

MARIA LUCIA CANTIDIANO, IGOR MUNIZ E
ISABEL CANTIDIANO
COORDENAÇÃO

SOCIEDADES ANÔNIMAS, MERCADO DE CAPITAIS E OUTROS ESTUDOS

HOMENAGEM A LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

VOL. 2



Alexandre de Mendonça Wald
Antonio Corrêa Meyer
Carlos Alberto Carmona
Carolina Barros Fidalgo
Daniel Bento Duarte
Daniel Sivieri Arruda
Danielle Bittencourt Coujil Parente
Diego Paixão
Fabio Gazzoni
Fernando de Andrade Mota
Guilherme Penalva Santos
Gustavo Tepedino
Igor Muniz
Ivan Nunes Ferreira
Leonardo Pereira
Luiz Alberto Colonna Rosman
Luiz Antonio de Sampaio Campos
Luiz Claudio S. Cristofaro
Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Luiza Rangel de Moraes
Marcelo Barbosa
Marcelo Roberto Ferro

Marcelo Trindade
Maria Isabel Bocater
Milena Donato Oliva
Modesto Carvalhosa
Nelson Eizirik
Norma Parente
Osmar Simões
Otávio Yazbek
Paulo Cezar Aragão
Paulo Penalva Santos
Pedro Dutra
Pedro Paulo Cristofaro
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Pedro Wehrs do Vale Fernandes
Renato Berger
Ricardo Madrona
Rodrigo Piva Menegat
Rodrigo R. Monteiro de Castro
Selma Ferreira Lemes
Sérgio Botrel
Vitor Silveira Vieira
Zora Lyra

QUARTIER LATIN

SOCIEDADES ANÔNIMAS, MERCADO DE CAPITAIS E OUTROS ESTUDOS

HOMENAGEM A LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

VOL. II

QUARTIER LATIN

CANTIDIANO
— ADVOGADOS —

“A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo.”

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

“Entre os vários méritos da EDITORA QUARTIER LATIN, sobreleva, para mim, o de que suas escolhas editoriais levam em conta muito mais a contribuição científica para o Direito do que, propriamente, o lucro empresarial, quase transformado em uma espécie de mantra da sociedade contemporânea. Se a publicação de manuais, cursos e quejandos cumpre função corriqueira do aprendizado jurídico, não devemos nos olvidar de que são as monografias acadêmicas – conquanto na contramão dos resultados puramente mercadológicos – que impedem a petrificação do pensamento jurídico, impulsionando-o à criação de uma sociedade mais igualitária e sólida e menos argentária e líquida, como tem se revelado, infelizmente, a nossa.”

NEWTON DE LUCCA

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de Novembro de 2001

Rua General Flores, 508 – CEP 01129-010

Bom Retiro – São Paulo

Vendas: Fones +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: Quartierlatin@Globo.com

**MARIA LUCIA CANTIDIANO, IGOR MUNIZ E
ISABEL CANTIDIANO**

COORDENAÇÃO

SOCIEDADES ANÔNIMAS, MERCADO DE CAPITAIS E OUTROS ESTUDOS

HOMENAGEM A LUIZ LEONARDO CANTIDIANO

VOL. II

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2019
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

MARIA LUCIA CANTIDIANO; IGOR MUNIZ;
ISABEL CANTIDIANO (COORD.)

Sociedades Anônimas, Mercado de Capitais e Outros Estudos:

Homenagem a Luiz Leonardo Cantidiano – Vol. II

São Paulo: Quartier Latin, 2019

ISBN 978-85-7674-902-8

1. Direito Societário. 2. Sociedades Anônimas. 3. Mercado de Capitais.
4. Arbitragem. 5. Direito Empresarial. 6. CVM. I. Título

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Victor Guimarães Sylvio

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Anderson dos Santos Pinto

Fotos

Arquivo Capital Aberto

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815;

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: quartierlatin@globo.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

XLV. PARECER. CONSIDERAÇÕES SOBRE CAPITAL SOCIAL, AUMENTO DE CAPITAL, AFAC

RODRIGO R. MONTEIRO DE CASTRO

Advogado. Mestre e doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Ibmecc-SP. Ex-Presidente do IDSA.

CONSULTA

CAPITAL SOCIAL. AUMENTO DE CAPITAL. SUBSCRIÇÃO E INTEGRALIZAÇÃO. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL - AFAC. IRREVERSIBILIDADE. DESINTELIGÊNCIA SOCIETÁRIA. LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES E ACORDO DE ACIONISTAS. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL IMPEDITIVA DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO. DEVOLUÇÃO DE RECURSOS PERTENCENTES A ACIONISTA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.

1. A Consulente, uma companhia fechada, por sua diretoria, honra-me com consulta sobre determinados aspectos jurídicos, a seguir descritos, envolvendo uma companhia na qual detém participação societária majoritária, a Companhia B.

2. O Parecer, objeto da consulta, divide-se em 5 partes: (i) descrição dos fatos; (ii) fundamentos jurídicos; (iii) eventos impeditivos do aumento de capital; (iv) titularidade e propriedade de bens transferidos; e (v) quesitos e respostas.

1. DESCRIÇÃO DOS FATOS

3. A Companhia B tem por objeto "específico e exclusivo, a operação e manutenção do [-] e as áreas conexas ao [-], precedidas de obra de reforma, renovação e adequação, podendo ainda organizar, explorar e desenvolver atividades e projetos de natureza ou finalidade cultural compatíveis com as instalações do Complexo, incluindo, mas sem se limitar, a exposição, shows, feiras, convenções, eventos e apresentações de quaisquer naturezas, bem como explorar fontes de receitas complementares acessórias ou de projetos associados, conforme Edital de Licitação de Concorrência n. [-] e nos termos do Contrato de Concessão".

4. A Consulente é titular de 60% da totalidade das ações de emissão da Companhia B, e as demais ações são detidas, em iguais proporções, por três outros acionistas, que, em conjunto com a Consulente, são os "Acionistas".

5. Os Acionistas se reuniram, em consórcio, com o propósito exclusivo e específico de licitar o projeto descrito no objeto social da Companhia B; em decorrência do êxito no processo licitatório, os Acionistas constituíram a Companhia B¹, que celebrou, na sequência, o Contrato de Concessão, o qual impõe uma série de deveres e obrigações, inclusive e especialmente a realização de investimentos vultosos.

6. Paralelamente, a Companhia B celebrou com o BNDES determinado Contrato de Financiamento, que era condição essencial para execução do projeto, de modo a permitir-lhe atender e cumprir suas obrigações previstas no Contrato de Concessão.

7. O Contrato de Financiamento engloba um crédito no montante global de até R\$ 600 milhões, limitado a 65% do custo total do projeto – que corresponde ao objeto do Contrato de Concessão.

8. Sem prejuízo – e a despeito – da celebração do Contrato de Financiamento, durante o exercício de [–], entre os meses de fevereiro e novembro, a Companhia B solicitou, por intermédio de sua diretoria, aos seus Acionistas, a realização de *aportes definitivos*, a fim de que pudesse cumprir obrigações contratuais previstas no Contrato de Concessão.

9. De modo a agilizar a transferência de recursos, os Acionistas decidiram realizá-las sob a forma de adiantamentos para futuro aumento de capital ("AFAC"). As transferências seriam, então, feitas em parcelas, conforme necessidades da Companhia B, e proporcionalmente à participação detida por cada Acionista.

10. Não havia qualquer dúvida quanto à natureza da transferência; ou seja, tratava-se intencionalmente de capitalização, a qual se materializaria, no plano jurídico, com a observância, futura, de formalidades previstas em lei ou em documentos de regência da Companhia B e da relação dos Acionistas.

11. Se a intenção era prover, em caráter definitivo, recursos à Companhia B, inexistia, do ponto de vista lógico, fundamento, implícito ou explícito, para que as transferências fossem, por qualquer motivo, revertidas. Assim, após as conclusões de referidas transferências, os Acionistas deteriam apenas uma via

¹ A Cláusula 8.1. do Contrato de Concessão estabelece que no início do segundo ano de vigência do contrato, a concessionária deverá, necessariamente, estar estruturada sob a forma de sociedade anônima, sob pena de aplicação das sanções contratadas.

de direito: deliberar o aumento de capital da Companhia B, integralizando-o com os AFACs previamente realizados.

12. Munida desse propósito, a Consulente – que, lembre-se, é um Acionista – realizou 4 transferências de recursos à Companhia B, correspondentes, até aquele momento, à parte que lhe cabia da demanda total da diretoria da Companhia B – em observância à sua participação societária –, com a expectativa de que os recursos aportados fossem, posteriormente, convertidos em capital social, mediante a respectiva integralização dos créditos de AFACs.

13. Ocorre, porém, que, apesar das necessidades de caixa da Companhia B, expostas por sua diretoria, os demais Acionistas não realizaram as transferências que lhes competiam (“Acionistas Inadimplentes”); fato esse que levou a Consulente a interromper a realização de novos AFACs, suspendendo, portanto, o fluxo de recursos requeridos.

14. Diante dessa situação, os Acionistas iniciaram tratativas, mais ou menos formais, a respeito da forma de encaminhamento da situação, sem que, até o presente momento, se chegasse a um acordo quanto ao cumprimento, pelos Acionistas Inadimplentes, de suas obrigações de prover recursos à Companhia B. Inclusive, convocou-se assembleia geral (“AGE”), realizada em [–], para deliberar, dentre outros temas, “(b) a destinação dos valores ingressados na Companhia no ano de [–]”, tendo a AGE sido suspensa por conta da desentendimento quanto ao tratamento do assunto e de suas consequências.

15. Considerando que mais de 1 ano se passou desde a última transferência de recursos, pela Consulente, à Companhia B, bem como da tentativa de *incorporação* do respectivo montante ao capital social, a Consulente, então, reconhecendo sua impossibilidade legal de promover, isoladamente, o aumento de capital correspondente (i) às parcelas já transferidas, por AFACs, ou (ii) ao montante integral requerido pela diretoria, pretende a devolução imediata dos valores que, sozinha, adiantou à Companhia B, mediante adiantamentos para futuro aumento de capital.

16. Esses são os fatos que culminaram na proposição desta Consulta, por meio da qual a Consulente solicitou respostas aos seguintes quesitos:

- (i) Qual a natureza das transferências de recursos realizadas pela Consulente para a Companhia B?
- (ii) Pode a Consulente, de algum modo, observados a Lei das Sociedades por Ações, o Estatuto da Companhia B e o Acordo de Acionistas, deliberar sozinha a realização de aumento de ca-

pital da Companhia B, integralizando o capital subscrito com os AFACs realizados pela Consulente?

- (iii) Se negativa a resposta ao quesito anterior, qual o tratamento que deve ser dado aos referidos AFACs? Pode-se reverter os adiantamentos, com a devolução dos respectivos recursos à Consulente?
- (iv) Aliás, a quem pertencem os recursos aportados à título de AFACs? Assumindo-se a impossibilidade de capitalização – isto é, conversão em capital social –, deve a Companhia B devolver à Consulente os recursos dos AFACs?
- (v) Eventual reversão dos AFACs, seguida de conseqüente devolução dos valores, tem o condão de modificar a natureza da transferência de recursos originalmente realizada pela Consulente?
- (vi) A reversão dos AFACs configurará inadimplemento do Contrato de Financiamento celebrado com o BNDES?

17. Apresentados os quesitos, que serão respondidos ao final, passo a discorrer a respeito dos fundamentos jurídicos da Consulta.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1. CAPITAL SOCIAL

18. O estatuto da companhia deve fixar o valor do capital social, expresso em moeda nacional. O capital social pode ser formado por contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro – inclusive créditos, desde que existentes e devidamente constituídos, respondendo o subscritor pela solvência do devedor de respectivo direito creditório. Na falta de declaração expressa em contrário, os bens contribuídos têm sua propriedade transferida à companhia que os recebeu a título de integralização de capital.

19. A transferência de bens, pelo subscritor à companhia, produz, inicialmente, um ato de perdimento; isto é, aquele subscritor *perde*, em caráter definitivo, os bens transferidos – exceto quando há declaração expressa em contrário –, os quais passam a integrar o patrimônio da companhia, que, por sua vez, terá, sobre esses bens, poder absoluto de disposição, encontrando limites apenas em eventual norma legal ou estatutária. Em contrapartida à perda, no entanto, o subscritor recebe, no caso de subscrição de participação em sociedade anônima, ações representativas de fração do capital social.

20. A transferência de bens para formação de capital de companhia resulta, portanto, em duplo efeito: uma perda, de um lado, e uma aquisição, de outro, sendo esta reflexiva daquela. Por isso que, do ponto de vista patrimonial, em princípio, não se verifica, no plano do subscritor, qualquer decréscimo ou acréscimo de patrimônio, mas, sim, troca de posição: baixa-se, parcial ou totalmente, a conta afetada pela transferência (a título de integralização) do bem e se acresce, em contrapartida, uma conta de investimento, indicativa da participação adquirida na sociedade investida.

21. Se a integralização se faz em dinheiro, a operação, como um todo, inclusive no plano contábil, dispensa a realização de avaliação do ativo transferido por peritos ou empresa especializada, na forma do art. 8º da Lei n. 6.404/1976 (“Lei das Sociedades por Ações”). Desse modo, afetam-se, simultaneamente, contas do ativo: uma de disponibilidade (caixa ou aplicações) e, como já apontado, outra de investimento.

22. No plano jurídico, o capital social de companhia pode ser aumentado ou reduzido, mas somente se modifica em consonância com a lei de regência deste tipo societário e com o estatuto.

II.II. MODIFICAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL

23. Determina o art. 166 da Lei das Sociedades por Ações que o capital social pode ser aumentado: (a) por deliberação da assembleia geral ordinária, para correção da expressão monetária de seu valor – hipótese derogada, em razão da extinção da correção monetária, por força da edição da Lei n. 9.249/1995; (b) por deliberação da assembleia geral ou do conselho de administração, observado o que dispuser o estatuto, nos casos de emissão de ações dentro do limite do capital autorizado; (c) por conversão, em ações, de debêntures ou partes beneficiárias, e pelo exercício de direitos conferidos por bônus de subscrição ou de opção de compra de ações; e (d) por deliberação da assembleia geral extraordinária convocada para decidir sobre reforma do estatuto social.

24. O aumento mediante subscrição, pública ou particular, de ações, somente pode ser implementado após realizados 3/4, no mínimo, do capital social. O preço de emissão, nessa modalidade de aumento de capital, deve ser fixado em observância ao valor econômico da ação, sem diluição injustificada dos antigos acionistas, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente, os seguintes critérios: (a) perspectiva de rentabilidade futura; (b) valor do patrimônio líquido da ação; e (c) a cotação das ações em bolsa ou no mercado de balcão organizado.

25. Ademais, de acordo com o art. 168 da Lei das Sociedades por Ações, o estatuto pode conter autorização para que sejam promovidos aumentos de capital social independentemente de qualquer reforma estatutária, devendo essa autorização especificar o órgão competente para deliberar sobre as emissões, que poderá ser a assembleia geral ou o conselho de administração. Trata-se da hipótese do capital autorizado.

26. Em relação à Companhia B, seu capital social é de R\$ 525 milhões e o capital autorizado de R\$ 775 milhões. Revela-se, assim, de acordo com o Estatuto, que o Conselho de Administração detém capacidade de modificar o capital social, unilateralmente, sem necessidade de qualquer autorização ou chancela por parte da Assembleia Geral.

27. No caso de aumento por iniciativa do Conselho, dentro do limite do capital autorizado, deve-se observar o disposto no art. 15 do Estatuto, segundo o qual “nenhuma Reunião do Conselho de Administração será realizada em primeira convocação, exceto quando na presença de, ao menos, 4 Conselheiros, sendo um deles o Presidente”, bem como o parágrafo único deste artigo, que determina quórum deliberativo de maioria dos membros presentes à reunião.

28. Sobre a composição do Conselho é importante destacar, ainda, que a Consulente indica a metade, menos 1, da totalidade dos conselheiros, e, no caso de presença de apenas 4 membros e da ocorrência de empate em alguma deliberação, atribui-se ao Presidente voto de qualidade.

29. No âmbito da Assembleia Geral, eventuais aumentos de capital social devem, de acordo com o Estatuto, ser aprovados por acionistas representando 2/3, no mínimo, das ações com direito a voto. Aliás, qualquer outra matéria – exceto aquelas que exijam quórum maior, por força da Lei das Sociedades por Ações – sujeita-se a esse mesmo quórum deliberativo.

30. Diante da atual composição acionária da Companhia B, indicada no item 4 supra, nenhum Acionista exerce, isoladamente, o controle societário, visto que a Consulente, mesmo sendo acionista majoritária, depende da associação com algum outro Acionista para formar o quórum mínimo estatutário de aprovação de deliberações (que, como visto, é de 2/3 das ações com direito de voto). De igual modo, os Acionistas Inadimplentes, isoladamente ou em conjunto, também não reúnem direitos de sócios em número suficiente para atingir o patamar deliberativo mínimo, exceto se atraírem a participação da Consulente.

31. Portanto, as seguintes matérias dependem de convergência entre a Consulente e, pelo menos, um dos demais Acionistas: (a) alteração do estatuto, com prévia autorização do Poder Concedente; (b) criação de novos tipos ou

classes de ações, ou a conversão dos tipos ou classes existentes; e (c) prática de qualquer ato que possa resultar em alterações na atual composição do capital social da Companhia B, incluindo, mas não se limitando a aumento ou redução de capital, emissão de valores mobiliários e qualquer reorganização societária.

II.III. AFAC

32. Qualquer que seja a via adotada a fim de proceder-se ao aumento de capital da Companhia B – seja dentro do limite autorizado ou mediante deliberação de Assembleia –, os Acionistas ou membros do Conselho, conforme o caso, deverão observar uma ritualística própria, indispensável e necessária para a validade do ato.

33. O rito, não raro, demanda tempo e tratativas políticas, inerentes a qualquer relação societária.

34. Por isso que as sociedades empresárias em geral, também não raro, adotam forma de transferência de recursos mais célere e menos burocrática, não tipificada na Lei das Sociedades por Ações, conhecida como adiantamento para futuro aumento de capital – ou, simplesmente, AFAC.

35. Trata-se de técnica costumeira que viabiliza a transferência de bens, de Acionistas e futuros subscritores, para a sociedade empresária, sujeitando-se a operação ao tratamento fiscal essencial; ou seja, ao tratamento dispensado às operações com mesma essência, que é a transferência para formação de capital.

36. Os aportes realizados a título de adiantamento para futuro aumento de capital dão origem, portanto, a um crédito contra a sociedade receptora dos valores, cuja destinação, a princípio, está afetada à futura conversão (do crédito) em capital social – dentro de prazo razoável, ressalte-se, a fim de evitar a configuração de relação diversa.

37. O AFAC, nesse sentido, difere de outros negócios jurídicos, que se sujeitam, conseqüentemente, a tratamentos distintos – como o mútuo – pelo fato de (i) não ser passível, em princípio, de devolução, (ii) os valores não ficarem “estacionados”, por tempo indeterminado, na contabilidade da sociedade receptora, (iii) não se realizarem transferências recíprocas e sistemáticas, como a demonstrar a existência, de fato, de uma contracorrente, sem intenção de tornar as transferências definitivas, na forma de capital, (iv) seguir orientação própria de contabilização e (v) no caso excepcional de devolução, a ocorrência se materializar em prazo “razoável”, sem que se tenham verificadas as situações antes enumeradas e, sobretudo, que se justifique o motivo da reversão.

38. No plano contábil, a Resolução do Conselho Federal de Contabilidade – CFC n. 1.159, de 13 de fevereiro de 2009, nos itens 68 e 69, dispôs, a respeito do AFAC, que:

“68. Esse grupo não foi tratado especificamente pelas alterações trazidas pela Lei n. 11.638/07 e MP n. 449/08; todavia, devem ser à luz do princípio da essência sobre a forma classificados no Patrimônio Líquido das entidades.

“69. Os adiantamentos para futuros aumentos de capital realizados, sem que haja a possibilidade de sua devolução, devem ser registrados no Patrimônio Líquido, após a conta de capital social. Caso haja qualquer possibilidade de sua devolução, devem ser registrados no Passivo Não Circulante.”

39. Apesar de o AFAC caracterizar-se pela antecipação dos efeitos de um ato futuro, com a disponibilização imediata de recursos, e, portanto, intencionalmente definitivo quanto à propriedade de tais recursos, que não devem, em tese, retornar à esfera patrimonial do investidor, fato é que contingências podem inviabilizar a confirmação da intenção das partes envolvidas, obrigando-as, conseqüentemente, a reverter aquele estado de coisas “adiantado”.

40. As contingências, impeditivas de confirmação de AFAC em capital, costumam ser de duas naturezas: (i) judicial ou (ii) societária. As societárias, por sua vez, decorrem de (ii.i) impossibilidade legal ou contratual ou (ii.ii) desinteligência societária.

41. Assume-se, assim, que, mesmo que contrariando a natureza do ato antecipatório, enquanto o ato final não se verificar, conforme ritualística própria – e, aí sim, juridicamente irreversível –, a imprevisibilidade inerente aos negócios societários e empresariais pode induzir, ou obrigar, a tomada de decisão contrária aos interesses e intenções originais. Daí, inclusive, a solução dúplice da mencionada Resolução CFC – a qual, frise-se, tem consequência imediata na forma de contabilização do adiantamento.

42. Essas vicissitudes posteriores, porém, não afetam a intenção e a natureza do ato pretérito. Por isso, desde que se demonstre que se tratava, mesmo, intencional e realisticamente, de um adiantamento para futuro aumento de capital, e não de uma formalização vazia, com intuito de encobrir outra relação jurídica, como um mútuo, a ocorrência de fato ou a inocorrência de ato, a desconsiderar o AFAC, não abala o propósito original, sobretudo no plano societário.

III. EVENTOS IMPEDITIVOS DO AUMENTO DE CAPITAL

43. O caso objeto da Consulta é exemplo de um fato que, ocorrido posteriormente à transferência de recursos sob a forma de AFAC, abala a intenção inicial das partes, sobretudo do investidor e da sociedade investida, permitindo – ou, na hipótese concreta, exigindo – a reversão do negócio.

44. Aliás, *in casu*, não se verifica apenas um evento transformador do ambiente e das condições que informaram a decisão de antecipar à Companhia B os recursos que, após sua capitalização e consequente confirmação modificativa da conta capital, tornar-se-iam rígidos, no plano contábil e jurídico.

45. Foram, ao que me parece, vários e sucessivos os eventos, lançando: a Companhia B a uma posição de devedora e, no limite, de possível praticante de ato ilícito, como se indicará adiante; e a Consulente à posição de credora e, eventualmente, de sujeito passivo do mesmo ato ilícito. Esse estado de coisas se produziu, novamente, pela superveniência de atos ou fatos não desejados pela Consulente, e mesmo pela Companhia B, à época das realizações dos AFACs, mas que, de todo modo, abalaram as condições dos adiantamentos remetidos.

46. Com efeito, a Consulente viu-se abandonada nos propósitos coletivos, dos Acionistas Inadimplentes, de prover recursos à Companhia B, adiantando, solitariamente, valores que se destinariam ao reforço de capital. O abandono levou-a a interromper as transferências, visto que não havia intenção, de sua parte, de estabelecer relações de empréstimos, mas, sim e apenas, de adiantamentos para futuro aumento de capital, e na proporção de sua participação societária.

47. Inclusive, fosse aquela a intenção da Consulente – ou seja, de prover recursos via contrato de mútuo –, não haveria motivo para inversão de sua conduta, deixando de aportar os recursos requeridos pela Companhia B; ao contrário, sua intenção – se, de fato, outra fosse – se confirmaria pela consequente manutenção dos fluxos de recursos, em troca de determinada remuneração, inobstante o inadimplemento dos demais Acionistas quanto às suas obrigações de contribuírem com bens para a Companhia B.

48. Apesar das tentativas promovidas pela Consulente de negociar uma solução que atendesse aos interesses e às necessidades da Companhia B, os Acionistas Inadimplentes não se dispuseram a deliberar a destinação dos valores ingressados na Companhia B sob a forma de AFAC – os quais foram aportados, isoladamente, pela Consulente –, nem a alteração do “artigo 3º do Estatuto social da Companhia para refletir o aumento do capital social da Companhia (...)”.

49. A alternativa, para Consulente, seria, então, tentar promover o aumento (i) por via de autorização do Conselho, até o limite autorizado no Estatuto, ou (ii) mediante nova convocação de assembleia, para deliberar sobre o aumento, nos limites dos AFACs. Em ambos os casos, contudo, como apontado nos itens 27 a 31, a Consulente não disporia de direitos de sócios suficientes para obter, sozinha, as aprovações necessárias, tendo em vista que (i) indica menos da metade dos conselheiros, como se depreende do Acordo de Acionistas, e (ii) possui menos que 2/3 do capital votante, dependendo, para atingir o quórum deliberativo, de alinhamento com pelo menos um dos Acionistas Inadimplentes.

50. Essas considerações se tomam apenas no plano teórico. Isto porque, no plano prático, da realidade fática, colecionam-se indicações inequívocas, por parte dos Acionistas Inadimplentes, de absoluto desinteresse em promover o aumento de capital, sob qualquer forma possível. Desse modo, nada obriga a Consulente a insistir em sua saga visando à solução da contingência, provocada pelos Acionistas Inadimplentes.

51. De fato, não se lhe exige a prática – ou tentativa de prática – daqueles atos, listados no item 49, para que se configure e se autorize o reconhecimento e a declaração da desinteligência societária, caracterizadora da contingência que autoriza a reversão do AFAC. Definitivamente, não. Afinal, estar-se-ia a exigir a adoção de prática inócua, pelos motivos já apontados, e onerosa, para todos os envolvidos, sobretudo para ela, Consulente.

IV. TITULARIDADE E PROPRIEDADE DE BENS TRANSFERIDOS

52. O capital social, devidamente integralizado, indica a realização da transferência, por acionistas, de bens representativos de sua cifra. A companhia os recebe a título de propriedade, exceto quando expressamente declarado de modo diverso: hipótese que ocorre quando, por exemplo, precifica-se e se integraliza algum direito, material ou imaterial, o qual se mantém na esfera patrimonial do subscritor, apesar da disposição, momentânea, à companhia da posse ou da concessão de direito de uso por determinado prazo.

53. Mas esse não é o caso de integralização em dinheiro. O dinheiro transferido para integralização de ações, subscritas conforme rito próprio, integra-se definitivamente ao patrimônio da companhia emissora. Por outro lado, a transferência de dinheiro, em caráter provisório, não se destina, por definição, ao menos momentaneamente, à conta capital. Logo, inexistindo o perdimento, pelo Acionista, da cifra transferida, a natureza do negócio não será capitaliza-

ção, mas outra que se coadune com o negócio celebrado – a exemplo de empréstimo. A exceção, e mesmo assim transitória, é o AFAC.

54. Produzindo-se, nessa hipótese, os atos sucessivos que aperfeiçoam a intenção revelada no estabelecimento do negócio jurídico, configura-se o perdimento dos recursos, em caráter definitivo, e os subscritores recebem, em contrapartida, ações de emissão da companhia. Trata-se de procedimento complexo, que não se resolve em apenas um ato, mas que, ao final, conduz à materialização da intenção subjacente.

55. Pois bem. Se, por qualquer motivo, o AFAC não se incorpora, definitivamente, ao patrimônio social, a cifra correspondente deixa de integrar o patrimônio líquido, no plano da contabilidade, e se registra em conta de passivo.

56. Em caso de superveniência contingencial, impeditiva da capitalização do AFAC, os recursos transferidos devem ser devolvidos a quem os adiantou, sob pena de se configurar um empréstimo, na forma dos arts. 586, 591 e 592 do Código Civil, que estabelecem o seguinte:

“Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

“Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

“Art. 592. Não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: (...); II – de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; (...).”

57. Em qualquer caso, de devolução de AFAC ou de conversão em mútuo, a Consulente passa a registrar o montante em conta de passivo, o qual, por definição, não lhe pertence. Trata-se de uma exigibilidade, que se sujeita às normas próprias do tipo.

58. Para que se configure o mútuo, as partes envolvidas – a Consulente e a Companhia B, portanto – devem manifestar, de modo inequívoco, convergência intencional. Ou seja, ambas devem praticar as condutas indicativas de que pretendiam a celebração do mútuo.

59. No caso desta Consulta, submete-se o assunto ao disposto no Estatuto e no Acordo de Acionistas, os quais, com certas variações estéticas, exprimem que: em relação à Assembleia, compete-lhe deliberar sobre (i) alteração do estatuto social, com prévia autorização do Poder Concedente e (ii) qualquer ato que resulte em alterações na composição social da Companhia B; e, em relação ao Conselho, cabe a referido órgão aprovar (i) as obrigações assumidas

pela Companhia B em qualquer contrato ou série de contratos com a mesma finalidade com valores que excedam R\$ 1 milhão.

60. Os fatos narrados, e a ausência de condutas convergentes, da Consulente e Companhia B, com intuito de converter os AFACs em mútuos, autorizam a conclusão de que os valores transferidos pela Consulente não tiveram, em qualquer momento, a natureza de empréstimo.

61. O próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, ao tratar do AFAC, reconheceu a distinção das naturezas de mútuo e de adiantamento para futuro aumento de capital, admitindo, inclusive, contingenciamento, como se depreende da seguinte decisão:

“EMENTA: LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECA-DÊNCIA. Aplica-se a regra do § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional – CTN na hipótese em que houve pagamento antecipado do imposto, ainda que parcial, e a do artigo 173, inciso I do CTN quando não houve pagamento. ADIANTAMENTO PARA FUTURO AUMENTO DE CAPITAL. OPERAÇÃO DE MÚTUO. Para que os recursos aportados em empresa controlada a título de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital – AFAC não configurassem uma operação de mútuo, o aumento de capital deveria ter sido realizado por ocasião da primeira alteração contratual da sociedade investida que ocorresse imediatamente após o recebimento dos recursos financeiros ou, não ocorrendo tal alteração contratual, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias contados a partir do encerramento do período-base em que a investida recebeu os recursos financeiros. Assim não ocorrendo, resta caracterizada a operação de mútuo, sujeita à incidência do IOF.”

62. Apesar de se tratar de situação diversa, pode-se concluir com base no texto registrado na Ementa acima, que, observados certos cuidados, o AFAC não se converte automaticamente em mútuo. Isto, ressalte-se, no plano fiscal, pois, no plano societário, mesmo que os cuidados indicados pelo CARF não sejam observados, a natureza do AFAC não se modifica, de qualquer modo.

63. Por isso, aliás, que não se observa, no caso objeto da Consulta, inobservância do Contrato de Financiamento, nas modalidades mencionadas na Consulta ao BNDES e na Resposta BNDES. Afinal, insiste-se: não se revela, a qualquer momento, no que toca aos AFACs realizados, pela Consulente, em favor da Companhia B, a prática de ato, formal ou material, intencional ou não, caracterizador de transferência de recursos em caráter não definiti-

vo, apesar de sujeita a contingências passíveis de abalar a intenção originária, como já explicado².

64. Diante da conclusão de que não se operou, no plano societário³, mesmo que remota e intimamente, a celebração – ou, de qualquer outra forma, constituição – de mútuo, os valores transferidos deixaram a esfera patrimonial da Consulente com o propósito de serem integrados, definitivamente, ao patrimônio da Companhia B, na forma de, após a devida formalização da conversão, capital social.

65. Logo, com a reversão desse propósito, por motivos alheios à vontade da Consulente – e, novamente, apesar de seus esforços para confirmar a situação inicialmente desejada, tanto por ela, quanto pela Companhia B –, os montantes devem ser imediatamente devolvidos pela Companhia B, mediante solicitação da Consulente.

66. Considerando a natureza da transferência – de AFAC, conforme demonstrado – e a inexistência de contratação de empréstimo, a recusa devolutória não implica inadimplemento contratual pois, como visto, inexistente relação dessa natureza estabelecida entre as partes; isto é, de um suposto mutuante com um suposto mutuário. O adiantamento tem outra natureza, e, por isso, enquanto não deliberada a sua capitalização – e o respectivo e consequente aumento de capital social –, a sociedade receptora do AFAC dispõe de recursos alheios, confiados pelo futuro subscritor a um fim específico.

67. Ou, ainda, diante da desistência, por motivos justificáveis, a disposição se perpetua até a devolução integral do montante. Logo, a pessoa que, mediante solicitação de devolução, caracterizada a impossibilidade ou a inviabilidade de aumento de capital – que é o fim colimado por aqueles que realizam AFAC –, recusa-se a devolver *coisa alheia*, incorre no tipo descrito no art. 168 do Código Penal, assim tratado:

“Apropriação indébita

Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

² A Cláusula [-] do Contrato de Financiamento obriga a Companhia B a “sem prévia autorização do BNDES, não contrair ou conceder mútuos a seus acionistas ou a qualquer empresa integrante do Grupo Econômico do qual a Companhia B faça parte e não celebrar com os mesmos contratos de “know-how” e/ou transferência de tecnologia”.

³ Não se abordam, neste Parecer, eventuais consequências no plano tributário. De todo modo, mesmo que, apenas argumentando, o fisco pretenda desconsiderar a relação de fato estabelecida, esta pretensão não abala ou modifica, em nada, no plano negocial e societário, a natureza do negócio efetivamente contratado entre Acionistas e Companhia B.

Aumento de pena

§ 1º – *A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:*

I – em depósito necessário;

II – na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

III – em razão de ofício, emprego ou profissão.

(...).”

V. QUESITOS E RESPOSTAS

(i) Qual a natureza das transferências de recursos realizadas pela Consulente para a Companhia B?

R. A transferência se realizou com o propósito de que se incorporasse, em caráter definitivo, ao patrimônio da Companhia B, na forma de capital, os recursos aportados pela Consulente.

A capitalização imediata, no entanto, pressupunha a prática de atos, previstos na Lei das Sociedades por Ações e nos documentos de regência da própria Companhia B (Estatuto) e da relação dos Acionistas (Acordo de Acionistas), que se afiguravam, naquele momento, incompatíveis com a celeridade exigida pela necessidade de recursos da Companhia B.

Desse modo, a fim de antecipar os efeitos do ato derradeiro – qual seja a integralização decorrente de subscrição de ações emitidas em um aumento de capital, condicionada à convocação e deliberação assemblear, portanto –, decidiu-se adotar uma forma costumeira (e mais célere) de adiantamento de recursos que, posteriormente, se incorporarão ao capital social.

Trata-se, portanto, de AFAC, que se sujeita a regime próprio, inconfundível, quando observados alguns padrões de conduta, com um empréstimo.

(ii) Pode a Consulente, de algum modo, observados a Lei das Sociedades por Ações, o Estatuto da Companhia B e o Acordo de Acionistas, deliberar sozinha a realização de aumento de capital da Companhia B, integralizando o capital subscrito com os AFACs realizados pela Consulente?

R. Sozinha, não.

Conforme descrito nos itens 27 a 31, o modelo relacional arquitetado pelos Acionistas impede que a Consulente, mesmo sendo ela acionista majoritária,

delibere, em Assembleia, sem a concorrência de outros Acionistas ou, no âmbito do Conselho de Administração, sem que pelo menos uma parte dos conselheiros indicados pelos Acionistas Inadimplentes seja favorável ao aumento de capital dentro do limite autorizado.

De tal maneira, a despeito de sua intenção e vontade de proceder com a capitalização dos recursos transferidos ao patrimônio da Companhia B, de modo que sejam, em definitivo, destinados ao capital social, a Consulente não dispõe de meios para, unilateralmente, fazê-lo – ao menos não enquanto vigente o Acordo de Acionistas.

(iii) Se negativa a resposta ao quesito anterior, qual o tratamento que deve ser dado aos referidos AFACs? Pode-se reverter os adiantamentos, com a devolução dos respectivos recursos à Consulente?

R. Realiza-se o AFAC com o propósito de que se converta, futuramente, em capital, em consonância com ritualística própria, que compreende a prática de atos pela Assembleia ou pelo Conselho, conforme o caso.

Aliás, assim como explicado nos itens 39 e ss., a despeito dessa intenção, inerente ao AFAC, contingências supervenientes, ocorridas entre dois momentos – quais sejam, a data da transferência e a data da deliberação do aumento de capital –, podem modificar ou abalar as condições que influíram na decisão de adiantamento de recursos.

Nesse caso, o AFAC não se converte em outra figura jurídica, exceto mediante acordo das partes.

Por outro lado, sua destinação, lógica e necessária, a partir da confirmação da inviabilidade de capitalização, é a devolução ao titular dos respectivos aportes: isto é, o Acionista que intencionava subscrever e integralizar ações com os recursos adiantados a título de AFAC.

(iv) Aliás, a quem pertencem os recursos aportados à título de AFACs? Assumindo-se a impossibilidade de capitalização – isto é, conversão em capital social –, deve a Companhia B devolver à Consulente os recursos dos AFACs?

R. Os bens transferidos para formação de capital deixam de integrar o patrimônio do subscritor, passando a compor, em contrapartida, o patrimônio da sociedade empresária cujo capital se formou com os mesmos bens. Essa passagem exige a observância de ritos próprios que contemplam desde a convocação e deliberação

por órgão competente para deliberar aumento de capital, como a avaliação dos bens, se não se tratar de dinheiro.

O AFAC, enquanto não submetido a essa ritualística, não se incorpora, de modo definitivo, ao patrimônio da sociedade empresária. Isto ocorre, aliás, independentemente da forma de contabilização do adiantamento.

Se a destinatária do AFAC não promove sua integração ao capital, não se verifica o perdimento, pelo acionista, dos bens transferidos (em troca, como apontado, de ações da companhia).

Sendo assim, ela não os mantém em propriedade, mas sob outra rubrica, no plano contábil, e conforme outra relação, no plano jurídico.

Consequentemente, não são bens da sociedade empresária, mas que se encontram provisoriamente em sua posse, e que devem ser devolvidos ao titular e proprietário: no caso, a Consulente, legítima interessada na devolução imediata de bem integrante de seu patrimônio.

Aliás, resalte-se: a recusa por parte dos diretores, de devolver à Consulente os recursos por ela transferidos à Companhia B, pode configurar crime de apropriação indébita, na forma do art. 168 do Código Penal.

(v) Eventual reversão dos AFACs, seguida de consequente devolução dos valores, tem o condão de modificar a natureza da transferência de recursos originalmente realizada pela Consulente?

R. No plano jurídico, não, conforme indicado nos itens 58 e ss., exceto se essa fosse a intenção das partes; o que se verificaria mediante a constatação de que as partes agiram, inequivocamente, visando à construção de nova relação – como um empréstimo, por exemplo.

(vi) A reversão dos AFACs configurará inadimplemento do Contrato de Financiamento celebrado com o BNDES?

R. Pelos motivos indicados ao longo do Parecer, não.

O inadimplemento somente se verificaria se, diante da constatação de impossibilidade de conversão dos AFACs em capital, os respectivos recursos fossem mantidos na esfera dominial da Companhia B, sem resistência da Consulente, e, nesse caso, mesmo a despeito da formalização da nova relação jurídica.

Os fatos apresentados – e acima narrados – conduzem o Parecerista a outra conclusão, visto que, em nenhum momento, a Consulente conformou-se com essa situação. Pelo contrário: buscou alternativas e empreendeu esforços para que os AFACs passassem a integrar o patrimônio definitivo da Companhia B,

por meio da realização do respectivo aumento de capital e a consequente integralização dos adiantamentos.

Ao concluir que as tentativas não resultariam no resultado desejado – e esperado, quando dos AFACs –, e diante da impossibilidade de promover, isoladamente, os atos necessários ao atingimento desse resultado, a Consulente deve solicitar a devolução, pela Companhia B, dos adiantamentos de recursos.

Não se vislumbra, por conseguinte, com base nos fatos narrados e documentos apresentados, até o momento, qualquer inadimplemento contratual por parte da Companhia B ou da Consulente.

Esse é o meu Parecer.