
Lívia Caselta: Startups e o problema da escolha do tipo societário

Embora o direito das *startups* seja um tema atual, a discussão sobre a definição do tipo societário é antiga. A adoção de um tipo societário impõe limites à empresa, tanto no que diz respeito aos direitos e deveres dos sócios, como no que diz respeito às obrigações da própria sociedade.

No Brasil, a decisão na grande maioria dos casos gira em torno da escolha entre a sociedade limitada e a sociedade por ações. Em teoria, as sociedades anônimas foram concebidas para receber um grande número de acionistas, sendo muitos deles investidores sem ingerência na gestão dos negócios do dia a dia.

Considerando a presença desse tipo de acionista, a Lei das S.A. contém diversas normas para proteger os acionistas não controladores, com regras sobre a publicidade dos atos societários e demonstrações financeiras, eleição dos membros do conselho de administração, garantia de dividendo mínimo e distribuição de lucros proporcional à participação dos acionistas no capital. A possibilidade de emissão de ações preferenciais sem direito de voto também facilita a dissociação entre investimento e controle.

Além disso, ações de uma S.A., por serem um investimento, deveriam passar para os herdeiros do sócio falecido ou incapaz. No mesmo sentido, não há previsão de exclusão extrajudicial de sócio e o direito de recesso só é garantido em hipóteses extraordinárias tipificadas na lei, uma vez que uma ação deve ser encarada da mesma maneira que um imóvel ou um carro.

As sociedades limitadas, por sua vez, foram concebidas como sociedades de pessoas, em que os sócios participam do dia a dia da sociedade, de modo que a lei prevê quóruns de aprovação mais elevados, bem como a possibilidade de exclusão extrajudicial de sócio e de apuração de haveres de sócios falecidos ou declarados incapazes.

Da mesma forma, a saída de sócio em uma limitada com a respectiva apuração dos haveres é mais facilitada do que em uma sociedade por ações. Por outro lado, não há obrigação de publicar a maior parte dos atos das sociedades limitadas e há menos burocracia para a formalização das tomadas de decisão.

As *startups* não se amoldam perfeitamente a nenhum dos tipos societários acima descritos. Por um lado, possuem características das sociedades de pessoas, especialmente no que diz respeito ao papel dos fundadores na atuação da sociedade, aproximando-se nesse aspecto do modelo teórico das sociedades limitadas, que também se mostra conveniente por prever um sistema menos burocrático e menos custoso.

Por outro lado, são empresas que precisam estar aptas a receber investimento, sem que isto resulte na alteração do controle, o que acaba muitas vezes por justificar a adoção do tipo societário das sociedades anônimas. Não é raro, no Brasil, que uma *startup* seja constituída sob a forma de sociedade limitada e, posteriormente, seja transformada em sociedade anônima, quando investidores resolvem ingressar no quadro societário.

O problema é que muitas vezes esse investimento precisa chegar na fase inicial, antes de a entidade estar

madura para assumir todas as obrigações procedimentais e custos para a manutenção de uma sociedade anônima. Além disso, a transformação em sociedade anônima tem implicações fiscais, tendo como consequência a impossibilidade de adesão ao Simples Nacional, que muitas vezes permite à *startup* uma maior margem de lucro.

O fato é que a legislação brasileira já contém regras específicas para sociedades que não se enquadram perfeitamente em nenhum dos dois tipos mais utilizados no Brasil (além de projetos de lei, como o da Sociedade Anônima Simplificada).

Não só isso, mas a maior parte das sociedades anônimas no Brasil tem o capital fechado e, muitas delas possuem características típicas de uma limitada no que diz respeito ao vínculo entre os sócios e a sociedade. Nesse sentido, a Lei das S.A. dispensa a obrigatoriedade de determinadas publicações e formalidades para sociedades com um número máximo de acionistas e valor do patrimônio líquido.

Essa realidade das sociedades anônimas fechadas também contribuiu para que os tribunais aceitassem a dissolução parcial das sociedades anônimas (o que, inclusive, foi refletido no novo Código de Processo Civil) e até mesmo a exclusão judicial de acionista.

Por outro lado, nas sociedades limitadas também há normas específicas em função do número de sócios ou valor do patrimônio líquido. Na sociedade com mais de dez sócios, o Código Civil prevê um procedimento mais solene para a tomada de decisões dos sócios, com obrigação de realização de assembleia. E, caso o valor do patrimônio líquido seja suficiente para enquadrar a sociedade como de grande porte, aplicam-se as regras da Lei das S.A. para a escrituração, elaboração e auditoria das demonstrações financeiras.

As Juntas Comerciais, com base na mesma norma, têm exigido a apresentação da publicação das demonstrações financeiras para as sociedades limitadas de grande porte, muito embora a legalidade dessa aplicação, no nosso entendimento, seja questionável.

Outro ponto que suscita dúvidas diz respeito às consequências práticas da adoção da regência supletiva da Lei das S.A. por uma sociedade limitada, conforme faculta o Código Civil. Alguns juristas defendiam que a adoção da regência supletiva impediria o exercício da retirada imotivada pelos sócios, algo essencial nas sociedades de pessoas. No entanto, a jurisprudência tem pacificado o entendimento de que a retirada imotivada pode ser exercida por qualquer sócio de sociedade limitada.

Mais recentemente, o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão nacional de registro de comércio, previu de forma expressa a possibilidade de emissão de quotas preferenciais por sociedades limitadas. Trata-se de novidade que tem potencial para tornar a sociedade limitada mais apta a receber investimentos e pode gerar modelos híbridos interessantes para investidores e empreendedores.

No entanto, ainda há fatores que desestimulam a preferência de investidores pelo tipo da sociedade limitada, tais como o histórico do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil – cuja incidência tende a ser maior em sociedades limitadas do que em sociedades anônimas – e a ausência de certas garantias previstas na Lei das S.A., como o dividendo mínimo obrigatório e as regras para a composição dos órgãos de administração.

Ressalte-se, ainda, que é comum que os sócios procurem contornar contratualmente certas inconveniências de um tipo societário. Por exemplo, os direitos de saída em uma sociedade anônima podem ser regulados pela outorga de opções de compra e de venda em sede acordo de acionistas.

Na sociedade limitada, por outro lado, pode-se prever no contrato social a existência de um conselho consultivo, com competências similares às de um conselho de administração, permitindo, por exemplo, que investidores possam participar da gestão. Também é possível que os sócios de uma sociedade limitada estabeleçam, no âmbito do contrato social ou por meio de acordo de sócios, a obrigatoriedade de distribuição de um dividendo mínimo.

A redação do contrato social de uma limitada ou de um estatuto social de uma S.A. também será fundamental no que diz respeito ao critério para o cálculo dos haveres ou valor de reembolso daqueles que optem por sair da sociedade nas hipóteses permitidas por lei. É importante, no entanto, que os sócios pensem em um modelo que não premie aquele que saia quando o primeiro problema aparecer, mas que não amarre todos à ancora quando o barco afundar.

Como se vê, há uma porção de variáveis a serem consideradas quando da escolha do tipo societário de uma empresa. O perfil dos sócios, a perspectiva de recebimento de investimento em participação societária, a forma de gestão, a distribuição de resultados e a opção pelo regime fiscal são apenas alguns dos fatores a serem levados em consideração na escolha do tipo societário.

Diante disso, embora a repetição de modelos seja prática costumeira nesse ambiente, essa escolha e a redação dos atos constitutivos deve ser cuidadosa e não existe uma única fórmula que funcione para todas as *startups*.

Date Created

02/04/2018