

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição e Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

- I - Natureza Jurídica do Negócio de Incorporação
 - II - Regime Legal da Incorporação
 - III - Normas Cogentes Sobre Contratos Nominados
 - IV - Normas Cogentes do Regime da Incorporação
 - V - Liberdade de Contratar na Incorporação
 - VI - Extinção das Ações e dos Direitos de Participação na Incorporada
 - VII - Relações de Substituição das Ações da Incorporada
 - VIII - Tratamento do Patrimônio Líquido da Incorporada Excedente do Aumento de Capital da Incorporadora
 - IX - Incorporação "Linha por Linha"
 - X - Conceito de Patrimônio Líquido
 - XI - Registro Contábil do Patrimônio Líquido
 - XII - Liberdade de Estipulação do Tratamento do Patrimônio Líquido da Incorporada Excedente do Aumento do Capital da Incorporadora
 - XIII - Tratamento da Reserva de Lucros a Realizar
- Resposta às Questões da Consulta

PARECER JURÍDICO

Incorporação de sociedade. Direitos das ações da incorporadora que substituem as ações preferenciais extintas da incorporada na incorporação. Regime jurídico da parcela de patrimônio líquido da incorporada que excede da contribuição para o capital da incorporadora.

EXPOSIÇÃO

BETA TELE-EQUIPAMENTOS S.A. ("CONSULENTE") assim expõe os fatos relativos à consulta:

1. A Consulente é controlada pela Beta Participações S.A. ("BETAPAR"), titular de 98,75% do seu capital, que foi uma das onze companhias constituídas por cisão da Beta Brasil S.A. ("BETABRAS").
2. Por ocasião da cisão, a BETABRAS tinha patrimônio líquido registrado em contas de capital social, reservas de capital e de lucros, e lucros acumulados, inclusive "reserva de lucros a realizar" formada ao longo de diversos anos com o resultado de equivalência patrimonial e de correção monetária das várias subsidiárias operacionais da BETABRAS; e os atos de cisão adotaram o tratamento contábil, referido como "de linha por linha", de transferir o patrimônio líquido da BETABRAS para as onze companhias constituídas na cisão, mediante rateio das contas de capital social, reservas e lucros acumulados, inclusive de "reserva de lucros a realizar", sem guardar relação, em cada companhia, entre a "reserva de lucros a realizar" e os elementos ativos a ela correspondentes. Em razão dessas condições de cisão, a BETAPAR tem hoje registrada na escrituração do seu patrimônio líquido "reserva de lucros a realizar" no valor aproximado de R\$ 2 bilhões.
3. As ações de controle da BETAPAR foram compradas pela Santel Ltda. ("SANTEL") em leilão público de privatização por preço superior ao valor de patrimônio líquido da BETAPAR, de modo que o custo de aquisição do seu investimento na BETAPAR (compreendendo cerca de 20% do capital social) acha-se registrado na contabilidade da SANTEL, em cumprimento da legislação societária e fiscal em vigor, desdobrado em duas contas, uma do valor de patrimônio líquido das ações e outra (correspondente à diferença entre o custo de aquisição e o valor de patrimônio), como ágio na aquisição do investimento, cuja fundamentação econômica é a perspectiva de rentabilidade da investida.
4. A SANTEL, a BETAPAR e a CONSULENTE pretendem implementar reorganização societária, com observância das disposições na Instrução CVM nº 319/1999, a fim de que a BETAPAR possa se utilizar dos benefícios fiscais decorrentes da amortização do ágio, tal como autorizada pelo artigo 7º da Lei nº 9.532/1997. Essa reorganização compreenderá:

a) a constituição pela SANTEL de nova sociedade ("NOVA SANTEL"), cujo capital será formado com o investimento na BETAPAR, de modo que a NOVA SANTEL terá patrimônio cujo único ativo será o investimento na BETAPAR (compreendendo valor de patrimônio líquido e ágio na aquisição), com o valor de patrimônio igual ao do ativo, sem passivo exigível;

b) a BETAPAR será incorporada pela CONSULENTE e seus acionistas terão as ações substituídas por ações de emissão da CONSULENTE, das mesmas espécies e classes;

c) em seguida, a NOVA SANTEL será incorporada pela CONSULENTE, que passará a deter ativo diferido formado com o ágio na aquisição das ações no leilão público, amortizável nos termos da legislação fiscal em vigor, com o consequente benefício da redução da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas e da contribuição social sobre o lucro líquido.

CONSULTA

1. A Consulente formula as seguintes questões:

1ª) Qual o tratamento societário e contábil que deve ser dado na incorporação da BETAPAR pela CONSULENTE à "reserva de lucros a realizar" da BETAPAR?

2ª) Está correto o seu entendimento de que com a extinção da BETAPAR, por efeito da sua incorporação na CONSULENTE, se extinguirá a eventual expectativa de direito dos acionistas da BETAPAR ao recebimento, no futuro, dos valores contabilizados na reserva de lucros a realizar?

3ª) A parcela do patrimônio líquido da BETAPAR registrada na sua contabilidade como reservas e lucros acumulados, inclusive a reserva de lucros a realizar, pode ser transferida para a CONSULENTE a título de ágio na subscrição de ações desta, com a consequente formação de reservas de capital nos termos da alínea "a" do § 1º do artigo 182 da Lei das S.A.?

4ª) Admitido que a resposta à questão anterior seja afirmativa, a formação de reserva de capital na CONSULENTE com o patrimônio líquido escriturado na BETAPAR como reserva de lucros a realizar pode ser considerada realização dessa reserva, para efeito de criar para a CONSULENTE a obrigação de destinar aquele valor ao pagamento de dividendos aos acionistas da BETAPAR?

5ª) A reserva de capital formada com o patrimônio líquido da BETAPAR que exceder da parte destinada à formação do capital social da CONSULENTE poderá ser destinada ao pagamento de dividendos às suas ações preferenciais, com fundamento no item V do artigo 200 da Lei das S.A.?

6ª) Após a incorporação da BETAPAR pela CONSULENTE, poderão os antigos acionistas da BETAPAR exigir da CONSULENTE, de alguma forma, o pagamento de dividendos com os lucros registrados na reserva de lucros a realizar da BETAPAR?

PARECER

1. A fundamentação da resposta às questões da consulta requer a definição do conceito de incorporação de sociedade e a exposição dos princípios do regime legal a que está submetida.

I - Natureza Jurídica do Negócio de Incorporação

2. Incorporação é negócio jurídico nominado, ou típico, próprio do direito societário, pelo qual uma sociedade (a incorporadora) absorve outra (a incorporada), que se extingue, e a sucede em todos os seus direitos e obrigações (Lei nº 6.404/1976, art. 227 [LSA]).

Celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam mutuamente a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns (Código Civil, art. 1.363), criando organização que, satisfeitos os requisitos legais, adquire personalidade jurídica e tem patrimônio próprio, distinto dos patrimônios dos sócios. Na incorporação, as partes contratantes são a incorporadora e a incorporada, e não seus sócios, e o efeito do negócio não é criar uma organização, mas integrar a organização da incorporada na da incorporadora.

Os principais fatos jurídicos que ocorrem no negócio de incorporação são: **(a)** a extinção, sem liquidação, da incorporada; **(b)** a sucessão universal da incorporada pela incorporadora; **(c)** a modificação do estatuto ou contrato social da incorporadora mediante criação de novas posições de sócios a serem atribuídas aos ex-sócios da incorporada (*); e **(d)** a subrogação real das ações ou quotas dos sócios da incorporada em ações ou quotas da incorporadora.

Cabe ressaltar que, embora a incorporação em geral implique criação de novas ações ou quotas da incorporadora, pode haver incorporação sem modificação nas posições de sócios da incorporadora se as ações ou quotas da incorporada são substituídas por ações em tesouraria ou quotas liberadas já existentes no patrimônio da incorporadora, ou se o patrimônio líquido da incorporada é negativo.

II - Regime Legal da Incorporação

3. O regime legal da incorporação, embora conste da lei de sociedades por ações, aplica-se a todos os tipos de sociedade, e a análise do procedimento legal e dos efeitos da incorporação de sociedades personificadas, a seguir exposta por referência às companhias, ou sociedades anônimas, é válida para os demais tipos de sociedades, com as adaptações às suas características.

4. A lei requer que a manifestação de vontade das sociedades que participam da incorporação tenha a forma prevista para a alteração dos seus estatutos ou contratos sociais (Lei das S.A., art. 223), e estabelece o seguinte regime para a deliberação da companhia:

a) é da competência privativa da Assembleia Geral alterar o estatuto social (art. 122, I) e deliberar sobre a incorporação (art. 122, VIII);

b) a deliberação de incorporar a companhia em outra requer aprovação em Assembleia Geral Extraordinária por acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto, se maior quorum não for exigido pelo estatuto da companhia fechada (art. 136, IV); e

c) a deliberação que aprova a incorporação da companhia em outra dá aos seus acionistas direito de retirada (art. 137, II).

5. Os artigos 224 a 227 estabelecem o seguinte procedimento para a incorporação de uma companhia em outra:

a) as condições de incorporação devem constar de protocolo firmado pelos órgãos da administração ou pelos sócios das companhias interessadas (art. 224);

b) esse protocolo deve ser submetido à deliberação das Assembleias Gerais das companhias interessadas mediante justificação com as informações constantes do artigo 225;

c) a Assembleia Geral da incorporadora, se aprovar o protocolo, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão (art. 227, § 1º);

d) a sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora (art. 227, § 2º);

e) aprovados pela Assembleia Geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e publicação dos atos da incorporação (art. 227, § 3º);

f) os acionistas da sociedade incorporada receberão, diretamente da incorporadora, as ações que lhes couberem (art. 223, § 2º).

III - Normas Cogentes Sobre Contratos Nominados

6. Como ocorre em todo o contrato nominado, ou típico, na incorporação prevalece o princípio da liberdade de contratar, que é, todavia, limitada por normas legais cogentes sobre o objeto do contrato, o acordo de vontades e os direitos e obrigações a que dá origem. Na interpretação do regime legal da incorporação, na sua aplicação a casos concretos, e na apreciação da validade das estipulações das partes contratantes que definem as condições do negócio é fundamental, portanto, identificar os princípios e as normas legais cogentes.

Na disciplina dos contratos nominados são cogentes as normas da lei que definem seu objeto e as que têm por função proteger alguma das partes contratantes, terceiros ou o interesse geral. As normas que definem o objeto e os requisitos essenciais do contrato nominado são cogentes porque sem a sua observância não há o tipo de contrato previsto na lei. Assim, não é comodato o contrato pelo qual uma das partes cede o uso da coisa recebendo em contrapartida aluguel.

Outras normas são cogentes porque visam a proteger interesses dos próprios contratantes. Assim: **(a)** as que vedam estipulação incompatível com as características do negócio jurídico, como, por exemplo, a do artigo 1.372 do Código Civil, que declara nula a cláusula do contrato de sociedade que atribua todos os lucros a um dos sócios, ou subtraía o quinhão social de algum deles à comparticipação nos prejuízos; e **(b)** nos contratos em que um dos contratantes em geral não tem condições de negociar livremente, ou está sob poder da outra, como são exemplos as normas que vedam a usura nos contratos de mútuo ou declaram nulas diversas cláusulas em contratos de venda ao consumidor, ou de adesão.

O regime do contrato nominado pode compreender ainda normas legais que visam a proteger interesses de terceiros (como a disciplina do capital social, na função de proteger os credores da companhia, cujos acionistas não respondem pelas obrigações sociais), ou o interesse geral (como, por exemplo, as que proíbem estipulações que impedem ou restringem a concorrência nos mercados).

IV - Normas Cogentes do Regime da Incorporação

7. Na incorporação de companhia, são cogentes as normas legais que:

a) definem o negócio como de absorção de uma sociedade por outra, com extinção da absorvida: não é incorporação uma operação entre as sociedades na qual não há extinção da sociedade incorporada;

b) regulam a convocação, instalação e deliberação da Assembleia Geral da companhia, ou a publicidade das deliberações, que protegem interesses tanto dos acionistas quanto de terceiros que com ela negociam;

c) regulam o procedimento de deliberação de incorporação requerendo atos das Assembleias Gerais, a definição das condições do negócio em protocolo e a apresentação deste às Assembleias Gerais com a justificativa prevista na lei, porque protegem tanto os acionistas quanto os credores da companhia e os investidores nos mercados de valores mobiliários;

d) disciplinam a avaliação do patrimônio líquido da incorporada, que preservam a realidade do capital social na função de proteção dos credores sociais da companhia;

e) declaram que a incorporadora sucede universalmente a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, que protegem o interesse dos credores da incorporada e dos que com ela negociam;

f) conferem ao acionista dissidente da deliberação de incorporação em outra companhia direito de retirada, nos termos previstos em lei, que protegem o acionista minoritário da incorporada que não concorda com a operação;

g) subordinam a incorporação à prévia aprovação dos titulares de debêntures emitidas pela companhia, reunidos em Assembleia especialmente convocada com esse fim, que protegem o interesse desses credores;

h) asseguram ao credor prejudicado, no prazo de sessenta dias, pleitear judicialmente a anulação da operação, e, no caso de falência da incorporadora nesse prazo, o direito de pedir a separação dos patrimônios para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

V - Liberdade de Contratar na Incorporação

8. Apesar de todas essas normas cogentes, a incorporadora e a incorporada dispõem ainda de ampla margem de liberdade para ajustar as condições da operação, o que é confirmado pelo artigo 224 da lei ao definir como matérias que devem ser reguladas no protocolo da incorporação:

a) o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição das ações da incorporada que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

b) os critérios de avaliação do patrimônio líquido da incorporada, a data que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

c) a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das companhias possuídas pela outra, que pode ser a extinção das ações ou sua manutenção em tesouraria, dentro dos limites admitidos pela lei;

d) o valor do aumento de capital da sociedade incorporadora;

e) o projeto das alterações estatutárias que deverão ser aprovados para efetivar a operação; e

f) todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

VI - Extinção das Ações e dos Direitos de Participação na Incorporada

9. Essa descrição do negócio de incorporação deixa evidente que um dos seus efeitos é a extinção das ações da incorporada, como valores mobiliários, e dos direitos de participação nelas incorporados: a lei dispõe (no art. 227) que a incorporada se extingue, ou seja, deixam de existir a pessoa jurídica, o contrato de companhia e, conseqüentemente, os direitos nascidos desse contrato. que é confirmado pelo item I do artigo 224 da lei ao dispor que o protocolo de incorporação deve estipular "o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão".

As ações que os acionistas da incorporada recebem em substituição das ações extintas compreendem direitos de participação definidos pelo estatuto da incorporadora, e a especificação desses direitos é matéria sobre as quais as companhias interessadas têm liberdade de contratar. Essa liberdade é confirmada pelas seguintes normas da Lei das S.A.:

a) o item I do artigo 224, ao estabelecer que o protocolo de incorporação deve estipular o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição das ações da incorporada e os critérios utilizados para determinar as relações da substituição;

b) o item II do artigo 225, ao dispor que a justificação com que o protocolo é apresentado às Assembleias das companhias interessadas deve informar as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista.

No uso da liberdade de contratar, a incorporadora e a incorporada ajustam a quantidade, espécie e classe de ações da incorporadora que substituirão as da incorporada. Assim, as ações ordinárias da incorporada podem ser substituídas por ações ordinárias ou preferenciais da incorporadora, e as ações preferenciais da incorporada podem ser substituídas por ações ordinárias ou preferenciais da incorporadora, estas com prioridades ou vantagens iguais ou diferentes das preferenciais da incorporada.

10. A única limitação a essa liberdade de contratar é o dever que a lei impõe aos acionistas controladores (e às sociedades controladoras) da incorporadora e da incorporada de exercerem seu poder de controle no interesse da companhia sob seu controle, e a consequente definição legal, como modalidade de exercício abusivo de poder de controle, "promover a ... incorporação ... da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia" (art. 117, § 1º).

Esse dever dos controladores explica as normas do artigo 225 da lei, segundo as quais o protocolo deve ser submetido à deliberação das Assembleias Gerais das companhias interessadas mediante justificação da qual constem os motivos ou fins da operação, o interesse da companhia na sua realização, a especificação das ações que os acionistas preferenciais receberão, e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista (itens I e II). Essa exigência da lei visa a assegurar aos acionistas informações sobre a operação para que possam exercer seu direito de voto

no pleno conhecimento do negócio e usar dos meios legais para proteger seus direitos e interesses em caso de abuso de poder de controle.

Do regime da lei resulta claro, portanto, que com a extinção dos direitos de participação dos acionistas da incorporada deixam de existir quaisquer expectativas de direitos que porventura tivessem os titulares desses direitos, inclusive o direito dos acionistas preferenciais a dividendos prioritários cumulativos não pagos em exercícios anteriores.

VII - Relações de Substituição das Ações da Incorporada

11. A estipulação do negócio de incorporação mais importante para os interesses e os direitos de participação dos acionistas da incorporadora e da incorporada é a relação de substituição das ações desta, ou seja, a quantidade de ações da incorporadora que substituirão as da incorporada.

Antes da incorporação os acionistas da incorporadora e da incorporada participam nos lucros e no acervo líquido das sociedades de que são sócios; cada ação dá direito a uma quota-parte do total dos lucros ou do acervo líquido, e a dimensão dessa quota-parte é função do número de ações em que se divide o capital social. Após a incorporação, os direitos de participação dos acionistas de ambas as companhias passam a ter por objeto uma quota-parte dos lucros e do acervo líquido da incorporadora, que correspondem à soma dos lucros e dos acervos líquidos das duas companhias, e esses direitos dependem do número das ações do capital social da incorporadora após o aumento que cria as ações que substituem as da incorporada.

Para a determinação desses direitos de participação o que importa é a porcentagem das ações do capital da incorporadora que serão possuídas pelo conjunto dos seus antigos acionistas e a que será atribuída aos acionistas da incorporada, e não o valor do aumento do capital da incorporadora nem o valor pelo qual o patrimônio líquido da incorporada é vertido na incorporadora.

A relação de substituição das ações da incorporada é matéria estritamente negocial: resulta de um acordo dos dois conjuntos de acionistas sobre a contribuição de cada um para o capital próprio e a rentabilidade da

incorporadora após a incorporação, e sobre a distribuição, entre eles, dos benefícios econômicos que fundamentam a incorporação, tais como economias de escala, aumentos de eficiência e melhoria da posição no mercado, que poderão resultar da unificação das empresas das companhias que são partes no negócio de incorporação.

A relação de substituição é, portanto, questão exclusivamente negocial, é definida pelo acordo dos dois conjuntos de sócios, cada um formando juízo sobre seus interesses em efetivar a incorporação em determinadas bases.

12. O número, a espécie e as classes das ações da incorporadora que serão emitidas para substituir as da incorporada dependem da relação de substituição acordada, e o aumento do capital social da incorporadora é função da quantidade de ações criadas e da contribuição de cada ação para a formação do capital social:

a) se as ações da incorporadora têm valor nominal, o aumento de capital social deve ser igual a esse valor multiplicado pelo número de ações a serem criadas, porque as ações antigas e novas devem ter o mesmo valor nominal;

b) se as ações da incorporadora não têm valor nominal, o montante do aumento de capital social dependerá do acordo das partes sobre a contribuição de cada ação para a formação do capital social da incorporadora.

O preço de emissão das ações dependerá, por sua vez, do valor pelo qual o patrimônio líquido da incorporada for vertido na incorporadora:

a) se esse valor for apenas suficiente para formar o aumento de capital da incorporadora, as ações serão emitidas pelo valor nominal, ou, se não tiverem valor nominal, pelo valor da contribuição para o capital social;

b) se o valor do patrimônio líquido exceder o de formação do capital social, o preço de emissão poderá corresponder ao quociente do valor de patrimônio líquido pelo número de ações a serem criadas, e a diferença constituirá ágio na subscrição de ações, que formará -- na incorporadora -- reserva de capital.

VIII -Tratamento do Patrimônio Líquido da Incorporada Excedente do Aumento de Capital da Incorporadora

13. A lei não contém norma -- nem cogente nem supletiva da vontade das partes -- sobre o tratamento da parte do patrimônio líquido da incorporada que excede do aumento de capital da incorporadora, e esse tratamento deve ser determinado mediante interpretação sistemática da lei, tendo em vista que **(a)** o artigo 227 da lei dispõe que a incorporadora sucede universalmente a incorporada, ou seja, adquire todos os bens do seu ativo e todas as obrigações do seu passivo exigível; e **(b)** o § 1º do artigo 227 prescreve que o aumento de capital da incorporadora deve ser subscrito pela incorporada e realizado mediante versão do seu patrimônio líquido.

Subscrição de ações é o ato pelo qual o subscritor, na constituição da companhia (arts. 80, I, e 85) e no aumento do capital social (art. 170), mediante assinatura de lista de subscritores, boletim de subscrição, ou carta dirigida aos fundadores da companhia ou à instituição financeira intermediária do lançamento das ações, adere ao contrato de companhia, adquire determinada quantidade de ações e se obriga a realizar o valor de emissão das ações, pagando no ato esse valor, ou a entrada prevista no prospecto de lançamento ou na lista ou boletim de subscrição, e contraindo, se for o caso, a obrigação de integralizar o saldo.

Na constituição da companhia ou no aumento do capital social o subscritor de ações realiza o preço de emissão transferindo para o patrimônio da companhia dinheiro ou bens, e a companhia sucede singularmente o subscritor no domínio da moeda ou na titularidade dos bens transferidos.

Na sucessão singular o sucessor assume a posição jurídica de determinada relação jurídica, considerada com abstração de qualquer outra, sem ter em conta os demais elementos que integram o patrimônio a que pertencia. Por isso, não sucede em nenhum de outros direitos ou obrigações que compõem esse patrimônio.

14. Na incorporação, diz o artigo 227 da lei que a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, e a doutrina é pacífica que a hipótese é de sucessão universal, e não singular.

A sucessão universal consiste na substituição na posição de titular de um patrimônio, como universalidade, e não na sucessão singular dos direitos e obrigações que o compõem. O sucessor adquire os direitos e passa a ser devedor das obrigações do patrimônio porque se tornou seu titular. O conceito de sucessão universal foi construído a partir da sucessão por morte da pessoa natural, mas modernamente reconhecem-se outras modalidades de sucessão universal, inclusive na incorporação de sociedades.

A função e os efeitos da subscrição de ações na incorporação não são, portanto, os mesmos da subscrição na constituição da companhia ou no aumento do capital social: serve apenas para determinar as ações de emissão da incorporadora que caberão aos acionistas da incorporada, mas não tem o efeito de transmitir bens da incorporada para a incorporadora, pois esta é sucessora universal por força de lei, e não sucessora singular de dinheiro ou bens em razão da subscrição de ações.

15. No seu capítulo III -- sobre as ações da companhia -- a Lei das S.A. regula ações com e sem valor nominal e admite que ambas poderão ser emitidas por preço superior à contribuição do subscritor para o capital social:

a) no § 2º do artigo 13, dispõe que a contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal da ação subscrita constituirá reserva de capital;
e

b) no parágrafo único do artigo 14, estabelece que o preço de emissão da ação sem valor nominal pode ser fixado com parte destinada à formação de reserva de capital.

Na incorporação, se o valor de patrimônio líquido da incorporada excede o aumento de capital da incorporadora, as partes do negócio podem, com fundamento nesses dispositivos legais, estipular no protocolo de incorporação que as ações da incorporadora serão emitidas com ágio, isto é, por preço superior ao da contribuição para a formação do capital social, e se o preço de emissão for o quociente da divisão do valor de patrimônio líquido da incorporada pelo número de ações da incorporadora a serem criadas, todo o patrimônio líquido da incorporada será registrado na

escrituração da incorporadora como capital contribuído pelos sócios -- parte para a formação do capital social e o excedente como reserva de capital.

Parece-nos inquestionável que esse tratamento do patrimônio líquido excedente do aumento de capital da incorporadora se ajusta perfeitamente ao sistema da lei, mas a questão de interpretação que se coloca é de saber se este é o único tratamento compatível com a lei, ou se as companhias interessadas podem estipular tratamento diferente no protocolo da incorporação.

IX - Incorporação "Linha por Linha"

16. Outro tratamento, que é proposto por contadores e referido como "incorporação linha por linha", adota no negócio jurídico da incorporação o método de elaboração de um balanço patrimonial consolidado de duas companhias.

As demonstrações financeiras são ditas consolidadas quando têm por objeto os patrimônios de uma sociedade controladora e de uma ou mais sociedades sob seu controle, apresentando informações sobre o grupo de sociedades como se estas tivessem sido juridicamente fundidas, com a consequente consolidação dos seus patrimônios.

O balanço consolidado é elaborado do ponto de vista da controladora, agregando aos saldos das contas do seu balanço os saldos das mesmas contas no balanço da controlada, depois de eliminadas as contas recíprocas e os resultados de negócios entre as sociedades; e como os balanços observam classificação padronizada de contas e estas são dispostas em linhas sucessivas, a consolidação dá-se mediante agregação de saldos de contas "linha por linha".

Na incorporação "linha por linha" o aumento de capital social da incorporadora é formado com o valor registrado na conta do capital social da incorporada e o patrimônio líquido excedente desse capital é registrado na incorporadora nas mesmas contas em que se acha escriturado na incorporada -- reserva de capital, reserva de lucros e lucros acumulados. Nessa visão contábil da incorporação o que é transferido para a

incorporadora não é o valor do patrimônio líquido, como um todo, mas os saldos das contas da incorporada que registram o seu patrimônio líquido.

X - Conceito de Patrimônio Líquido

17. Para verificar a procedência desse princípio da incorporação "linha por linha" é necessário precisar o conceito de patrimônio líquido.

O conceito de patrimônio geral da pessoa formulado pela doutrina jurídica representa o conjunto de todos os seus direitos patrimoniais e obrigações, e compreende dois subconjuntos -- dos direitos (o ativo patrimonial) e das obrigações (o passivo exigível); mas o direito positivo, ao regular a responsabilidade patrimonial, usa outro conceito de patrimônio -- a que nos referimos como legal -- que pressupõe o doutrinário mas dele se distingue porque representa os direitos e obrigações considerados sob o aspecto do valor financeiro dos seus objetos: os elementos do patrimônio são os bens e as prestações das obrigações que "contenham" (representem ou signifiquem) quantidades distintas de valor financeiro.

O conhecimento do patrimônio legal pressupõe, tal como o doutrinário, o inventário, análise e classificação dos direitos patrimoniais e das obrigações, mas requer, além disso, a avaliação dos respectivos objetos e a soma dos valores desses objetos. A avaliação é etapa fundamental do conhecimento do patrimônio legal: somente são reconhecidos como elementos do patrimônio os bens e as prestações de obrigações que representem quantidades distintas de valor financeiro, e a significação de cada elemento patrimonial é função do seu valor. Essa avaliação reduz todos os elementos patrimoniais ao denominador comum do valor, o que permite, mediante soma dos valores, conhecer o valor total do ativo e do passivo exigível.

18. A totalização do valor do ativo e do passivo exigível fundamenta a concepção do patrimônio como estoque de valor financeiro -- existente nos bens do ativo -- que pode ser medido de dois modos: por inteiro ou líquido do valor do passivo exigível.

Patrimônio bruto é a soma de todas as quantidades de valor financeiro "contidas" nos bens do patrimônio existentes em determinado

momento. É a medida do estoque de valor financeiro sob poder do titular do patrimônio. Patrimônio líquido é o patrimônio bruto diminuído do valor (negativo) das prestações das obrigações, cujo pagamento implicará redução do patrimônio bruto.

O valor (negativo) das prestações de obrigações informa a parte do valor financeiro existente no ativo que pertence a terceiros, no sentido de que mais cedo ou mais tarde deverá ser transferido para os credores do titular do patrimônio. Daí dizer-se que o patrimônio líquido é a parte do estoque de valor financeiro existente no ativo que é de propriedade do titular do patrimônio.

19. O patrimônio da companhia é um processo em permanente modificação e o balanço patrimonial revela a situação ou posição financeira do patrimônio em determinado momento. Informa o capital financeiro aplicado nos bens do ativo e a parte desse capital que tem origem em obrigações. Por isso, a representação da situação financeira do patrimônio, considerado nos dois aspectos do capital aplicado e da sua origem, compreende, por definição, três conjuntos -- o ativo patrimonial, o passivo exigível e o patrimônio líquido.

O ativo patrimonial é um estoque de quantidades fungíveis de capital financeiro, porque o capital contido em cada bem não guarda relação com sua origem. O total do passivo exigível representa a soma dos valores (negativos) das prestações das obrigações e o patrimônio líquido representa a quota-parte ideal do capital existente no ativo que pertence ao titular do patrimônio.

20. A análise do patrimônio revela que o patrimônio líquido tem natureza distinta do ativo patrimonial e do passivo exigível. O valor total do capital existente no ativo é determinado -- objetivamente -- a partir do inventário e avaliação dos bens do patrimônio, o que permite classificá-lo segundo a natureza ou destinação dos bens que o contém. O passivo exigível também pode ser determinado mediante inventário e avaliação das prestações das obrigações, o que permite classificar o capital de terceiros segundo a natureza dessas obrigações. O patrimônio líquido, diferentemente, não pode ser determinado com base em objetos de conhecimento que existam objetivamente, pois não é formado por elementos do patrimônio distintos

dos bens e das prestações de obrigações: somente pode ser conhecido mediante comparação do total do ativo com o do passivo exigível e a partição ideal do capital aplicado no ativo, efetuada subjetivamente pelo observador, em capital de terceiros (medido pelo valor das prestações das obrigações) e em capital próprio, ou patrimônio líquido (que é a quantidade de capital financeiro existente no ativo que excede do capital de terceiros).

Essa natureza do patrimônio líquido explica a impossibilidade de se conhecer objetivamente a origem do capital próprio de um patrimônio que não é objeto de escrituração. É o que ocorre com o patrimônio de pessoas naturais, ou físicas, que em regra não mantém escrituração do seu patrimônio.

XI - Registro Contábil do Patrimônio Líquido

21. A lei comercial e a tributária prescrevem à companhia a manutenção de escrituração mercantil, que funciona como um inventário permanente dos elementos do seu patrimônio, classificados e avaliados segundo as normas legais.

A escrituração das mutações patrimoniais segundo o método das partidas dobradas assegura o conhecimento, simultaneamente, das modificações ocorridas no ativo patrimonial, no passivo exigível e no patrimônio líquido. Por isso, o balanço patrimonial da companhia, levantado com base na escrituração mercantil com observância das normas legais e contábeis, informa, além do valor total do patrimônio líquido remanescente no patrimônio na data do balanço, as origens das quantidades de patrimônio líquido classificadas em capital social, reservas de capital, reservas de lucros e lucros acumulados.

Os saldos das contas do balanço que registram o patrimônio líquido não representam, portanto, nem elementos do patrimônio nem determinadas quantidades de capital financeiro existentes no ativo, mas as origens da quota-parte ideal de capital próprio aplicado no ativo que remanesce no momento do balanço. A lei prescreve a classificação do patrimônio líquido nas contas acima referidas e regula a movimentação dessas contas como instrumento para aplicação de dois princípios fundamentais do regime legal do capital social, na sua função de proteger os credores da companhia:

a) a companhia somente pode distribuir como dividendos parcelas do patrimônio líquido até o valor registrado nas contas de lucro do exercício, lucros acumulados e reservas de lucros, exceto a reserva legal (arts. 193, § 2º e 201);

b) o prejuízo do exercício social, ou seja, a perda de patrimônio líquido sofrida em um exercício, é obrigatoriamente imputado às contas de lucros acumulados, reservas de lucros e reserva legal, nessa ordem (art. 189, par. único), e somente depois de esgotada a reserva legal o prejuízo implica perda do capital social.

22. A companhia incorporadora, ao suceder universalmente a incorporada, adquire os bens do seu ativo e, conseqüentemente, o patrimônio líquido existente nesse ativo, e deve classificá-lo na sua escrituração segundo a origem no seu patrimônio, e não no patrimônio da incorporada; e para a incorporadora, a definição das origens do aumento do patrimônio líquido depende das estipulações do protocolo de incorporação, e não dos registros contábeis da incorporada.

XII - Liberdade de Estipulação do Tratamento do Patrimônio Líquido da Incorporada Excedente do Aumento do Capital da Incorporadora

23. Como já referido, a lei não contém norma sobre o tratamento a ser dado ao patrimônio líquido da incorporada que excede do aumento do capital da incorporadora, e nessa matéria prevalece o princípio da liberdade de contratar. São válidas, portanto, as estipulações do protocolo de incorporação que destinam esse excesso de patrimônio líquido à formação tanto de reserva de capital (se o preço de emissão das ações da incorporadora compreende ágio) quanto de reserva de lucros ou a lucros acumulados; mas, nesta última hipótese, parece-nos que a liberdade de contratar é limitada pela norma do artigo 201 da lei, que somente admite o pagamento de dividendos à conta de lucro líquido do exercício, de lucros acumulados e de reserva de lucros (exceto a legal).

Se o excesso de patrimônio líquido estava registrado na incorporada como reserva de lucros ou lucros acumulados, a incorporada estava legalmente autorizada a utilizar essa parte do seu patrimônio líquido para distribuir dividendos, e não há por que proibir que a incorporadora, como

sua sucessora, continue com a faculdade de distribuir essa parcela de capital próprio como dividendos, desde que, obviamente, não sejam absorvidos por prejuízos da incorporadora.

Parece-nos, todavia, que as partes no negócio da incorporação não podem validamente estipular no protocolo de incorporação que o patrimônio líquido registrado na incorporada como capital social ou reserva de capital seja registrado pela incorporadora como reserva de lucros ou lucros acumulados, pois a utilização dessa parte do patrimônio líquido da incorporada para distribuir dividendos violaria o artigo 201 da lei.

Esse dispositivo foi introduzido na legislação para evitar o expediente utilizado no Século XIX, após a liberdade de constituição das companhias, de distribuir elevados dividendos à conta do capital social para induzir os investidores no mercado a subscreverem aumentos de capital da companhia, e constitui uma das normas básicas de aplicação do princípio da intangibilidade do capital social.

XIII - Tratamento da Reserva de Lucros a Realizar

24. A liberdade de contratar as condições da incorporação, referida no item V acima, compreende a de estipular, no protocolo de incorporação, que o patrimônio líquido da incorporada que excede do aumento de capital social da incorporadora e que esteja registrado na incorporada como reserva de lucros a realizar tenha na incorporadora a mesma classificação, desde que a escrituração da incorporada mantenha registro dos ativos que deram origem à formação da reserva. As partes que contratam a incorporação têm liberdade -- e não obrigação -- de adotar essa estipulação. No caso de cisão, o pressuposto dessa estipulação é, evidentemente, que a parcela de patrimônio da sociedade cindida que é absorvida por outra companhia compreenda os ativos que deram origem à reserva de lucros a realizar.

25. A reserva de lucros a realizar foi introduzida na Lei das S.A. em resposta a críticas à proposta de criação do dividendo obrigatório fundadas no risco de a companhia ser obrigada a pagar dividendo em valor maior do que o lucro realizado em dinheiro em cada exercício, ou seja, de ser obrigada a contrair empréstimo para pagar dividendos.

O parágrafo único do artigo 197 da lei define como lucros a realizar, que podem dar origem à formação da reserva:

a) o saldo credor da conta de registro das contrapartidas dos ajustes da correção monetária das demonstrações financeiras então prescrita pela lei, e hoje revogada: esse saldo credor somente existia quando o ativo permanente da companhia era maior do que o patrimônio líquido, e seu valor correspondia a correção monetária de bens do permanente que somente seria realizada na alienação de bens ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão;

b) o aumento do valor do investimento relevante em coligadas e controladas escrituradas pelo método do patrimônio líquido, que implica reconhecer na conta de resultados participação no lucro de outra sociedade ainda não efetivamente recebido sob a forma de dividendo;

c) o lucro em vendas a prazo a se vencerem após o término do exercício seguinte: como a lei prescreve o reconhecimento do lucro do regime de competência, e não de caixa, o lucro do exercício pode compreender receitas que a companhia somente receberá a longo prazo.

26. A lei não admite a formação da reserva em montante igual a todos esses lucros a realizar, mas apenas com a parcela desses lucros que exceder à formação de todas as demais reservas de lucros (reserva legal, estatutária, para contingência) e dos lucros retidos nos termos do artigo 196, porque somente a parte dos lucros a realizar que excede da formação de reservas e de lucro retido pode, por definição, corresponder ao dividendo obrigatório.

27. O artigo 202 da lei, ao definir a base de cálculo do dividendo obrigatório, prevê a exclusão dos lucros a realizar transferidos para a respectiva reserva e a adição de lucros anteriormente registrados nessa reserva que tenham sido realizados no exercício.

A realização de lucros computados na reserva de lucros a realizar dá-se mediante sua conversão em dinheiro, ou em outros direitos de alto grau de liquidez, no sentido de que podem ser facilmente convertidos em dinheiro mediante venda no mercado sem perda apreciável de valor, como é o caso, por exemplo, de títulos negociados no mercado aberto.

28. É fácil perceber que as disposições legais que prescrevem a adição à base de cálculo do dividendo obrigatório dos lucros a realizar que formaram a reserva em exercícios anteriores e foram realizados no exercício somente pode ser observada se a escrituração da companhia mantiver, a todo tempo, registros que controlem quais os lucros a realizar, integrantes do ativo, que foram computados na formação da respectiva reserva em exercícios anteriores.

Esse requisito foi confirmado pelo Parecer de Orientação CVM nº 24/1992, ao se referir, no item 12, à reserva de lucros a realizar, nos seguintes termos:

"Para fins de controle dos montantes realizados no exercício e a realizar em exercícios futuros, é importante que seja identificada a origem dos lucros a realizar destinados à formação da Reserva de Lucros a Realizar e que sejam segregados contabilmente nos respectivos valores e subcontas distintas, conforme sua origem."

A estipulação, no protocolo de incorporação, de que o patrimônio líquido da incorporada excedente da formação de capital na incorporadora terá nesta o regime de reserva de lucros a realizar deve ser admitida se os lucros a realizar que deram origem à formação da reserva na incorporada estiverem segregados contabilmente, a fim de que, quando realizados, haja a reversão da reserva a eles correspondentes.

Cabe referir, outrossim, que no caso de cisão, os valores ativos que deram origem à formação da reserva de lucros a realizar devem ser elementos da parcela de patrimônio transferida para a sociedade na qual a reserva será reconstituída.

29. Para evitar confusões conceituais, parece-nos útil reafirmar que, em nossa opinião:

a) o protocolo de incorporação pode estipular que a parcela do patrimônio líquido da incorporada excedente do valor destinado à formação do capital da incorporadora seja, na escrituração desta, classificada como reserva de lucros ou lucros acumulados, desde que tenham igual classificação na escrituração da incorporada;

b) a classificação da incorporadora resultará de ato de vontade das companhias interessadas, no exercício da liberdade de contratar, e não de "sucessão nos saldos das contas da incorporada", como na "incorporação linha por linha";

c) esse tratamento pode ser dado inclusive à reserva de lucros a realizar, desde que os valores que deram origem à sua formação estejam segregados na contabilidade da incorporada;

d) a formação da reserva de lucros a realizar na incorporadora terá por função influir na determinação do dividendo obrigatório da incorporadora, após a incorporação, em benefício de todos os seus acionistas;

e) os acionistas da incorporada não terão qualquer direito, distinto dos acionistas da incorporadora, quanto ao cômputo de reversões da reserva de lucros a realizar na base de cálculo do dividendo obrigatório, pois todos os seus direitos de participação se extinguem juntamente com suas ações e os direitos de participação na incorporadora são aqueles definidos pelo estatuto social desta.

30. Uma das questões da consulta é se o patrimônio líquido da incorporada excedente do valor de capital social for destinado, no protocolo de incorporação, à formação de reserva de capital, esse fato poderá ser considerado realização de reserva de lucros a realizar existente na incorporada e dar origem à obrigação de destinar o seu valor ao pagamento de dividendos aos acionistas da incorporada.

A realização de lucros que deram origem à reserva de lucros a realizar somente ocorre quando os bens do ativo da incorporada que contêm o valor desses lucros são convertidos em dinheiro, ou em outros direitos considerados "quase-moeda", e essa conversão somente se dá quando o bem é alienado, ou depreciado, amortizado ou exaurido.

Alienação consiste na transferência da titularidade do bem a outra pessoa jurídica, que sucede o alienante singularmente. A depreciação, amortização e exaustão dá-se mediante registro das respectivas quotas no custo de produção ou nas contas de resultado da companhia.

Nenhum desses fatos ocorre na incorporação, pois -- como já destacado -- a incorporadora sucede universalmente a incorporada, por força de lei, e nesse tipo de sucessão não há alienação nem realização do valor do bem.

RESPOSTA ÀS QUESTÕES DA CONSULTA

31. Com esses fundamentos, assim respondemos às questões da consulta:

1ª) Na projetada incorporação da BETAPAR pela CONSULENTE, as companhias terão liberdade de contratar o regime jurídico a que ficará sujeito, na incorporadora, o patrimônio líquido da incorporada por ela sucedido universalmente, e poderão:

I - destinar todo o patrimônio líquido da incorporada à formação de capital social da incorporadora; ou

II - destinar a parte do patrimônio líquido que exceder do aumento de capital da incorporadora à formação nesta:

a) de reserva de capital, se as ações da incorporadora forem emitidas por preço superior à contribuição para o capital social;

b) de reservas estatutárias de lucro ou de lucros acumulados, até o valor dos saldos dessas contas na incorporada;

c) de reserva de lucros a realizar, desde que estejam segregados no ativo da incorporada os bens que deram origem à formação da reserva na sua escrituração.

2ª) Por efeito da incorporação, extinguir-se-ão **(a)** as ações da BETAPAR, **(b)** os direitos de participação nela incorporados e **(c)** qualquer expectativa de direito dos acionistas da BETAPAR ao recebimento, no futuro, como dividendos, dos valores contabilizados na escrituração desta como reserva de lucros a realizar.

3ª) Como consta da resposta à primeira questão, a parcela do patrimônio líquido da BETAPAR registrada na sua contabilidade como reservas de lucros e lucros acumulados, inclusive reserva de lucros a realizar, pode ser destinada à formação de reserva de capital da

BETABRAS nos termos da alínea "a" do § 1º do artigo 182 da Lei das S.A., como ágio na subscrição de ações desta, se as ações criadas no procedimento de incorporação forem emitidas por preço superior à contribuição para o capital social.

4ª) A formação da reserva de capital na BETABRAS com patrimônio líquido escriturado na BETAPAR com reserva de lucros a realizar não constituirá realização dessa reserva, nem criará para a BETABRAS a obrigação de destinar aquele valor ao pagamento de dividendos aos acionistas da BETAPAR.

5ª) A reserva de capital formada na BETABRAS com a parte do patrimônio líquido da BETAPAR que exceder da destinada à formação do capital social da incorporadora poderá ser destinada, nos termos do item V do artigo 200 da Lei das S.A., ao pagamento de dividendos às ações preferenciais de emissão da BETABRAS que gozem de prioridade na distribuição de dividendo cumulativo, às quais forem atribuídas, no estatuto social, o direito de receber o dividendo cumulativo, no exercício em que o lucro for insuficiente, à conta das reservas de capital.

6ª) Após a incorporação da BETAPAR na CONSULENTE, os antigos acionistas da BETAPAR não poderão exigir da incorporadora o pagamento de dividendos com lucros registrados na reserva de lucros a realizar na BETAPAR, mas terão apenas os direitos atribuídos pelo estatuto da BETABRAS às ações por ela emitidas em substituição das ações extintas da BETAPAR.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 2000