o Estado muito se preocupa e auxilia essas empresas no âmbito tributário.

Entretanto, no âmbito de estímulo ao crédito, portanto, da capitalização das microempresas e pequenas empresas, a situação ainda está longe do ideal.

Não é por acaso que a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 57, disciplina que

O Poder executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito.

Prevê referida lei complementar que as instituições financeiras públicas nela referidas, manterão linhas de crédito específicas, vinculadas à reciprocidade social.

Porém, em que pese todo esse esforço estatal, leia-se Poder Executivo e Poder Legislativo, o que se vê na prática é que grande parte das microempresas e pequenas empresas fecham as portas ainda no primeiro ano de sua existência, por ausência de crédito.

Evidente que na ausência de linhas de crédito disponibilizadas pelo Estado, o investidor-anjo ganha relevo na sociedade.

Ressalvados os casos de erro no planejamento do negócio, fato é que a falta de capital de giro, ou, a impossibilidade de obtenção, são os grandes vilões.

2 RATIO LEGISLATIVA

Dessa insuficiência de capital de giro, ou, dificuldade de obtenção, surge a preocupação do Estado em abrir frentes de estímulo ao crédito e à capitalização da micro e pequena empresas, originando a criação do PLC nº 125/2015, do qual resulta a Lei Complementar nº 155/2016, em especial, o artigo 61-A, o qual foi acrescentado a Lei Complementar nº 123/2006.

Art. 61-A. Para incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos, a sociedade enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos desta Lei Complementar, poderá admitir o aporte de capital, que não integrará o capital social da empresa.

§ 1º As finalidades de fomento a inovação e investimentos produtivos deverão constar do contrato de participação, com vigência não superior a sete anos.

§ 2º O aporte de capital poderá ser realizado por pessoa física ou pessoa jurídica, denominadas investidor-anjo.

Dúvidas não existem sobre a vantagem decorrente da não integração do investimento ao capital social, como adiante se verá.

Contudo, obviamente, o capital não busca apenas proteção. O capital busca a sua multiplicação. Partindo apenas da premissa de que o investidor, no decorrer da operação, não sofrerá imprevistos pessoais que podem atingir os sócios - e isso a lei complementar em referência cuidou bem -, contudo, esse mesmo investidor, encontra-se desamparado quanto ao aspecto tributário mais benéfico, este, o qual por ironia é afeto ao sócio, pode resultar em desequilíbrio de alguns setores, consequentemente, descompasso entre o que vislumbrou o legislador - mas não disciplinou, relegando ao Executivo -, e o provável resultado.

Poderia o legislador melhor tratar da questão tributária, ou melhor, ter tratado da questão tributária.

Assim, a Lei Complementar nº 155/2016, a qual acrescentou o artigo 61-A, dentre outros, na Lei Complementar nº 123/2006, com o objetivo de melhorar o estímulo ao crédito e à capitalização - esse o nome do capítulo IX da LC alterada, no qual o artigo 61-A encontra-se inserido -, trouxe como fator de incentivo ao crédito, uma figura tímida e melhorada, da mescla da sociedade em conta de participação, com o contrato de mútuo.

Porém, deixou ao investidor-anjo, diante de um cenário de opções, a saber, investir em uma empresa, portanto, gerando postos de trabalho e movimentando a economia, com o risco do capital investido (apenas proteção do patrimônio pessoal), ou, investir em renda fixa, sem risco do capital investido, sendo que ambas as hipóteses, possuem a mesma carga tributária, o que não faz o menor sentido.

3 ASPECTO TRIBUTÁRIO

Em verdade, esperou-se muito, no campo das benesses tributárias, por ocasião da regulamentação do artigo 61-A, da Lei Complementar nº 123/2006. Tal regulamentação tributária, feita pela Instrução Normativa RFB nº 1.719, de 19 de julho de 2017, veio a frustrar as expectativas, ao equiparar a tributação do investidor-anjo, à tributação de um investidor, por exemplo, de renda fixa.

Ocorre, que o investidor de renda fixa não corre o risco de perder o capital investido, não se mostrando correto pensar que apenas a proteção do patrimônio pessoal, portanto, fora dessa equação o capital investido, seria suficiente para fomentar o investimento na modalidade em referência, qual seja investidor-anjo.

Na tentativa de melhorar essa impropriedade legislativa, surgiu o projeto de decreto legislativo - PDC nº 719/2017, visando a sustação dos efeitos tributários da IN 1.719/2017.

Atualmente, referido PDC 719/2017, após tramitar por algum tempo, encontra-se arquivado com fundamento no artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ou seja, término legislativo e desinteresse de outro parlamentar em requerer o desarquivamento.

Evidente que o capital, ao buscar seu natural retorno financeiro, visa também a menor onerosidade tributária. Isso é até mesmo intuitivo (risco associado a estratégia tributária).

Busca o capital o equilíbrio entre o retorno e a segurança do investimento e, evidentemente, dentro do conceito de retorno financeiro, se insere a menor onerosidade tributária (parte risco, parte economia tributária).

Evidente que na tentativa de assegurar o retorno do capital com as atualizações e remunerações periódicas, é possível inserir travas contratuais, dentre elas as contidas na LC nº 155/2016, além de outras inerentes à disciplina dos contratos em geral, contudo, isso não refere-se a justa diferenciação tributária.

Ressalvada eventual isenção, ou, não-incidência, que no futuro possa eventualmente ser conferida por lei, fato é que a remuneração do investidor-anjo, assim denominado no citado artigo 61-A, é tributada, porque não se trata de dividendos, na medida em que ele não é sócio.

Preocupou-se o legislador em manter as benesses da tributação da micro e pequena, empresas, posto que garantiu àquela a fruição do Simples Nacional (art. 61-B, da LC 155/2016), ainda que se utilizem de investimento do investidor-anjo. Nesse particular, para fins de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade, a teor do § 5º, do art. 61-A.

Porém, quanto ao investidor-anjo, o § 10, do artigo 61-A, conferiu ao Ministério da Fazenda a competência de regulamentar a tributação sobre a retirada do capital investido.

Tal regulamentação, como dito acima, foi feita por meio da Instrução Normativa RFB nº 1.719, de 19 de julho de 2017 e, deixou pesado ônus tributário ao investidor-anjo, quando visto sob a ótica do risco que todo negócio carrega.

Antes da LC nº 155/2016, o investidor, agora denominado “investidor-anjo”, se utilizava, além da forma societária denominada sociedade em conta de participação, também, de contrato de mútuo conversível em participação, formas essas, com exceção de distribuição de dividendos em virtude de “investimento em chão de fábrica” (figurar no quadro social), todas também eram tributadas.

É bem verdade que o sócio oculto, por ser sócio, goza do benefício tributário da distribuição de dividendos, estes, sem tributação.

Porém, o sócio oculto, além de também não participar da administração da sociedade, ainda arrisca o patrimônio pessoal, na hipótese do credor ser trabalhista ou fiscal.

Portanto, não houve avanço que motive muitos investidores como se esperava, no âmbito tributário. A inovação legislativa em referência, ao trazer maior segurança ao patrimônio pessoal do investidor, deixou ele livre para investir sem medo de perder além do que está disposto a arriscar, deixando as partes livres para disporem da remuneração do capital, e nisso, tão somente nisso, significa algum avanço.

4 ATRATIVOS – PROTEÇÃO PATRIMONIAL

Pelo fato do investidor-anjo não ser sócio, a proteção do patrimônio pessoal, evidentemente, é maior. O risco do investidor-anjo, necessariamente, será o valor aportado, caso o negócio não venha a dar certo.

Essa nova relação negocial – assim reconhecida pelo Poder Judiciário, embora ainda timidamente -, origina de contrato de investimento, este, de suma importância, de modo afastar entendimento acerca de tratar-se de uma sociedade de fato.

Em que pese, o instituto criado (investidor-anjo), numa rápida leitura possa parecer uma mescla de sociedade em conta de participação com contrato de mútuo, desses se difere.

A LC em referência, quanto ao aspecto da responsabilidade perante terceiros, conferiu proteção ao patrimônio pessoal do investidor-anjo.

O § 3º e o inciso II, do § 4º, do art. 61-A, são claros ao disciplinar:

Art. 61-A. [...].

§ 3º A atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente por sócios regulares, em seu nome individual e sob sua exclusiva responsabilidade.

§ 4º O investidor-anjo: [...].

II - não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial [...].

A sociedade em conta de participação confere ao sócio oculto relativa proteção, posto que somente o sócio ostensivo responde pessoalmente perante terceiros (credores cíveis), nos limites do artigo 50 do Código Civil, contudo, não com tamanha profundidade.

A sociedade em conta de participação não confere tal proteção patrimonial, tratando-se de credor trabalhista² e fiscal³, como entende a Jurisprudência.

E tal porque o sócio oculto, embora ostente tal condição, é sócio.

Exatamente nesse particular, ou seja, da proteção patrimonial, embora não haja atrativo tributário, operou-se o grande incentivo ao crédito.

O que se quer dizer é que referido artigo 61-A, da Lei Complementar nº 123/2006, trouxe mais segurança ao patrimônio pessoal do investidor, quando comparado com o investidor de uma sociedade em conta de participação, qual seja o sócio oculto.

Essa maior segurança patrimonial encontra-se retratada na citada LC, ao disciplinar, que o investidor-anjo, a uma, não é sócio, mas sim credor, a duas, não responderá por qualquer dívida da sociedade.

Soma-se a isso, o fato do investidor-anjo ter preferência na aquisição da empresa, bem como, seu retorno financeiro é de até 50% sobre os lucros, neste último particular, diferenciando, sobremaneira, do contrato de mútuo.

Como dito acima, o investidor-anjo não é sócio, logo, não administra, tampouco delibera questões tipicamente societárias.

De toda sorte, não fica o investidor-anjo desamparado de obter informações sobre a empresa.

A Jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Segunda Câmara reservada de Direito Empresarial, reconheceu, embora por maioria e, através da técnica de julgamento ampliado, que trata-se de uma nova modalidade de negócio, na qual o investidor-anjo faz jus a ter ciência acerca das aplicações dos aportes por ele efetuados.⁴

Em suma, admitiu-se a legitimidade e o interesse de agir do investidor-anjo para a propositura de ação de exibir contas, o que sem sombra de dúvidas uma decisão judicial de vanguarda e que vai ao encontro da *rario* legislativa.

2- TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 2318402020065090661 231840-20.2006.5.09.0661, Data de publicação: 28/10/2011. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (INOVAÇÃO RECURSAL). GRUPO ECONÔMICO. SÓCIO OCULTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (SÚMULA 126 DO TST). Não merece ser provido agravo de instrumento que visa a liberar recurso de revista que não preenche os pressupostos contidos no art. 896 da CLT. Agravo de instrumento não provido.

3- TJ-SE - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 2007200814 SE, Data de publicação: 30/07/2007. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - CONFIGURAÇÃO DA SUCESSÃO DE EMPRESAS - RESPONSABILIDADE DO SOCIO OCULTO - POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO NOS TERMOS DO ART. 135, INCISO III DO CPC - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - É cabível a imputação da responsabilidade tributária aos sócios, gerentes e diretores de pessoas jurídicas de direito privado pelo não recolhimento de créditos tributários regularmente constituídos e havendo dissolução irregular da sociedade, por incidir a norma constante no art. 135, inciso III, do CTN.

4- Apelação Civil nº 1043850-91.2017.8.26.0002, Voto Condutor do Relator Designado Des. Araldo Telles, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do E. TJSP, v.m., j. 13/5/2019.

O voto divergente assentou na ausência de legitimidade e interesse para propor referida ação de exigir contas de uma sociedade da qual o investidor-anjo não participa do quadro societário.

Pois bem, não houvesse legitimidade e interesse de agir para a propositura da ação de exigir contas, considerando a ausência de poder político do investidor-anjo perante a sociedade, tal situação poderia ser um empecilho a manutenção dessa nova modalidade negocial.

5 CONCLUSÕES

Com efeito, a lógica da norma em comento, sem que seja repensada a questão tributária, como ocorreu com o arquivado PDC 719/2017, é a da maior proteção do patrimônio pessoal do investidor, mantendo-se a tributação em patamar de igualdade a outras formas de investimento, nas quais o capital investido não corre risco. Contudo, essa não deveria ser a razão de existir o artigo 61-A, justamente pelo risco do capital investido e, pela necessidade de ampliar os beneficiários dos investimentos, os quais hodiernamente, por óbvio, situam-se em empresas de tecnologia. Evidentemente que sobredita lei complementar não foi editada apenas para viabilizar investimentos em empresas de tecnologia. Portanto, necessário se faz que haja tratamento tributário diferenciado, que justifique o risco do capital investido, risco esse, o qual é diverso do risco do patrimônio pessoal, este, afeto apenas aos sócios em determinadas situações.

A alteração legislativa que se propôs, visando dar utilidade ao capital especulativo, se não for melhor tratada quanto ao aspecto tributário, certamente não atingirá sua finalidade precípua, a saber, conferir à determinadas empresas extremamente responsáveis pela economia do País e, por gerar uma enorme quantidade de postos de trabalho, o necessário fôlego financeiro para cumprirem sua função social.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. A Revolução do Empresariado. Revista de Direito Privado, n. 9, jan./mar. 2002.

GOMES, Alexandre Gir. Sociedades não personificadas no Código Civil. Revista de Direito Privado, n. 25, jan./mar. 2006.

PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; DINIZ DE SANTI, Eurico Marcos. Estratégias Societárias, Planejamento Tributário e Sucessório. São Paulo: Saraiva, 2009.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins. Direito Societário. São Paulo: Saraiva, 2009.

PDC 719/2017 - Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesweb/fichadetramitacao>>..Acesso em: 20 out. 2019.