

FABRÍCIA ALCANTARA

**REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL
E DO DIREITO ANTERIOR**

**Trabalho de graduação apresentado como requisito
parcial para conclusão do curso de Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Márcia Carla Pereira Ribeiro

**CURITIBA
AGOSTO DE 2004**

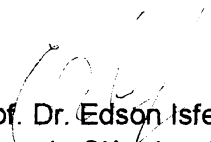
TERMO DE APROVAÇÃO


FABRICIA ALCANTARA

REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA À LUZ DO NOVO CÓDIGO CIVIL E DO DIREITO ANTERIOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no curso de direito, setor de ciências jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof.ª Dr.ª Márcia Carla Pereira Ribeiro
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Dr. Edson Isfer
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.ª Dr.ª Tathyana Sheila Friedrich
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 09 de novembro de 2004.

Aos meus pais, Derci Alcantara e Maria Florentina Alcantara, que, mesmo à distância, fizeram-se sempre presentes no apoio moral, nas lições de vida e no incentivo ao estudo.

Agradeço, em especial, à Mônica Meira, João Adolfo Bibas e João Gilberto Bibas, pela acolhida em sua residência em Curitiba, nesse último ano de faculdade.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA	3
3 AS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS	6
3.1 TRANSFORMAÇÃO	6
3.2 INCORPORAÇÃO	24
3.3 FUSÃO	36
3.4 CISÃO	45
4 PROCEDIMENTO COMUM À INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO	50
5 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DECORRENTES DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA	56
5.1 DOS EFEITOS QUANTO AOS SÓCIOS	56
5.1.1 Direito de Retirada	56
5.1.2 Debenturistas	63
5.2 DOS EFEITOS QUANTO AOS CREDORES	63
5.3 DOS EFEITOS QUANTO AOS TRABALHADORES	71
5.4 DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS	72
5.5 DA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES	78
6 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E A LEI ANTITRUSTE	79
7 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	96

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo das quatro operações de reorganização societária, previstas na Lei das Sociedades Anônimas e no novo Código Civil, quais sejam, a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão. Essas operações mostram-se muito úteis, atualmente, em virtude da conformação do mercado nacional e internacional. Conforme a empresa deseje adaptar sua organização interna a novas necessidades surgidas no desenvolvimento de sua atividade, poderá se valer de uma dessas operações. Pode transformar seu tipo societário para, por exemplo, alterar a responsabilidade de seus sócios, dar maior publicidade aos seus atos ou ter acesso ao mercado de capitais. Pode ainda, incorporar, ser incorporada ou se fundir com outra sociedade, visando formar volumes de capital suficiente para atender à atualização tecnológica, obter um aumento de produção com economia de mão-de-obra, racionalizar a produção, reorganizar as estruturas, aumentar a clientela ou evitar a concorrência. Também pode cindir-se como forma de separar os sócios ou acionistas que não têm mais interesse em continuar trabalhando juntos ou separar as atividades da empresa para determinar um melhor foco nos negócios. Deve, para tanto, observar as regras do novo Código Civil e da Lei das Sociedades Anônimas, a respeito do procedimento dessas operações. E por fim, sujeitar-se à legislação antitruste brasileira, conforme implique concentração de poder econômico.

1 INTRODUÇÃO

Em decorrência do avanço tecnológico e da expansão dos negócios, a realidade atual traz o crescimento das empresas como uma tendência inevitável. É preciso atualizar-se para não ser superado pelas circunstâncias.

A oportunidade da escolha do tema parece evidente: vive-se hoje uma fase intensamente dinâmica nas estruturas das sociedades, que gera repercussões econômicas insuspeitadas com reflexos profundos na ordem jurídica, podendo gerar, em muitos casos, concentração de poder econômico.

As empresas estão passando por grande mutação: algumas se fundem, outras se dividem e muitas entram em novos ramos. Numa realidade em que o capital não tem pátria e o comércio é para todos, é necessário o fortalecimento das empresas nacionais, devendo elas, para sobreviver, buscar mecanismos que possibilitem otimizar seus ganhos, diminuir seus custos e melhorar a qualidade de seus produtos e serviços.

Nesse contexto é de grande utilidade a reorganização societária, através de quatro possíveis modalidades de operações: transformação, incorporação, fusão e cisão. A decisão por uma ou outra dá-se em razão de critérios fáticos, dependendo dos objetivos visados pelas empresas envolvidas.

Em outro enfoque, no entanto, o agigantamento das empresas, recomendável sob o prisma econômico, enseja que se analise a problemática do desvio abusivo do poder econômico e os órgãos incumbidos da fiscalização e controle.

Até a promulgação do novo Código Civil em 2002, as operações de reorganização societária tinham seu tratamento legislativo apenas na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76). A maioria maciça da doutrina já entendia, no entanto, que essas operações se estendiam também às sociedades de pessoas, não tendo aplicação restrita às sociedades por ações. Com a vigência do novo Código, confirmou-se de forma cristalina a aplicação ampla desses institutos. Dessa forma, as disposições da Lei 6.404/76, a respeito dessa matéria, perderam o caráter geral, passando a regulá-la apenas quando envolver sociedades anônimas.

Neste trabalho, na etapa inicial, tratar-se-á, individualmente, das quatro operações de reorganização societária. Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão serão analisadas, nessa ordem, por ser a adotada pela legislação pátria,

indicando em cada uma delas a sua definição, finalidade, natureza jurídica, tratamento legislativo, procedimento e alguns aspectos especiais.

Em seguida, o procedimento comum à incorporação, fusão e cisão, previsto pela legislação societária, será objeto de explanação. Posteriormente, adentrar-se-á no aspecto mais importante do presente trabalho, qual seja, a repercussão das operações societárias em relação aos sócios, aos credores e aos trabalhadores das sociedades envolvidas, assim como, em seus encargos tributários e quanto aos consumidores em geral.

À luz das medidas de proteção aos credores e aos acionistas, é que serão aqui estudadas essas operações, em confronto com a agilidade que elas devem ter para serem eficientes.

Por fim, com base na legislação antitruste brasileira, será exposto o mecanismo do fenômeno de concentração de empresas, no aspecto das operações de reorganização societária.

2 REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

O hoje chamado *Direito Societário* sofreu, nas últimas décadas do século XX, notável evolução que o compensou da fase de relativa inércia por que passou no final do medievo e, posteriormente, no período mercantilista. Foi com o capitalismo, a Revolução Industrial e o aparecimento da empresa, que as sociedades apresentaram notável desenvolvimento, com repercussões no plano jurídico, e constantes aperfeiçoamentos que deram flexibilidade e segurança às formas societárias conhecidas.¹

A dinâmica da atividade econômica, principalmente com o advento da globalização, exige que a empresa se atualize constantemente a fim de se manter competitiva. É preciso ter condições para apresentar sempre produtos e serviços da melhor qualidade e preço, que sejam capazes de atender às exigências do mercado, as quais estão sempre sendo renovadas.² Esses fatores fazem com que a empresa, em alguns momentos, veja-se forçada a reestruturar sua forma societária.

São quatro as operações pelas quais as sociedades mudam de tipo, aglutinam-se ou dividem-se, procurando os seus sócios ou acionistas dotá-las do perfil mais adequado à realização dos negócios sociais ou mesmo, ao cumprimento das obrigações tributárias.³

A reestruturação pode se dar pela transformação de um tipo de sociedade em outro, ou pela incorporação, fusão ou cisão.

Quanto à inserção das operações societárias de transformação, incorporação, fusão e cisão no ordenamento jurídico brasileiro, o Código Comercial de 1850 delas não cogitou. A fusão só veio mesmo a ser contemplada no direito comparado a partir do Código Comercial italiano de 1882 e embora já existisse nos usos dos comerciantes, só apareceu no direito interno brasileiro com o Decreto nº 434 de 1891, que se referiu a ela, muito timidamente, nas suas disposições finais como uma operação de constituição de nova sociedade. Mas o referido decreto não aludiu à

¹ BULGARELLI, Waldírio. **Problemas de direito empresarial moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 258-259.

² FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 99.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.217.

incorporação, que era tida como uma das formas pelas quais se manifesta a fusão. A incorporação só se consagrou como instituto autônomo no Decreto-Lei 2.627 de 1940, o qual trouxe também como novidade a operação de transformação. Já a cisão apareceu regulada, pela primeira vez no Brasil, na Lei 6.404 de 1976, embora já fosse conhecida sob o nome de desmembramento na Lei 5.764 de 1971 (Lei das sociedades cooperativas) e utilizada na prática mercantil sob forma de redução de capital, tendo sua primeira alusão feita por Waldemar Ferreira – com o nome de *redução por cissiparidade* – na sua obra "Tratado de Direito Comercial". Hoje as quatro operações são reguladas pela Lei 6.404/76 e pelo Código Civil de 2002.⁴

O Código Civil de 2002, no Livro II da parte Especial, Título II, Capítulo X, regulou nos artigos 1.113 a 1.122, a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão das sociedades. Essa matéria já era tratada pelos artigos 220 a 234 da Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/76, os quais continuam vigentes.

O art. 2.033, nas disposições finais do novo Código Civil, estabeleceu que, salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das fundações, associações e sociedades, assim como sua transformação, incorporação, fusão ou cisão, regem-se, desde logo pelo novo Código.

Assim, os procedimentos de reorganização das empresas que envolverem pelo menos uma sociedade anônima, devem atender à disciplina da Lei das Sociedades Anônimas. E se não houver, na operação, nenhuma sociedade desse tipo, a disciplina é a do Código Civil.⁵

A reestruturação societária pode ser feita em vários tipos de sociedade. No entanto, é evidente que a sociedade anônima, por sua estrutura jurídica e administrativa, é a que se presta melhor aos objetivos da reestruturação, além de permitir o acesso ao mercado de capitais se for uma sociedade aberta.⁶

Para que a operação atinja seus reais objetivos, é necessário se adotar uma série de procedimentos preliminares, que permitam avaliar corretamente a situação das empresas envolvidas na operação. Devem ser elaborados estudos de

⁴ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão na Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 23, 1976. Nova Série. p. 72.

⁵ COELHO, **Manual de direito comercial**. p.217.

⁶ FEBRETTI, *op. cit.*, p. 100.

ordem legal, fiscal, assim como a análise das demonstrações financeiras, para avaliar de forma completa os riscos do negócio.

Waldírio Bulgarelli expõe o rol de fatores determinantes da fusão e da incorporação, o qual não varia em regra entre os demais autores. São eles: a) intento de racionalizar a produção; b) adotar os progressos tecnológicos; c) reorganizar as estruturas; e d) evitar a concorrência.⁷

Nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba: "A incorporação, a fusão e a cisão desempenham destacado papel como técnicas de reorganização empresarial, servindo as duas primeiras à concentração e a última à desconcentração societária."⁸

Dessa forma, como esses eventos de reorganização societária podem visar também à concentração de poder econômico, principalmente a fusão e a incorporação, necessitam passar pelo exame e aprovação dos órgãos públicos de defesa da ordem econômica, como será exposto em capítulo próprio.

⁷ BULGARELLI, Waldírio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 27.

⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 440.

3 AS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

3.1 TRANSFORMAÇÃO

A própria dinâmica comercial impõe diversas modificações às sociedades mercantis, que podem decorrer da conveniência dos sócios, da necessidade de angariar mais recursos (quando uma sociedade limitada se transforma em sociedade anônima), da pretensão do sócio de exonerar seus bens particulares, quando, por exemplo, um sócio solidário comandita-se (quando uma sociedade em nome coletivo se transforma em sociedade em comandita); ou ainda, podem decorrer de imperativo legal, como no caso em que um dos integrantes das chamadas sociedades de pessoas vem a falecer.⁹

Há determinadas modificações que repercutem amplamente na vida da sociedade. Dentre estas, merece especial relevo, a operação de transformação.

Transformação é a mudança do tipo da sociedade empresária. É o processo mediante o qual uma sociedade passa de um tipo societário a outro, sem implicar sua dissolução ou liquidação. Como enfatiza o art. 220 da Lei das Sociedades Anônimas: “A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independente de dissolução e liquidação, de um tipo para o outro”.

A transformação da sociedade torna possível, com a modificação do ato constitutivo, imprimir-lhe outra tipicidade. Opera-se como que uma metamorfose. Muda as características da sociedade, mas não a sua individualidade, mantendo-se íntegros a pessoa jurídica, o quadro de sócios, o patrimônio, os créditos e os débitos.

Carvalho de Mendonça, na primeira metade do séc XX, já bem alertou que não importam em transformação a retirada de sócios, a entrada de novos, o aumento ou redução do capital social, o espaçamento da duração da sociedade, a mudança da denominação, etc.¹⁰ Todos esses eventos trazem a alteração do contrato ou

⁹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

¹⁰ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. p. 64.

estatuto da sociedade, mas não a transformação, a qual não se dá sem a passagem da sociedade de um tipo jurídico determinado para o outro.

A matéria era tratada no Decreto-Lei n. 2.627 de 1940 (antiga Lei das Sociedades Anônimas) em seu art. 149¹¹, cujo texto denotava uma diferença semântica ao se referir a “espécie” e não a “tipo”, como faz a Lei vigente, nº 6.404 de 1976, e o Código Civil de 2002. Ainda, esse Decreto-Lei estabelecia que se obedecesse aos preceitos da Lei das Sociedades Anônimas e não ao regime jurídico do tipo de sociedade que seria adotado, conforme ocorre atualmente.

Modesto Carvalhosa, analisando o diploma, comenta que o parágrafo único do art.149 vocacionava a norma a regular tão somente a transformação de outros tipos societários em companhia e não o inverso também, como a lei vigente contempla.¹²

Na opinião de Miranda Valverde, o mérito do referido preceito seria, tão somente, o de ter ressaltado a necessidade de procedimentos prévios de dissolução e liquidação, quando da transformação da sociedade.¹³

Atualmente, os diplomas que regem a transformação de sociedades são a Lei das Sociedades Anônimas (arts. 220, 221 e 222) e o Código Civil de 2002 (arts. 1.113, 1.114 e 1.115). No entanto, mesmo antes da vigência do atual Código Civil, a doutrina já vislumbrava a impropriedade da inclusão do instituto da transformação apenas na Lei das Sociedades por Ações e não no Código Comercial. Nesse

¹¹ Decreto-Lei 2.627/1940, Art. 149. “A transformação é a operação pela qual uma sociedade passa, independentemente de dissolução ou liquidação, de uma espécie para outra. Parágrafo único. O ato de transformação de qualquer sociedade em sociedade anônima ou companhia obedecerá ao que estatui esta lei para a constituição das sociedades anônimas ou companhias”.

¹² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4. p. 181.

¹³ VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 3, p. 64. Garrigues, também defendendo a não necessidade de dissolução e liquidação da sociedade na operação de transformação, afirma: “Resultaría extremadamente violento aplicar a los supuestos de transformación la técnica de la disolución de las sociedades y abrir el período de liquidación, cuando es notório que al transformar una sociedad se desea mantener unido el patrimonio social con todos sus elementos (mercancías, clientela, secretos, marcas, patentes, créditos, etc.) para la mejor continuación de la empresa social.” (GARRIGUES, Joaquín; GONZÁLES, Jerónimo; DE LA PLAZA, Manuel; URÍA, Rodrigo; GIMENO, Antonio Rodríguez; PALAO, Juan E.; BUJANDA, Fernando Sáinz. **Reforma de la sociedad anónima**. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 92 e 93).

sentido, Rubens Requião afirma que se trata de um instituto genérico, não exclusivo das sociedades anônimas e, por isso, não deve ter aplicação restrita a esse tipo societário.¹⁴ E, no mesmo sentido, Nelson Abrão, diz ser curioso que entre nós o instituto da transformação não foi objeto de disciplina por parte do Código Comercial, mas sim da Lei das Sociedades Anônimas.¹⁵

O novo Código Civil veio solucionar esse problema, tratando da transformação sem restringi-la a tipos societários específicos. Regulou-a, mas não a definiu. Pode-se dizer então, que apesar da transformação ser instituto de aplicação geral à matéria societária, permanece em vigor a definição contida na lei especial (art. 220 da Lei 6.404/76).

A Lei 6.404 de 1976, segundo Modesto Carvalhosa, utiliza-se de melhor técnica jurídica que o diploma de 1940 ao empregar o termo “tipo” em vez de “espécie”.¹⁶ Miranda Valverde empregava essas duas expressões (tipo e espécie), juntamente com uma terceira (forma), indistintamente.¹⁷ Assim como Carvalho de Mendonça, que as utilizou conjuntamente em seu conceito de transformação.¹⁸ No entanto, Waldírio Bulgarelli, ressalta a importância dessa questão terminológica, afirmando que diversas legislações proíbem a transformação de uma sociedade em outra “espécie”, como no caso das cooperativas, mas admitem a transformação em outros “tipos”, daí a necessidade de se empregar essas expressões corretamente.¹⁹

A doutrina define a transformação de modo bastante uniforme. Para Fran Martins a transformação é “a operação pela qual a sociedade, sem se dissolver ou liquidar o seu patrimônio, modifica o seu tipo social, de acordo com o cumprimento de determinadas regras”²⁰. Waldírio Bulgarelli entende que se trata de “mecanismo

¹⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 213.

¹⁵ ABRÃO, Nelson. **Transformação da S.A. em sociedade por quotas de responsabilidade Ltda**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 89.

¹⁶ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 182.

¹⁷ VALVERDE, *op. cit.*, p. 66.

¹⁸ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 64. “(...) transformação, no sistema legal, se não dá sem a passagem da sociedade de uma espécie ou tipo jurídico determinado para outra espécie ou tipo.”

¹⁹ BULGARELLI, Waldírio, . **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4, p. 115.

²⁰ MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3, p. 93.

jurídico de natureza societária que permite a mudança do tipo de uma sociedade para outro, sem dissolução nem liquidação”²¹. Campos Batalha a visualiza como a “modificação de forma societária, com persistência da personalidade jurídica”²². Fabio Ulhoa Coelho sucintamente diz: “é a operação de mudança de tipo societário”. E numa minoria dentre os doutrinadores pesquisados, Amador Paes de Almeida define a transformação como “um processo mediante o qual uma sociedade passa de uma *espécie* a outra”²³.

O fundamento do instituto da transformação exprime-se em dois princípios: a liberdade contratual e a segurança jurídica dos sócios quanto às bases do contrato social que firmaram, salvo se tiverem previamente manifestado sua concordância à futura alteração dessas bases, reservando-se o direito de retirada no momento de sua efetivação.

Quanto às funções da transformação do tipo societário, Cunha Peixoto afirma que as modificações de forma são freqüentes e ocasionadas pela experiência, expansão ou contração dos negócios e as vicissitudes sofridas pessoalmente pelos sócios.²⁴ Valverde complementa dizendo que a transformação dá a flexibilidade necessária para que a sociedade possa adaptar sua existência às mutáveis exigências da livre concorrência e dos interesses pessoais dos sócios.²⁵

Na doutrina estrangeira, Garrigues e Uría, expõem os critérios internos e externos de conveniência da transformação. Afirmam que a transformação da sociedade é um fenômeno muito freqüente que obedece a uma série de razões de índole essencialmente econômica, sendo que em alguns casos a sociedades muda de forma impelida pela necessidade de adaptar sua organização interna a novas necessidades surgidas no desenvolvimento da empresa social, em um lógico processo de reajuste indispensável para a boa marcha desta e, em outros, é a

²¹ BULGARELLI, op. cit., p. 114.

²² BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 3, p. 1045.

²³ ALMEIDA, op. cit., p. 65. (grifo nosso).

²⁴ PEIXOTO, Cunha. **Sociedades por ações**. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 4, p. 1.

²⁵ VALVERDE, op. cit., p. 69.

pressão fiscal que aconselha a mudança de forma, buscando as que estão menos gravadas por impostos.²⁶

A transformação, como negócio jurídico voluntário, visa, no plano interno, a composição dos interesses dos sócios que não mais se coadunam com o tipo atual e, no plano externo, a atender aos critérios de conveniência relativos a questões de publicidade e de acesso ao mercado de capitais. Modesto Carvalhosa diz que se trata de “negócio jurídico de natureza voluntária resultante da vontade unânime dos sócios ou acionistas, atual ou anteriormente manifestada (estatuto ou contrato social). Pode ainda independe da vontade dos sócios, sendo imposta por lei especial”.²⁷

Quando involuntária, a transformação não se dá pela vontade dos sócios, mas por imposição legal, que ocorre nos casos de exercício de atividade empresarial sujeita à fiscalização ou objeto de concessão ou permissão do Poder público.

Um exemplo de transformação societária involuntária imposta por lei especial é a decorrente do art. 25 da Lei n. 4.595 de 1964 que teve sua redação dada pela Lei n. 5.710 de 1971, a partir da qual todas as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, foram obrigadas a transformar-se em sociedade anônima.²⁸ O fundamento para tal exigência é o regime de publicidade a que se submetem as companhias, juntamente com os procedimentos de auditoria e publicação periódica de balanços e balancetes (art. 289 da Lei 6.404/1976).

Ainda como exemplo de transformação involuntária, podem-se citar as resoluções específicas das instituições financeiras emitidas pelo Conselho Monetário Nacional, como as que estabelecem que Bancos de Investimento, Bancos de Desenvolvimento, Sociedades de Crédito Imobiliário e Sociedades de Arrendamento

²⁶ GARRIGUES, Joaquin; URÍA, Rodrigo. **Comentários a la Ley de Sociedades Anónimas**. Madrid: Imprenta Garrigues, 1976. v. 2, p. 685. “La transformación de la sociedad es un fenómeno muy frecuente que obedece a una serie de razones de índole esencialmente económica. Unas veces la sociedad cambia de forma impelida por la necesidad de adaptar su organización interna a necesidades nuevas surgidas en el desarrollo de la empresa social, en un lógico proceso de reajuste indispensable para la buena marcha de ésta; otras, es la presión fiscal la que aconseja el cambio de forma, buscando las que estén menos gravadas por el impuesto”.

²⁷ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 184.

²⁸ Art. 25 da Lei 5.710/1971 - “As instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima, devendo a totalidade de seu capital com direito a voto ser representada por ações nominativas”. Esta lei foi totalmente revogada, mas há consenso, atualmente, de que o dispositivo permanece em vigor, já havendo inclusive, manifestação do DENOR a respeito.

Mercantil devem assumir exclusivamente a forma de sociedade anônima (Resoluções n. 18, n. 394, n. 20 e n. 2.309); Sociedades Corretoras de Títulos e Valores Mobiliários, Sociedades Corretoras de Câmbio e Sociedades Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários podem se constituir sob a forma de sociedade anônima ou limitada (Resolução n. 1.656, n. 1.770 e n. 1.120); e Bancos Cooperativos devem assumir a forma de sociedades anônimas fechadas (Resolução n. 2.193).

Na transformação permanece a mesma pessoa jurídica, todavia submetida ao novo regime do tipo societário adotado.²⁹ Alteram-se apenas os atos constitutivos da sociedade, extinguem-se os atos anteriores e substituem-se por outros, afetando o grau de responsabilidade de seus sócios entre si e em relação à sociedade.

Osmar Brina Corrêa Lima, a respeito da personalidade jurídica das sociedades, afirma:

Quando o Código Civil atribui personalidade jurídica às sociedades, ele enxerga a casca, a "fôrma" ou a forma: sociedade anônima, sociedade por cotas de responsabilidade limitada etc. Mas a verdadeira pessoa jurídica, viva e material, acha-se escondida por detrás dessas expressões. O corpo e o espírito da sociedade empresarial continuam os mesmos (...) Por detrás do rótulo e atrás da firma ou da denominação vamos encontrar, pulsando, a empresa, entidade econômica de capital e de trabalho, organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviços.³⁰

Só se pode falar em transformação quando a sociedade mantém a sua personalidade jurídica, mas sob outro tipo societário. Sérgio Campinho diz que ela representa mera mutação na sua roupagem, permanecendo o mesmo sujeito de direito coletivo anterior à operação.³¹ Entretanto, Modesto Carvalhosa afirma que a personalidade jurídica permanece, sendo que a empresa não se reveste apenas de outra forma, mas também de conteúdo jurídico substancialmente diverso quanto às

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 480.

³⁰ LIMA, Oscar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 431-432.

³¹ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291.

relações internas - dos sócios - e externas - referentes aos credores, Poder Público e mercado de capitais.³²

Assim, como não há nem dissolução nem liquidação na transformação, a personalidade jurídica permanece, revestindo-se de outra forma e com conteúdo jurídico diferente quanto às relações internas e externas. Não é, portanto, “mero passe de mágica”, restrito à forma de que se reveste a empresa.

Não ocorre o fenômeno da sucessão, pois que ninguém pode ser sucessor de si próprio. Há a continuação do organismo social precedente, ou seja, continuação da relação originária. Não se produz alteração subjetiva, mas apenas a alteração da qualificação jurídica (tipo) de sua estrutura.³³

Um exemplo dessa operação é o da sociedade anônima que se torna sociedade limitada, ou da limitada que se torna anônima. Uma sociedade limitada que pretenda financiar a ampliação da empresa, só poderá emitir debêntures no mercado de capitais, se for transformada em sociedade anônima antes de pleitear o registro da emissão na Comissão de Valores Mobiliários. Também pode ocorrer o inverso: quando uma companhia fechada precisar cortar custos de manutenção, por exemplo, custos com o funcionamento dos órgãos, com registros de atos, etc., como solução poderá se transformar em uma sociedade limitada.

Há casos em que a sociedade se retrai para fugir da imposição da lei societária de fazer publicações periódicas, visto que isso expõe demasiadamente as suas operações e o seu patrimônio. Foi o que aconteceu na década de 80 e 90 com inúmeras companhias nacionais e multinacionais de grande porte e de alta relevância empresarial, que optaram pela forma limitada. Por outro lado, há as sociedades limitadas que desejam a “exposure”³⁴ de suas operações e de seu patrimônio, justamente como forma de ter acesso ao mercado de capitais para captação de recursos em emissões de ações ou debêntures.³⁵

³² CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13, p. 495.

³³ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 185.

³⁴ Corresponde a “full disclosure” mencionada por Jair Lima GEVAERD FILHO, que consiste na publicidade material e efetivamente ampla das operações e patrimônio da sociedade (**Direito societário: teoria e prática da função.** Curitiba: Gênese, 2001. v. 2, p. 481.

³⁵ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 184.

Os efeitos da transformação constituem tema muito relevante, visto que ela leva à alteração da organização social existente. Alteram-se os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos sócios.

Tal operação importa na extinção dos atos constitutivos anteriores para criação de um novo ato constitutivo, de natureza estatutária ou não. Ainda, são afetadas as participações de capital dos sócios, conforme venha a ser o tipo da sociedade transformada, e também, os direitos políticos dos sócios, os quais se manifestarão por procedimentos diferentes e com efeitos outros na formação da vontade social.

Por outro lado, não implica modificação das relações da sociedade transformada com terceiros, seus empregados e o Poder Público.

O empregador continuará sendo o mesmo no caso da sociedade ter passado por uma transformação e os direitos dos empregados continuam assegurados (art. 10 e art. 448 da CLT). Quanto ao Fisco, também não há sucessão, devendo ser pagos os tributos pela sociedade transformada (art. 132 do CTN).

Não haverá, com efeito, nenhuma alteração patrimonial na sociedade transformada. Os balanços, anterior e posterior à transformação, devem refletir as mesmas alterações patrimoniais.³⁶ Não há necessidade de reavaliar o patrimônio da sociedade, bem como, não ocorre transferência de bens, em função da pessoa jurídica continuar a mesma. Apenas cumpre promover, nos registros de propriedade, uma mera averbação do novo nome da sociedade.

São quatro as características essenciais da transformação vistas aqui: a) mudança da estrutura jurídica, ou seja, de um dos tipos de sociedade para outro daqueles tipificados; b) permanência existencial de fato e de direito; c) manutenção dos vínculos contratuais e societários; d) integridade e consistência patrimonial.

Quanto à aplicação do instituto da transformação, Modesto Carvalhosa afirma que se aplica aos tipos de sociedades comerciais com personalidade jurídica, reguladas pelo Código Civil de 2002 e pela lei societária em vigor, quais sejam: sociedade simples (art. 997 e s. do CC); sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 e s. do CC); sociedade em comandita simples (arts. 1.045 e s. do CC); sociedade

³⁶ CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, p. 192.

limitada (arts. 1.052 e s. do CC); sociedade anônima (Lei 6.404/76) e sociedade em comandita por ações (art. 280 da Lei 6.404 de 1976).³⁷

O campo de aplicação da transformação é restrito. Não se pode estender a outros tipos de associação, como por exemplo, às cooperativas de qualquer espécie (produção, consumo, crédito, etc. – Lei 5.764 de 1971; arts. 1.093 e s. do CC); às sociedades de crédito imobiliário (Lei 4.380 de 1964) ou às fundações (art. 62 do CC).

No sistema jurídico brasileiro, todas as sociedades com personalidade jurídica previstas no Código Civil e nas leis especiais, podem se transformar nos tipos societários comerciais. Não há qualquer restrição, bastando que a sociedade se identifique como pessoa jurídica. No entanto, a transformação é afastada quando a lei impõe um tipo específico de sociedade para o exercício de certa atividade (instituições financeiras somente podem adotar a forma de sociedade anônima), ou ainda, quando não é possível preencher as exigências do tipo que a sociedade pretende adotar (a companhia aberta, por exemplo, deve primeiramente fechar seu capital para poder se transformar em sociedade limitada).³⁸

A sociedade em conta de participação (arts. 991 e s. do CC) não pode ser objeto de transformação, visto que, mesmo sendo uma sociedade comercial, não possui personalidade jurídica por não apresentar patrimônio próprio. A sua transformação em sociedade personificada não ocorre, em última análise, porque exige a constituição da sociedade que até então não existe.³⁹

Em face desse mesmo princípio da inexistência de patrimônio próprio, também às empresas individuais não se aplica esse instituto, visto que são apenas patrimônios individuais reservados para o exercício de atividades mercantis e não, um tipo societário transformável. O empresário individual, como não tem condições de se transformar em sociedade, poderá apenas liquidar seu negócio pessoal e juntar-se a terceiros, se quiser constituir uma sociedade.⁴⁰

³⁷ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 189. Ainda, a respeito das sociedades de capital autorizado e das sociedades de economia mista, o autor diz que não são tipos autônomos e sim, espécies de um mesmo tipo societário – a companhia.

³⁸ GOLÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 6, tomo II, no prelo.

³⁹ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁴⁰ BORBA, op. cit., p. 438.

Em virtude da ausência de estrutura societária, também não cabe transformar fundação ou autarquia em sociedade, estando igualmente vedada a operação inversa.

Para Carvalhosa, também não podem beneficiar-se desse instituto as sociedades irregulares ou de fato, em virtude de não preencherem o requisito de definição do tipo societário.⁴¹

A respeito da sociedade simples (inovação do Código Civil de 2002), Assis Gonçalves Neto diz que ela pode se transformar em sociedade empresária ou em sociedade cooperativa, desde que obedeça aos preceitos reguladores da constituição do tipo em que se vai transformar (art. 1.113 CC) e da inscrição, em se tratando de sociedade rural (art. 984 CC).⁴²

A sociedade civil, prevista no Código Civil de 1916, deve se transformar em sociedade empresária ou em sociedade simples, conforme seu objeto seja ou não atividade própria de empresário sujeito a registro, dentro do período de dois anos a contar da vigência do Código Civil de 2002, nos termos do seu art. 2.031. Ao se transformar em sociedade empresária, subordinar-se-ão, no que for aplicável, às normas sobre a transformação (art. 1.113 a 1.115). Caso não seja efetuada a operação nesse prazo, a sociedade, se tiver de fazer inscrição em registro diverso, ficará irregular e será reputada uma sociedade “em comum” enquanto não o realizar (art. 986 e seguintes).⁴³

Quanto à cooperativa, Assis Gonçalves diz que pode se transformar em outra cooperativa ou em uma sociedade não cooperativa, não implicando sua extinção, mas mudança de objeto e/ou de regime jurídico. A transformação está prevista, impropriamente, como hipótese de dissolução no art. 63, inc. IV da Lei 5.764 de 1971, lei de regência das cooperativas.⁴⁴

Quanto às mudanças no interior do próprio tipo societário, que não lhe afetam a essência, não configuram uma operação de transformação. Assis Gonçalves afirma, nesse contexto, que nem a privatização de uma empresa de

⁴¹ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 190.

⁴² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 141.

⁴³ *Ibid.*, p. 142

⁴⁴ *Ibid.*, p. 157.

economia mista, nem a mudança de classe (sociedade fechada para sociedade aberta e vice-versa) dentro do mesmo tipo, caracterizam uma transformação.⁴⁵

Carvalho de Mendonça faz distinção entre transformação pura ou simples e transformação constitutiva.⁴⁶ Pela primeira, entende a transformação que é mera execução de cláusula contratual, quando o contrato social ou o estatuto a autorizam, conservando os mesmos elementos, o mesmo objeto, o mesmo capital e os mesmos sócios. Neste caso a pessoa jurídica subsiste, só se alterando a sua forma. Já, na segunda modalidade, a transformação não é autorizada pelo contrato ou pelo estatuto e ocorre quando os sócios aproveitam o negócio de transformação para aumentar o capital social, ampliar ou restringir o objeto social, admitir novos sócios ou a retirada de alguns deles, enfim, alterar elementos essenciais da empresa, importando a constituição de uma nova sociedade.

Há grande discussão doutrinária sobre os efeitos e a natureza da transformação. Miranda Valverde entende que na transformação pura e simples não há transmissão de bens e valores de um patrimônio para o outro, de uma pessoa jurídica para outra, enquanto que na transformação constitutiva haveria essa transmissão, porque os bens passam para a nova pessoa jurídica. Na sua opinião:

A conservação da personalidade jurídica na passagem de um tipo para o outro de sociedade não significa, pois, a permanência da mesma pessoa jurídica. Resulta do processo mesmo da transformação, que consiste, justamente, na passagem, sem estado intermediário, de um tipo de pessoa jurídica para outro. A pessoa jurídica anterior subsiste até o momento em que se transforma ou se metamorfoseia em outra pessoa jurídica.⁴⁷

No mesmo sentido de Miranda Valverde, Fran Martins admite indiretamente a criação de nova pessoa jurídica: "(...) durante um certo lapso de tempo,

⁴⁵ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁴⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 64 e 65. Nesse sentido expõe: "Se a transformação é autorizada pelo contrato social ou pelos estatutos, conservando os mesmos elementos (...). Neste caso a pessoa jurídica permanece (...), não se altera o fundo, mas simplesmente a forma. Dá-se aqui a transformação que se denomina pura ou simples. Se, porém, a transformação não é autorizada pelo contrato primordial ou pelos estatutos, importa a constituição de nova sociedade. Para esse fim é essencial o consentimento expresso de todos os sócios. Essa transformação é chamada constitutiva. Outrossim, existe nova sociedade se, não obstante autorizada a transformação pelo contrato social ou pelos estatutos, se adicionam elementos novos, como se se muda o objeto ou se aumenta o capital."

⁴⁷ VALVERDE, op. cit. p.68.

permanece a pessoa jurídica da sociedade transformada ao lado da pessoa jurídica da sociedade nova⁴⁸.

Na realidade, essa distinção entre transformação simples e constitutiva não subsiste. Contra ela se insurge a maioria maciça dos juristas, dentre os quais, cumpre destacar os ensinamentos de Waldírio Bulgarelli: "(...) a doutrina brasileira mais atual propende, considerando a transformação como mera alteração contratual, em reconhecer a continuidade da sociedade que se modificou, mantendo a mesma personalidade jurídica adquirida."⁴⁹

Para firmar esse entendimento, pode-se citar o acórdão na Apelação Cível nº 101.142-2 (TJSP, 24-06-1985), em votação unânime: "(...) Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes."⁵⁰

Portanto, a transformação modifica a estrutura e as regras aplicáveis à sociedade transformada sem afetar sua existência. A sociedade é a mesma, continua viva, com a mesma personalidade jurídica.⁵¹

Quanto à natureza jurídica da transformação, Assis Gonçalves diz que essa operação se assemelha ao ato constitutivo, com a diferença de não criar nenhuma nova pessoa jurídica. Nessa conformação, assume a feição de um contrato plurilateral celebrado entre os sócios para adoção de nova organização (contrato-organização). Contrato este que se forma pela vontade dos que manifestaram sua vontade em adotar o novo tipo, expressamente, ao aprovarem a operação, ou tacitamente, ao não recusarem sua sujeição a ele.⁵²

O parágrafo único do art. 220 da Lei das S.A. dispõe que, quando da transformação, devem ser observados os preceitos reguladores da constituição e inscrição de sociedades, aplicáveis ao novo tipo societário. Esse dispositivo faz com

⁴⁸ MARTINS, op. cit., p. 95.

⁴⁹ BULGARELLI, op. cit., p. 118.

⁵⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo – 19ª Câmara Civil - Apelação Cível nº 101.142-2 – Relator Des. Mohamed Amaro - acórdão publicado em 24-06-1985. RT, 608:76.

⁵¹ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁵² *Ibid.*, no prelo.

que a sociedade se submeta às regras relativas à elaboração do contrato ou estatuto social do tipo societário em que irá se transformar. Joaquin Garrigues⁵³ afirma que essa exigência é indispensável para evitar que a operação de transformação seja utilizada como meio indireto de constituir sociedades sem cumprir exatamente todos os requisitos exigidos pela lei. Far-se-á, contudo, até onde couber.⁵⁴

Na operação de transformação do tipo societário, é requisito fundamental, o consentimento unânime dos seus membros, inclusive dos titulares de ações preferenciais sem direito a voto. Em outras palavras, pode-se dizer que a sociedade não pode ser transformada por ato assinado apenas pela maioria societária.

A lei, ao dispor dessa maneira, defende o interesse do sócio em continuar tendo seus direitos societários regidos pelas mesmas normas do momento de sua adesão ao negócio.⁵⁵ A exigência de unanimidade para realização da transformação se justifica em função das profundas alterações que poderão resultar na responsabilidade dos sócios.⁵⁶ Está explícita na lei como forma de garantir o princípio da segurança jurídica dos sócios.

A unanimidade a que se refere a lei é a dos sócios representantes da totalidade do capital social da empresa, e não a dos sócios presentes aos atos constitutivos da nova forma social. Porque, se assim fosse, prevaleceria o princípio majoritário, mesmo que unanimemente manifestado.⁵⁷ E a transformação não se

⁵³ GARRIGUES et al., **Reforma de la sociedad anónima**, p. 90. "Exigencia ésta indispensable para evitar que el procedimiento de transformación fuese utilizado como medio indirecto de constituir sociedades anónimas sin cumplir estrictamente todos aquellos requisitos que para la fundación de estas sociedades exige el Anteproyecto."

⁵⁴ Na transformação de limitada em anônima, por exemplo, as regras sobre subscrição e integralização não serão aplicadas, à medida que o capital já estará integralizado.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2. p.481.

⁵⁶ Os acionistas da sociedade anônima têm apenas a responsabilidade de integralizar a parcela do capital social que subscreveram (art. 1º da Lei 6.404/76). O sócio da sociedade simples tem responsabilidade *ilimitada ou limitada conforme o contrato social* (art. 997 do CC). Os sócios da sociedade em nome coletivo tem responsabilidade solidária e ilimitada (art. 1.039). Os sócios comanditados da sociedade em comandita por ações ou comandita simples têm responsabilidade solidária e ilimitada, enquanto os comanditários respondem apenas pela integralização de suas cotas ou ações (arts. 1.045 e 1.052 do CC e art. 281da Lei 6.404/76). CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 492-493.

⁵⁷ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 198.

compadece com o princípio da liberdade contratual de natureza intrinsecamente majoritária.

A unanimidade só é dispensada se o ato constitutivo (estatuto ou contrato social) prever a possibilidade de transformação de tipo societário pela vontade apenas da maioria dos sócios ou acionistas com direito a voto, na forma do que dispõe o art. 221 da Lei de Sociedades Anônimas: “A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo se prevista no estatuto ou no contrato social...”.

No entanto, se o contrato ou estatuto social não contiver cláusula permissiva da transformação por deliberação majoritária, a alteração que a inserir deve ser tomada por unanimidade, porque, do contrário, a exigência de unanimidade seria afastada por dupla deliberação majoritária (uma para inserir a cláusula e outra para realizar a operação). Nesse sentido, as palavras de Assis Gonçalves: “O pressuposto do consentimento individual do sócio quanto à modificação do tipo societário é inafastável e não pode, por via oblíqua, ser contornado: ou ele se dá no momento da operação ou antes dela, mas sua anuência expressa tem que ser dada sempre...”.⁵⁸ Ainda, não é suficiente que exista uma cláusula que permita a transformação da sociedade, é imprescindível que essa cláusula defina os critérios para aprovação da operação, sob pena de se continuar exigindo a unanimidade.

Na continuação do art. 221, evidencia-se que, mesmo que prevista a transformação no estatuto ou contrato, o sócio ou acionista dissidente tem o direito de retirar-se da sociedade: “...caso em que o sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade”.

Ademais, dispõe o art. 1.114 do Código Civil: “A transformação depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, caso em que o dissidente poderá retirar-se da sociedade, aplicando-se, no silêncio do estatuto ou contrato social, o disposto no art. 1.031.”

O dispositivo mencionado (art. 1.031) cuida da forma de liquidação da quota do sócio que se retira da sociedade. Assim, o sócio poderá se retirar da sociedade, mediante o reembolso de seus haveres. No universo das limitadas, essa é uma das hipóteses especiais de recesso, prevista no art. 1.077 CC, visto que

⁵⁸ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

implicará modificação do contrato social, devendo o sócio observar o prazo previsto para o exercício de seu direito.

Para a transformação da sociedade limitada em sociedade anônima, os sócios da limitada devem realizar uma assembléia de fundação, lavrando a respectiva ata, ou assinar escritura de constituição perante o tabelião. Para a transformação da anônima em limitada, os acionistas por sua vez, devem assinar o contrato social.

Segundo Waldirio Bulgarelli, a convocação para as assembléias gerais das sociedades anônimas revestiu-se de grande importância, na medida que este tipo de sociedade foi concebido para um grande número de associados. Mas, nas companhias com pequeno número de acionistas, a exigência da convocatória específica sofreu abrandamentos. A *praxis* societária havia imposto, com o Decreto-lei 2.627/40, a dispensa de convocação nas sociedades anônimas quando comparecesse a unanimidade dos acionistas, que veio a ser referendada pela atual Lei 6.404/76 no art. 124, §4º.

Nas palavras de Bulgarelli⁵⁹:

Ora, se isso ocorre nas sociedades anônimas em que a convocatória se tornara formalidade indispensável para a validade das assembléias gerais, nas sociedades por cotas, tipo societário concebido inicialmente, para pequeno número de sócios, nunca se cogitou de sua exigibilidade. (...) Não havendo como se viu obrigatoriedade legal ou contratual de convocação de todos os sócios, em casos em que a maioria tem poderes para deliberar e não tendo sido ferido o direito de recesso, pode-se responder que a ausência de convocação formal de todos os sócios não é motivo para invalidar a transformação.

Assim, a *praxis* atual na sociedade limitada é a da não convocação formal, salvo nos raros casos em que o contrato social dispõe a respeito, não só pelo silêncio da lei, nem pela existência de pequeno grupo de sócios, mas também pela posição dominante atribuída à maioria na decisão dos negócios sociais.⁶⁰

⁵⁹ BULGARELLI, *Problemas de direito empresarial moderno*, p. 262-263.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 262.

Já, para Bulhões Pedreira⁶¹, a Assembléia Geral de Transformação de qualquer sociedade em companhia deve observar o disposto nos artigos 86 e 87 da Lei 6.404/76 sobre Assembléia de Constituição. Aparece aí o requisito de convocação da assembléia geral mediante anúncio a todos os sócios. A lei dispensa somente a convocação se presentes todos os que tenham direito a participar da assembléia. É nula, portanto, a assembléia de transformação em companhia sem a presença de todos os sócios da sociedade a transformar que não tenha sido convocada e instalada nos termos da lei.

A deliberação dos sócios em caso de transformação era tratada de forma praticamente idêntica no Decreto-Lei 2.627 de 1940, com apenas duas diferenças: o art. 150 estabelecia a forma de reembolso e não previa a renúncia ao direito de retirada. Como se pode ver da sua redação: “A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, salvo se prevista no ato constitutivo ou nos estatutos. Mas, o sócio que com ela não concordar, poderá retirar-se da sociedade, recebendo os seus haveres de acordo com o último balanço ou na forma estabelecida no ato constitutivo ou nos estatutos.”

O art. 221 da vigente Lei das S.A. não estabelece regra especial para o reembolso. Aplica-se então, o art. 45 dessa lei, com a nova redação dada pela Lei nº 9.457 de 1997.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 221 mencionado, previu a renúncia ao direito de retirada, inovando em relação à lei anterior nº 2.627 de 1940.

Quanto ao registro da empresa transformada, este tem exigido o arquivamento de um ato que marque a finalização do tipo anterior, qual seja, a alteração contratual ou a ata da assembléia geral.⁶² Não basta, portanto, a simples alteração da inscrição da empresa. E ainda, se a transformação for para sociedade anônima, hão também de ser feitas as publicações de estilo.

Questiona-se se o registro próprio do tipo societário em que se transformou a pessoa jurídica anula o seu registro anterior. Evidentemente que não há nenhuma anulação ou extinção do arquivamento dos atos constitutivos e subseqüentes,

⁶¹ LAMY Filho, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das SA**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 661.

⁶² Trata-se de uma exigência sem nenhum fundamento legal, nem sentido lógico, na opinião de Fábio Ulhoa Coelho. COELHO, **Curso de direito comercial**, p. 482.

anteriores à transformação. Isso porque nenhum registro público é anulado ou extinto, a menos que seja por defeito jurídico ou por ordem judicial. Trata-se de um novo arquivamento e não de averbação junto do registro anterior. Dessa forma, verificam-se os efeitos dos dois arquivamentos, sendo que os antigos perdem a eficácia, passando a valer apenas o arquivamento dos atos constitutivos do novo tipo societário.

Na transformação de uma sociedade simples em empresária, o instrumento de transformação há de ser arquivado em ambos os registros, operando-se o cancelamento da inscrição junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas e a abertura de uma nova inscrição perante a Junta Comercial da sede da sociedade.⁶³

Os livros comerciais da sociedade não se encerram com a transformação, havendo apenas a necessidade de neles lançar o termo de averbação do novo tipo societário.

Com a realização da operação, também haverá necessidade de adaptar o nome comercial ao novo tipo societário adotado, que se faz pela substituição dos sufixos de identificação impostos pela lei. E segundo Rubens Requião, poderá haver a alteração de todo o nome comercial da sociedade transformada, no âmbito da transformação constitutiva.⁶⁴

Quanto à validade e à eficácia do negócio de transformação, Modesto Carvalhosa expõe que dependem da respectiva validade da vontade dos sócios, haurida em conformidade com o estatuto, contrato social ou lei. Dependem ainda, da obediência a todas as prescrições legais atinentes ao tipo societário adotado, não podendo o contrato ou estatuto conter disposições incompatíveis com o novo modelo, como vestígio do antigo pacto entre os sócios. Ademais, os instrumentos de transformação devem explicitar claramente os aspectos constitutivos da transformação, no caso dela tomar essa feição, como por exemplo, aumento de capital, alteração de objeto, mudança no quadro social, etc.⁶⁵

⁶³ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁶⁴ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁵ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 196.

Por fim, os atos constitutivos do novo tipo societário devem declarar também, a permanência da identidade da pessoa jurídica e de todas as obrigações e responsabilidades assumidas na antiga forma.

A operação de transformação em nada atinge os direitos dos credores. No entanto, quanto aos sócios, fazem-se necessárias algumas considerações especiais, que serão objeto de capítulo específico sobre o direito de retirada. Em suma, o sócio descontente com a transformação, se previamente autorizada pelo estatuto ou contrato social, poderá exercer o direito de retirada, salvo se tiver renunciado o direito.

Paula Forgioni e Paulo de Lorenzo Messina⁶⁶ compilam alguns julgados a respeito da transformação de sociedades para demonstrar a tendência atual de decisão em determinadas questões polêmicas. Veja a seguir:

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu na Apelação nº 236.838-1/4 de 1995 que basta a verificação do quorum exigido pela lei societária para que a assembléia geral possa deliberar a transformação de S.A. em Ltda.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou, no Recurso Especial nº 35.285-1-RS de 1993, que a transformação de Ltda. em S.A. propicia aos sócios dissidentes da deliberação o direito à dissolução parcial, com o pagamento de seus haveres tal como se dissolução total se tratasse, isto é, mediante apuração dos valores reais de mercado do patrimônio líquido da sociedade. E no Recurso Especial nº 48.205-4-RJ de 1994 não analisou o mérito da decisão do TJ de São Paulo que decidiu ser nula a assembléia de quotistas que deliberou pela transformação de Ltda. em S.A., por não ter havido a regular convocação de todos os sócios.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 079.663.4/2 de 1998, decidiu que não é facultado ao sócio obstar a transformação de Ltda. em S.A. se há cláusula no contrato social que prevê tal possibilidade expressamente. E a circunstância de estar em andamento uma ação de dissolução parcial, por si só, não pode impedir essa transformação.

Classificada como operação de reorganização societária, a transformação aproxima-se da incorporação, fusão e cisão, uma vez que todas essas operações

⁶⁶ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações:** jurisprudência, casos e comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62-63, 492-493.

importam alteração de estrutura societária. No entanto, como já visto, a transformação opera-se em relação a uma única sociedade sem reflexos na sua personalidade jurídica, enquanto as demais envolvem duas ou mais sociedades, que se unem ou que daí resultam, com alterações bem mais acentuadas do que as que se apresentam na transformação, conforme veremos adiante.

3.2 INCORPORAÇÃO

A operação societária de incorporação, assim como a de fusão, é um fenômeno do capitalismo moderno que se baseia, essencialmente, num processo gradativo e inexorável de absorção de pequenas e médias empresas por grupos econômicos ou multinacionais.

Etimologicamente, incorporação significa ação de incorporar, juntar num só corpo, unir, adicionar, no que não se distancia da fusão, que também significa reunião, aliança, mistura.⁶⁷

Juridicamente, porém, a definição de incorporação diferencia-se da definição de fusão, conforme se analisa adiante.

A matéria de incorporação não foi tratada no Código Comercial de 1850, nem no Código Civil de 1916. Só veio a ser disciplinada no Brasil, pelo Decreto-Lei 2.627/40, que foi revogado. E atualmente se aplicam a ela, a Lei 6.404/76 e o Código Civil de 2002.

O art. 227 da Lei 6.404/76 define a incorporação: "A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações".

No mesmo sentido o art. 1.116 do CC expõe: "Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos". Tal conceito é o mesmo daquele enunciado no art. 152 da antiga Lei das Sociedades Anônimas, o Decreto-lei 2.627 de 1940.

A incorporação é, assim, o processo pelo qual uma ou mais sociedades (incorporadas), de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outra sociedade

⁶⁷ ALMEIDA, op. cit., p. 69.

(incorporadora), a qual lhes sucede em todos os direitos e obrigações, sem que se altere a sua identidade. Devendo todas aprovar a operação, consoante as regras próprias dos seus respectivos tipos.⁶⁸

Uma das sociedades subsiste e absorve as demais que se dissolvem, a fim de serem incorporadas. Não há, portanto, a criação de uma sociedade nova, permanecendo a personalidade jurídica da incorporadora intacta. As incorporadas é que serão extintas e deverão ter seus respectivos atos averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Nas palavras de Modesto Carvalhosa: “A incorporação constitui negócio plurilateral que tem como finalidade a integração de patrimônios societários por meio da agregação do patrimônio de uma sociedade em outra com a extinção de uma delas.”⁶⁹ Consubstancia, ao mesmo tempo, ato constitutivo – pela agregação de patrimônios das duas sociedades em uma só – e desconstitutivo – pelo desaparecimento da pessoa jurídica da incorporada.

Waldírio Bulgarelli, analisando a natureza jurídica da fusão e da incorporação societária, explica:

Da sua qualificação como um simples contrato de cessão ou venda da “azienda” ou de um processo simplificado de liquidação, ou como um dos modos de dissolução, passou-se a ver o instituto na sua inteireza, desligando-se da sua filiação aos contratos obrigacionais ou de mero procedimento societário interno, para afirmar-se como um contrato de natureza societária, na esteira da evolução da teoria geral dos contratos e da formulação e desenvolvimento do contrato plurilateral de Ascarelli, sobretudo, como contrato societário, de escopo comum e de organização.⁷⁰

Na realidade a incorporação é um *contrato plurilateral* semelhante ao de constituição da sociedade, porém com particularidades que a distinguem nitidamente dessa figura, visto que não há criação de pessoa jurídica e os sócios não prestam contribuição para a formação da sociedade resultante, mas permitem que o patrimônio das sociedades de que participam sejam reunidos.⁷¹

⁶⁸ CAMPINHO, op. cit., p. 293.

⁶⁹ CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, p. 513.

⁷⁰ BULGARELLI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, p. 35.

⁷¹ GOLÇALVES NETO, *Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro*, no prelo.

Apresentam-se como caracteres essenciais da incorporação: a) a versão do patrimônio da incorporada para incorporadora; b) a sucessão *ope legis*, a título universal, da incorporada pela incorporadora.

A incorporação não se confunde com a incorporação de ações, disciplinada pelo art. 252 da LSA, referente à conversão de sociedade anônima em subsidiária integral. Na incorporação de ações, uma sociedade comercial passa à condição de única acionista de uma companhia, em virtude da transferência de todas as ações dessa companhia para o seu patrimônio. A lei exige, no entanto que essa sociedade comercial, detentora de todo o capital social da anônima, seja uma empresa brasileira.

Como contrato societário, a incorporação também não se confunde com a compra de ativo ou de estabelecimento de comerciante individual, que são apenas institutos semelhantes, denominados de incorporação de empresa individual. Dessa forma, não se pode dizer que há incorporação quando uma empresa individual é absorvida por uma sociedade, visto que naquela não há sociedade nem patrimônio próprio.

Também não se pode confundir a incorporação com a aquisição, por uma sociedade, de todo patrimônio da outra, pois esta, após a alienação de seu patrimônio, não se extingue e seus sócios não se misturam com os da adquirente.⁷²

A incorporação pode abranger as mais diversas espécies de sociedades, de acordo com o art. 223 da Lei das Sociedades Anônimas: “A incorporação, fusão ou cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais”.

Qualquer sociedade pode ser incorporadora ou incorporada, sendo que a dimensão do patrimônio social, a rentabilidade, o número de sócios ou o tipo societário não influem na escolha de qual sociedade é que se deve manter e absorver a outra na junção.⁷³

⁷² GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. A fusão, a incorporação e a cisão na Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 23, p. 79, 1976. Nova Série.

⁷³ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

Quanto aos tipos de sociedade que podem se sujeitar à operação de incorporação, Alfredo de Assis Gonçalves Neto explica que também as sociedades simples, recentemente assim denominadas pelo novo Código Civil, podem incorporar ou ser incorporadas por outra sociedade, simples ou empresária. Deve-se, para isso, observar as normas específicas a respeito (arts. 1.116 a 1.118 CC) e as que regem e continuarão a reger a sociedade incorporadora.⁷⁴

Quanto às cooperativas, elas também podem extinguir-se, independente de dissolução e liquidação, em decorrência de operações de fusão, incorporação e cisão, devendo ser observadas as disposições dos arts. 57 e seguintes da Lei 5.764 de 1971.

Importa frisar que, se a incorporação envolver companhia aberta, as sociedades que a sucederem serão também necessariamente abertas, conforme dispõe o art. 223 §3º da Lei 6.404.⁷⁵

No caso das sociedades estrangeiras, elas podem ser incorporadas por sociedades brasileiras, visto que a sede será no Brasil, o que afasta qualquer objeção ligada a sua condição.⁷⁶

O processo de incorporação está fixado de forma expressa na lei. Os procedimentos, no âmbito das sociedades anônimas, são regulados pelos arts. 223 a 227 da Lei 6.404/76, enquanto os arts. 1.116 a 1.119 do CC/2002 aplicam-se às sociedades reguladas por esse código.

A incorporação deve ser precedida de deliberação da sociedade incorporadora, na forma prevista para alteração dos respectivos contratos sociais ou estatutos. É fundamental então, distinguir as sociedades de capital das sociedades de pessoas.

⁷⁴ GONÇALVES NETO, **Lições de direito societário**, p. 142. Salieta, que no caso de uma sociedade simples ser incorporada por uma sociedade anônima, é a Lei 6.404/76 (das sociedades anônimas) que vai reger a nova empresa.

⁷⁵ A rigor, não há como se falar em “sociedades abertas” no direito brasileiro, mas apenas em “companhias abertas”. Serão abertas conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. Assim, se a sociedade resultante da operação societária não for uma sociedade por ações, será necessariamente uma “sociedade fechada”.

⁷⁶ MAIA, José Mota. **Fusão e incorporação de empresas**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1972. p. 51.

Quanto às sociedades de pessoas, em se tratando de uma sociedade limitada, a reforma do contrato social e a conseqüente incorporação redundarão de deliberação dos sócios na forma prevista no art. 1.076 do Código Civil, qual seja, pelos votos correspondentes a pelo menos 3/4 (três quartos) do capital social. Em se tratando de uma sociedade simples, em nome coletivo ou em comandita simples a deliberação deverá ser unânime no sentido de aprovar a incorporação, nos termos do que afirma o art. 999 do CC, visto que essa operação necessariamente modifica matéria prevista no art. 997 do CC.

Já a sociedade cooperativa deve tomar a deliberação pelo voto de 2/3 dos associados presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim (art. 46, inciso II e parágrafo único da Lei 5.764/71).⁷⁷

Quanto às sociedades de capital, em se tratando de uma sociedade anônima ou uma sociedade em comandita por ações, a deliberação de incorporar-se em outra deverá se dar, em assembléia geral extraordinária, pelo voto de acionistas que representem pelo menos a metade das ações votantes (art. 136 da Lei 6.404/76). Já para se tornarem incorporadoras de outras, basta a deliberação dos acionistas titulares da maioria das ações votantes presentes à assembléia.⁷⁸

Da mesma maneira que os membros da sociedade incorporadora deliberarão a respeito da incorporação, também devem se manifestar os sócios ou acionistas da sociedade ou sociedades a serem incorporadas.

Para as sociedades de pessoas, são os art. 1.117 e 1.118 do Código Civil que regulam o procedimento da incorporação. Determina-se que as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo sejam aprovados por deliberação dos sócios da sociedade incorporada. E, segundo o que afirma Amador Paes de Almeida, é evidente que a deliberação dos sócios das sociedades incorporadas a respeito da incorporação, também será tomada pela maioria.⁷⁹

Quando a incorporação envolver somente sociedades reguladas pelo novo Código Civil de 2002, não será obrigatória a elaboração do protocolo e da justificção, exigidos para as sociedades anônimas. E a vontade social, nessas sociedades,

⁷⁷ GOLÇALVES NETO, *Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro*, no prelo.

⁷⁸ *Ibid.*, no prelo.

⁷⁹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 70.

se manifesta na assembléia ou na reunião dos sócios ou ainda em documento apartado a *latere* do contrato social.⁸⁰

A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo. Compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade ou sociedades a serem incorporadas (art. 1.117 § 2º do Código Civil).⁸¹

A aprovação do projeto de alteração do ato constitutivo não equivale, na opinião de Assis Gonçalves, a uma aprovação definitiva da incorporação, porque deve ser promovida, ainda a avaliação do patrimônio da sociedade a ser incorporada, o que pode alterar completamente as condições em que ela fora planejada. Para evitar esses inconvenientes diz ele que é recomendável que as negociações para a incorporação sejam desenvolvidas em caráter informal e que tudo fique previamente ajustado para que ela se consuma da forma mais concentrada possível, de preferência em um único ato, evitando a realização de várias assembléias formais perfeitamente dispensáveis.⁸²

Para avaliação do patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada, o Código Civil não prevê como proceder, limitando-se a indicar a necessidade de deliberação dos sócios sobre a nomeação de peritos para a avaliação. Mas resta clara a necessidade de que ela seja realizada nos termos e segundo as normas vigentes.⁸³

Quanto aos sócios da sociedade incorporada, também estes deverão deliberar, após tomarem conhecimento dos termos da operação e da decisão havida

⁸⁰ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 519. A propósito desse documento a *latere*, o autor explica que é o único possível no caso das sociedades cuja deliberação não se faz por meio de reunião ou de assembléia de sócios; é utilizado nas sociedades em nome coletivo, nas sociedades simples e nas sociedades em comandita simples.

⁸¹ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo. A respeito da legislação brasileira só exigir a avaliação do patrimônio da sociedade a ser incorporada, o autor afirma: "A não avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporadora, dispensada certamente sob a idéia de a operação nela retratar simples aumento de capital, representa, a meu ver, uma falha na operação, porquanto estão sendo confrontadas grandezas distintas (patrimônio e capital) em detrimento de uma maior transparência de informações para os sócios."

⁸² *Ibid.*, no prelo.

⁸³ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

no âmbito da incorporadora, autorizando os seus administradores a praticar os atos necessários à incorporação.⁸⁴

O negócio de incorporação de sociedade depende, em todas as suas fases, da manifestação dos sócios das sociedades envolvidas, não havendo assim, delegação aos seus órgãos administrativos para aceitar ou não os laudos de avaliação. Somente após ser votada e autorizada a efetivação da operação pelos sócios, é que alguns administradores serão designados para, em nome da sociedade incorporada, comparecer à assembléia geral da incorporadora e subscrever o aumento do capital dela. Este será o último ato de representação orgânica dos administradores da sociedade incorporada, visto que, com a aprovação da subscrição do capital da incorporadora, estará automaticamente extinta a incorporada.

Faz-se importante comentar aqui, que na fase preliminar da operação, a mera intenção de incorporar e de ser incorporada não vincula as sociedades envolvidas, as quais poderão retratar-se dessa mesma intenção conforme se apresentarem os resultados das avaliações dos peritos.⁸⁵

Atente-se, apenas, para o fato de que, em se efetivando a operação, o acionista da sociedade incorporada não tem legitimidade para contestar a validade da assembléia da sociedade incorporadora que deliberou a incorporação.⁸⁶ O fundamento desse posicionamento é que só ao sócio é dado pedir o desfazimento do ato prejudicial da sociedade e, aquele que não se revestia da condição de acionista à época da assembléia não pode pleitear sua nulidade.

José Mota Maia, sob a vigência da antiga Lei das Sociedades Anônimas, nº 2.627/1940, expôs, resumidamente, o processo de incorporação: na sociedade anônima, os sócios da sociedade incorporadora se reúnem em assembléia geral,

⁸⁴ CAMPINHO, op. cit., p. 294. A esse respeito, diz ainda que o caput do art. 1.117 do CC parece ter erro material, ao se referir à "sociedade incorporada". Na verdade está querendo dizer respeito ao ato constitutivo da incorporadora, porquanto este é que será reformado, uma vez que a incorporada se extingue pela operação. Já o parágrafo primeiro aponta para o entendimento correto. Está em conformidade na opinião do autor, visto que tanto os sócios da incorporada, quanto os sócios da incorporadora, deverão aprovar as condições da operação em todos os seus termos.

⁸⁵ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 517.

⁸⁶ Nesse sentido o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu na Apelação nº 63.787-1 de 1986.

estabelecem as bases da operação e formulam o projeto de estatuto que deverá reger a nova situação; as sociedades que devem ser absorvidas tomam conhecimento dessas bases e do projeto de estatuto e caso os aprovem, autorizam os administradores a praticar todos os atos necessários para efetivar a incorporação, como por exemplo, operar a subscrição de ações correspondentes ao valor do patrimônio líquido da sociedade incorporanda; com isso, a assembléia geral da incorporadora designa peritos para avaliação do patrimônio das sociedades incorporandas; aprova-se o laudo dos peritos e consuma-se a incorporação com o arquivamento e publicidade dos atos.⁸⁷

Note-se a grande semelhança com o procedimento previsto na lei vigente, comentado a seguir. A Lei 6.404/76 manteve o mesmo procedimento da lei 2.627/40 em relação à fusão e à incorporação, eliminando apenas, em relação à incorporação, a assembléia exigida para que a sociedade incorporada se declarasse extinta. Assim, basta apenas que a incorporadora aprove o laudo de avaliação e a incorporação para se extinguir a incorporada.⁸⁸

No âmbito das sociedades anônimas, para que a operação ocorra, deve-se obedecer a certos procedimentos previstos em lei e no estatuto social. A companhia incorporadora deve realizar duas assembléias gerais para que a operação de incorporação chegue a bom termo: a primeira, da qual trata o § 1º do art. 227 da Lei das SAs, para aprovar o protocolo da incorporação e nomear os peritos para avaliarem o patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada; e a segunda, posteriormente, para aprovar o laudo dos peritos e, só aí, se for o caso, aprovar a incorporação.

Assim, contrariamente ao que dispõe o § 1º do art. 227, só deve ser autorizado aumento do capital social nesta última assembléia, e não na primeira, pois o aumento depende do resultado do laudo de avaliação e da aprovação da operação pela sociedade incorporadora, que ainda não se fazem presentes na primeira assembléia. Em virtude disso, Fábio Ulhoa Coelho defende que não deve ser exigido quorum especial para instalação da primeira convocação da assembléia de aprovação do protocolo e nomeação dos peritos. Mas apenas deve ser exigido

⁸⁷ MAIA, op. cit., p. 49.

⁸⁸ BULGARELLI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, p. 216.

um quorum qualificado na primeira convocação da segunda assembléia, de aprovação do laudo dos peritos e da própria incorporação, pois dela sim pode resultar a autorização do aumento do capital da sociedade incorporadora, acarretando modificações no estatuto da companhia.⁸⁹

As duas assembléias da incorporadora podem se resumir em uma única assembléia sempre que os peritos estiverem pré-indicados e já se apresentarem na assembléia com o laudo elaborado.⁹⁰

Frise-se aqui que os motivos determinantes da incorporação são importantes para avaliação da empresa a ser absorvida. Assim, por exemplo, se a incorporação é devida apenas pela intenção de crescer da incorporadora, levará em consideração estritamente os valores que irá agregar e as responsabilidades que irá assumir, em comparação com o que teria de gastar para criar ela própria uma empresa igual à incorporadora. Mas se as razões da incorporação forem de outra natureza, a contrapartida a ser paga às ações dos acionistas da incorporadora pode ser bastante aumentada.⁹¹

Aprovada a operação de incorporação, deve ser providenciado o aumento do capital da incorporadora no valor igual ao patrimônio líquido da incorporada, que será integralizado com a absorção do ativo e passivo da incorporada. Devem ser emitidas novas ações correspondentes a esse aumento do capital, procedendo-se sua distribuição gratuita aos acionistas, na forma determinada na assembléia que aprovou a incorporação, sendo que as ações ou quotas da incorporada são extintas e substituídas pelas novas emitidas pela incorporadora.⁹²

O ato declaratório de absorção importa na criação de novos vínculos societários entre os sócios da incorporadora e os antigos sócios da incorporada, agregando-se estes ao quadro social daquela.⁹³

A incorporação, que se efetiva com a subscrição do capital da incorporadora pela conferência do patrimônio líquido da incorporada, não constitui

⁸⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Código comercial e legislação complementar anotados**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 626.

⁹⁰ BORBA, op. cit., p. 445.

⁹¹ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 197-198.

⁹² FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 119.

⁹³ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 513.

nem compra e venda nem alienação *sui generis*, porque a transferência do patrimônio de uma sociedade para a outra se dá a título de pagamento das ações subscritas pela incorporada a favor de seus sócios. Os bens da sociedade incorporada entram para a incorporadora pelo mesmo processo de constituição da companhia, ou seja, por ato de subscrição, não configurando cessão, troca ou compra.⁹⁴

Vale dizer aqui que é possível a incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo, não sendo assim requisito para incorporação que a empresa esteja em boas condições financeiras.⁹⁵ Elaborado o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade, mesmo que este se apresente negativo, se a assembléia aprovar a operação de incorporação por achá-la viável, essa ocorrerá normalmente.

Também não obsta à incorporação o fato da sociedade incorporanda estar em liquidação, pelo fato de que essa sociedade permanece com sua personalidade jurídica até sua extinção, que só ocorre no término da liquidação. Mas é evidente que o negócio só será possível na fase anterior à partilha, estando o patrimônio social sob a gestão e a guarda do liquidante.⁹⁶

Há nítida distinção entre incorporação e dissolução (art. 1.087 do CC). Enquanto na extinção por dissolução os sócios, ao receberem haveres da sociedade liquidada, tornam-se responsáveis pelos vícios dessa mesma liquidação, se permanecerem direitos dos credores não satisfeitos com a partilha, na incorporação, a incorporadora sucede a incorporada a título universal, o que não comporta nenhum vício eventual.⁹⁷ Ademais, na dissolução a pessoa jurídica continua até que seu patrimônio seja partilhado entre os sócios, enquanto na incorporação a sociedade incorporada deixa automaticamente de existir no momento em que seu patrimônio é incorporado à sociedade sobrevivente.

⁹⁴ Ibid., p. 514.

⁹⁵ COELHO, **Código comercial e legislação complementar anotados**, p. 627. Sobre a incorporação de sociedade com patrimônio negativo, Assis Gonçalves também a comenta afirmando que o problema presente aí, da subscrição de novas quotas ou ações da incorporadora pelos sócios da incorporada, pode ser contornado com fórmulas específicas, dentre elas a atribuição de valores elevados aos bens intangíveis da incorporada, a redistribuição e, até mesmo a não emissão de novas quotas ou ações pela incorporadora, renunciando os sócios da incorporada a essa sua qualidade em troca da eliminação do risco de suas responsabilidades pessoais decorrentes desse tipo societário. GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁹⁶ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

⁹⁷ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 517.

Após a incorporação, nos termos do §3º do art. 227 da Lei 6.404/76, a sociedade incorporada deixa de existir, ou seja, perde a sua personalidade jurídica. Conseqüentemente, perde também a legitimidade ativa para pleitear direitos em juízo.⁹⁸

Waldírio Bugarelli afirma que decorrem da incorporação, efeitos extintivo-associativos, pois transmudam os sócios, o patrimônio e as relações jurídicas para a incorporante.⁹⁹

A incorporação transfere para a sociedade incorporadora todos os direitos e obrigações da sociedade incorporada, a qual deixa de existir. Waldírio Bugarelli expõe as três fases indispensáveis da absorção da incorporada: a transmissão total do patrimônio; a passagem dos acionistas de uma sociedade para outra; e a extinção da transmitente.¹⁰⁰ E é justamente da relação íntima entre essas três fases, que se configura o modelo jurídico da incorporação, resultando no que a doutrina chama de efeito extintivo-associativo (ou efeito extintivo-criativo na fusão).

A extinção da incorporada dá-se *ex facto* da aprovação do aumento por conferência de seu patrimônio líquido ao capital da incorporadora. A extinção é *ex lege* e não demanda qualquer declaração da assembléia da incorporadora, a qual não tem poderes para declarar a extinção de outra pessoa jurídica.¹⁰¹ Opera-se uma sucessão universal¹⁰², cessando assim as responsabilidades dos sócios da incorporada.

Assim, a sociedade incorporada não tem legitimidade para propor ação judicial em nome e por conta própria. Não poderá pleitear direito seu após a incorporação, visto que será manifesta a ilegitimidade ativa “ad causam”. Ademais,

⁹⁸ Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 38.654-4-MG. Ainda, no mesmo sentido: STJ - RMS 4949-3-MG (DJU 13.03.95); STF - RE 90.887-PR (DJ 01.06.79); TRF - AC 57.881-SP (DJ 29.04.82); TRF - AG 55.181-BA (DJ 05.12.88).

⁹⁹ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 101.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹⁰¹ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 522.

¹⁰² Bugarelli afirma que a maioria da doutrina admite que a sucessão universal aqui caracteriza-se como “inter vivos” e não como “causa mortis”, visto que a extinção é efeito da transmissão do patrimônio e não a sua causa (**Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 111 e 202).

cabe à incorporadora substituir, como sucessora, a sociedade incorporada nos processos judiciais em trâmite, seja como autora, seja como ré.¹⁰³

A sucessão universal da incorporadora quanto aos direitos e obrigações das incorporadas implica a transferência automática dos contratos que estas possuíam com terceiros, sem necessidade de anuência destes, inclusive dos adjudicados em licitação pública.¹⁰⁴ E as incorporadas desaparecem por estarem integradas à incorporadora.

Havia dúvida, sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40 (antiga Lei das S/A), quanto à natureza do ato a ser praticado pelo Registro de Imóveis na hipótese de incorporação. Alguns julgados determinavam que seria caso de transcrição (RT 490/211) e outros entendiam que seria caso de simples averbação (RT 443/194). A lei atual deixa claro que se trata de averbação.¹⁰⁵

O art. 234 da Lei 6.404/76 determina que a certidão da incorporação, fusão ou cisão, emitida pelo Registro do Comércio¹⁰⁶, é documento hábil para averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.

A subscrição do capital da incorporadora, com os bens e direitos líquidos da incorporada, consoma entre as partes envolvidas o negócio jurídico da incorporação. No entanto, quanto a terceiros, o negócio apenas tem validade e eficácia pela publicação oficial desses atos (art. 1.152 do CC e art. 289 da Lei 6.404/76), sendo o

¹⁰³ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, corretamente, que “a empresa incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, de modo que a indenização por esta devida em processo já em face de execução constitui obrigação a ser satisfeita pela incorporadora”, no Recurso em Mandado de Segurança nº 4.949-3 – Minas Gerais (DJU 13.03.1995).

¹⁰⁴ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

¹⁰⁵ COELHO, **Código comercial e legislação complementar anotados**, p. 631. E no mesmo sentido: BULGARELLI, **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, p. 204.

¹⁰⁶ Nos termos do art. 54 da Lei n. 8.884/94, os órgãos do Registro de Comércio não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos sem que deles conste: I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto; II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização; III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas; IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas; V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação; VI - o prazo de duração da sociedade; VII - o número, espécie e valor das ações.

registro na Junta Comercial e a publicação oficial da operação, deveres indeclináveis dos administradores da incorporadora.

Por fim, quanto à incorporação, vale analisar a situação prevista pelo art. 264 da Lei 6.404/76, o qual se refere à incorporação de companhia controlada. Quando uma sociedade possui ações ou quotas da outra que irá incorporar, é preciso que essa participação seja considerada na avaliação e na distribuição das ações ou quotas da sociedade resultante. Os parágrafos desse artigo exigem algumas providências especiais para que se efetive a operação, em virtude da companhia incorporanda ser controlada pela incorporante. A justificativa apresentada à assembléia geral da controlada (incorporanda) deve conter também o cálculo das relações de substituição das ações dos acionistas controladores da controlada, com base no valor do patrimônio líquido das ações da controladora e da controlada, avaliados pelos mesmos critérios e na mesma data, a preços de mercado.¹⁰⁷

3.3 FUSÃO

A fusão de empresas é um dos fenômenos do capitalismo moderno, mais especificamente relacionada ao fenômeno concentracionista, o qual, adiante, será objeto de reflexão.

Não tratavam da matéria de fusão, nem o Código civil de 1916 nem o Código Comercial de 1850, vindo a ser regulada apenas em 1940, pelo Decreto-Lei 2.627, hoje revogado.

Atualmente a legislação aplicável a essa operação de reorganização societária é a Lei 6.404/76 e o novo Código Civil. A fusão é tratada nos arts. 1.119 a 1.121 do Código Civil de 2002, que reproduz com pequenas alterações semânticas o conteúdo do art. 228 da Lei das Sociedades Anônimas.

Doutrinariamente, e mesmo na prática, é comum se confundir a fusão com a incorporação. A doutrina comparada, principalmente do direito latino e alemão, vem sistematicamente analisando a incorporação como uma espécie de fusão, sob o argumento de que as diferenças entre fusão e incorporação não afetam a unidade

¹⁰⁷ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 218.

do instituto e devem ser relegadas a plano secundário. Na doutrina nacional, Carvalho de Mendonça é um dos autores que consideram que a fusão em sentido amplo abrange a incorporação. Afirma que a fusão pode operar-se de duas maneiras distintas, sendo que uma delas corresponde à incorporação. Vejamos:

Pelo primeiro modo, duas ou mais sociedades se dissolvem e, com o pessoal e os elementos patrimoniais de todas, constitui-se nova sociedade, com personalidade jurídica própria, embora com direitos e obrigações das sociedades fundidas. Pelo segundo, uma das sociedades subsiste e absorve a outra ou as outras, que se dissolvem para serem a ela incorporadas. Não há criação de nova sociedade, porém simples extinção de uma ou mais de uma sociedade, para fazerem parte de outra, que continua a existir (...).¹⁰⁸

Assim, no primeiro caso, ele diz haver a *fusão propriamente dita* ou simplesmente *fusão*, que é um contrato de constituição de nova sociedade e, no segundo caso, a *incorporação* ou *agregação*, que é contrato de cessão.

Também Waldírio Bulgarelli defende o entendimento conjunto da fusão e da incorporação sob o instituto da fusão. Afirma que a linha geral da doutrina e das legislações tem sido a de considerar a fusão como um único instituto, que se desdobra em duas formas específicas: a *fusão propriamente dita* e a *incorporação*.¹⁰⁹

Esse posicionamento é o que prevalece hoje no ordenamento societário da maioria dos países, sendo que é comum só se falar em fusão *lato sensu*, deixando-se de lado a incorporação. No entanto, a legislação brasileira regula os dois institutos separadamente, com identidades próprias, não adotando a tendência do direito comparado.

No Brasil, há algumas normas idênticas aplicáveis à fusão e à incorporação, como por exemplo, as que regulam o quorum, o direito de retirada, o protocolo, a justificação, os direitos dos credores, etc. Também o motivo que leva as sociedades a realizarem qualquer dessas operações é o mesmo: criação de monopólio, racionalização da produção, redução de custos, aumento de clientela, eliminação de

¹⁰⁸ MENDONÇA, op. cit., p. 67. Deve-se, no entanto ter cuidado com alguns termos utilizados em sua explanação, em vista de que sua obra data de 1945, período de vigência da antiga Lei das S.A. (Lei 2.627 de 1940). Alguns conceitos encontram-se aí distorcidos, como é o caso, por exemplo, da idéia de que as sociedades se dissolvem para haver a fusão ou ainda, de que a sociedade incorporada se dissolve na incorporação, entendimento já superado pela maioria maciça da doutrina, e até mesmo pelo próprio texto da lei vigente.

¹⁰⁹ BULGARELLI, *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, p. 69.

concorrentes, etc., sendo que a opção entre uma e outra se faz por razões de conveniência e oportunidade, aferidas no campo fático.¹¹⁰

Embora a legislação brasileira preveja o mesmo procedimento para a realização da incorporação, da fusão e até da cisão, ela deu tratamento distinto a estas categorias, definindo-as em diferentes artigos. Há normas distintas para essas duas operações, tais como as que determinam que, na fusão, se observem as normas de constituição da sociedade que vai emergir e, na incorporação, as disposições sobre aumento de capital da sociedade remanescente. Também, as normas que determinam que na incorporação se avalie apenas o patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada, enquanto na fusão ambos os patrimônios devem ser avaliados.

A Lei 6.404/76 e o Código Civil de 2002, seguindo a tradição brasileira, tratam distintamente dessas duas figuras. Logo, no Brasil não há que se falar em fusão por constituição (fusão) e fusão por absorção (incorporação), fusão própria e fusão imprópria, ou ainda, da fusão como espécie e da incorporação como gênero.

Faz-se necessária então, a conceituação de fusão a fim de que se afastem certos equívocos como a sua equiparação à incorporação ou outras formas de concentração.

Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações, conforme o disposto no art. 228 da Lei das Sociedades Anônimas.

No mesmo sentido, o art. 1.119 do Código Civil de 2002 aborda a fusão: "A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações."

Segundo o que dispõe esse artigo do Código Civil e por expressa disposição do art. 219 da Lei 6.404/76, pode-se afirmar aqui que a fusão é causa de extinção das sociedades envolvidas, juntamente com a incorporação e a cisão com versão de todo o patrimônio. Com a peculiaridade, no entanto, de que a fusão determina a extinção de todas as sociedades envolvidas na operação, a incorporação acarreta a extinção apenas da sociedade incorporada e a cisão faz com que se extinga apenas a sociedade totalmente cindida.

¹¹⁰ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão..., p. 75.

Fusão e incorporação têm aspectos em comum: a) a união de duas ou mais sociedades, daí resultando uma só; b) a congeminação dos sócios de todas elas na sociedade resultante; c) o fato de que ambas são consideradas causas de extinção de sociedades, independentemente de liquidação – art. 219, II Lei das S.A; e d) a sucessão universal em direitos e obrigações.¹¹¹ Ambas consubstanciam, ao mesmo tempo, um ato constitutivo e um ato desconstitutivo, na forma já mencionada no capítulo referente à incorporação.

O traço diferencial marcante, no entanto, é que na fusão, propriamente dita, duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova, resultante da união. E na incorporação, uma sociedade absorve uma ou mais sociedades, extinguindo-se estas e sobrevivendo aquela com suas dimensões aumentadas.¹¹² Ou seja, a marcante diferença está no fato de que a operação de fusão origina uma sociedade nova e a operação de incorporação não.

Na incorporação, a incorporada contrata a subscrição em favor de seus sócios para, em seguida, desaparecer no mundo jurídico. Já na fusão a estrutura do negócio é outra: as partes são sucessivas, ou seja, contratam que com seus patrimônios líquidos constituirão uma nova sociedade.¹¹³

Outra diferença entre as duas operações seria a de que, enquanto na incorporação há um aumento do capital social da incorporadora, na fusão não há esse aumento, pois se forma uma nova sociedade, sem capital social anterior, e não há como aumentar algo que antes não existia. A entrada de patrimônio ocorre na incorporação, quando o patrimônio da incorporada se agrega ao da incorporadora. Já o que se verifica na fusão, é só uma transferência dos patrimônios das sociedades fundidas para a nova, a título de pagamento das ações que serão subscritas pelos acionistas das sociedades que se fundiram, não se consubstanciando em um aumento do capital exatamente.

¹¹¹ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão..., p. 74.

¹¹² ALMEIDA, op. cit., p.71.

¹¹³ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 525.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa afirma: “Na medida em que a incorporação é um negócio *sui generis* de aumento de capital de sociedade já existente, a fusão é um negócio *sui generis* de constituição de sociedade”.¹¹⁴

Tanto a fusão como a incorporação são operações que se realizam entre sociedades. Não se considera, portanto, fusão, quando duas ou mais empresas individuais se aglutinam, porque aí há constituição pura e simples de uma sociedade.¹¹⁵

A fusão não deve, também, ser confundida com os grupos de empresas ou sociedades coligadas, na forma de *trust*, *holding* ou cartel, em que cada sociedade mantém sua autonomia jurídica, estando ligadas apenas por interesses econômicos. Assim como também não se confundem com a fusão, a venda de ativo, a aquisição global do patrimônio de outra sociedade, a cessão de patrimônio ou a compra da totalidade das ações de uma sociedade sem que esta se extinga.¹¹⁶

A fusão não é somente a confusão de patrimônios, é também o agrupamento dos sócios pertencentes às sociedades fundidas. Não existirá verdadeira fusão de sociedades quando não se estabeleça um vínculo social único entre os membros das distintas sociedades fusionadas. E esse efeito só é atingido ao se entregar aos sócios das sociedades, participações proporcionais da nova sociedade.¹¹⁷

Cabe ressaltar aqui que a fusão em sentido jurídico é menos ampla do que em sentido econômico, visto que esta última pressupõe a reunião de várias empresas sob uma única direção econômica, abrangendo várias formas que fogem ao conceito estrito da fusão.¹¹⁸

Sobressaem como caracteres essenciais à fusão: a) a soma de duas ou mais sociedades; b) a extinção das sociedades fundidas; c) o surgimento de sociedade nova; d) a sucessão pela sociedade nova dos direitos e obrigações das sociedades fundidas.

¹¹⁴ Ibid., p. 526.

¹¹⁵ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão ..., p. 79.

¹¹⁶ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 54-56.

¹¹⁷ GARRIGUES et al., **Reforma de la sociedad anónima**, p. 96.

¹¹⁸ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 23.

A causa da fusão é a intenção válida e eficaz dos sócios das sociedades envolvidas de somarem seus recursos patrimoniais e empresariais.¹¹⁹ Essa operação tem como finalidade jurídica a integração dos patrimônios societários em uma nova sociedade. Terminada a fase preliminar da fusão, os sócios de ambas as sociedades tornam-se partes sucessoras delas próprias para o efeito de constituírem uma nova, unindo seus patrimônios líquidos.

Waldírio Bulgarelli enumera os vários grupos de teorias do direito comparado acerca da fusão, que embora tenham contribuído para evolução do instituto, encontram-se hoje superadas. São eles: *a fusão como modo de dissolução da sociedade; a fusão como contrato de constituição de sociedade; a fusão como transmissão do patrimônio social, por sucessão universal, sem liquidação; a fusão como transformação extintiva da sociedade; a fusão como transmissão do patrimônio de uma sociedade a outra*. Por fim, afirma que, modernamente, os autores passaram a apresentar um conceito mais amplo de fusão, considerando-a em seus aspectos essenciais, sem a preocupação de destacar um ou alguns que lhes pareciam fundamentais.¹²⁰

Quanto aos requisitos exigidos pela operação de fusão, muitos deles são os mesmos aplicáveis ao processo de incorporação.

A fusão pode ocorrer entre sociedades de tipos iguais ou diferentes. Carvalho de Mendonça, referindo-se à Lei 2.627 de 1940, já dizia que as leis até então vigentes só previam a fusão de duas ou mais sociedades anônimas, por estas apresentarem a forma mais adequada para se chegar ao processo da coesão entre sociedades, mas que, no entanto, isso não significava que não poderia ocorrer a fusão de sociedades diversas.¹²¹

Devem ser observadas as formalidades e normas reguladoras de constituição de seu tipo, para a criação da nova sociedade, competindo aos novos administradores inscrever na Junta Comercial de sua sede, os atos relativos à fusão.¹²² Seguindo as disposições do art. 987 do Código Civil, o art. 1.121 do mesmo diploma, especificamente sobre o registro da operação de fusão, deixa-o a cargo

¹¹⁹ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 527.

¹²⁰ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 49-50.

¹²¹ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 67.

¹²² CAMPINHO, *op. cit.*, p. 294.

dos administradores da nova empresa: “Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.”

A operação de fusão será objeto de deliberação dos sócios, devendo obedecer à forma prevista para os respectivos tipos de sociedades que desejam unir-se, segundo o disposto no art. 1.120 do Código Civil.

Nesse sentido, Assis Gonçalves Neto expõe: “No que se refere à fusão, devem ser observados os preceitos de cada qual das sociedades a serem fusionadas e as que forem reger as sociedades de sua união resultante.”¹²³

A fusão de sociedade limitada, assim como a incorporação, exige *quorum* de votação correspondente a, no mínimo, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social (art. 1.076, I c/c art. 1.071, VI do Código Civil) e enseja modalidade específica de recesso ao sócio dissidente, exercitável em trinta dias subseqüentes à deliberação (art. 1.077 do Código Civil).

Já nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples, não há regra específica traçada no Código Civil, mas somos levados a concluir que a deliberação demandará o consentimento de todos os sócios, segundo o exigido pelo art. 999, na medida em que irão ser alteradas matérias indicadas no art. 997. Reforça essa idéia de exigência de unanimidade, o fato de que nessas sociedades não foi prevista a modalidade de recesso especial da sociedade limitada.

E em se tratando de sociedade anônima, a deliberação válida e eficaz da fusão, exige o *quorum* qualificado do art. 136 da Lei 6.404/76, qual seja, a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto.

Em assembléia geral ou reunião realizada em cada sociedade participante da fusão, os sócios decidirão sobre a aprovação da operação em si, e em ato contínuo, sobre a aprovação do projeto de ato constitutivo da nova sociedade, bem como, sobre a proposta de distribuição do capital social e sobre a nomeação dos peritos para avaliação do patrimônio da sociedade.

Após a apresentação dos laudos de avaliação pelos peritos, os administradores convocarão nova assembléia ou reunião dos sócios, agora conjunta, envol-

¹²³ GONÇALVES NETO. *Lições de direito societário*, p. 142.

vendo todas as sociedades, para apreciar e votar os laudos de avaliação. No entanto, é importante frisar que os sócios não poderão votar acerca do laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que participem, em razão de notório conflito de interesses.¹²⁴

A deliberação sobre os laudos será cruzada, ou seja, dar-se-á apenas em relação aos laudos das outras sociedades que pretendam se agregar. E se porventura houver um sócio que tenha participação em ambas as sociedades envolvidas, ficará ele impedido de votar, não podendo formar o quorum deliberativo a respeito dos laudos de qualquer delas.¹²⁵

Aprovados os laudos, sem ressalva ou retificação, deliberar-se-á sobre a constituição definitiva da nova sociedade. Há total liberdade dos sócios aprovarem ou não a constituição da nova sociedade, prevalecendo aqui o critério de oportunidade e conveniência. Não ficam obrigados, portanto, a concluir o negócio de fusão, mesmo que tenham aprovado o laudo da outra sociedade.

Uma vez constituída a nova sociedade, resultante da fusão, aos primeiros administradores cabe promover o arquivamento e a publicação oficial dos atos de fusão (art. 1.152 do CC), para a extinção das sociedades fundidas e a legalização da nova sociedade.

No procedimento de fusão, ocorre a extinção das sociedades que se fundiram e a constituição de uma nova sociedade simultaneamente. A extinção é um efeito da fusão, diferentemente da dissolução e da liquidação. A extinção das sociedades que se fundiram ocorre sem que entrem em processo de liquidação, apenas pela troca de seus patrimônios por ações da nova sociedade. Diretamente, os patrimônios das sociedades fusionadas transferem-se para a nova sociedade e, indiretamente, o patrimônio líquido transfere-se para os antigos sócios das sociedades fusionadas.¹²⁶

Waldírio Bulgarelli afirma que a base da formulação do instituto da fusão, que a orienta em seus vários aspectos, dá-se pela sua caracterização como forma

¹²⁴ CAMPINHO, op. cit., p. 295.

¹²⁵ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 533.

¹²⁶ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 528 e 529. Ressalta ainda que os patrimônios das sociedades fusionadas compõem o da sociedade constituída, não por agregação como ocorre na incorporação, já que não existia ainda a sociedade resultante da fusão.

especial de transformação, com efeitos extintivo-associativos.¹²⁷ É justamente esse duplo efeito que gera a transmissão patrimonial e a conseqüente sucessão universal.

A fusão, assim como a incorporação, é um caso de sucessão universal¹²⁸, porque sucede às sociedades incorporadas em todos os direitos e obrigações. Da mesma forma que na incorporação, aqui também há nítida distinção entre fusão e dissolução. Isso porque, na extinção por dissolução, os sócios, ao receberem seus haveres da sociedade liquidante, tornam-se responsáveis pelos vícios dessa mesma liquidação, e na extinção por fusão, a nova sociedade sucede as sociedades fusionadas em todos os direitos, obrigações e responsabilidades dos negócios em curso.¹²⁹

É na eliminação do processo liquidatório, através da sucessão patrimonial das sociedades, com a transmissão em bloco dos direitos e obrigações, unitariamente integrados, que reside a grande vantagem do processo fusionista.¹³⁰

O capital da nova sociedade vai ser formado pela soma dos patrimônios líquidos das sociedades fusionadas. E as ações representativas desse capital serão entregues, observadas as devidas proporções, aos sócios das várias sociedades extintas em virtude da fusão.¹³¹

A constituição da nova sociedade consoma o negócio de fusão, que se torna desde logo eficaz perante aos seus sócios. Mas perante a terceiros e aos sócios ausentes, o negócio apenas terá eficácia, após cumpridos os trâmites legais

¹²⁷ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 44.

¹²⁸ Sobre a sucessão universal escreve Garrigues: "La fusión se realiza traspassando em bloque el patrimonio activo y passivo de las sociedades extinguidas a la sociedad nueva. (...) Con él se quieren dar facilidades para la fusión, evitando la liquidación de las sociedades que se disuelven al fundirse. Solamente admitiendo que la sociedad nueva o la absorbente sucede a título universal a las sociedades disueltas se podrán obviar dificultades prácticas de ejecución que en otro caso serían difícilmente superables. De no aceptar ese principio, habría que fraccionar em cada caso la transmisión patrimonial em los singulares negocios jurídicos adecuados para transferir aisladamente los diferentes elementos patrimoniales de una sociedad a otra. Habría que utilizar, según los casos, la compraventa, el endoso de letras y otros documentos, la cesión de créditos, el registro de patentes, etc. (...) La sucesión universal elimina esas complicaciones." GARRIGUES et al., **Reforma de la sociedad anónima**, p. 95.

¹²⁹ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 529-530.

¹³⁰ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 108.

¹³¹ BORBA, op. cit., p. 446.

de publicidade (arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio) e de publicação no Diário Oficial e em jornal de grande publicação (art. 1.152 do CC), de competência dos novos administradores da sociedade resultante da fusão.

3.4 CISÃO

A operação de cisão é uma inovação introduzida no direito pátrio brasileiro pela Lei de Sociedades Anônimas nº 6.404 de 1976, mas há muito já consagrada no ordenamento jurídico de outros países, como por exemplo, a França.

Nas palavras de Amador Paes de Almeida: “Cisão é o processo por meio do qual o patrimônio de uma sociedade é dividido em duas ou mais partes para a constituição de nova ou novas companhias ou para integrar o patrimônio de sociedade já existente.”¹³²

Diversamente da incorporação e da fusão, que são fenômenos de aglutinação, a cisão opera-se por cissiparidade. Consiste a cisão na operação em que uma sociedade transfere, para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, parcelas de seu patrimônio, com versão total ou parcial dele.

O art. 229 da Lei das Sociedades Anônimas assim a conceitua: “A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.”

Da interpretação desse dispositivo resulta a existência de duas espécies de cisão, quais sejam: *cisão total* e *cisão parcial*.

Por *cisão total* entende-se aquela em que há transferência de todo o patrimônio da sociedade cindida para outra(s) sociedade(s), nova(s) ou preexistente(s), acarretando a sua extinção. Tal modalidade de cisão é chamada de *cissiparidade* por Rubens Requião.¹³³

Por *cisão parcial*, entende-se aquela em que há divisão do patrimônio da sociedade cindida e só uma parte é destinada à outra(s) sociedade(s), permane-

¹³² ALMEIDA, op. cit., p.73.

¹³³ REQUIÃO, op. cit., p. 258.

cendo com uma parcela do seu patrimônio, e por isso, subsistindo a sociedade cindida.

A cisão é o instrumento jurídico adotado quando os sócios ou acionistas de uma empresa não têm mais interesse em continuar trabalhando juntos ou quando existem situações operacionais que recomendam uma separação de atividades para determinar um melhor foco nos negócios. Em empresas com poucos sócios, freqüentemente esse instituto vem sendo utilizado para resolver os problemas de conflitos entre os sócios ou problemas de sucessão.

A cisão parcial é utilizada em diversas situações, dentre as quais se pode destacar: quando um sócio não tem mais interesse em participar da sociedade; quando da morte de um sócio e os remanescentes não aceitam os herdeiros como novos sócios; quando parte das atividades da empresa deve ser separada por conveniências operacionais; para solucionar conflitos entre os sócios; por objetivos de planejamento tributário.

Já a cisão total é uma medida jurídica extrema, que só é utilizada em situações excepcionais, não apenas pela complexidade jurídica, como pelo fato de haver soluções alternativas mais simples e eficazes.

Alfredo Assis Gonçalves Neto¹³⁴, em classificação diversa, apresenta três espécies de cisão, quais sejam: a) *cisão propriamente dita*, em que a sociedade divide todo o seu patrimônio e se extingue para daí resultar duas ou mais sociedades novas; b) *desincorporação*, em que a sociedade, sem se extinguir, destaca parcela de seu patrimônio para a criação de uma ou mais sociedades; e c) *cisão com incorporação*, em que a sociedade transfere todo o seu patrimônio, ou parte dele, se extinguindo ou não, para outra ou outras sociedades já existentes que, em conseqüência, aumentam seu capital.

Dessa classificação, a *cisão propriamente dita* parece uma fusão às avessas, uma vez que, enquanto na fusão há reunião de sociedades que se extinguem para formar uma nova, na cisão propriamente dita, há o esquitejamento de uma sociedade que se extingue e dá nascimento a outras. A *desincorporação* corresponde ao inverso da incorporação, pois, enquanto na incorporação uma sociedade absorve outra aumentando seu capital social, na desincorporação, dela

¹³⁴ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão ..., p. 79.

se desprende outra, mediante redução do seu capital. E a *cisão com incorporação* envolve uma cisão, ao admitir a fissão total ou parcial do patrimônio de uma das sociedades envolvidas na operação, e uma incorporação, na medida em que as parcelas extraídas do patrimônio dessa sociedade são vertidas para o de outra ou outras já existentes.

Sobressaem como caracteres básicos da operação de cisão: a) o desprendimento da sociedade cindida de partes ou de todo o patrimônio; b) a agregação das partes cindidas a uma ou mais sociedades existentes ou novas; c) a extinção da sociedade cindida se dela for retirado todo o patrimônio, ou a alteração de seu capital para reduzir a parcela retirada, se lhe restou parte do seu patrimônio.

O novo Código Civil não tratou da cisão. Apenas a mencionou de passagem na epígrafe do Capítulo X do Subtítulo II do Título II do Livro II, que trata do Direito de Empresa, e em seu art. 1.122, referente à proteção dos credores, sem a definir no entanto.

Na operação de cisão, devem-se seguir as disposições da incorporação ou da fusão, se estes forem os meios de realizar a cisão e, para as situações não reguladas pelo Código Civil, as normas da Lei das Sociedades Anônimas.¹³⁵ A Lei 6.404/76 regulou minuciosamente a cisão e suas disposições são aplicáveis, não só às sociedades anônimas, mas às sociedades de qualquer tipo, salvo no que diz respeito aos credores, visto que o Código Civil tem disposição específica sobre o assunto.¹³⁶

Questão interessante é saber se a operação de cisão é privativa da sociedade anônima ou se também se estende às demais espécies de sociedades. Pela análise do art. 229 da Lei 6.404/76, já mencionado, nota-se que se refere apenas às companhias – “cisão é a operação pela qual a companhia transfere...”. Mas essa interpretação é totalmente afastada por força do disposto no art. 223 da referida lei: “A incorporação, fusão ou cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.” Ainda, a existência de previsão no novo Código Civil da operação de cisão, ainda que só de passagem,

¹³⁵ GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, p. 142.

¹³⁶ GOLÇALVES NETO, *Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro*, no prelo.

põe fim a qualquer impasse que pudesse daí advir, uma vez que este diploma se aplica a outros tipos societários e não apenas às sociedades anônimas.

A cisão tanto pode acarretar a constituição de nova sociedade, como pode ocorrer com a transferência do patrimônio total ou parcial para sociedade já existente.

Quando houver versão de parcela do patrimônio em sociedade preexistente, a operação deve obedecer às regras estabelecidas para incorporação (art. 229 §3º da Lei 6.404/76). E aí passam a ter aplicação as normas sobre o protocolo, a justificação, etc.

No caso de haver versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, impõe-se a deliberação em assembléia geral extraordinária. José Edwaldo Tavares Borba afirma que, nesse caso, quando a cisão somente origina sociedades novas, não é necessário haver um protocolo, pois todo o processo desenvolver-se-á no âmbito interno da sociedade cindida.¹³⁷

A assembléia-geral da sociedade que vai se cindir deverá receber dos administradores, informações detalhadas sobre a operação, inclusive quando não houver protocolo, todas as indicações que deste constariam, quais sejam: os motivos ou fins da operação e o interesse da companhia em sua realização; as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação de seus direitos, se prevista; a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que serão extintas; o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes (art. 225 Lei 6.404/76).¹³⁸

A deliberação dos sócios a respeito da cisão ocorrerá em assembléia ou reunião, seguindo o modelo peculiar ao tipo societário envolvido.

¹³⁷ BORBA, op. cit., p. 447.

¹³⁸ ALMEIDA, op. cit., p.74. Complementando, diz que na mesma oportunidade serão prestadas as seguintes informações (art. 224 Lei 6.404/76): I – o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição aos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar a relação de substituição; II – os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio; III – os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação e o tratamento das variações patrimoniais posteriores; IV – a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra; V – o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação; VI – o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovadas para efetuar a operação; VII – todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

O *quorum* para deliberação na sociedade limitada será de $\frac{3}{4}$ (três quartos), no mínimo, do capital social, conforme se enfrentou anteriormente, quando da análise do instituto da incorporação.¹³⁹ E nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples, o *quorum* será o da unanimidade, assim como nas sociedades simples.¹⁴⁰

Decidida a cisão, serão indicados os peritos que avaliarão o patrimônio líquido a ser transferido, cabendo à nova assembléia que for convocada para a apreciação do laudo pericial, se o aprovar, funcionar como assembléia de constituição das novas sociedades.

A sociedade preexistente que receber parcelas de patrimônio da companhia cindida atribuirá as ações integralizadas com essas parcelas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam. E os acionistas da sociedade cindida receberão as ações integralizadas com as parcelas patrimoniais transferidas, na proporção das anteriormente possuídas. Para que haja atribuição em proporção diferente, é necessária a aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto (art. 229 §5º da Lei 6.404/76).

O artigo 229 §5º mantém a regra da proporcionalidade, mas admite proporções distintas desde que haja aprovação unânime. Como a unanimidade é muito difícil de ser alcançada, os acionistas que têm interesse em alterar as proporções geralmente permutam ações, através de negociações individuais entre os titulares, segundo a vontade pessoal de cada um.¹⁴¹

Os atos de cisão devem ser arquivados na Junta Comercial e publicados no Diário Oficial. Efetivada a operação de cisão, em havendo extinção da cindida (cisão total), caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas patrimoniais dela, promover o arquivamento dos atos respectivos. Porém, em sendo parcial a cisão, o encargo de arquivamento dos atos recairá sobre os administradores de ambas as sociedades, a cindida e a que recebeu parcela de seu patrimônio (§4º do art. 229 Lei 6.404/76).

¹³⁹ *Quorum* exigido para deliberação acerca de fusão, incorporação e cisão nas sociedades limitadas, vide art. 1.076 e art. 1.071 inc. VI do Código Civil. Vide ainda explanação da página nº 28 deste trabalho acerca do *quorum* exigido na operação de incorporação.

¹⁴⁰ CAMPINHO, op. cit., p. 296.

¹⁴¹ BORBA, op. cit., p. 448.

4 PROCEDIMENTO COMUM À INCORPORAÇÃO, FUSÃO E CISÃO

As operações de incorporação, fusão ou cisão para realmente se efetivarem nas sociedades, necessitam ser precedidas por uma série de providências preliminares.

Têm início, geralmente, com contatos entre os controladores ou administradores das sociedades envolvidas, em reuniões cercadas da mais absoluta confidencialidade. Assim que estiver acertada a disposição genérica de se concretizar a operação, cada sociedade deve permitir à outra participante, livre acesso aos seus estabelecimentos, livros e documentos, para realização de uma auditoria (*due diligence*). Devem ser cuidadosamente analisados, os riscos com passivos não registrados ou difíceis de quantificar, a qualidade de gestão, as contingências fiscais e comerciais, a tecnologia, a participação no mercado e a capacidade de gerar resultados, a situação tributária para exame de um planejamento tributário, entre outros pontos. Nessas diligências preparatórias da operação, a verificação da regularidade e consistência das demonstrações contábeis e a investigação de passivos ocultos influenciam diretamente no valor a ser atribuído a cada empresa.¹⁴²

As diligências preparatórias são indispensáveis à incorporação, fusão ou cisão. Se qualquer operação societária ocorrer sem que o administrador de uma das sociedades envolvidas não verifique devidamente a regularidade da outra sociedade envolvida, este não cumpre o seu dever de diligência e pode responder pelos prejuízos resultantes.¹⁴³

A Lei 6.404/76 estabeleceu um rito a ser seguido. Embora tenham naturezas diferentes, esses institutos seguem uma norma comum de procedimento para atingir o fim colimado de forma regular e legal.¹⁴⁴

O Código Civil estabelece as linhas gerais do processo de transformação, incorporação e fusão. No entanto, não tem a riqueza de detalhes da Lei das S.A. Apenas exige que a manifestação dos sócios se dê conforme a forma prevista para cada tipo societário, mas deixa livres os passos para execução do projeto de reorganização societária. Assim, o caminho natural será utilizar os dispositivos da

¹⁴² COELHO, **Curso de direito comercial**, p. 483.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 483.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 259.

Lei 6.404/76 para formalizar os processos de transformação, incorporação, fusão e cisão também nas sociedades que não sejam por ações.¹⁴⁵

Quanto às companhias abertas, a Instrução da CVM nº 319 de 1999, modificada pela Instrução da CVM nº 349 de 2001, regula as operações de incorporação, fusão e cisão que as envolvam.

Superada a fase das diligências preparatórias, no prosseguimento da operação, o protocolo (art. 224 da Lei 6.404/76) será assinado pelos representantes legais das sociedades envolvidas.

O **protocolo** é o “documento que consubstancia o acordo pelo qual os representantes ou os próprios acionistas das sociedades fixam e estipulam as condições da operação”¹⁴⁶. Em outras palavras, ele contém as bases da operação, nele devem estar presentes as informações que constituem o substrato econômico da operação.

Deve conter: I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão; III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores; IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra; V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação; VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação; VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Quanto à natureza jurídica do protocolo, Osmar Brina Corrêa Lima afirma ser a de um pré-contrato, ou seja, uma promessa de contratar.¹⁴⁷ Mas José Edwaldo Tavares Borba diz não ter o protocolo essa natureza, posto que não obriga à conclusão do negócio. Defende ele: “Trata-se, na verdade, de um acordo preparatório, com a natureza de simples negociação preliminar, como tal destituída

¹⁴⁵ REQUIÃO, op. cit., p. 260.

¹⁴⁶ REVISTA DOS MESTRANDOS DA UFBA. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 4, p. 266, jul.1993/dez.1995.

¹⁴⁷ LIMA, **Sociedade anônima**, p. 435.

de efeito vinculativo.”¹⁴⁸ Nesse mesmo sentido, Waldírio Bulgarelli afirma que não se trata de um contrato definitivo, pois que depende da aprovação das assembleias gerais das sociedades interessadas.¹⁴⁹

O protocolo deve vir acompanhado da **justificação** (art. 225 da Lei 6.404/76), que é o documento em que se evidencia o interesse das sociedades na concretização do negócio, no qual serão expostos: I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização; II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista; III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir; IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

A justificação é uma espécie de relatório técnico que os administradores elaboram para submeter à apreciação dos sócios, detalhando a operação com os motivos que a recomendam, bem como o interesse da sociedade em realizá-la.¹⁵⁰ Trata-se de inovação da Lei 6.404/76 que se insere no que se convencionou chamar, hoje, direito de informação do acionista, mas que também atinge os credores.¹⁵¹

Antigamente, as partes envolvidas na operação societária elaboravam o protocolo e a justificação em peças separadas. Com o tempo, passou-se a aglutinar as duas peças em uma só, sendo que os órgãos de Registro do Comércio entenderam que tal junção não estava ferindo o espírito da lei.¹⁵²

Protocolo e justificação, ambos serão apreciados em assembleia geral na sociedade anônima, ou pelos sócios na limitada. A deliberação se dá atendendo às condições para a alteração estatutária (na anônima) ou contratual (limitada e demais tipos menores). E a operação se formaliza em ata de assembleia geral ou no instrumento de alteração contratual.

¹⁴⁸ BORBA, op. cit., p. 444.

¹⁴⁹ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 212.

¹⁵⁰ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

¹⁵¹ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 214.

¹⁵² KEY, Stephen L. (Ed.). **Guia da Ernst e Young para administração de fusões e aquisições**. 2. ed. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Record, 1995. p. 381.

Antes da vigência da Lei 6.404 de 1976, a lei que regia as sociedades anônimas era a Lei 2.627 de 1940, a qual não previa nem o protocolo nem a justificação, referindo-se apenas a “bases da operação” que na prática era redigida de forma muito vaga e imprecisa.¹⁵³ Na verdade, esses dois documentos, vistos como medidas informativas aos acionistas, constituíram uma evolução no processo de reorganização societária.

Já o Código Civil de 2002 não estabeleceu a necessidade de apresentação da justificação nem do protocolo da operação, voltando a utilizar a expressão “bases da operação” (art. 1.117). Mas protocolo e justificação não deixam de ser exigidos para as operações de que participe uma sociedade por ações. Assim: em se tratando de operação que se passa entre duas sociedades anônimas, as normas da Lei 6.404/76 são a elas aplicáveis por inteiro; se a operação envolver uma sociedade limitada e uma anônima, ambas devem firmar o protocolo e só a anônima precisa elaborar a justificação aos seus acionistas; se a operação for entre sociedades não reguladas pela Lei do Anonimato, não haverá necessidade de elaborarem o protocolo nem a justificação, bastando que aprovem as bases da operação.¹⁵⁴

É importante alertar que a operação somente poderá ser efetuada nas sociedades por ações, nas condições formuladas no protocolo, se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio líquido a ser vertido para a formação do capital social for, ao menos, igual ao montante do capital a realizar. O capital constituído na sociedade incorporadora, resultante da fusão ou decorrente de cisão, há de ser real, e os bens vertidos para a sua formação hão de coincidir, ao menos, com o montante do capital a realizar.¹⁵⁵

¹⁵³ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 212.

¹⁵⁴ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo. Explica o autor que nas sociedades reguladas pelo novo código Civil, aprovar as bases da operação significa estabelecer as condições em que o negócio de reorganização societária deve ser realizado, definir quem deve proceder à avaliação do patrimônio da sociedade, planejar a nova estrutura societária que resultará com a operação.

¹⁵⁵ REQUIÃO, *op. cit.*, p. 261. Afirma que isso ocorre em decorrência do princípio da realidade e do princípio da integralidade do capital social, presentes no direito brasileiro.

Aprovada a incorporação, fusão ou cisão adotam-se as formalidades de registro na Junta Comercial¹⁵⁶ e nos órgãos de assentamento de propriedade (INPI, cartórios imobiliários, etc.), dependendo do caso.

Se um desses institutos importar em criação de nova sociedade, devem ser observadas as normas reguladoras da constituição da sociedade conforme o tipo societário envolvido.

Vale ressaltar que o critério de avaliação do patrimônio líquido, o qual deverá constar do protocolo, poderá ser o de valores contábeis ou do preço de mercado, sendo este último obrigatório apenas quando se tratar de incorporação de controlada.¹⁵⁷

O balanço da empresa incorporada, fusionada ou cindida, que serviu de base à operação, não deverá contar com mais de trinta dias na data da assembléia-geral que efetiva a reestruturação. E nos trinta dias posteriores a essa assembléia, deverá ser apresentada uma declaração de imposto de renda da empresa extinta, com o pagamento do imposto correspondente aos meses decorridos do exercício em curso.

Como as operações de incorporação, fusão e cisão envolvem transmissão de bens, deve-se promover não a simples averbação enunciada na lei (art. 234 da Lei 6.404/76), mas o registro efetivo. O documento hábil para que se faça o registro é a certidão do registro do comércio, com esteio nas atas arquivadas.¹⁵⁸

Uma das principais conseqüências dessas operações é a sucessão automática de direitos e obrigações, que passam das sociedades originais às resultantes. Nos processos de incorporação, fusão e cisão os estabelecimentos das empresas envolvidas não sofrem solução de continuidade. Em virtude do fenômeno da sucessão, os vários estabelecimentos continuam a funcionar normalmente,

¹⁵⁶ A Instrução Normativa nº 88 de 2001, do DNRC, uniformiza os procedimentos do registro público de empresas mercantis relativos à transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades mercantis. A Circular Bacen/DC 3.017 de 2000 orienta procedimentos contábeis a serem observados em casos de incorporação, fusão, e cisão de instituições financeiras.

¹⁵⁷ BORBA, op. cit., p. 443. Afirma que a utilização do critério contábil simplifica em muito a avaliação, pois os peritos terão que apenas confirmar a exatidão contábil do balanço e verificar se o patrimônio líquido real corresponde, no mínimo, ao patrimônio líquido contábil. E na avaliação a preço de mercado, cada item do patrimônio terá que ser considerado segundo a sua cotação ou de acordo com o possível valor de venda ou reposição, tarefa que envolverá elevados custos.

¹⁵⁸ BORBA, op. cit., p. 449.

inclusive com os mesmos alvarás de que eram detentores. Os contratos, relações empregatícias, compromissos fiscais, e todos interesses das empresas envolvidas na operação continuarão a fluir, sem que nem mesmo seja necessário qualquer aditivo ou providência, salvo a comunicação do evento.¹⁵⁹

A finalidade da lei ao regular a reorganização societária, foi a de evitar a solução de continuidade que abrisse um abismo entre o ontem e o hoje da empresa.

¹⁵⁹ Ibid., p. 449-450. Explica que os cadastros fiscais deverão ser ajustados à nova situação, mas, no período de transição, a empresa operará com a simples informação, em seu documento, do fato ocorrido.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DECORRENTES DA REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA

5.1 EFEITOS QUANTO AOS SÓCIOS

5.1.1 Direito de Retirada

As hipóteses geradoras do direito de recesso têm que estar definidas em lei. Assim, a disposição estatutária que repetir os termos da lei é inócua e, a disposição estatutária que contrariar os termos da lei ou criar hipóteses novas é nula.¹⁶⁰

Segundo a doutrina, o direito de retirada tem seu fundamento na tutela das minorias societárias contra os eventuais abusos que o princípio majoritário regente das deliberações das sociedades anônimas possa lhe causar.

O sócio descontente com a operação societária, que a considerar inconveniente à sociedade ou prejudicial aos seus interesses, poderá exercer o direito de retirada.

A redação original da Lei 6.404/76 conferia o direito de retirada aos sócios dissidentes da deliberação assemblear sobre a fusão da companhia, a sua incorporação em outra ou a sua participação em grupo de sociedade. Posteriormente, a Lei 7.958/89, conhecida como Lei Lobão, modificou a redação do art. 137 da Lei 6.404/76, acarretando grandes discussões entre os doutrinadores a respeito de ter abolido o direito de retirada por completo, ou se os demais artigos que disciplinavam a matéria continuavam vigentes. No entanto, antes que a jurisprudência tivesse oportunidade de se manifestar a respeito, alterou-se novamente a Lei das Sociedades por Ações e essa controvérsia perdeu qualquer sentido.¹⁶¹

¹⁶⁰ MACHADO, Rubens Approbato. Sociedades por ações: incorporação, fusão e cisão – direito de retirada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 82, p. 61, abr./jun./1991, 1991.

¹⁶¹ LIMA, Osmar Brina Corrêa. As concentrações empresariais. **Revista do IAP**, n. 29, Curitiba, 2000. p.192.

Em 1997 ocorreu o que muitos autores chamam de *mini-reforma* da Lei das S.A., operada pela Lei 9.457/97 que, modificando novamente o referido art. 137, reintroduziu o direito de retirada naquelas três hipóteses mencionadas e fixou algumas novas condições. Nelson Eizirik afirma que essa lei visava primordialmente, com as alterações propostas, reduzir os custos dos projetos de privatização e facilitar os processos de concentração empresarial, tornando-os menos onerosos.¹⁶²

Depois ainda, foi editada a Lei 10.303/2001 modificando mais alguns pontos quanto ao direito de retirada.

Atualmente, o direito de retirada está previsto para as sociedades anônimas no art. 137 da Lei 6.404/76 atualizada pelas leis mencionadas acima, devendo ser exercido no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de publicação da ata da assembléia geral, sob pena de decadência.

De acordo com a nova regulamentação, em sendo a sociedade uma companhia aberta, o acionista que discorde da operação de fusão ou incorporação somente terá o direito de retirada se preencher duas condições cumulativas (art. 137, inc. II): *alínea 'a'* - precisa ser titular de ações que não integrem índice geral representativo de carteira de valores mobiliários admitido à negociação no mercado de valores mobiliários nacional ou no exterior; *alínea 'b'* - se estiver em poder do acionista controlador, da sociedade controladora ou outras sociedades sobre o seu controle, metade ou mais da metade da espécie ou classe das ações emitidas pela companhia.

Na opinião de Osmar B. Corrêa Lima, a primeira condição revela uma preocupação macroeconômica do legislador, visto que os índices a que se refere constituem indicadores da economia brasileira, com reflexo em todos os mercados, bem como no comportamento dos investidores nacionais e estrangeiros. O exercício do direito de retirada, sem dúvida, descapitaliza a companhia e pode desestabilizá-la econômica e financeiramente. E o potencial de risco de descapitalização econômica

¹⁶² EIZIRIK, Nelson. Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº113, jan./mar., p. 124, 1999.

e financeira ou de uma eventual falência da companhia, afeta direta e imediatamente os índices das Bolsas de Futuros e a atividade econômica como um todo.¹⁶³

Contudo, o acionista também deve preencher a segunda condição mencionada, não bastando preencher apenas a primeira. É em virtude dessas novas condições exigidas para o exercício do direito de retirada, que se pode dizer que a implementação da *mini-reforma* facilitou a realização de operações de reestruturação empresarial, pois as tornou menos onerosas, na medida em que diminuiu as hipóteses de recesso para os acionistas dissidentes.¹⁶⁴

Na operação de transformação fica afastada a possibilidade de dissidência, em razão da deliberação depender, em regra, da vontade unânime dos sócios ou acionistas. Somente na hipótese da possibilidade de transformação da sociedade já estar prevista no contrato social ou estatuto, é que os integrantes que discordarem da operação poderão se retirar da sociedade. Isso porque, nesse caso, a maioria societária ou o controlador podem mudar o tipo societário sozinhos.

O art. 221 da LSA confere aos sócios dissidentes da transformação o direito de retirada. Entende-se por sócio dissidente aquele que não vota a favor da transformação, vale dizer, não só aquele que vota contra a deliberação, mas também o ausente e o que se abstém de votar.¹⁶⁵ O seu parágrafo único prevê a possibilidade de renúncia dos sócios, no contrato social, a esse direito, no caso de transformação em companhia.

Note-se, no entanto, que no âmbito das sociedades anônimas o direito de retirada é um direito irrenunciável. Ali constitui preceito de ordem pública intangível e inderrogável pelo estatuto. Apenas pode ser previamente renunciado nas sociedades comerciais de pessoas, através de cláusula constante no contrato social.

Assim, o parágrafo único do art. 221 autoriza somente a renúncia do direito de retirada em sociedades que não sejam a anônima, provavelmente com o intuito de facilitar a transformação da sociedade de pessoas em companhia, conforme o entendimento de Modesto Carvalhosa.¹⁶⁶ Mas se for o caso de transformação em qualquer outro tipo de sociedade, que não em companhia, a operação se submete

¹⁶³ LIMA, op. cit., p. 193-194.

¹⁶⁴ EIZIRIK, op. cit., p.125.

¹⁶⁵ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

¹⁶⁶ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 197.

ao Código Civil de 2002, o qual não prevê a possibilidade de renúncia do direito de retirada.

Em suma, o sócio descontente com a transformação, se previamente autorizada pelo estatuto ou contrato social, poderá exercer o direito de retirada, salvo se tiver renunciado o direito.

O fundamento do direito de recesso na transformação é a discordância do sócio com a continuação da empresa sob outra forma jurídica, visto que essa operação implica na alteração do status jurídico do sócio.¹⁶⁷ No entanto, o exercício do direito de recesso aqui não está vinculado à prova de diminuição de direitos. Trata-se de direito exercitável objetivamente, ou seja, direito potestativo do sócio diante da presunção de alterações de prerrogativas, deveres e responsabilidades que a ele não interessa assumir.¹⁶⁸

O direito de recesso deverá ser exercido dentro do prazo de trinta dias contados do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade transformada, previsto no art. 137 da Lei 6.404 de 1976.

No tocante às sociedades em nome coletivo, em comandita, sociedade simples e cooperativa, reguladas pelo novo Código Civil, o direito de retirada é livre ou é decorrência de alteração contratual qualquer, seja em virtude de transformação ou não. Por isso, Assis Gonçalves afirma que a regra do direito de retirada na transformação (art. 221 da Lei 6.404/76) se direciona, exclusivamente, às sociedades ajustadas por prazo determinado e às sociedades por ações, notando que a retirada nas primeiras só tem lugar por via judicial e nas segundas é *numerus clausus*.¹⁶⁹

Também quando a sociedade passa por uma fusão, incorporação ou cisão, a lei faculta o direito de retirada aos acionistas dissidentes da operação.

¹⁶⁷ GARRIGUES, op. cit., p. 91-92. Na doutrina estrangeira, Garrigues fala da necessidade de se conceder o direito de retirada aos acionistas dissidentes da operação: "(...) como el cambio de forma de una sociedad anónima puede entrañar graves peligros para los accionistas, que por consecuencia de la transformación resultarán no pocas veces sometidas a una responsabilidad ilimitada por las deudas futuras de la entidad social, de ahí la necesidad de conceder a las accionistas disidentes y a los no asistentes a la junta general em que se tome el acuerdo la facultad de separarse de la sociedad recibiendo la parte que les corresponda em el patrimonio social."

¹⁶⁸ CARVALHOSA, **Comentários ao Código Civil**, p. 506.

¹⁶⁹ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

Na incorporação, os acionistas da sociedade incorporada, se discordarem da operação, poderão retirar-se da sociedade. Note-se, no entanto, que esse direito apenas compete aos acionistas cuja sociedade foi incorporada em outra e não aos acionistas da companhia incorporadora, na hipótese de discordarem da operação.¹⁷⁰ Mas no caso da incorporadora ser uma sociedade limitada, pelo disposto no art 1.077 do Código Civil, os sócios minoritários dissidentes terão direito de retirada.¹⁷¹

No caso de fusão, os sócios dissidentes de qualquer das sociedades fundidas terão direito de retirada, obedecidas às condições do art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas, anteriormente mencionadas.

Quanto às condições para o recesso, seja na operação de fusão, seja na de incorporação, a lei nega o direito de retirada se a companhia incorporadora, ou resultante da fusão, for aberta e as ações tiverem *liquidez* (quando integrarem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros) ou estiverem *dispersas* (quando mais da metade das ações emitidas não estiverem em mãos do controlador).¹⁷²

Isso porque a lei presume que, nestas duas hipóteses, as ações são facilmente negociáveis no mercado de capitais. Dessa forma o acionista teria uma real alternativa econômica ao reembolso, podendo desligar-se da incorporadora ou da nova sociedade, por meio da negociação das ações que lhe foram atribuídas na operação, não lhe sendo, assim, garantido o direito de retirada.

Fora dessas duas hipóteses poderá ocorrer a retirada. No entanto, se o pagamento do reembolso aos acionistas dissidentes pôr em risco a estabilidade financeira da empresa, é facultada a retificação pela assembléia geral, reconsiderando tanto a incorporação como a fusão da sociedade.

O art. 230 da Lei das S.A. assim dispõe, depois da alteração conferida pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997: “Nos casos de incorporação ou fusão, o prazo para exercício do direito de retirada, previsto no art. 137, inciso II, será contado a partir da publicação da ata que aprovar o protocolo ou justificação, mas o

¹⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218.

¹⁷¹ COELHO. **Curso de direito comercial**, p. 486.

¹⁷² COELHO. **Curso de direito comercial**, p. 486.

pagamento do preço de reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se.”

No caso das sociedades limitadas, o fundamento legal para o direito de retirada está no art. 1.077 do novo Código Civil: “Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.”

A cisão, em princípio, não enseja a retirada do sócio dissidente, a não ser que, em razão da operação societária, verificarem-se conseqüências que, por lei, confeririam o direito de recesso.

Assim, na cisão, só haverá o direito de retirada quando ela acarretar a participação do acionista em sociedade com objeto substancialmente diverso (equivale à mudança do objeto social – art. 136, VI, e art. 137 da Lei 6.404/76), dividendos obrigatórios menores que os da cindida (correspondente à redução do dividendo obrigatório – art. 136, III, e art. 137) ou integrante de grupo econômico a que não pertencia a cindida (correspondente à participação em grupo econômico – art. 136, V, e art. 137).¹⁷³ E nestes casos, o direito de retirada existe independente de preencher os requisitos do art. 137 inc.II, já comentados anteriormente.

Como visto, o Código Civil não menciona a cisão como causa de retirada do sócio dissidente, mas como ela implica modificação do contrato, a sua hipótese está prevista implicitamente no art. 1.077 mencionado.

A atual redação da Lei das Sociedades por Ações introduziu uma nova modalidade de direito de retirada nas hipóteses de fusão, incorporação e cisão da companhia. Essa outra hipótese em que cabe o direito de recesso está prevista no §4º do art. 223 da Lei 6.404/76 e ocorre quando o §3º desse artigo for descumprido, ou seja, quando houver o fechamento indireto do capital por meio da operação.

Por essa modalidade de retirada, se as ações não são facilmente negociáveis no mercado de capitais, o acionista pode pleitear o reembolso se a sociedade era aberta e a sua sucessora continuou fechada depois de 120 dias da assembléia que aprovou a operação. Em outras palavras: se a companhia

¹⁷³ COELHO, *Manual de Direito Comercial*, p. 219.

resultante da operação não providenciar, no prazo de 120 dias, o seu registro de companhia aberta junto a CVM e na Bolsa de Valores.

Se a empresa objeto de reestruturação é uma companhia aberta, a lógica jurídica indica que as suas sucessoras também deverão ser companhias abertas. Isso porque quem participa de uma companhia aberta dispõe de um sistema de informação e de proteção ao minoritário muito mais eficiente do que na companhia fechada, sem contar que, nesta última, as condições de liquidez, para efeito de alienação das ações, são extremamente limitadas.

Se o prazo de 120 dias for ultrapassado por eventuais atrasos decorrentes de delongas burocráticas, não haverá o direito de retirada. E ainda, o descumprimento desse prazo pela companhia, mesmo na hipótese em que faculta aos acionistas o direito de retirada, não inibe o direito de pleitear, inclusive judicialmente, que se promova a abertura do capital da sociedade sucessora.¹⁷⁴ Isso porque o prazo, quando descumprido, coloca a sociedade em mora, não a exime da obrigação.

Na opinião de Osmar B. Corrêa Lima, a exigência de requisitos e condições cumulativos para o exercício do direito de retirada não foi o único golpe infligido aos acionistas dissidentes. Houve também mudança quanto ao valor de reembolso a que eles teriam direito no caso de recesso.¹⁷⁵

A redação atual do art. 45 da Lei das Sociedades por Ações faculta ao estatuto social optar pelo valor de patrimônio líquido, conforme era antigamente, ou pelo valor econômico das ações, o qual pode ser inferior ao primeiro. Com isso ocorreu o que Modesto Carvalhosa chama de *minimização do direito de retirada*.¹⁷⁶

Nas sociedades reguladas pelo Código Civil de 2002, é conveniente que sejam estabelecidos, no contrato social, os critérios para a determinação do valor da quota do retirante. E na falta dessa estipulação, o valor dos haveres devem ser determinados na forma do art. 1.031 do CC, ou seja, calculados pelo montante efetivamente realizado, liquidando-se com base na situação patrimonial da

¹⁷⁴ BORBA, op. cit., p. 441.

¹⁷⁵ LIMA, op. cit., p. 196.

¹⁷⁶ CARVALHOSA, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 218.

sociedade à data do exercício do direito de retirada, verificada em balanço especialmente levantado para tal propósito.¹⁷⁷

5.1.2 Debenturistas

A incorporação, a fusão ou a cisão de sociedade anônima emissora de debêntures não poderá ocorrer sem a prévia aprovação dos debenturistas, reunidos em assembléia, a menos que se assegure o resgate do valor mobiliário nos 6 (seis) meses subseqüentes à operação. Nesse sentido dispõe o art. 231 da Lei das Sociedades Anônimas.

Reúnem-se os debenturistas em assembléia especialmente convocada para deliberar sobre a aprovação do protocolo da operação. Poderá, entretanto, ser dispensada essa aprovação se for assegurado aos debenturistas que o desejarem, durante o prazo mínimo de seis meses, contados da data da publicação das atas relativas à operação, o resgate das obrigações de que forem titulares (§1º do art. 231).

O §1º desse dispositivo aplica-se, mesmo às debêntures subordinadas, ainda quando há outros credores com preferência sobre os desses títulos.¹⁷⁸

Convém ressaltar que, no caso de cisão, se for assegurado o resgate aos debenturistas, a sociedade cindida e as sociedades que absorveram parcelas do seu patrimônio, responderão solidariamente por essa obrigação (§2º do art. 231).

5.2 EFEITOS QUANTO AOS CREDITORES

Quando a sociedade passa por uma das operações de reorganização societária, os credores anteriores dessa sociedade vêm ocorrer a mudança do seu devedor, não sendo obrigados a concordar com isso. Daí é que decorre o seu direito de se opor a tal operação.

Os direitos dos credores, nas operações de transformação, incorporação, fusão e cisão, estão claramente definidos. Na transformação os credores continuam

¹⁷⁷ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

¹⁷⁸ COELHO, **Código comercial e legislação complementar anotados**, p. 629.

titularizando as mesmas garantias dadas pelo tipo societário anterior, até a integral satisfação de seus créditos. Na incorporação e na fusão, o credor prejudicado pela nova situação da sociedade devedora poderá pleitear em juízo a anulação da operação e, falindo a sociedade incorporadora ou a resultante da fusão, o credor anterior poderá requerer no juízo falimentar a separação das massas. Na cisão, há solidariedade entre as sociedades resultantes da operação por todas as obrigações da cindida, mas se o instrumento da cisão determinar que as sociedades resultantes se obrigam somente pelas dívidas a elas transferidas, o credor poderá opor-se no prazo de 90 dias, segundo o art. 233 da Lei das S.A.

O tratamento legislativo dos efeitos das operações societárias, relativos aos direitos dos credores das sociedades envolvidas, varia de acordo com a natureza do crédito. Se for um crédito trabalhista, tributário ou titularizado pelo INSS, o regime jurídico correspondente confere ao credor garantias para que a transformação ou demais operações societárias não o prejudiquem. E se se tratar de um crédito civil, o assunto vem tratado na legislação societária e os direitos variam de acordo com a operação realizada.¹⁷⁹

No tocante à operação de transformação, os artigos 222 da Lei 6.404 e 1.115 do CC/2002 explicitam que ela, em hipótese alguma, prejudicará os direitos dos credores, que continuarão com as mesmas garantias que o tipo anterior lhes assegurava, até o pagamento integral de seus créditos.

A transformação não altera a titularidade de direitos e obrigações. O credor da sociedade continua com o mesmo crédito logo após o término da transformação. Apenas os créditos posteriores à transformação é que irão obedecer à disciplina do novo tipo societário. Os créditos surgidos antes da operação permanecerão sob o mesmo regramento do tipo precedente.

Assis Gonçalves Neto explica: "...credores posteriores, ou seja, aqueles que contratam com a sociedade já transformada, sejam novos credores, sejam os mesmos antigos credores por novos créditos (...) encontrando a sociedade já sob uma nova situação jurídica, não podem invocar eventuais garantias que o tipo anterior oferecia."¹⁸⁰

¹⁷⁹ COELHO, **Curso de direito comercial**, p. 484.

¹⁸⁰ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

Assim, por exemplo, se uma sociedade em nome coletivo se transforma em uma limitada, os credores anteriores à operação continuarão desfrutando da responsabilidade pessoal, subsidiária, solidária e ilimitada dos integrantes. E só os créditos nascidos depois se sujeitarão à responsabilidade limitada dos sócios ao total do capital social.

Dessa forma, é possível notar-se que, também a operação de transformação que venha a oferecer mais garantias aos credores não favorecerá os credores do período anterior àquele em que ela se consumar.¹⁸¹

O parágrafo único do art. 222 prevê que, em ocorrendo a falência da sociedade depois de ser transformada, só produzirá efeitos em relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam subordinados. Mas para que isso ocorra, é preciso que os titulares de créditos anteriores à transformação assim requeiram e, dessa forma, somente estes serão beneficiados.

É uma faculdade unilateral que a lei concede aos credores anteriores à transformação, em relação à efetiva responsabilidade dos sócios.¹⁸² Pelo exemplo anteriormente citado, faculta-se ao credor anterior postular que lhe seja assegurada a responsabilidade dos sócios nos termos anteriores à transformação, qual seja, a responsabilidade ilimitada e solidária.¹⁸³

A norma do parágrafo único do art. 222 não alude à situação da sociedade que, não sendo empresária, tiver decretada sua insolvência civil. No entanto, parece que nesse caso, na ausência de norma expressa, chega-se a resultado semelhante pela aplicação, pura e simples do *caput* desse artigo. Isso porque se a transformação não afeta os direitos dos credores anteriores a ela, a insolvência civil, posteriormente decretada em virtude de assunção de novo tipo, não retira dos credores os direitos que então possuíam quanto à forma de exação daqueles seus créditos.¹⁸⁴ O parágrafo único parece apenas explicitar, então, em situação peculiar, a regra que já está enunciada no corpo do próprio artigo.

Da leitura do parágrafo único do art. 1.115 do CC, nota-se que a lei não fixa o prazo para o aludido requerimento. Este poderá ser realizado pelo credor

¹⁸¹ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

¹⁸² REQUIÃO, *op. cit.*, p. 255.

¹⁸³ CAMPINHO, *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁴ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

interessado enquanto não proferida a sentença de encerramento da falência. Frisando-se aqui, apenas, que o benefício só aproveitará ao credor que expressamente o requerer.

Analisando-se a legislação societária, conclui-se que não há diferença de efeitos decorrentes da transformação da sociedade entre os créditos civis e os créditos trabalhistas e fiscais, porque ambos permanecem com as garantias do tipo societário anterior.

Tal como ocorre com a transformação, a incorporação, a fusão e a cisão não prejudicarão os credores das sociedades.

Quando da incorporação, a sociedade incorporadora sucede-se nas obrigações da sociedade incorporada. E se houver sócios com responsabilidade solidária na incorporada, esses permanecerão solidária e ilimitadamente responsáveis pelos antigos credores, até o resgate integral dos respectivos débitos.¹⁸⁵

A fusão também não implicará prejuízos a terceiros, porque a nova sociedade emergente da fusão será responsável pelas obrigações contraídas pelas sociedades desaparecidas. Outrossim, conforme já se observou, os sócios solidários de qualquer das sociedades fundidas, permanecerão na mesma condição perante os antigos credores, até o completo pagamento dos respectivos débitos.

O credor da pessoa jurídica extinta (por absorção ou por união) exercerá o seu direito de crédito contra a incorporadora ou a sociedade resultante da fusão.

Mesmo que na fusão haja a integração dos patrimônios das sociedades envolvidas, o que de certa forma reforçaria a garantia dos credores, deve-se ter em mente que ambas as sociedades que se fundiram podem ter dívidas, sendo que uma pode apresentar maior déficit que a outra, ficando prejudicado o credor da menos deficitária.

A legislação societária procura resguardar tais direitos, tanto na fusão como na incorporação, conferindo aos credores anteriores que se sentirem prejudicados o direito de pleitear a anulação da operação, no prazo decadencial de 90 dias contados da publicação dos atos relativos às operações. O art. 1.122 do novo Código Civil assim determina, elevando de 60 para 90 dias o prazo fixado no art. 232 da Lei das Sociedades Anônimas.

¹⁸⁵ ALMEIDA, op. cit., p.71.

Amador Paes de Almeida defende que o prazo previsto no art. 232 mencionado ficou revogado pelo art. 1.122 do Código Civil e, portanto, independente do tipo societário, será sempre de 90 dias.¹⁸⁶ Enquanto Fábio Ulhoa Coelho posiciona-se no sentido de que o prazo tanto pode ser o de 60 dias como o de 90 dias, conforme o regime jurídico aplicável à operação (Lei da S/A; Código Civil de 2002)¹⁸⁷, parecendo ser esse o entendimento mais adequado.

Todavia, convém ressaltar que a consignação em pagamento da importância reclamada pelo credor prejudicará a ação de anulação pleiteada, elidindo a pretensão (§1º do art. 1.122). Sendo ilíquida a importância reclamada (entenda-se aqui a obrigação já certa quanto à sua existência, mas indeterminada ainda em relação ao seu objeto ou simplesmente ao seu valor)¹⁸⁸, poderá a sociedade garantir a execução, por meio de caução real ou fidejussória, suspendendo o processo (§2º). E se ocorrer a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da parcialmente cindida, no prazo de 90 dias¹⁸⁹ da publicação dos atos referentes à operação, qualquer credor anterior poderá pedir a separação dos patrimônios, a fim de que os créditos sejam pagos pelos bens das respectivas massas (§3º).

A ação de anulação visa desconstituir a eficácia da fusão ou da incorporação e não propriamente do ato de fusão ou de incorporação. Em outras palavras, tem por objetivo suspender a execução do ato e não anular o ato em si.

Pode ocorrer o pedido de anulação da operação, por exemplo, quando a sociedade incorporadora possuir ativo inferior ao passivo, tendo o seu patrimônio líquido forçosamente menor que o da sociedade absorvida, pois neste caso o credor terá a garantia patrimonial do seu crédito reduzida.¹⁹⁰

Mas para que o credor possa exercer seus direitos faz-se necessária a existência do crédito, que este seja anterior à publicação da operação societária e que tal operação possa acarretar prejuízos a ele. No entanto, o ônus da prova a

¹⁸⁶ ALMEIDA, op. cit., p.72.

¹⁸⁷ COELHO, **Curso de direito comercial**, p. 484.

¹⁸⁸ Definição utilizada pelo professor Alfredo Assis Gonçalves Neto (A fusão, a incorporação e a cisão..., p. 78).

¹⁸⁹ No caso da sociedade ser uma companhia, aplica-se o §3º do art. 232 da Lei 6.404/76 e o prazo será reduzido de 90 para 60 dias.

¹⁹⁰ COELHO, **Curso de direito comercial**, p. 484.

respeito da possibilidade de dano ao crédito não é do credor e sim, da nova sociedade, a qual deverá provar que o direito de crédito não corre riscos, podendo utilizar-se dos mecanismos previstos nos parágrafos 1º e 2º do art. 232 da Lei 6.404/76 (se for uma sociedade anônima) ou no art 1.122 do Código Civil (se sociedade de pessoas).

Quanto à possibilidade de pedido de separação dos patrimônios da incorporada e da incorporante, pelo credor anterior à operação de incorporação, em caso de falência da sociedade incorporadora, Waldírio Bulgarelli faz severa crítica, dizendo ser inaceitável, pois a operação já se realizou, e também irrealista, pelas dificuldades práticas que apresenta.¹⁹¹

Também foi grande a preocupação do legislador em evitar que a cisão se transformasse em instrumento de fraude contra os credores da empresa, razão pela qual regulou minuciosamente o regime de responsabilidade e sucessão dos débitos da sociedade cindida.

A cisão, assim como as demais operações societárias, não pode prejudicar os direitos dos credores, mas há situações distintas para cada espécie de cisão. Se se tratar de cisão total, com a conseqüente extinção da sociedade cindida, as sociedades que absorverem parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. E se se tratar de cisão parcial, hipótese em que a sociedade cindida subsiste, tanto esta quanto as que absorverem parte de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações anteriores à cisão da sociedade cindida.¹⁹²

Essa é a regra geral, mas o ato de deliberação da cisão, em sendo uma cisão parcial, poderá estabelecer regra distinta, limitando a responsabilidade das sociedades que absorveram parcelas da sociedade cindida apenas àquelas obrigações que lhe foram transferidas.

Esse mecanismo de atribuição de responsabilidade está exposto no art. 233 da Lei das Sociedades Anônimas, com a regra geral no *caput* e a particulari-

¹⁹¹ O autor critica o fato de os credores só terem a possibilidade de se opor após ocorrer a operação. Sustenta que na prática a união e separação de patrimônios é uma operação complexa, sendo quase impossível a restauração da situação anterior. (BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 193.)

¹⁹² ALMEIDA, op. cit., p.75.

dade no parágrafo único. Mas é importante deixar claro que esse artigo não se aplica aos créditos trabalhistas, que são regulados pelos arts.10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O parágrafo único do art. 233 estabelece que, sendo parcial a cisão, permite-se que fique estabelecido no respectivo instrumento que a sociedade ou as sociedades que absorverem parte do patrimônio da cindida, só se responsabilizem pelas obrigações que lhes forem transferidas no ato, sem que haja solidariedade. Mas os credores anteriores poderão se opor a essa estipulação, notificando a companhia no prazo de 90 dias, contados da publicação do ato de cisão, sendo que a cláusula de ressalva de solidariedade não será eficaz apenas em relação a quem se opôr.

Quanto à notificação a que se refere o parágrafo único – feita à companhia pelo credor que se opõe à exclusão de solidariedade por obrigações da companhia cindida – o Superior Tribunal de Justiça entende que ela pode ser realizada judicial ou extrajudicialmente. Se a notificação for judicial, no entanto, e demorar mais que o prazo previsto de 90 dias, em decorrência das falhas do aparelho judicial, por razões alheias, portanto, à vontade da parte, o prazo decadencial é afastado e ela não poderá ser considerada nula.¹⁹³ Note-se que a referida notificação pode ser tanto judicial como extrajudicial em vista da lei não ter determinado forma especial para sua realização.

Para José Ewaldo Tavares Borba, essa norma de exclusão de solidariedade funciona como instrumento de lesão aos credores que não estiverem atentos à divulgação da cisão. Todavia, se restar evidenciada prática de fraude, pelo esvaziamento patrimonial de uma sociedade em proveito de outra, que não assuma, em contrapartida, parcela compatível do passivo, poderá o credor, independente do prazo supra, caracterizar o ilícito e atingir a sociedade dele beneficiária.¹⁹⁴

Em se tratando de cisão parcial, cabe ressaltar ainda que, se nada pactuarem as partes acerca da responsabilidade das obrigações sociais em relação a terceiros, prevalece a responsabilidade solidária prevista no caput do art. 233 da Lei 6.404/76, restando afastada a aplicação de seu parágrafo único.

¹⁹³ Nesse sentido há o julgado Recurso Especial nº 15.078-0/1995- RJ.

¹⁹⁴ BORBA, *op. cit.*, p. 449.

Pelo disposto no art. 229 §1º da mesma lei, sem prejuízo do disposto no art. 233 mencionado, a sociedade que absorve parcela do patrimônio da sociedade cindida a sucede apenas nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão. E na hipótese de cisão total, em que ocorre a extinção da sociedade cindida, as sociedades que absorvem parcelas de seu patrimônio sucedem-na, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações porventura não relacionados no ato de cisão.

Se a cisão não envolve sociedade anônima, o novo Código Civil, em seu art. 1.122, expõe que o credor anterior à cisão que for por ela prejudicado poderá, também no prazo de 90 dias da publicação dos respectivos atos, promover judicialmente a anulação destes, mas ficando prejudicado o pedido se houver consignação em pagamento dos prejuízos efetivamente ocorridos.

Sérgio Campinho afirma que o novo Código Civil equaliza os reflexos das operações de cisão, fusão e incorporação em relação aos credores, diversamente do que se tem na esfera das sociedades por ações.¹⁹⁵ Enquanto pelo regime do Código Civil, qualquer credor poderá pleitear judicialmente a anulação das operações de incorporação, fusão e cisão, no prazo de 90 dias da publicação dos atos respectivos, a Lei 6.404/76 não confere esse direito aos credores da companhia que tenha passado por uma cisão, apenas conferindo-o no caso de fusão ou incorporação.

Láudio Camargo Febretti deixa claro que, em se tratando de uma sociedade anônima, o prazo para o credor prejudicado pleitear a anulação da operação será de 60 dias para fusão e incorporação, inexistindo essa possibilidade no caso de cisão.¹⁹⁶ Assim, o prazo de 90 dias previsto no Código Civil, se aplica apenas aos demais tipos societários.

O Superior Tribunal de Justiça vem manifestando em seus julgados, o entendimento de que os sócios que firmaram contrato de prestação de serviços em nome da companhia cindida continuam responsáveis perante o contratado, já que passariam a ser sócios de sociedades que resultaram da cisão. Nesse sentido vai a decisão do Recurso Especial nº 9.862/1991-PR: "...continuando nas sociedades

¹⁹⁵ CAMPINHO, op. cit., p. 296.

¹⁹⁶ FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001.

resultantes da cindida, os sócios firmatários do contrato de serviços por este permanecem obrigados”.¹⁹⁷

Há certa preocupação da doutrina quanto aos mecanismos de proteção aos acionistas e aos credores adotados na legislação brasileira. Nas palavras de Waldírio Bulgarelli: “(...) medidas reclamadas de proteção aos acionistas e aos credores, podem, em muitos casos, tornar-se contrárias e até mesmo impeditivas da realização da fusão obrigando, como no caso da Espanha, o legislador a diminuir-lhes as garantias ou, ao menos, a reduzir-lhes os prazos reclamatórios, e, na Itália, a abolir o direito de recesso a fim de facilitar a efetivação das fusões.”¹⁹⁸

5.3 EFEITOS QUANTO AOS TRABALHADORES

Nos casos de fusão e incorporação, o emprego geralmente encolhe nas empresas contratantes mas aumenta nas empresas contratadas. Mas não são os mesmos empregados que migram automaticamente de um lado para o outro. Ao contrário, a mutação de empresas exige outros tipos de colaboradores (...) provoca mutações nos quadros de pessoal. Independentemente da qualificação dos profissionais, a tendência da empresa mutante é de exigir alta produtividade dos empregados que contrata, de forma direta ou indireta. Por isso, a demanda por mais qualificação não vem apenas das novas tecnologias e formas de produzir. Vem também das transformações pelas quais vão passando uma grande parte das empresas no mundo inteiro.¹⁹⁹

É importante notar que nem na Lei das Sociedades Anônimas nem no novo Código Civil há previsão para a proteção dos direitos dos empregados das sociedades que passam por transformação, fusão, incorporação ou cisão. Eles não têm legitimidade para se opor a essas operações, como têm os sócios ou acionistas, tendo que suportar em silêncio seus encargos.

Essa situação é bastante delicada, merecendo pois, a atenção da doutrina a fim de criar efetivos mecanismos de proteção.

Ao ocorrer uma operação societária, se as sociedades envolvidas têm a finalidade de reduzir custos, adquirir novos equipamentos, unificar os órgãos da

¹⁹⁷ Sentido de decisão apresentado por MESSINA; FORGIONI, op. cit., p. 43, 219-220.

¹⁹⁸ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 190.

¹⁹⁹ PASTORE, José. A metamorfose das empresas e dos empregos. **O Estado de S. Paulo**, 06 nov. 2001.

administração, provavelmente os empregados poderão ser prejudicados com a perda do emprego.

Quando se trata de sociedade anônima, a questão dos empregados ganha maior relevância, visto que, geralmente são eles que trabalham e não os sócios. Estes muitas vezes empregam apenas o capital necessário, enquanto aqueles é que entregam a força de trabalho. Embora sejam os empregados que ajudam na consecução dos fins sociais da empresa, a eles não é garantida efetiva proteção contra os danos que uma fusão, incorporação ou cisão possa lhes causar.

O Direito do Trabalho garante que a mudança do empregador em nada deve alterar o contrato de trabalho. Nesse sentido há o art. 10 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

E no mesmo sentido, o art. 448 da CLT garante: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.”

No entanto, esses dispositivos não garantem que a nova sociedade não possa rescindir contratos de trabalho sem justa causa e, mediante o pagamento de indenizações, dispensar empregados.

Resta evidente a necessidade de se criar meios de proteção aos trabalhadores das sociedades que passam por operações societárias, cabendo tal tarefa à doutrina, seja mediante à concessão de estabilidade, seja através da possibilidade de oposição.

5.4 EFEITOS TRIBUTÁRIOS

No caso de haver transformação de sociedade, os tributos continuarão sendo pagos da mesma forma anterior ao evento, sem solução de continuidade, como se não houvesse ocorrido nenhuma alteração.²⁰⁰ Assim expõem o art. 234 do RIR/1999 e o art. 132 do Código Tributário Nacional. Não há sucessão, devendo ser pagos os tributos pela sociedade transformada.

²⁰⁰ FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 108.

Já os problemas envolvendo incorporações, fusões e cisões, são mais complexos e os aspectos tributários assumem aí especial relevo.

A legislação fiscal federal, que disciplina a incorporação, fusão e cisão é a Lei 7.450/85, art. 33 e o Decreto-lei 2.323/87, art. 11, com as alterações correspondentes aos respectivos períodos, da Lei 8.218/91, art. 28; Lei 8.541/92, art. 25, §3º e art. 35; Lei 8.981/95, art. 36, parágrafo único; Lei 9.249/95, arts. 2º, 21 e 36, V; Lei 9.430/96, art. 1º, §1º e art. 5º, §4º; Lei 9.959/2000, art. 5º; IN SRF 77/86, itens 5.1 e 5.4; IN SRF 21/92, art. 26; IN SRF 11/96, arts. 58 e 59; IN SRF 28/2000, art. 4º; RIR/99, arts. 207, III, art. 234, art. 235, art. 430, art. 440, art. 441, art. 452, art. 514, art. 810 e art. 861.

Ademais, muito importantes se fazem as disposições do Decreto-Lei 1.598/77, que alterou a legislação do Imposto sobre a Renda.

Seu art. 5º estabelece quem será responsável pelo pagamento dos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas: I - a pessoa jurídica resultante da transformação de outra; II - a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade; III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida; IV - a pessoa física sócia da pessoa jurídica extinta mediante liquidação que continuar a exploração da atividade social, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual; V - os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação.

Ainda, serão solidariamente responsáveis pelos tributos da pessoa jurídica, as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão; a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial; e, os sócios com poderes de administração da pessoa extinta, no caso do item V, acima mencionado (§1º do art. 5º).

O empresário que realizar uma operação de reestruturação societária (fusão, incorporação, cisão), visando economia de tributos, deverá obediência, principalmente, às regras introduzidas pela Lei 9.249/95, especialmente às disposições dos arts. 21 e 22.

De acordo com essas disposições, a pessoa jurídica que tiver todo o seu patrimônio absorvido em qualquer das operações desaparece fiscalmente, embora,

juridicamente, a empresa resultante seja sucessora universal de seus direitos e obrigações. Assim, para efeito de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro, a empresa se encerra no momento da efetivação da operação.

O art. 21 prevê que a pessoa jurídica que tiver parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão deverá levantar balanço específico para esse fim, em até trinta dias antes do evento (§1º), sendo que os bens e direitos poderão ser avaliados pelo valor contábil ou pelo de mercado, havendo, portanto, dois critérios para a avaliação.

A pessoa jurídica que for incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar, em seu próprio nome, declaração de rendimentos referente ao período transcorrido durante o ano-calendário, até o último dia útil do mês subsequente ao do evento (§4º do art. 21).

Na incorporação, apenas a empresa incorporada deverá apresentar sua declaração final de rendimentos. Na fusão, ambas as sociedades fusionadas desaparecem, por isso ambas deverão apresentar declaração de rendimentos. E na cisão, seja total ou parcial, a empresa cindida é que deverá apresentar declaração de rendimentos.²⁰¹

O art. 22 possibilitou que a devolução de bens ou direitos do ativo da pessoa jurídica aos sócios, em pagamento de sua participação no capital social, poderá ser feito com base no valor contábil ou de mercado.

As normas tributárias referentes ao IR e à CSLL estão atualmente expressas nos art. 235 e 236 do RIR/99, que conjugou o art. 21 da lei 9.249/95²⁰², já mencionado anteriormente, com o art. 1º §1º da Lei 9.430/96. Determina que a pessoa jurídica que tiver seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão, deverá levantar balanço específico na data desse evento, sendo que considera como data do evento a data da deliberação que aprovar a operação de reestruturação societária. Ainda, determina que as pessoas jurídicas incorporadas,

²⁰¹ FEBRETTI, op. cit., p. 114.

²⁰² A partir da vigência da Lei 9.249 de 1995, a obrigatoriedade de tributação dos resultados pelo lucro real, ficou expressamente revogada, podendo, o IR e a CSSL relativos ao ano-calendário do evento de incorporação, fusão ou cisão, ser calculados com base nas regras de lucro presumido.

fusionadas ou cindidas apresentem declaração de rendimento referente ao período transcorrido entre o início do ano-calendário e a data do evento.

O Código Tributário Nacional possui um artigo específico sobre a responsabilidade fiscal nos casos de transformação, fusão e incorporação da sociedade. Trata-se do art. 132, que diz ser responsável pelos tributos devidos até a data do ato (de transformação, fusão ou incorporação) pelas pessoas jurídicas de direito privado transformadas, fusionadas ou incorporadas, a pessoa jurídica de direito privado que resultar da operação. E seu parágrafo único estabelece que o disposto no *caput* se aplica aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da sua atividade seja continuada por algum sócio remanescente ou seu espólio, independente da razão social continuar a mesma.

Pela disposição desse artigo, tanto o imposto devido em função da incorporação, fusão ou cisão, como o relativo ao período de incidência imediatamente anterior e ainda não recolhido será pago pela sociedade sucessora em nome da sucedida.

O enunciado do art. 132 não faz menção, no entanto, à figura da cisão. Isso porque este instituto surgiu no mundo jurídico apenas dez anos após a edição do CTN. Não obstante, a doutrina vem tentando interpretá-lo de forma a abranger algumas situações decorrentes da cisão, “na esteira do pensamento de que o direito existe para reger casos futuros”²⁰³.

Até o advento do art. 33 da Lei 7.450/85 a legislação do imposto de renda tratava as operações de incorporação, fusão e cisão como meros atos de sucessão de direitos e obrigações, assim o imposto continuava a ser pago como se não houvesse alteração nas sociedades. As alterações na legislação fiscal em relação a essas operações visaram, sobretudo, combater a elisão fiscal ou planejamento tributário para economia de impostos. Dessa forma, a responsabilidade tributária da empresa sucessora é diferente da sua responsabilidade perante os credores de que trata a Lei 6.404/76. Ela será solidariamente responsável pelo total dos débitos tributários existentes até a data do evento ou apurados posteriormente ao período

²⁰³ DALLAZEN, Dalton Luiz. **Cisão e responsabilidade tributária**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 142.

até a data da operação, e não, responsável proporcionalmente ao patrimônio vertido.²⁰⁴

Dalton Luiz Dallazen conclui, ao final de suas pesquisas acerca da responsabilidade tributária na cisão, que nos tributos federais, havendo cisão total, as empresas receptoras de parcelas do patrimônio da cindida são responsáveis solidárias pelos tributos devidos até a data do ato. Por sua vez, na cisão parcial, as receptoras respondem solidariamente com a cindida que substituiu (mas a solidariedade não ocorre entre as receptoras entre si). Ainda, afirma o direito das empresas receptoras de parcelas do patrimônio da empresa extinta, mediante cisão, de pleitear a restituição de tributos federais pagos indevidamente pela cindida.²⁰⁵

Quando se opera a incorporação, fusão ou cisão de sociedades, ocorre, freqüentemente, transmissão de bens entre as empresas envolvidas. Não obstante configurada uma alienação, o imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI) não incide sobre a operação, por força do disposto no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, e no art. 36, II, do Código Tributário Nacional.²⁰⁶

Faz-se oportuno mencionar ainda, as freqüentes incorporações de empresas privatizadas de vários setores, em face das notícias de que geralmente resultam em economia, pela empresa privatizada, de valores relativos ao IR e da CSLL. Essa economia, na verdade, decorre de uma quase sonegação de tributos consentida pelo Governo Federal como forma de incentivo a esse tipo de operação.²⁰⁷

O Decreto-Lei 1.182 de 1971 concedeu estímulos fiscais transitórios às incorporações, fusões e à abertura de capital das empresas. O principal estímulo era a isenção de imposto de renda sobre o acréscimo de valor decorrente da reavaliação dos bens do ativo imobilizado, acima dos limites da correção monetária até o valor

²⁰⁴ HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de renda das empresas: interpretação e prática**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 441.

²⁰⁵ DALLAZEN, op. cit., p. 142.

²⁰⁶ Antes mesmo da vigência da CF de 1988, já se formara jurisprudência segura, no Tribunal de justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que a transmissão de bens imóveis entre pessoas jurídicas por força de cisão não implicaria a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI) - Apelações Cíveis nº 102.651-2, nº 109.508-2 e nº 109.584-2 julgadas no ano de 1986. (MESSINA; FORGIONI, op. cit., p. 43, 221-226).

²⁰⁷ HIGUCHI, op. cit., p. 439.

de mercado. Tais estímulos foram incorporados no antigo Regulamento do Imposto de Renda (Dec. 76.186 de 1975), mas atualmente inexistem esses incentivos.

Por fim, cabe frisar os procedimentos, previstos pela legislação fiscal, a serem cumpridos pelas pessoas jurídicas envolvidas nas operações de incorporação, fusão e cisão:

- a. Levantar, até 30 dias antes do evento, balanço específico, no qual os bens e direitos poderão ser avaliados pelo valor contábil ou de mercado (Lei 9.249 de 1995, art. 21 e Lei 9.430 de 1996, art. 1º §1º); relativamente às empresas incluídas em programas de privatização da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o balanço ora referido deve ser levantado dentro do prazo de 90 dias que antecedem a operação (Lei 9.648 de 1998);
- b. A apuração da base de cálculo do imposto de renda será efetuada na data do evento, assim considerada a data da deliberação que aprovar a operação, devendo ser computados os resultados apurados até essa data (Lei 9.430 de 1996, art. 1º §1º e 2º);
- c. A incorporada, fusionada ou cindida deverá apresentar a DIPJ correspondente ao período transcorrido durante o ano-calendário, em seu próprio nome, até o último dia útil do mês subsequente ao da data do evento (Lei 9.249 de 1995, art. 21 §4º);
- d. A partir de 1º/01/2000, a incorporadora também deverá apresentar DIPJ tendo por base balanço específico levantado até 30 dias antes do evento, salvo nos casos em que as pessoas jurídicas, incorporadora e incorporada, estivessem sob o mesmo controle societário desde o ano-calendário anterior ao do evento (Lei 9.959 de 2000, art. 5º);
- e. Dar baixa da empresa extinta pela operação, de acordo com as regras dispostas na IN SRF nº 200 de 2002;
- f. O período de apuração do IPI, da Cofins e da contribuição PIS/Pasep será encerrado na data do evento nos casos de incorporação, fusão e cisão ou na data da extinção da pessoa jurídica, devendo ser pagos nos mesmos prazos originalmente previstos.

5.5 PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

Não há previsão na legislação societária para a proteção dos direitos dos consumidores. E assim como os empregados, eles não têm a prerrogativa de se opor às operações societárias, tendo que suportar seus encargos.

Seria bastante complicado se criar a possibilidade de os consumidores se oporem às operações societárias, através da ação de anulação das mesmas. Isso porque, se dentre os sócios já há aqueles que se opõem pelas razões acima expostas, entre os consumidores que são indeterminados e a princípio não estão ligados diretamente à sociedade, logicamente haveria uma maior resistência.

No entanto, as operações de fusão, incorporação e cisão, além de se submeterem ao rígido procedimento legal já analisado anteriormente, que confere o direito de recesso a acionistas dissidentes, também se submetem ao direito antitruste (Lei 8.884/94), que será analisado no próximo capítulo.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) acaba por tutelar o direito dos consumidores, mesmo que não em toda a sua plenitude, ao fiscalizar as operações de concentração, zelar pela ordem econômica e pela manutenção da concorrência no mercado.

Um dos principais objetivos da legislação antitruste (Lei 8.884/94) é a “promoção da eficiência econômica que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores”²⁰⁸.

²⁰⁸ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 64.

6 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E A LEI ANTITRUSTE

Os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que o constituinte de 1988 resolveu apagar ao optar pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia. Essa opção se revela nos princípios gerais da atividade econômica, inscritos nos arts. 170 e seguintes da Constituição Federal, os quais dão ênfase à livre concorrência, à defesa do consumidor e do meio ambiente, dentre outros. Tais princípios afastam o Estado da exploração da atividade econômica, salvo quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou em virtude de relevante interesse coletivo (art. 173 da CF).

Há um modelo econômico definido na ordem econômica da Constituição de 1988, o qual Eros Roberto Grau chama de modelo de bem-estar. É um “modelo aberto, porém, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas”.²⁰⁹

Paralelamente à consagração do princípio da livre concorrência²¹⁰ feita no parágrafo único do art. 170, a Constituição brasileira buscou reprimir os abusos advindos de uma liberdade ilimitada. Nesse intuito é que autorizou, em seu art. 173, §4º, a legislação infraconstitucional a reprimir o abuso do poder econômico voltado à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros²¹¹.

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 307.

²¹⁰ Leila Cuéllar, em sua dissertação de mestrado da Universidade Federal do Paraná, apresentada em 1997, sob orientação do professor Alfredo Assis Gonçalves, define o que seja concorrência: “é o estado de fato onde os agentes econômicos, detentores de liberdade de iniciativa e atuação econômica, buscam conquistar a clientela em determinado mercado”; e o que seja liberdade de concorrência: “corresponde à faculdade que possui o comerciante de conquistar a clientela, da maneira que lhe for mais conveniente, desde que não através de concorrência desleal. Abrange, igualmente, a proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”, considerando que essa liberdade não é irrestrita. (**Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro**. Dissertação - Mestrado em Direito - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997. p. 22 e p. 24)

²¹¹ Não configura abuso de poder econômico, no entanto, o poder legítimo alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil. A eliminação da concorrência é aceita pela ordem jurídica se decorre de atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com oferta de produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. Nas

É uma atividade consagrada ao Estado a de preservar o ambiente concorrencial, oferecendo segurança jurídica aos agentes econômicos que nele atuem ou venham a operar, impedindo que práticas danosas ao sistema da livre iniciativa prosperem e frustrem os resultados que dela se espera.²¹²

Identificável perfeitamente na época que se seguiu à Revolução Industrial, no final do século XVIII e início do século XIX, o processo concentracionista evoluiu acentuadamente até atingir o seu auge nos dias atuais, acompanhando os traços das transformações do capitalismo.²¹³

Os regimes democráticos revelam preocupação pela condução das atividades econômicas. Tenta-se impedir os excessos de monopólios e oligopólios, através de entendimentos, cartéis, fusões, incorporações e demais medidas tendentes ao domínio dos mercados e à elevação arbitrária dos lucros.²¹⁴

A partir dos anos 90, no Brasil, abranda-se o monitoramento da economia pelo rígido controle de preços e uma nova conjuntura econômica se forma com a abertura da economia mundial, a crescente globalização, as privatizações e a estabilização da moeda.²¹⁵ Foram esses os fatores que tornaram vital o desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência para atender à nova realidade econômica.

palavras de José Carlos Magalhães e Onofre Carlos de Arruda Sampaio: “Mesmo o monopólio é lícito desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico.” (MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. Revista de direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 113, jan./mar. 1999. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 33.)

²¹² MAGALHÃES; SAMPAIO, op. cit., p. 30.

²¹³ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 25.

²¹⁴ Na Grã-Bretanha, o Monopolies and Mergers Act, de 1965, submeteu à investigação, feita pelo Monopolies and Mergers Commission, as incorporações e fusões de empresas que exerçam o controle de mais de 25% do mercado (market share). E o Competition Act, de 1980, estabeleceu medidas para coibir atos anticompetitivos na indústrias privadas ou nacionalizadas. Nos Estados Unidos, o Sherman Act, de 1890 e o Clayton Act, de 1914, desempenharam esse papel de proteção à concorrência no mercado.

²¹⁵ FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários: tratamento jurídico, tributário e contábil**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 140.

A regulação da concorrência em nosso sistema jurídico deriva do direito de escolha dos consumidores, bem como da liberdade de iniciativa, a qual ficaria restringida se as distorções no mercado não fossem combatidas.²¹⁶

A matéria está hoje regulada na Lei 8.884 de 1994, cujas disposições visam a coibir as chamadas práticas comerciais restritivas da concorrência, sendo por essa razão, chamada de Lei Antitruste.²¹⁷

Leila Cuéllar define a legislação antitruste como um conjunto de regras e instituições com objetivo de proteger a concorrência, concebida como princípio de base da ordem econômica, declarando ilícitas as práticas e contratos que a restringem, os quais são denominados pela legislação brasileira de abuso do poder econômico.²¹⁸

A política antitruste impõe limites à liberdade de concorrência entre empresas, visando manter a igualdade entre os concorrentes e zelar pelos interesses dos consumidores, por meio da prevenção de delitos e da punição dos infratores.

Quanto aos órgãos administrativos competentes para disciplinar o mercado, a Lei 8.884/94 determina uma nova estrutura ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e dispõe sobre a SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça). Incumbe a esses órgãos controlar o poder econômico para cumprir a tarefa do Estado de prevenção e repressão às infrações praticadas contra a ordem econômica, na forma do art. 170, §4º, da Constituição Federal.

O CADE é um Tribunal Administrativo, agora sob forma de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com função judicante²¹⁹, integrada por um Presi-

²¹⁶ MAGALHÃES; SAMPAIO, p. 192.

²¹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual de direito comercial**: apontamentos. Curitiba: Juruá, 2000. p. 233. Sobre a Lei 8.884/94, explica que ela estrutura os órgãos governamentais de controle da concorrência no cenário macroeconômico, com normas de natureza administrativa, no escopo de regular a chamada "disciplina de mercado"; enumera as infrações da ordem econômica e as penalidades aplicáveis; trata das formas de controle dos atos e contratos que possam limitar a livre concorrência e dos respectivos compromissos de desempenho; e, ao final, regula a execução judicial das penalidades aplicadas aos infratores.

²¹⁸ CUÉLLAR, op. cit., p. 27.

²¹⁹ O art. 3º da Lei 8.884/94 refere-se ao CADE como órgão judicante. Proença diz tratar-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial, visto que o CADE não integra o Poder

dente e seis Conselheiros²²⁰, com competência de zelar pelo respeito às normas da concorrência em geral, apreciar e julgar as infrações à ordem econômica, mediante regular processo administrativo, com a aplicação das respectivas penalidades, e ainda, analisar e autorizar a prática ou a celebração de atos ou contratos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

A SDE é um órgão do Ministério da Justiça que desempenha o papel de fiscalização das atividades econômicas de quem detém posição dominante em mercado relevante de bens ou de serviços. Tem a competência de adotar medidas preventivas e celebrar compromissos de cessação de práticas abusivas, além de instaurar e instruir processos administrativos para apuração e repressão de infrações à ordem econômica, remetendo-os ao CADE para julgamento. Em síntese é o órgão de acompanhamento, averiguação e outras providências preventivas.

A Lei 8.884/94 conferiu o status de título executivo extrajudicial às decisões do CADE, sendo que, se descumpridas, elas podem ser executadas perante a Justiça Federal. As decisões do CADE são de natureza administrativa e, por isso, podem ser revistas na esfera judicial. Alfredo Assis Gonçalves Neto afirma que, no entanto, a revisão judicial deve se limitar à análise dos aspectos formais da decisão, porque os Conselheiros emitem juízos técnicos, os quais os magistrados não costumam estar aptos a realizar e que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário.²²¹

É necessário garantir que a interpretação de qualquer dos dispositivos da Lei 8.884/94 sempre ocorra em consonância com os princípios constitucionais reiterados no art 1º dessa lei, quais sejam, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico. Estão, portanto, na base de qualquer interpretação a respeito, os pressupostos da

Judiciário, mas o Executivo, uma vez que vinculado ao Ministério da Justiça. PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61.

²²⁰ Escolhidos entre cidadãos com mais de trinta anos, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após prévia aprovação de seus nomes pelo Senado Federal para um mandato de dois anos, permitida uma recondução. GONÇALVES NETO, **Manual de direito comercial**, p. 234.

²²¹ *Ibid.*, p. 234.

repressão ao abuso do poder econômico, da liberdade de iniciativa, livre concorrência e defesa dos consumidores.

Na realidade presente, as empresas são forçadas muitas vezes a formar alianças e a realizar ajustes de concentração, com fusões, incorporações ou acordos de cooperação, que lhes permitam ampliar a economia de escala e sinergia, para enfrentar a concorrência cada vez mais acirrada e, assim, sobreviver. Mudanças estruturais são realizadas sob as mais diversas formas jurídicas, com o intuito de criar condições para enfrentar concorrentes, que também procuram ser mais eficientes, redesenhando seus perfis e estratégias.

São diversos os fatores que podem compelir o agente econômico à concentração. Paula Forgioni expõe as possíveis razões da concentração²²²: (i) a operação de concentração pode tender à neutralização da concorrência entre os agentes econômicos; (ii) pode viabilizar economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis; (iii) a empresa adquirente pode estar comprando não outro agente econômico, mas sim pessoal especializado; (iv) muitas vezes a venda da empresa é meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades; (v) outros fatores: viabilização de economias tributárias, operação como verdadeira opção de investimento de capital ou estratégia empresarial para diminuir riscos da atividade.

Osmar Brina Corrêa Lima afirma que, a julgar por dados estatísticos e por notícias de jornais, existe realmente uma tendência moderna de concentração de empresas no Direito Comercial.²²³

A concentração de empresas pode se implementar, principalmente, pela constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, pela forma de grupamento societário, pela fusão ou incorporação de empresas ou pela conjugação de alguns ou todos esses mecanismos. Mas além dessas modalidades, há outros

²²² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 360-362.

²²³ LIMA, As concentrações empresariais, p.182. Nesse sentido afirma: "Todos os dias somos surpreendidos com notícias de incorporações e fusões de grandes companhias (bancos, seguradoras, financeiras, e outras). Sobre a concentração de empresas pode-se dizer o mesmo que sobre a energia elétrica: pode ser enormemente útil ou mortalmente perigosa."

instrumentos jurídicos que podem servir para concentração: a cisão, o acordo de acionistas e a joint venture.²²⁴

Alfredo Assis Gonçalves Neto afirma que a concentração empresarial pode realizar-se de duas maneiras: i) por meio de relações de capital e de contratos entre sociedades, bem como ii) pela junção completa de duas ou mais sociedades, com unificação de seus patrimônios e dos respectivos sujeitos de direito.²²⁵ O presente trabalho procurou ater-se nesse segundo grupo, o qual imprime alteração na estrutura interna das sociedades envolvidas e não simples modificação nas relações entre sociedades. Fazem-se presentes nesse grupo a incorporação, a fusão e a cisão com incorporação.

Quanto às operações de fusão e incorporação, são elas típicas operações de concentração econômica. Fazem parte do processo natural de desenvolvimento da economia de mercado, buscando geralmente aumentar a eficiência da empresa e, por si sós, não configuram prática abusiva. Entretanto, elas podem resultar em redução da concorrência, razão pela qual, dependendo do valor envolvido no evento, a operação deve ser examinada e aprovada pelo CADE.

No Brasil, havia certa tranqüilidade a respeito dessas operações, explicável pela sua quase ausência até bem pouco tempo, dado o estágio de nossa economia. A partir da década de 60, no entanto, essa tranqüilidade cessou, pois o país começou a participar intensamente do processo de fusões e incorporações, em virtude da remoção de alguns óbices, sobretudo de natureza fiscal. Na década de 90, o fenômeno concentracionista foi intensificado, culminando pela posição adotada pelo Estado de amplo incentivo às fusões, incorporações e outras formas de concentração.²²⁶

A incorporação de empresas muitas vezes determina a supressão de um agente da concorrência, possibilitando um acréscimo imediato da parcela de mercado ocupada, gerando um aumento súbito de capital social, de patrimônio e de capacidade produtiva, somado à aquisição de propriedade intelectual e de tecnologia. É uma operação controlada pelo CADE porque pode acarretar efeitos

²²⁴ LIMA, As concentrações empresariais, p.186.

²²⁵ GOLÇALVES NETO, **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**, no prelo.

²²⁶ BULGARELLI, **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**, p. 21 e 204.

nocivos ao mercado, como por exemplo a retirada de produtos da linha fabril, diminuindo as opções dos consumidores.

As definições legais de incorporação e fusão permitem ampla margem para a criatividade dos empresários, gerando na prática, inúmeras formas. Criam-se modalidades muito diferenciadas dessas operações, por razões de ordem tributária, ordem sucessória ou de mera conveniência, todas subsumidas numa mesma definição legal. Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, a doutrina já conseguiu identificar, sistematizar e classificar, por exemplo, diversas modalidades de incorporações, estudadas pela análise de casos concretos discutidos nas várias Cortes de Justiça.²²⁷

Quanto à cisão, ela pode funcionar como um instrumento de concentração de poder econômico quando se destina à incorporação posterior de parcela da empresa cindida por outra empresa já existente. Mas tem sido utilizada no Brasil, também como modalidade de desconcentração, para resolver problemas de empresas familiares com questões sucessórias mal resolvidas.

Observa-se que a fusão, a incorporação e a cisão com versão total ou parcial do patrimônio para outras sociedades existentes afetam a estrutura interna das sociedades. Desse modo é possível classificá-las como espécies de concentração de empresas que afetam a estrutura interna das sociedades envolvidas na operação. Já a cisão com versão total ou parcial do patrimônio na formação de novas sociedades retrata sempre uma operação de desconcentração que, por essa razão, escapa das disposições legais atinentes ao intervencionismo estatal.²²⁸

Láudio Camargo Febretti expõe as razões que levam o Estado a controlar as operações de reorganização societária: as concentrações podem tornar a estrutura do mercado menos competitiva; as empresas podem aumentar os preços dos produtos no mercado e adotarem comportamento menos competitivo; as

²²⁷ LIMA, As concentrações empresariais, p. 190 e 191. São estas as modalidades mencionadas: incorporação triangular, incorporação triangular reversa, incorporação com alijamento prévio de acionistas, incorporação simplificada e incorporação de fato.

²²⁸ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão..., p. 72.

eficiências desejáveis e indesejáveis das concentrações devem ser avaliadas pelo Estado.²²⁹

Cabe distinguir concentração empresarial de cooperação empresarial. Segundo Calixto Salomão Filho, a cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente nos aspectos da atividade não sujeitos ao acordo. Afirma, por outro lado, que para haver uma concentração empresarial é preciso que as empresas possam ser consideradas como um único agente sob o ponto de vista econômico para todas as operações por elas realizadas, não ocorrendo apenas uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou a realização de alguma atividade comum.²³⁰

A Resolução nº 1 do CADE, de 7 de junho de 1995, nesse ponto mantida inalterada pela Resolução nº 5 do CADE, de 28 de agosto de 1996, apesar de não se referir aos dois diferentes tipos, concentração e cooperação, oferece o instrumental necessário para que ambas sejam diferenciadas e controladas, representando um grande avanço nesse sentido.

Para que se configure uma concentração empresarial é necessário que, tanto o comportamento no mercado, quanto a forma interna de produção e comercialização esteja sujeita a um único centro decisório. Não basta assim, a existência de um acordo. Faz-se necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor ampla uniformidade econômica.²³¹

²²⁹ FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001. p. 142.

²³⁰ SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 229-230.

²³¹ Essa definição de concentração é dada na exposição de motivos do Regulamento do Conselho CEE n. 4.064 de 21.12.89, sobre controle das concentrações: "Whereas it is appropriate to define the concept of concentration in such a manner as to cover only operations bringing about a durable change in the structure of the undertakings concerned; whereas it is therefore necessary to exclude from the scope of this Regulation those operations which have as their object or effect the coordination of the competitive behaviour of independent undertakings, since such operations fall to be examined under the appropriate provisions of Regulations implementing Article 85 or Article 86 of the Treaty; whereas it is appropriate to make this distinction specifically in the case of the creation of joint venture (...)"

A existência dessa “mudança estrutural duradoura”, citada por Calixto Salomão Filho, é muito evidente nos casos de fusão e incorporação, pois nesses dois casos a união dos empreendimentos é, mais do que econômica, também física e jurídica.

Modesto Carvalhosa²³² separa as operações concentracionistas em dois grandes grupos: a) operações que levam à perda da autonomia individual das sociedades, chegando a uma integração absoluta (fusão e incorporação); b) operações de associação de empresas autônomas, pretendendo-se uma integração relativa (participação acionária, grupos societários, consórcio, joint venture). O primeiro grupo corresponde, na classificação de Calixto Salomão Filho, à concentração empresarial e o segundo grupo à cooperação empresarial. Para efeito deste trabalho, interessa-nos apenas as operações que levam à integração absoluta de sociedades (primeiro grupo da classificação).

Calixto Salomão Filho não concorda de todo com a diferenciação geralmente apontada pela doutrina de que a forma jurídica da cooperação econômica é tipicamente o contrato, enquanto a concentração se perfaz através de algum tipo de mudança societária. Afirmar não ser totalmente acertada essa análise em virtude da existência de formas de vinculação societária que não dão origem à concentração econômica, mas sim a estruturas cooperativas, assim como pela existência de formas contratuais que podem dar origem à concentração e não à cooperação.²³³

Este autor visualiza a possibilidade de três tipos de concentrações: *concentração horizontal*, *concentração vertical* e *formação de conglomerados*, nessa ordem de relevância para a ordem concorrencial.²³⁴

²³² CARVALHOSA, **A nova Lei das sociedades anônimas**. p. 214.

²³³ SALOMÃO, *op. cit.*, p. 231.

²³⁴ *Ibid.*, p. 266. Seguindo classificação muito semelhante, Paula Forgioni separa em *acordos horizontais* – “aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante e estão, portanto, em direta relação de concorrência” – e *acordos verticais* – “disciplinam relações entre agentes econômicos que desenvolvam suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares. (...) agentes econômicos que atuam em estágios diversos de uma mesma cadeia de produção/comercialização”. (FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, p. 323-324, 342.)

Por *concentração horizontal* entende-se aquela que se processa entre concorrentes, ou seja, entre empresas que se enquadram na mesma definição de mercado relevante.

Concentração vertical é aquela que se processa entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviços.

E *formação de conglomerados* é uma categoria residual, ou seja, é toda integração entre empresas que não seja classificada nem como concentração horizontal, nem como concentração vertical.²³⁵ Engloba as concentrações em que as atividades dos agentes econômicos não guardam qualquer relação entre si.

Nas palavras de José M. Proença: "...não interessa ao órgão de defesa da concorrência examinar a forma do ato (...). O que interessa, na verdade, nos termos da legislação, é verificar se o respectivo ato é um ato de integração e se esse ato integra poder econômico, isto é, se quem celebra são duas ou mais empresas, que detêm, cada uma a sua vez, poder que, mediante aquele ato, concentra-se, ou seja, desloca-se para um mesmo centro."²³⁶

Presentes os princípios constitucionais que informam a matéria, reiterados no art. 1º da Lei 8.884/94, quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência ou deles resultar a dominação de mercados relevantes de bens ou serviços devem ser submetidos à apreciação do CADE, para o exame de eventual abuso, em cumprimento do disposto no art. 54 da mesma lei.

Note-se que esse artigo, em seus parágrafos, apenas se limita a prever parâmetros para a apreciação do CADE, não vedando os referidos atos. A competência da autarquia, definida no art. 7º, XII, da Lei 8.884/94, é somente a de "apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso".

²³⁵ SALOMÃO, op. cit., p. 283.

²³⁶ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 66.

Paula Forgioni afirma que a lei 8.884/94 adotou o sistema das autorizações.²³⁷ Isso porque, no Brasil, o CADE exerce um controle *a posteriori* das práticas realizadas, as quais produzem efeitos plenos até serem formalmente proibidas pela autoridade antitruste. Assim, o ato de concentração pode existir e ter eficácia sem ter passado pela apreciação da autarquia, para só depois ser por ela reprovado e, conseqüentemente, desconstituído (§9º do art. 54). As empresas podem ter se fundido, tendo despesas não pequenas e, depois, podem ver-se submetidas a um processo administrativo instaurado para verificar se a fusão produziu ou não a concentração sem vantagens para o mercado, ficando sujeitas à desconstituição do negócio.²³⁸

O CADE não poderá classificar o ato de ilegal se dele advierem os resultados previstos nos quatro incisos do §1º do art. 54. Dessa forma, serão autorizados pelo CADE os atos: 1) que tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; 2) cujos benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; 3) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; 4) que observem os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Assim como, serão considerados regulares se três das quatro condições forem atendidas e houver motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum (§2º do art. 54).²³⁹

A respeito desses parágrafos do art. 54, Alfredo de Assis Gonçalves Neto assim expõe: “Trata-se de previsão que visa flexibilizar as disposições proibitivas antes registradas, atendendo a peculiaridades relevantes, de natureza política, social ou econômica para o desenvolvimento do País e, ainda, os benefícios que daí

²³⁷ FORGIONI, **Os fundamentos do antitruste**, p. 193-194.

²³⁸ PROENÇA, José Marcelo Martins. p. 105.

²³⁹ SALOMÃO, *op. cit.*, p. 261. Questiona se o §2º do art. 54 seria aplicável exclusivamente às concentrações que levam à participação da empresa ou grupo de empresas resultante em mais de 20% do mercado relevante, ou incidiria também sobre os casos em que já existe essa participação anteriormente à concentração, Ponderando, ao final, ser mais correta essa segunda interpretação.

podem decorrer para os consumidores.”²⁴⁰ Fundamental, portanto, é a repercussão que o ato pode causar no mercado.

O art. 58 da Lei 8.884/94 prevê que o Plenário do CADE poderá definir compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame, para assegurar que as condições do §1º do art. 54 sejam cumpridas.

José M. Proença define o compromisso de desempenho: “um elenco de metas a serem cumpridas pelas empresas que pleiteiam do CADE autorização para realizar atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”.²⁴¹ Dessa forma, o compromisso de desempenho funciona como uma garantia para o mercado do cumprimento das condições exigidas para autorização do CADE de atos com grau potencial de nocividade às relações concorrenciais.

A Lei nº 10.149, de 21.12.2000, deu nova redação ao §3º do art. 54 da Lei 8.884/94, submetendo à apreciação do CADE, os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

No entanto, não se justifica a interferência dessa autarquia quando a associação entre empresas tem objetivos meramente operacionais e não financeiros, como no caso em que se põe em comum determinado estabelecimento para operação conjunta, aproveitando as sinergias e evitando a duplicação das mesmas operações.²⁴²

Igualmente, não há matéria para apreciação do CADE se a fusão ou incorporação das unidades situadas no Brasil, mesmo que constituídas com perso-

²⁴⁰ GONÇALVES NETO, **Manual de direito comercial**, p. 242. No entanto, afirma que a disposição dos quatro incisos do §1º do art. 54 é de todo criticável pela falta de critérios objetivos que melhor condicionem a atuação do CADE.

²⁴¹ PROENÇA, *op. cit.*, p. 143.

²⁴² BATALHA, **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, p. 141.

nalidade jurídica própria, decorre de operações societárias entre suas matrizes situadas no exterior. Wilson Campos Batalha defende que não é possível as autoridades brasileiras adentrarem-se na análise da operação, que constitui mera decorrência de fatos consumados no exterior, nem seria possível determinar o desmembramento da empresa apenas no Brasil, continuando os mesmos acionistas.²⁴³

Ficam também excluídas do alcance normativo do CADE as empresas binacionais, como as binacionais argentino-brasileiras²⁴⁴, visto que, estando envolvidas duas soberanias, seria impossível a interferência de órgãos de uma delas.

A eficácia dos atos que dependem da apreciação do CADE pode ocorrer de duas formas diferentes:

a) se o ato for estabelecido sob condição suspensiva, só será eficaz se for aprovado pelo CADE, sendo que a aprovação retroage à data de sua realização; se não houver a manifestação do CADE em trinta dias (art. 54 §6º da lei 8.884/94), o ato é considerado automaticamente aprovado;

b) se o ato não for realizado sob condição suspensiva ou dele já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, em o CADE não o aprovando, determinará providências cabíveis para que seja desconstituído, total ou parcialmente, através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou outra providência que elimine seus efeitos nocivos à ordem econômica, independente da responsabilidade civil por perdas e danos causados a terceiros.

Frise-se aqui que a desconstituição poderá ser feita por livre iniciativa dos interessados ou por via judicial.

Tem-se registrado, em nosso país, um número crescente de fusões e aquisições de empresas realizadas primordialmente com o objetivo de adquirir competitividade local ou internacional, diante do quadro de fortalecimento dos concorrentes em ambas as esferas. A concentração, sob esse enfoque, “assegura a

²⁴³ Ibid., p. 141.

²⁴⁴ As empresas binacionais argentino-brasileiras são disciplinadas pela Lei Argentina n. 23.935/91 e pelo Decreto legislativo n. 26/92 do Brasil.

sobrevivência da própria empresa ou o controle do próprio mercado nacional assaltado por multinacionais estrangeiras²⁴⁵.

Essas operações têm sido apreciadas pelo CADE e são via de regra aceitas, não se tendo registrado, ordinariamente, casos de abuso de poder econômico, mesmo quando se constatou ampliação expressiva da participação das empresas envolvidas em determinado mercado relevante. A orientação atual do CADE está afinada com a tendência internacional de concentração de empresas e de formação de blocos econômicos.²⁴⁶

Mesmo antes da vigência da lei antitruste atual, o Prof. Alfredo Assis Gonçalves Neto já manifestara a sua preocupação com uma certa dissonância, visto que, “de um lado, é dever do Estado reprimir o abuso do poder econômico, e de outro, há interesse dele em fortalecer a empresa nacional²⁴⁷. E mais recentemente, nesse sentido bem expôs:

(...) por amor ao aumento da produtividade, da eficiência e dos benefícios ao consumidor com o fornecimento de um produto de melhor qualidade por menor preço, o CADE, na linha de uma política governamental de globalização da economia, certamente não deixará de autorizar uma grande concentração empresarial, mesmo que reduza parte substancial do mercado relevante do setor considerado – isto é, mesmo que tal operação desconsidere os limites taxativamente impostos pelos incisos III e IV do dispositivo legal sob análise, como ocorreu, v. g., no caso da Autolatina e, mais recentemente, no da aquisição da Kolinos pela Colgate, no da união das cervejarias Brahma e Antártica etc.²⁴⁸

De fato, a abertura generalizada das fronteiras nacionais, advinda da Rodada do Uruguai do GATT, que resultou na Organização Mundial do Comércio,

²⁴⁵ PROENÇA, op. cit., p. 8.

²⁴⁶ MAGALHÃES; SAMPAIO, op. cit., p. 39. Demonstram que de fato o CADE aprovou os seguintes atos de concentração: Alcan / Flcap (AC18/94); Ferinela / Índico (AC 42/95); Minasgás / São Felício / SHV Energy (AC 49/95); Crow / Grace (AC 4/95); BASF / Routtand / Scandiflex (AC 38/95); Exxon / Nalco (AC 28/95); Akso Nobel / PPG (AC 65/96); Carfepe / Santista (AC 25/95); Colgate / Kolinos (AC 27/94); Electrolux / Oberdorfer (AC 62/95); Cobrasma / Iochpe-Maxion (AC 03/94); Karibê / Paramount / Moinho Santista (AC 30/95); Akso Nobel / Flexys / Monsanto (AC 40/95); Linhas Corrente / Microlite (AC 51/95); KCC / Kenko (AC 90/96); Cargil / Agrícola / Cargil TeC / São Valentin (AC 98/96); Ethyl Brasil / Ethyl Co. / Texaco Brasil (AC 82/96); Eclin Mecano Fabril / Trats (AC 50/96); e Smithline Beecham PLC / Sterling Winthrop Inc. (AC 32/94).

²⁴⁷ GONÇALVES NETO, A fusão, a incorporação e a cisão..., p. 71.

²⁴⁸ GONÇALVES NETO, **Manual de direito comercial**, p. 242.

motivou agrupamentos de empresas para enfrentar a concorrência de grupos fortalecidos pela economia de escala conquistada em mercados ampliados.

Frente à ameaça gerada pela postura especulativa de competidores não-comprometidos com a economia nacional, a racionalidade das políticas antitruste se inverte, possibilitando em alguns casos a concentração de poder econômico nas mãos de companhia nacional, como forma de garantir um mínimo de segurança e autonomia ao mercado produtivo interno.

A acumulação de capitais e o aumento da dimensão das empresas são decorrentes da busca por maior lucratividade. Esse processo conduz a fusões, incorporações, ajustes ou coalizões, que funcionam como instrumentos de competição, por aumentar o poder econômico das empresas envolvidas.

No Brasil, o Governo estimulou as fusões, as incorporações e a abertura de capital das empresas, em virtude da idéia de que empresas de grande porte geram economia de escala com benefícios para a competição nacional e internacional.²⁴⁹

Como bem expõe José M. Proença:

Trata-se, efetivamente, de uma difícil transição, na qual realidade e cultura nacionais entram em cena, temperadas pelo imaginário de que a livre iniciativa e a competição, fundadas exclusivamente na eficiência produtiva, têm características inafastáveis de evolução social, exclusão e desnacionalização. De fato, a intensificação das trocas internacionais, propiciada pelos avanços tecnológicos nos meios de transporte e nas comunicações, não permite que a eficiência empresarial seja deixada de lado, em benefício de propostas idílicas cuja realização parece a cada dia mais impossível. (...) Assim, a atuação do CADE, na aprovação, ou não, de atos de concentração econômica, com ou sem imposição de compromisso de desempenho, deve levar em conta a preservação de um mercado competitivo (o que não significa dizer mercado atomístico, uma vez que mercado concentrado pode ser competitivo se preservada a sua contestabilidade), no intuito de afastar os malefícios da "vida tranqüila do monopólio", incentivando o "estresse da concorrência" (...).²⁵⁰

²⁴⁹ FONSECA, José Júlio Borges. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 86.

²⁵⁰ PROENÇA, op. cit., p. 187-188. Em nota de rodapé (n.234, p.187), afirma ainda que o CADE e os agentes econômicos interessados na operação, com vistas a dar eficácia ao art. 170 da Constituição Federal, devem estar atentos ao não-agravamento dos custos sociais do ato de concentração econômica, como as variações no nível de desemprego.

7 CONCLUSÃO

As operações de transformação, incorporação, fusão e cisão são os mecanismos previstos em lei para reorganização societária.

Conforme a sociedade busque adaptar sua organização interna a novas necessidades surgidas no desenvolvimento da empresa, a mudança na responsabilidade de seus sócios, a maior publicidade de seus atos, o acesso ao mercado de capitais, formar volumes de capital suficiente para atender à atualização tecnológica, obter um aumento de produção com economia de mão-de-obra, racionalizar a produção, reorganizar as estruturas, aumentar a clientela, evitar a concorrência, separar os sócios ou acionistas que não têm mais interesse em continuar trabalhando juntos ou separar as atividades da empresa para determinar um melhor foco nos negócios, utilizar-se-á de uma operação ou outra.

Em relação ao procedimento adotado nessas quatro operações, o que se procura é que seja ágil e flexível, sem formalidades excessivas e muitas vezes custosas, que poderão, evidentemente, impedir sua utilização na prática. Mas essa flexibilidade não deve ser de molde a permitir que tanto os acionistas minoritários como os credores possam ser prejudicados.

Após o exame do processo e das medidas de proteção aos acionistas e aos credores, pode-se dizer que o regime implantado pela Lei 6.404/76 é manifestamente superior ao do Decreto-Lei 2.627/40, pois introduziu o protocolo e a justificativa, eliminou a assembléia geral de extinção da incorporada e regulamentou a cisão pela primeira vez. Contudo, deixa ainda muito a desejar no plano do sistema de proteção aos credores e dos critérios de reembolso dos acionistas dissidentes.

Quanto ao regime implantado pelo novo Código Civil, em pouco se afasta do já consagrado pela Lei 6.404/76, vindo apenas a solucionar de vez a questão sobre a aplicação das operações de reorganização societária às sociedades de pessoas, não as deixando apenas no âmbito das sociedades por ações.

Ainda que a tendência das legislações de direito comparado seja a de considerar a incorporação como espécie do gênero fusão, a legislação brasileira adota posição diversa, definindo ambas separadamente e individualizando-as. Crê-se que esse posicionamento seja realmente o mais adequado, pois os dois institutos têm peculiaridades que não devem ser confundidas.

Entre as duas espécies, fusão e incorporação, esta última se dá em maior número atualmente no Brasil. É inegável que a incorporação é um processo mais prático, que evita a constituição de nova sociedade, reduzindo assim os gastos.

A respeito dos efeitos decorrentes da reorganização societária, tem-se nítida uma preocupação do legislador em resguardar os direitos dos sócios ou acionistas e dos credores. Aos acionistas dissidentes da operação é assegurado o direito de retirada. E em relação aos credores, a tendência mundial é limitar o seu direito de oposição, permitindo-lhes em contra-partida, que protestem posteriormente, mesmo por via judicial, sem que impeçam, porém, a concretização da operação de reorganização societária. O nosso sistema parece bom em relação ao direito de recesso, mas falho em relação ao sistema de proteção aos credores, pois, quanto a estes, não foi assegurado o direito de oposição. Assim, a forma dos credores obterem indenização ou reforço de garantias exercita-se pela via extrema da tentativa de anulação, o que torna incerta e insegura a operação.

Já com relação aos consumidores e empregados das sociedades envolvidas na reorganização, não existe um sistema efetivo de proteção dos seus direitos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário aprimorar essa idéia.

As operações de incorporação, fusão e cisão podem gerar o aumento de poder econômico das sociedades envolvidas. Por isso são objeto de controle pelo CADE, autarquia instituída na lei antitruste brasileira, Lei 8.884/94.

A acumulação de capitais e o aumento da dimensão das empresas são decorrentes da busca e obtenção de maior lucratividade. Esse processo conduz a fusões, incorporações, ajustes ou coalizões, que funcionam como instrumentos de competição, por aumentar o poder econômico das empresas envolvidas. É tarefa essencial do Estado, zelar pelo ambiente concorrencial e, ao mesmo tempo, incentivar a economia nacional. Assim, se a operação societária implicar concentração de poder econômico, mas trazer os benefícios previstos em lei, será considerada válida por conferir mais vantagens que desvantagens à economia nacional.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Transformação da S.A. em sociedade por quotas de responsabilidade Ltda.** São Paulo: Saraiva, 1977.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 3.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES, Sílvia Marina L. Netto. **O poder econômico perante o direito:** estudos de direito econômico. São Paulo: LTr, 1996.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário.** 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BULGARELLI, Waldírio. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4.
- _____. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. **Problemas de direito empresarial moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. **A nova Lei das Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.** São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.
- _____. **Comentários ao Código Civil:** parte especial: do direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Código comercial e legislação complementar anotados.** 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.
- CUÉLLAR, Leila. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1997.

DALLAZEN, Dalton Luiz. **Cisão e responsabilidade tributária**. Curitiba: Juruá, 1999.

EIZIRIK, Nelson. Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº113, jan./mar. 1999.

FEBRETTI, Láudio Camargo. **Incorporação, fusão, cisão e outros eventos societários**: tratamento jurídico, tributário e contábil. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, José Júlio Borges. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GARRIGUES, Joaquin; GONZÁLES, Jerónimo; DE LA PLAZA, Manuel; URÍA, Rodrigo; GIMENO, Antonio Rodríguez; PALAO, Juan E. e BUJANDA, Fernando Sáinz. **Reforma de la sociedad anônima**. 4. ed. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1949.

GARRIGUES, Joaquin; URÍA, Rodrigo. **Comentários a la Ley de Sociedades Anónimas**. Madrid: Imprenta Garrigues, 1976. v. 2.

GEVAERD FILHO, Jair Lima. **Direito societário**: teoria e prática da função. Curitiba: Gênese, 2001. v. 2.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. A fusão, a incorporação e a cisão na Lei de Sociedades por Ações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 23, 1976. Nova Série.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, volume 6, tomo II, no prelo.

_____. **Lições de direito societário**: regime vigente e inovações do novo código civil. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. **Manual de direito comercial**: apontamentos. Curitiba: Juruá, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HIGUCHI, Hiromi. **Imposto de renda das empresas**: interpretação e prática. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

KEY, Stephen L. (Ed.). **Guia da Ernst e Young para administração de fusões e aquisições**. 2. ed. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Record, 1995.

KLEIN, Vinícius. O direito da concorrência no Mercosul. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Porto Alegre, Síntese, v. 39, 2003.

LAMY Filho, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das SA**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. As concentrações empresariais. **Revista do IAP**, n. 29, Curitiba, 2000.

_____. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO, Rubens Approbato. Sociedades por ações: incorporação, fusão e cisão – direito de retirada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 82, abr./jun./1991, 1991.

MAGALHÃES, José Carlos; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 113, jan./mar. 1999.

MAIA, José Mota. **Fusão e incorporação de empresas**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASTORE, José. A metamorfose das empresas e dos empregos. **O Estado de S. Paulo**, 06 nov. 2001.

PEIXOTO, Cunha. **Sociedades por ações**. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 4.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

REVISTA DOS MESTRANDOS DA UFBA SALVADOR. Centro Editorial e Didático da UFBA, n. 4, jul.1993/dez.1995.

SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por ações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953. v. 3.