

PLANO GERAL DA OBRA

Volume 1 — arts. 1º a 74

Volume 2 — arts. 75 a 137

Volume 3 — arts. 138 a 205

Volume 4, tomo I — arts. 206 a 242

Volume 4, tomo II — arts. 243 a 300

MODESTO CARVALHOSA

COMENTÁRIOS À LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

4º VOLUME TOMO I - Arts. 206 a 242

Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as
modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009

5ª edição, revista e atualizada

2011

CISÃO

Art. 229. *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.*

§ 1º *Sem prejuízo do disposto no art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.*

§ 2º *Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembleia geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os números do art. 224; a assembleia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia.*

§ 3º *A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (art. 227).*

§ 4º *Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.*

§ 5º *As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.*

• *Parágrafo com redação dada pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.*

Lei de 1940

No diploma de 1940 não constava nenhum dispositivo sobre o negócio de cisão, restringindo-se o art. 152 às matérias de fusão e de incorporação. Não obstante, o negócio de cisão, dentro do princípio fundamental do direito privado, de que é permitido contratar sempre que a lei não o proíba, já vinha sendo incipientemente praticado sob diversas modalidades e formas. Apesar disso, não chegavam tais práticas a configurar efetivamente a cisão. Sobre essas modalidades semelhantes à cisão nos dá notícia Mauro Brandão Lopes, em sua esplêndida monografia sobre a matéria. Assim, era habitual que uma sociedade transferisse a outra uma parcela de seu ativo, ceden-

do-lhe determinadas obrigações, que esta expressamente assumia, ao mesmo tempo, obrigando-se solidariamente com a primeira pelo pagamento de todo o seu antigo passivo. Outra modalidade de cisão consistia em uma sociedade que, juntamente com outras pessoas, físicas ou jurídicas, constituía duas sociedades novas, contribuindo para o capital de cada uma com parcela de seu ativo e, depois, cedia a cada uma determinadas obrigações, que elas expressamente assumiam, obrigando-se solidariamente uma com a outra, e com a sociedade transmitente, ou subsistente, pelo pagamento de todo o seu passivo. Ainda, como lembra Mauro Brandão Lopes, a ausência de disciplina no direito brasileiro, tanto quanto no direito francês, à época levava a um enfoque da transferência de patrimônios e ao respectivo direito dos credores, com ênfase para estes últimos³⁰². Faltava, com efeito, a tais negócios de entrelaçamento de patrimônios sociais o elemento fundamental, qual seja, a atribuição direta aos acionistas da sociedade desmembrada de ações ou quotas da sociedade existente ou nova, receptora de parcela do patrimônio da cindida. Essa é a característica fundamental do negócio de cisão, que consiste no desmembramento do patrimônio social de uma sociedade, com posterior atribuição de ações, aos seus acionistas, em cada sociedade resultante da cisão, pelo valor líquido correspondente a esse patrimônio.

Vê-se, portanto, que a instituição legal do negócio de cisão não logrou configurar-se sob a égide do diploma de 1940. No entanto, desde aquela época, era demandada a sua configuração legal. Tratava-se de um negócio de reorganização empresarial que pudesse atender aos interesses divergentes de diversos grupos societários. Também permitiria a desconcentração empresarial, embora pudesse ter como fim exatamente o contrário³⁰³.

Lei n. 6.404, de 1976

O diploma de 1976 introduziu a disciplina da cisão. E, ao fazê-lo, inspirou-se o legislador na legislação francesa (arts. 371 a 389 da lei de 1966 e 254 a 265 do decreto de 1967) e na argentina (arts. 82 a 88 do Decreto-Lei n. 19.550, de 1972). Não obstante, acolhe a lei brasileira um amplo espectro em matéria de cisão, mais amplo do que o regulado naquelas duas legislações, o que, segundo autorizado doutrinador, corre o risco de descaracterizar o instituto pela sua desmedida extensão³⁰⁴.

E, com efeito, apesar de a lei, entre nós, contemplar inúmeras formas inovadoras do instituto da cisão, acompanha a lei francesa nas suas linhas essenciais. Isto porque se fundamenta o negócio na substituição de direitos de sócios, com características diversas da fusão e da incorporação, por não implicar, tal

302. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 122 e s.

303. V. comentários ao art. 223.

304. Waldirio Bulgarelli, *Comentários*, cit., v. 4, p. 169.

transmutação de posições acionárias, o necessário desaparecimento da companhia cindida³⁰⁵ (cisão parcial).

O direito brasileiro admite duas modalidades de cisão: a *cisão total*, quando ocorre versão de todo o patrimônio da cindida, que se extingue sem se dissolver (art. 219, II), e a *cisão parcial*, quando há versão de parte do patrimônio da cindida, que se mantém com seu capital diminuído. Corresponde à *fausse scission* ou à incorporação (*fusion*) parcial do direito francês. Sob outro ângulo, a lei de 1976 admite a multiplicidade de sociedades envolvidas. Assim, *será simples* a cisão quando apenas uma sociedade recebe o patrimônio transferido (cisão parcial). *Será múltipla* quando mais de uma sociedade recebe tal patrimônio. Também, admite a nossa lei que a transferência do patrimônio seja em favor de sociedade existente ou especialmente constituída. No primeiro caso, é considerada *cisão imprópria*. No segundo, *cisão própria*.

A cisão imprópria sofre a *vis attractiva* da incorporação, podendo mesmo dizer-se que se trata de uma *incorporação imprópria*, na medida em que a versão do patrimônio não é total, mas parcial³⁰⁶.

Lei n. 9.457, de 1997

O diploma de 1997 visou suprimir o direito de recesso nos casos de cisão, tendo em vista, de um lado, agilizar os processos de privatização das sociedades de economia mista e privadas controladas por aquelas e, de outro, atender a alguns segmentos do empresariado e de entidades de classe respectivas que julgavam ter os minoritários direitos demais. Nesse sentido, a Exposição de Motivos do projeto no Senado, subscrito pelo Senador José Serra: “Ao mesmo tempo, evidencia-se a exclusão do direito de retirada, no caso de cisão clássica, quando o acionista mantém a mesma participação nas sociedades cindidas, caso contrário, terá esse direito, conforme prevê o art. 223”. O relatório do ilustre senador relator é inteiramente falacioso, na medida em que o direito de recesso foi suprimido na Lei de 1997 em qualquer tipo de cisão. E o art. 223, citado pelo relator senatorial, não beneficiava as demais formas de cisão, como afirmado, mas assegurava, por razão inteiramente diversa, no seu § 3º, o direito de recesso apenas no caso de não abertura oportuna do capital de sociedades resultantes da cisão (também na fusão e na incorporação). Assim, o propósito alcançado pelo legislador de 1997 foi o de suprimir inteiramente o direito de recesso no negócio de cisão. A remissão ao art. 223 é enganosa, na medida em que a causa e o fato gerador do direito de recesso, como já dito, não são a cisão, mas, sim, a não abertura do capital. A propósito, os comentários do Prof. Nelson Eizirik: “O direito de recesso, no caso,

305. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 117 e s.

306. A propósito, L. Teixeira e T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas*, cit., p. 684 e s.

decorre não da operação de fusão, incorporação ou cisão, mas do fato de não registrar-se a companhia sucessora como companhia aberta, junto à CVM, no prazo de cento e vinte dias contados da data da assembleia que aprovou a operação. O *fato gerador* do recesso, portanto, é a não aquisição, por parte da companhia sucessora, do ‘status’ de companhia aberta no prazo legal³⁰⁷.

Temos assim que na Lei de 1997, através do remanejamento dos incisos dos arts. 136 e 137, foi suprimido o direito de recesso para o negócio de cisão, em todas as suas formas e modalidades³⁰⁸. Por outro lado, o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 223 não restaurou a liquidez e a dispersão das ações da companhia cindida. O fato de se induzir à abertura do capital das sociedades resultantes da cisão não garantia *ipso facto* a liquidez ou a dispersão nesta última. Assim, a retirada do direito de recesso, no caso de cisão, além de representar uma *capitis deminutio* absoluta para os acionistas de companhias fechadas, pouco representava no caso de companhias abertas, por não restaurar os *atributos de mercado* das ações recebidas em decorrência da cisão. Apenas se assegurava o *estado de companhia aberta*.

Lei n. 10.303, de 2001 — Recesso na cisão — Inciso III do art. 137

A Lei n. 10.303, de 2001, introduziu uma alteração relevante no que se refere ao direito de recesso em operações de *cisão*.

Conforme já analisado, na anterior reforma promovida pela Lei n. 9.457, de 1997, *retirou-se* o direito de recesso nos casos de *cisão*, para, assim, facilitar a plena execução do Plano de Desestatização do Governo Federal, ou seja, sem que o novo controlador privado tivesse de arcar com os custos decorrentes do exercício do direito de recesso pelos minoritários dissidentes.

À época (1997) já se discutia a respeito do cabimento ou não do direito de recesso nos casos em que a cisão acarretasse mudança do objeto social da companhia, ou a redução do dividendo obrigatório mínimo³⁰⁹.

O direito de recesso em tais hipóteses decorreria não propriamente da cisão, mas dos *efeitos* dela advindos, que poderiam configurar uma das hipóteses previstas nos incisos I, II, III e VI do art. 136 da lei societária, todas autônomas, gerando, *independentemente* da cisão, o direito de recesso³¹⁰.

307. Nelson Eizirik, *Reforma*, cit., p. 75 e s.

308. V. comentários ao art. 137.

309. Nelson Eizirik, Notas sobre o direito de recesso na incorporação, fusão e cisão das companhias, *Revista de Direito Mercantil*, n. 113, p. 125.

310. Mauro Rodrigues Penteado, *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, São Paulo, Pioneira, 1998, p. 50.

Isto posto, a reforma trazida pela Lei n. 10.303, de 2001, concedeu o direito de recesso somente ocorrendo três efeitos da cisão. A cisão, em si, continua *não* gerando o direito de recesso. Porém, dela podem resultar alterações profundas nas bases essenciais da nova companhia que permitirão o exercício do direito de recesso pelos acionistas dissidentes, se ocorrerem³¹¹.

**Recesso na cisão —
Mudança de objeto social
— Alínea “a” do inciso
III do art. 137 — Lei
n. 10.303, de 2001**

A primeira hipótese geradora do recesso na cisão encontra-se regulada no art. 137, III, *a*, que trata da *mudança do objeto social* da companhia resultante da cisão.

Conforme essa nova alínea *a*, o acionista dissidente terá o direito de exercer o recesso se a cisão implicar *mudança de objeto social*, salvo se “o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja *atividade preponderante* coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida”.

**Redução do dividendo
obrigatório — Inciso III,
alínea “b”, do art. 137 —
Lei n. 10.303, de 2001**

A segunda hipótese de recesso na cisão encontra-se prevista no art. 137, III, *b*, com a redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001, que admite seu exercício na hipótese de ocorrer *redução* do dividendo obrigatório no momento da substituição das ações da companhia cindida pelas ações da companhia resultante da cisão.

O dividendo obrigatório, previsto no art. 202 da Lei das S.A., consiste em 50% do lucro líquido, se o estatuto for omissivo, e 25%, no mínimo, se o estatuto regulamentar a matéria³¹².

Em se tratando de *companhia fechada*, qualquer redução do dividendo obrigatório na companhia resultante da cisão ensejará, para o acionista dissidente, o exercício do direito de recesso.

Diversa é a situação da *companhia aberta* cujas ações preferenciais estão admitidas à negociação no mercado de capitais³¹³.

Direito estrangeiro

A lei societária francesa de 1966 e o decreto respectivo de 1967, já mencionados, sistematizaram, primeiro, no direito continental, o instituto da cisão. A

311. Relatório sobre o Projeto n. 3.115, de 1997. Segundo o Deputado Emerson Kapaz, no relatório de seu festejado substitutivo, “haverá direito de retirada, nos casos de cisão, quando dela resultarem eventos que normalmente ensejariam o exercício de tal direito”.

312. V. comentários ao art. 202.

313. V. comentários ao art. 17, e ao art. 8º, *caput*, da Lei n. 10.303, de 2001.

matéria é tratada nos arts. 371 e s., incluídos no capítulo que também trata da *fusion*³¹⁴. O diploma societário francês, como posteriormente também o nosso, adota as regras gerais aplicáveis às três modalidades de reorganização empresarial (fusão, incorporação e cisão), tratando especificamente da cisão nos arts. 382 a 387. Na sistemática francesa, os três institutos acolhem a diferença não da natureza, mas dos efeitos de cada negócio reorganizativo. Assim, na fusão existe a figura da *société absorbante*, ao passo que na cisão há as *sociétés bénéficiaires des apports*. Esse conceito é fundamental no direito francês e naqueles ordenamentos que, como o nosso, o adotaram: na cisão há transferência de parcelas do patrimônio societário, que é diverso da agregação que ocorre na incorporação. Por outro lado, na sistemática francesa prevalece o *regime de paralelismo* das transferências respectivas dos quadros acionários, admitindo, no entanto, a quebra desse regime quando a deliberação sobre o negócio for unânime. Tal princípio legal foi por nós adotado pela Lei n. 9.457, que o incluiu no § 5º do artigo ora comentado.

Na doutrina francesa, verifica-se a classificação da cisão em *simples*, quando ocorre a repartição do patrimônio da sociedade entre duas ou mais sociedades especialmente constituídas e a posterior extinção daquela; em *cisão-absorção*, quando uma sociedade atribui o seu patrimônio entre duas ou mais sociedades preexistentes; e ainda em *falsa cisão* ou fusão parcial, quando apenas parte do patrimônio da sociedade é atribuída a outra sociedade já existente ou especialmente constituída³¹⁵. Por outro lado, a doutrina ressalta a preocupação da lei e dos tribunais com a proteção dos credores e com as obrigações assumidas pela sociedade cindida e seus aspectos de sucessão³¹⁶.

O direito argentino, também fonte inspiradora de nosso direito sobre a matéria, alinha-se à sistemática francesa, regulando o instituto nos arts. 88 e s. do diploma de 1972. Como particularidade, dispõe a lei que, se a cisão afetar direitos especiais de alguma classe de ações, haverá necessidade de assembleia especial. Ademais, a deliberação da assembleia geral que aprova a cisão tem como efeito necessário a redução proporcional do capital, com direito dos credores de formular *oposição*³¹⁷. E, quanto aos efeitos da publicidade, a doutrina francesa considera que a sociedade cindida permanece íntegra até a constituição definitiva das novas sociedades³¹⁸.

No ordenamento italiano, o instituto da cisão não é previsto, mas acolhido pela doutrina e jurisprudência a partir da decisão da Corte

314. A incorporação é tratada como uma das modalidades da fusão. V. comentários ao art. 227.

315. Claude Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 186 e s.

316. Ripert-Roblot, *Traité*, cit., 5. ed., p. 791 e s.

317. Halperin, *Sociedades anônimas*, cit., p. 729 e s.

318. Ripert-Roblot, *Traité*, cit., p. 791 e s.

Genovesa de 9 de fevereiro de 1956³¹⁹. Essa decisão funda-se no princípio da liberdade contratual na esfera do direito privado, pelo que o tribunal julgou lícita a atribuição do capital excedente de uma companhia, que o reduziu, à constituição de outra sociedade. Ainda que tenha sido apenas uma a sociedade beneficiária, aí se configura o negócio da cisão, pelo fato de não ter havido dissolução, mas a passagem de apenas parcela do patrimônio de uma sociedade diretamente para outra. A cisão se dá, com efeito, pela atribuição de parcela do patrimônio correspondente ao excesso de capital e não da sua totalidade, que é pressuposto dos negócios de fusão e incorporação. Admitiu, assim, a jurisprudência italiana, a transferência de apenas uma parte do patrimônio da sociedade existente para a formação de nova ou novas sociedades, subsistindo a primeira com o seu capital reduzido em proporção. A doutrina denomina esse negócio de *scorporazione*³²⁰.

No direito inglês, admite-se o instituto da cisão, consoante o regime estabelecido nos arts. 206 a 209 do *Companies Act* de 1948, sob o título de *Arrangements and Reconstructions*. A matéria também é tratada no capítulo da liquidação da companhia (arts. 245 e 287). Dentro da concepção inglesa, os *arrangements* são modalidades de reorganização da estrutura econômica da empresa. Quando a lei fala em *reconstructions*, pressupõe a extinção da companhia cindenda. Convém notar que o peculiar sistema inglês, bastante diverso do direito continental, também nesse aspecto admite outras formas heterodoxas de reorganização empresarial, inclusive com a atribuição aos acionistas de outros títulos que não ações. Admite mais, o direito inglês, que a cisão se faça por acordo entre acionistas e credores da sociedade, visando à viabilização dos direitos destes últimos³²¹. De qualquer maneira, essas reorganizações convencionais ou especiais dependem de homologação judicial.

No direito norte-americano, igualmente, o instituto da cisão (*split up*), em virtude do forte contratualismo das leis societárias, apresenta várias formas, conforme as também diversas leis estaduais. Como paradigma, o *Model Business Corporation Act*, em seu art. 79, trata da venda de ativos, quando prevê diversas formas de cisão. Assim, diferentemente da incorporação ou da fusão, na cisão não é total a alienação do acervo, mas “substancialmente total”: a sociedade alienante retém parcela de seu acervo para pagamento dos credores e de suas obrigações, como requisito prévio à sua extinção. Também, prevê o MBCA os dois tipos clássicos do direito continental: a cisão-incorporação, na qual a sociedade transfere a totalidade de seu

319. A respeito, v. L. Teixeira e T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas*, p. 682.

320. Sobre a importante decisão da Corte de Apelação de Gênova, de 9 de fevereiro de 1956, citada, *Rivista del Diritto Commerciale*, ano 4, pt. 2, p. 34 e s. Também Alfredo de Assis Gonçalves Neto, A cisão de sociedades, *RDM*, 19:105 e s.

321. Sobre a matéria, v. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 54 e s.

acervo, em partes, a duas ou mais sociedades já existentes. Estas assumem as obrigações daquela, recebendo os acionistas ações da sociedade beneficiária. A cindida depois se extingue. Outra modalidade é a da cisão-fusão, quando duas ou mais sociedades transferem a totalidade de seu acervo, em partes, a duas ou mais sociedades, que especialmente se constituem, para tanto, recebendo os acionistas das cindidas as ações correspondentes à versão do ativo líquido em cada uma delas.

Também, há outras modalidades heterodoxas de cisão no direito norte-americano, à semelhança da prática inglesa. Assim, há a cisão com recebimento de títulos (debêntures), e não de ações da sociedade beneficiária. Por outro lado, o direito norte-americano entende haver *split up* apenas quando há cisão total, ou seja, com a extinção da sociedade cindida.

De qualquer forma, diversos requisitos devem ser observados para que se configure a cisão, todos relacionados com a atividade empresarial (*business*): deve haver separação não apenas de ativos, mas de atividades negociais em curso (*active business*). Ademais, o *active business* deve manter-se durante os cinco anos que se sucedem ao *split up*³²².

Tributação

A matéria tributária é relevante tanto nos negócios de cisão como nos de dissolução, de fusão, de incorporação e de conferência de bens imóveis ao capital social. Muito embora a matéria de imposto sobre a renda tenha sido deslindada anteriormente à Constituição de 1988, os tribunais entendiam incidir o imposto de transmissão *inter vivos* sobre os bens imóveis transferidos em virtude do negócio de cisão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (RE 111.027, de 24-10-1986)³²³ decidiu que “Na transferência da propriedade de imóveis, resultante de cisão parcial, incide imposto de transmissão *inter vivos*, segundo decidiu o arresto recorrido (...)”. Essa grave decisão, que afetava a utilização do remédio da cisão, havia sido contrariada em anterior recurso extraordinário (STF, 1ª T., RE 101.741, j. 18-5-1984)³²⁴, nos seguintes termos: “Imposto de transmissão da propriedade imobiliária na cisão de sociedade por ações. Natureza abrangente da regra estabelecida no art. 23, § 3º, da CF/69, no sentido de que a não incidência nela estabelecida compreende a cisão de sociedade por ações, assim como as demais operações de que trata a lei das sociedades anônimas: incorporação, fusão e transformação societária. RE não conhecido”.

322. Sobre a matéria, v. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 84 e s. V., ainda, nota 29 do art. 220 a respeito da nova lei alemã, de 28 de outubro de 1994, que revogou, no que respeita à transformação, fusão, cisão e incorporação, as disposições da lei societária de 1965.

323. *Jurisprudência Informatizada Saraiva (JUIS)*.

324. *Jurisprudência Informatizada Saraiva (JUIS)*.

Por sua vez, os tribunais inferiores manifestaram-se pela não incidência de imposto de transmissão *inter vivos* nos negócios de cisão. Nesse sentido, o acórdão na Apelação Cível n. 19.222-2 (TJSP, de 3-1-1981)³²⁵.

A polêmica judicial que tendia a perpetuar-se sobre a matéria foi deslindada pela Constituição Federal de 1988, que declarou a não incidência do imposto de transmissão *inter vivos* sobre diversos negócios societários³²⁶, inclusive no caso de cisão, salvo se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (§ 2º do art. 156 da CF de 1988).

Entende o fisco municipal de São Paulo que o termo “atividade preponderante” verifica-se quando esta ultrapassar 50% da receita total da sociedade. No caso de a sociedade adquirente já existir, a preponderância constata-se no período de dois anos anteriores à aquisição. Se a sociedade adquirente iniciar sua atividade após a aquisição, serão consideradas as receitas relativas aos três exercícios subsequentes à aquisição³²⁷.

Por outro lado, não se caracteriza a preponderância da atividade quando a transmissão de bens ou direitos for feita junto com a transmissão da totalidade do patrimônio da sociedade alienante.

Efeitos da cisão

A cisão pode ou não acarretar a extinção da sociedade cindida. Em ambos os casos, não se aplicam os institutos da dissolução e da liquidação. A cisão, portanto, pode ou não ser causa de extinção, por força do art. 219, II, não se confundindo com a liquidação, embora haja partilha indireta do ativo da sociedade cindida entre os seus sócios, na medida em que a transferência do seu patrimônio social se faz diretamente a favor das sociedades dela resultantes. Ademais, na cisão não há liquidação de obrigações e de débitos (art. 214) previamente à consumação do negócio, pois as obrigações da cindida passam às sociedades constituídas com as parcelas do patrimônio daquela no estado contratual e extracontratual em que se encontravam no momento da consumação do negócio, vale dizer, da subscrição do capital das novas ou existentes sociedades³²⁸. Assim, embora não haja liquidação, os sócios das sociedades beneficiárias recebem indiretamente parcela desse patrimônio líquido cindido, através de ações ou quotas que recebem pela subscrição que diretamente fazem do capital das

325. Nelson Eizirik e Aurélio Wander Bastos, *Mercado de capitais*, cit., v. 2, p. 599 e s.

326. A não incidência também se dá nos negócios de aumento de capital por incorporação de bens imóveis, fusão, incorporação ou extinção de pessoa jurídica.

327. No município de São Paulo, a matéria é tratada no Decreto n. 31.417, de 8 de abril de 1992, art. 72.

328. No município de São Paulo, a matéria é tratada no Decreto n. 31.417, de 8 de abril de 1992, art. 72.

sociedades novas ou existentes. Dessa forma, diretamente, o patrimônio da sociedade cindida transfere-se às novas ou já existentes sociedades, que se tornam suas sucessoras universais, na exata medida da parcela do patrimônio que lhes é transferida. E, indiretamente, o patrimônio líquido assim parcialmente transferido para os sócios ou acionistas da sociedade cindida, mantida ou extinta, transfere-se para os seus sócios, através da distribuição de ações ou quotas decorrentes da respectiva subscrição e integralização do capital nas sociedades receptoras, existentes ou novas.

O patrimônio da sociedade cindida comporá o patrimônio das sociedades receptoras, mediante agregação, em se tratando de sociedade receptora já existente, ou por subscrição inicial do seu capital, nas sociedades novas, pois constituem o seu primeiro cabedal. E a subscrição do capital tanto das sociedades beneficiárias novas como das já existentes é feita diretamente pelos sócios ou acionistas da companhia cindida. Assim, tanto nas sociedades beneficiárias novas como nas existentes, os acionistas ou sócios da sociedade cindida praticam diretamente o ato de subscrição da parcela do valor do patrimônio da sociedade cindida atribuída à sociedade beneficiária. A troca de posições societárias (ações ou quotas), que resulta do negócio de cisão, assim como no de fusão e no de incorporação, não desnatura, em nenhum momento, a total autonomia entre o patrimônio das novas ou existentes sociedades e de seus sócios. Assim, a cisão processa-se em três fases: a transmissão de parcelas de patrimônio da sociedade cindida a favor de sociedades novas ou existentes; a migração de todos os sócios ou acionistas da sociedade cindida para as sociedades beneficiárias, sem embargo de se manterem também sócios ou acionistas naquela sociedade cindida que permanecer com parte de seu patrimônio após a cisão; e, finalmente, a extinção ou não da sociedade cindida.

Cisão, fusão e incorporação

Do ponto de vista da sociedade que irá dispor de seu patrimônio, a cisão constitui uma fusão às avessas, na medida em que neste negócio há uma congregação de dois ou mais patrimônios sociais, cujas sociedades respectivas extinguem-se para constituir uma nova. Na cisão, ao contrário, há o fracionamento do capital da cindida e não a soma para o efeito de constituição de duas ou mais sociedades.

Com respeito à incorporação, a cisão também constitui o oposto. Naquele negócio, uma sociedade absorve o patrimônio de outra, aumentando o seu capital, e com a necessária extinção daquela. Na cisão, o movimento é contrário: desdobra-se o capital da cindida para a formação ou aumento do capital de sociedade nova ou existente. Não há agregação, mas desagregação patrimonial, além de, no caso de cisão parcial, não ocorrer a extinção da cindida³²⁹.

329. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, A fusão, a incorporação e a cisão na Lei das Sociedades por Ações, *RDM*, 23:79 e s., 1976.

Noção e requisitos

A cisão é um negócio *sui generis* de constituição de sociedade ou de aumento de capital de sociedade existente, podendo ter diversas funções. Uma delas é a de acomodar interesses individuais dos sócios ou acionistas, do que resulta a divisão do patrimônio social entre eles. Divide-se, assim, o quadro acionário entre as sociedades resultantes do negócio de cisão, dentre, eventualmente, a própria sociedade cindida, com um remanescente de seu antigo patrimônio. A outra função é de natureza *objetiva*, voltada para a estratégia operacional da empresa e sua racionalização ou expansão. Dessa cisão estratégica pode decorrer concentração ou desconcentração empresarial. O fracionamento patrimonial, para sua atribuição a outras sociedades, visa a aumentar a produtividade e a competitividade de divisões produtoras de bens e serviços. No plano da economia globalizada, a partir dos anos 90, com oferta quantitativa e qualitativa, em nível crescente, e mesmo de saturação de produtos e de serviços, impõe-se a obtenção de ganhos de escala, mediante a redução de custos que venha a se refletir nos preços. Essa estratégia empresarial encontra, com efeito, no negócio de cisão, um instrumento econômico eficiente³³⁰.

Pauta-se o negócio de cisão pelas normas contidas nos Capítulos VII e VIII da lei societária de 1976 (arts. 80, 81 e 88 a 99), com as peculiaridades próprias do negócio de incorporação, quando for o caso (art. 227), e, ainda, com as normas gerais previstas no presente Capítulo XVIII (arts. 223 a 226 e, em caso de cisão parcial, art. 227). No mais, o negócio de cisão tem regras próprias consubstanciadas nos arts. 233 e 234, além daquelas referentes aos direitos dos debenturistas previstas no art. 231. No caso de cisão parcial, como referido, aplicam-se, outrossim, as regras constantes dos arts. 8º e 9º.

As peculiaridades do negócio de cisão são várias. A primeira encontra-se no fato de o subscritor do capital inicial ou do aumento nas sociedades já existentes não ser a sociedade cindida, mas seus sócios ou acionistas, numa transposição de direitos patrimoniais que não se enquadra no conceito clássico de alienação. Há, nesse caso, uma apropriação real indireta de parte do patrimônio da sociedade cindida, em virtude de disposições legais. Haverá sucessão na forma prevista nos §§ 1º e 2º do presente artigo. Os beneficiários dessa transferência patrimonial são os sócios ou acionistas da sociedade cindida. Não terão eles, no entanto, qualquer responsabilidade fundada no patrimônio que ensejou a distribuição de ações do capital da recém-constituída sociedade ou do aumento da existente. Assim, os acionistas da sociedade cindida são irresponsáveis, mesmo no caso de constituição de limitada, pois a subscrição do capital ou seu aumento na limitada,

330. V. comentários ao art. 223.

em bens patrimoniais transferidos, importa na própria integralização do capital subscrito.

O negócio de cisão tem, nesse aspecto, duas fases: na cisão total, haverá manifestação de vontade dos sócios ou acionistas da própria sociedade a ser cindida, mediante a celebração do respectivo protocolo (art. 224) e da sua aprovação pela assembleia geral, que, assim fazendo, nomeará os peritos para avaliação do patrimônio social. Na cisão total haverá, portanto, uma manifestação unilateral de vontade da sociedade consubstanciada no protocolo. Nesse caso, portanto, o *protocolo* não constitui um contrato entre sociedades diversas, como ocorre na incorporação e na fusão, mas sim um ato de vontade social de natureza eminentemente técnica (art. 224), que, soberanamente, poderá ser revogado por assembleia dos acionistas. Trata-se de negócio interno da própria sociedade, que, não obstante, deve seguir rigorosamente os procedimentos previstos no presente capítulo, consubstanciados, notadamente, no protocolo, na justificação e no laudo de avaliação, tendo em vista o interesse dos credores e do Poder Público.

Já na cisão parcial, quando remanesce a sociedade cindida com parcela do seu patrimônio, o protocolo constituirá ato unilateral de vontade se a sociedade beneficiária do negócio houver de ser constituída. Já no caso de atribuição de parte do patrimônio para sociedade existente, o protocolo constituirá negócio bilateral, de natureza pré-contratual, envolvendo a sociedade cindenda e a beneficiária. O negócio, portanto, pauta-se inteiramente pelas regras cabíveis ao negócio de incorporação, consoante previsto no § 3º do artigo ora comentado³³¹.

Constitui requisito para que se configure o negócio de cisão parcial a redução proporcional ao valor do patrimônio líquido destacado. Já a atribuição das ações ou quotas, nas sociedades beneficiárias, diretamente aos sócios ou acionistas, dá-se tanto na cisão parcial quanto na total.

Conceito e causa

A cisão constitui negócio plurilateral, que tem como finalidade a separação do patrimônio social em parcelas para a constituição ou integração destas em sociedades novas ou existentes. Do negócio resulta ou não a extinção da sociedade cindida, como referido.

A *causa* da cisão é a intenção válida e eficaz dos sócios e acionistas de racionalizar sua participação no capital da sociedade cindida, mediante sua repartição em outras sociedades novas ou existentes. Visa à composição de interesses individuais que, de outra forma, levariam à dissolução da sociedade, ou à con-

331. V. comentários aos arts. 224 e 227.

centração ou desconcentração empresarial. O objetivo será a obtenção de economias de escala pela junção ou disjunção de específicas divisões de empresas diversas, que se somam para tal fim³³².

A cisão total afeta a personalidade jurídica da sociedade cindida, levando à sua extinção. Na cisão parcial a personalidade jurídica da sociedade cindida permanece íntegra, sendo afetado apenas o seu patrimônio. O negócio de cisão acarreta a sucessão *ope legis*, a título universal, da parcela do patrimônio social transferido para o capital de nova sociedade ou de sociedade já existente. Assim, todos os direitos, obrigações e responsabilidades inerentes a essa mesma parcela do patrimônio transferido são assumidos pelas sociedades beneficiárias, novas ou existentes.

O negócio de cisão constitui um ato constitutivo, podendo também ser desconstitutivo. É constitutivo pela atribuição de parcelas do patrimônio da sociedade cindida a uma ou mais sociedades, novas ou existentes. E será desconstitutivo pela extinção da pessoa jurídica da cindida, no negócio de cisão total.

Tem ainda a cisão, como efeito, a criação de novos vínculos societários nas sociedades beneficiárias, que são inteiramente desvinculados e, portanto, autônomos, com respeito aos antigos vínculos societários no caso de cisão total ou parcial.

Paralelismo — Lei n. 9.457, de 1997

O regime de estrita proporcionalidade foi estabelecido no § 5º do artigo ora comentado, na redação dada pela Lei n. 6.404, de 1976.

Já o diploma de 1997 viabilizou a superação dessa regra de paralelismo das participações acionárias resultantes da cisão. E, com efeito, o princípio da atribuição das ações ou quotas, em substituição às extintas, na proporção das que os sócios anteriormente possuíam na sociedade cindida, mantém-se. Não obstante, a redação dada pela Lei n. 9.457, de 1997, ao § 5º permite que, desde logo, essa proporcionalidade seja quebrada, com a atribuição diferenciada de ações ou quotas aos sócios nas sociedades beneficiárias. Essa desproporcionalidade deve constar necessariamente do protocolo, com a minuciosa atribuição que será dada a cada um na subscrição do capital das sociedades beneficiárias.

Essa exceção que demanda a unanimidade, trazida pelo diploma de 1997, vem substituir uma longa prática, estabelecida notadamente nas companhias fechadas, consistente na *permuta* entre os sócios das ações ou quotas,

332. André Martins de Andrade, *Anotações*, cit., p. 258 e s.

posteriormente à conclusão do negócio de cisão. Essa modalidade de quebra do paralelismo trazia questionamentos de natureza tributária, já que o negócio de permuta era autônomo com respeito ao negócio de cisão, não podendo, portanto, beneficiar-se da não incidência tributária que se aplica a esta operação³³³.

Assim, a desproporcionalidade unanimemente conveniada pode ser parte integrante do negócio da fusão, com todos os benefícios tributários que daí decorrerem.

Ainda poderá o protocolo (art. 224) estabelecer na cisão parcial que, em decorrência de entendimentos, parte dos acionistas remanesce na sociedade cindida e parte transferir-se-á para as sociedades beneficiárias³³⁴. O requisito fundamental para esse tipo de composição acionária é sempre a aprovação do protocolo pela unanimidade dos acionistas ou sócios, compreendidos os acionistas com ou sem restrição do direito de voto.

Natureza do negócio de cisão

À semelhança do que ocorre com os negócios de fusão e de incorporação, a transferência de parcelas de patrimônios da sociedade cindida para sociedades novas ou já existentes dá-se a título de pagamento das ações ou das quotas subscritas pelos sócios ou acionistas daquela. A vontade da sociedade cindida não é alienar, permutar ou vender parte de seu patrimônio, mas extinguir-se, no caso de cisão total, fazendo com que seus sócios ou acionistas subscrevam, com partes desse patrimônio, o capital de sociedades existentes ou novas. No caso de cisão parcial, a vontade da sociedade é subscrever o capital de novas ou existentes sociedades com parcelas de seu patrimônio social. Esse patrimônio é, assim, *moeda de pagamento de subscrição de capital* e não alienação patrimonial. A entrega de parcelas do patrimônio da sociedade cindida, como forma de pagamento da subscrição feita pelos seus sócios ou acionistas nas sociedades novas ou existentes, tem, como efeito, a transferência da propriedade sobre aquelas, no valor correspon-

333. Sobre a matéria, Luiz Gastão Paes de Barros Leães, anteriormente à alteração do § 3º, trazida pelo diploma de 1997: "(...) suponhamos (...) que a regra da proporcionalidade, fixada no § 5º do art. 299, da Lei 6.404, deva ser interpretada como quer o Fisco, vale dizer, que as ações novas devem ser atribuídas a todos os sócios da sociedade cindida, respeitada a mesma posição relativa que cada um dos sócios possuía na sociedade cindida. Ora, nada inibiria que esses mesmos sócios procedessem, num segundo momento, a uma permuta entre si, de sorte a lograr que, numa etapa ulterior, fossem as ações de uma sociedade recipiente alocadas a um acionista, e a outro as ações de outra sociedade, e assim sucessivamente, realizando-se a divisão de sócios, adrede colimada" (A regra da proporcionalidade estabelecida pelo parágrafo quinto do art. 229 da Lei 6.404/76, *RF*, 302:93 e s., 1990).

334. Sobre a matéria, anteriormente à Lei n. 9.457, de 1997, L. Teixeira e T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas*, p. 685 e s.

de a cada subscrição. Dessa forma, a transferência de parcelas do patrimônio da sociedade cindida para as sociedades novas ou existentes dá-se a título de pagamento da dívida contraída pelos seus sócios e acionistas com a subscrição do capital em bens (arts. 7º, 8º e 9º).

Por outro lado, há que também distinguir entre cisão e constituição de subsidiária integral, quando ocorre atribuição de parcela do patrimônio da sociedade controladora para a controlada. Nesse caso, não há necessariamente redução do capital da controladora. A acionista da subsidiária integral é a sociedade-mãe e não seus acionistas, como ocorre na cisão (e na fusão).

Tipos de cisão

Na cisão propriamente dita, ou seja, *cisão total*, ocorre a transferência de todo o patrimônio da sociedade existente para as duas ou mais sociedades que assim se constituem, com a extinção da primeira. Na cisão impropriamente dita, ou seja, *cisão parcial*, duas possibilidades ocorrem: na primeira, há atribuição parcial do patrimônio da sociedade cindida a sociedade já existente. Nesse caso, cabe a aplicação das normas que regulam o negócio de incorporação, como prevê o § 3º do artigo ora comentado³³⁵. No caso de versão parcial de patrimônio para a constituição de nova sociedade, o § 2º dá a entender que numa mesma assembleia se aprovam o protocolo e a justificação (arts. 224 e 225); nomeiam-se os peritos e se constitui a nova sociedade (arts. 80 e s.). Essa interpretação não parece razoável, pois presume-se que os peritos necessitam de prazo para oferecer laudo de avaliação da parcela do patrimônio que se prestará à subscrição do capital da nova ou novas sociedades. Assim, sob o ponto de vista da legitimidade do laudo, devem ocorrer duas assembleias: uma para aprovar o protocolo, a justificação e a nomeação dos peritos; outra para aprovar o laudo dos peritos e constituir a nova sociedade, nos moldes dos arts. 80, 88 e s. da lei³³⁶.

Variação patrimonial

As variações patrimoniais que ocorrerem na parcela do patrimônio social que será aferido às sociedades beneficiárias entre a *data-base* da sua avaliação e o período que precede à constituição das novas sociedades ou o aporte de capital em sociedade existente devem ser absorvidas por aquelas, seja quanto aos eventuais resultados positivos, seja quanto aos negativos, originados das mutações havidas na *vacatio* entre um e outro fato jurídico³³⁷.

335. V. comentários ao art. 227.

336. V. comentários ao art. 228.

337. Sobre a matéria, v. comentários aos arts. 227 e 228.

Transferência patrimonial e responsabilidade

A parcela do patrimônio atribuída a sociedades novas ou existentes dá-se a título universal, ainda que avaliada pelo seu valor líquido, para o efeito de subscrição de capital nestas. Serão assim transferidos valores ativos e passivos, ou seja, ocorrerá uma transmissão conjunta de ativos e de passivos³³⁸.

Essa transferência se dá pelo regime de sucessão universal. E, decorrente dessa sucessão, instala-se o regime de solidariedade seja entre a parcialmente cindida e as beneficiárias, seja entre as resultantes da cisão, no caso de cisão total (art. 233).

Assim, como efeito da sucessão universal com respeito à parcela do patrimônio cindido e do regime de solidariedade, passam as novas ou existentes sociedades beneficiárias a exercer todos os negócios vinculados a essa parcela de patrimônio que lhes é transferida, e neles os direitos, obrigações e responsabilidades respectivos. Limitam-se esses direitos, obrigações e responsabilidades àqueles bens patrimoniais relacionados no instrumento de protocolo aprovado pela assembleia geral da cindida, no caso de cisão total ou parcial³³⁹.

Sobre o aspecto da limitação da responsabilidade, a das sociedades beneficiárias é ilimitada, não cabendo nenhuma exceção. Nesse sentido, o ensinamento de Mauro Brandão Lopes³⁴⁰: “A responsabilidade patrimonial da sociedade cindida (cindenda?) é sempre ilimitada no sentido de que, responsável um patrimônio por determinada dívida, ou parte dele, responde ele ou a parte responsável ilimitadamente por ela, ou seja, até se esgotar. Afirma-se que não existe conceitualmente responsabilidade limitada, apesar de opiniões contrárias: existe sim dívida limitada, pela qual ilimitadamente responde um patrimônio ou parte dele, ou diversos patrimônios, embora às vezes se fale em responsabilidade patrimonial limitada no caso de responsabilidade subsidiária de sócio e no caso de garantia real por dívida alheia (...)”.

No caso de *cisão total*, as sociedades beneficiárias respondem por todos os direitos e obrigações da sociedade cindida, e, portanto, extinta, estejam ou não relacionados no instrumento de protocolo. Essa responsabilidade é medida pelo valor comparativo entre um e outro patrimônio líquido transferido para as sociedades beneficiárias, a título de subscrição de capital. Assim, se a sociedade beneficiária “A” recebe 40% do patrimônio da totalmente cindida, e a sociedade beneficiária “B” recebe 60%, a cada uma cabe a responsabilidade pelas obrigações ocultas nessa mesma proporção, sem prejuízo da solidariedade instituída no art. 233.

338. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 210 e s.

339. V. comentários ao art. 227.

340. Mauro Brandão Lopes, *A disciplina*, cit., p. 216.

Na *cisão parcial* pode ficar estipulado no *protocolo* que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio responderão apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre elas ou com a companhia cindida³⁴¹. Nesse caso, cabe *oposição* dos credores, através de notificação judicial ou extrajudicial, dentro do prazo decadencial de noventa dias. A matéria está regulada no parágrafo único do art. 233³⁴².

Sobre a matéria há diversas manifestações da jurisprudência. Assim, o acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (AgI 662.621, rel. Roberto Bedaque, DJ, 29 fev. 1996, RT, 10:96)³⁴³: “Penhora — cisão parcial de sociedade — dívida contraída em data posterior pela empresa remanescente — inexistência de motivo para que a constrição atinja o imóvel transferido à nova sociedade criada, que somente responderia solidariamente por obrigações anteriores à cisão — penhora afastada — recurso improvido”.

No mesmo sentido, o acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (8ª Câmara, Ap. 621.539, rel. Manoel Matos, DJ, 8 nov. 1995)³⁴⁴: “Ilegitimidade *ad causam* — responsabilidade civil — acidente de trânsito — extinção da empresa em nome da qual estava registrado o caminhão causador do acidente em data anterior a este — instrumento de cisão levado a registro somente depois de ajuizada a demanda — responsabilidade solidária das empresas que absorveram o patrimônio da sociedade extinta — transferência, contudo, do veículo envolvido somente a uma das empresas sucessoras, devendo a outra ser afastada do polo passivo bem como aquela que fora extinta e seus sócios — recurso provido para este fim (...)”.

E do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (AC 303.829, 4ª Câmara, rel. Juiz Aldo Magalhães, j. 5-11-1991)³⁴⁵: “Sociedade fruto de cisão: porque sucessora de outra em seus direitos e obrigações, não pode denunciar contrato de locação com fundamento no art. 14 da Lei n. 6.649, de 1979, celebrado por sua antecessora”.

Na mesma linha, as decisões do TJRJ no julgamento do AI 1999.002.04438 (rel. Des. Luiz Eduardo Rabello, j. em 4-9-2001) e do AI 5.111/98 (rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, ADCOAS, 817/627), constando da ementa do segundo julgamento a seguinte afirmação: “A companhia cindida que subsistir e a que ab-

341. A propósito, v. Agr. Instr. 5.111/98, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, da 2ª Câmara Cív. do TJRS.

342. V. comentários ao art. 233.

343. Jurisprudência Informatizada Saraiva (JUIS).

344. Jurisprudência Informatizada Saraiva (JUIS).

345. Jurisprudência Informatizada Saraiva (JUIS).

sorver parcelas do seu patrimônio responderá solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão”.

Responsabilidade pela evicção

Em princípio deveriam os sócios ou acionistas que receberão as quotas ou ações das sociedades beneficiárias da cisão responder pela evicção, na medida em que são os subscritores do capital conferido em bens e direitos.

Não obstante, em matéria de vícios redibitórios e de evicção, a responsabilidade cabe aos antigos administradores da sociedade totalmente cindida ou aos atuais e antigos administradores da sociedade cindida que permanece (cisão parcial). Responderão assim como administradores da sociedade cindida, na forma e para os efeitos dos arts. 158 e 159, sem embargo da eventual responsabilidade penal por dolo. Em caso de cisão total serão esses antigos administradores responsabilizados como se fossem antigos administradores das sociedades beneficiárias da cisão, em face do regime legal de sucessão³⁴⁶. No entanto, no caso de cisão parcial, as sociedades que resultarem da cisão deverão promover as medidas de reparação diretamente, sem a observância, portanto, do procedimento previsto no art. 158. Isso porque, mantendo-se a sociedade cindida, não se pode presumir que os administradores desta possam ser considerados antigos administradores das sociedades beneficiárias, novas ou existentes. Assim, no caso de cisão parcial, as sociedades beneficiárias deverão promover a ação para reparação de vícios diretamente junto à sociedade parcialmente cindida. Não se estabelece, portanto, nenhuma relação entre os administradores desta e os das novas sociedades.

Abuso de poder do controlador

O art. 117, § 1º, b, inclui, dentre as modalidades de exercício abusivo de poder: “promover... a cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas,

dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia”³⁴⁷.

Se tal abuso configurar-se, os acionistas prejudicados poderão pleitear a anulação judicial do negócio da cisão, que, acolhida, importará na volta à situação jurídica anterior, sem embargo das perdas e danos decorrentes da conduta ilícita do controlador³⁴⁸. Fica aqui reiterado que a conduta abusiva do controlador não se convola apenas em ressarcimento de perdas e danos, restando intocado o ato ou negócio jurídico por ele praticado (art. 117). A anulação da cisão é inteiramente cabível no caso, além do ressarcimento de perdas e danos. Seria, com efeito, inad-

346. V. comentários ao art. 223.

347. V. comentários ao art. 206.

348. Sobre a matéria, Barros Leães, A regra da proporcionalidade, RF, p. 92 e s.

missível esse ressarcimento se não fosse concomitantemente declarada judicialmente a ilicitude da vontade manifestada pelo controlador.

Assembleia geral

Como referido, no caso de *cisão total*, a favor de duas ou mais sociedades novas, haverá uma assembleia geral de aprovação do protocolo e da justificação (arts. 224 e 225) e nomeação dos peritos que farão a avaliação do patrimônio líquido, que será vertido ao capital das beneficiárias. Haverá, outrossim, uma outra assembleia, que será ao mesmo tempo de aprovação do laudo de avaliação apresentado pelos peritos e de constituição dessas novas sociedades, por conferência de parcelas do patrimônio da sociedade cindida. Uma vez consumada a constituição das novas sociedades, dá-se a extinção *ope legis* da sociedade cindida, não sendo das assembleias das novas sociedades a competência para declarar essa extinção³⁴⁹.

E, como já comentado, todos esses atos configuram-se como declaração unilateral de vontade da sociedade cindida e de seus sócios ou acionistas, não se estabelecendo nenhuma relação bilateral entre a cindida e as agora constituídas, mesmo porque a criação destas importa na concomitante extinção daquela.

No caso de *cisão parcial* com constituição de novas sociedades, o procedimento é idêntico, com exceção do efeito de extinção que não ocorre, por permanecer a cindida com sua personalidade jurídica intocada.

No caso de *cisão total* ou *parcial*, com versão de parcelas do patrimônio para *sociedades existentes*, opera-se a sistemática da incorporação (art. 227)³⁵⁰. Em consequência, forma-se um negócio bilateral de cisão, devendo o protocolo ser aprovado pela sociedade que houver de ser cindida e aquelas que receberão parcelas do patrimônio da primeira. Serão, assim, três as assembleias gerais: duas das sociedades beneficiárias e uma da que houver de ser cindida. Nas três (ou mais) sociedades envolvidas no negócio de cisão deverá haver o exame da *justificação* (art. 225) e deliberação aprovando o *protocolo* (art. 224), que é o documento que vincula preliminarmente as sociedades ao negócio de cisão³⁵¹.

"Quorum"

Na sociedade que houver de ser cindida, o *quorum* deliberativo das duas assembleias será o *qualificado*, previsto no art. 136, IX³⁵². No caso das sociedades beneficiárias já existentes, o *quorum* nestas será o de maioria *absoluta*, na medida em que o negócio, para elas, é tão somente de aumento do capital social com os bens e

349. V. comentários aos arts. 227 e 228.

350. V. comentários ao art. 227.

351. V. comentários ao art. 227.

352. V. comentários ao art. 136.

direitos constantes do patrimônio líquido da sociedade cindida. Assim, nas sociedades incorporadoras de parcelas do patrimônio da sociedade cindida prevalece o *quorum* previsto no art. 129.

Laudo de avaliação

Como referido nos comentários aos arts. 227 e 228, podem ser nomeados tanto peritos individuais como empresas especializadas, notadamente aquelas que reúnem profissionais de auditoria e peritos em avaliação de bens, desde que devidamente inscritos nas respectivas ordens corporativas.

Efeitos da cisão

O efeito fundamental da cisão é a absoluta autonomia das novas sociedades ou das já existentes com respeito à personalidade jurídica e estrutura da sociedade cindida, extinta ou mantida. As sociedades beneficiárias não herdam nenhum organismo da sociedade cindida, extinta ou mantida. São absolutamente autônomos os órgãos sociais. Não há transpasse algum das antigas organizações da sociedade cindida com respeito às sociedades beneficiárias, novas ou existentes.

Efeitos da extinção da sociedade cindida

Como antes mencionado, a eventual extinção da sociedade cindida dá-se *ex facto* da definitiva constituição das sociedades beneficiárias ou do aumento do capital da sociedade beneficiária já existente. A extinção da sociedade totalmente cindida é portanto *ex lege*, não demandando qualquer declaração da assembleia geral dos acionistas fundadores, das novas, ou da assembleia geral de aumento de capital, das existentes. Não têm, tais assembleias, poderes nem legitimidade para declarar extinta outra pessoa jurídica.

Publicidade

O § 4º regula minuciosamente as competências das administrações das sociedades envolvidas no tocante aos procedimentos de publicidade. A atribuição a cada administração dessas tarefas não retira a legitimidade de qualquer administrador de sociedade envolvida de tomar as medidas de arquivamento e publicação, no caso de omissão ou retardamento por parte da administração apontada na lei. Trata-se, com efeito, de procedimento de arquivamento e publicação (art. 289) dos atos referentes ao negócio de cisão, de dever de cada administração, conforme o caso. Esse dever, se descumprido, poderá ser suprido pelos administradores de outras sociedades envolvidas no negócio. O fundamento é o legítimo interesse de dar eficácia ao negócio quanto aos terceiros, notadamente credores e Poder Público.

Sobre a matéria decidiu a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão na Apelação Cível n. 584.012.934: "(...) Compete à Junta Comercial verificar a legalidade dos contratos trazidos a arquivamento, no alusivo às cláusulas relativas à matéria de ordem pública ou estrutural ao tipo de

sociedade, ou relativas aos bons costumes, ou que visem acautelar eventuais direitos de terceiros. Nestes casos, poderá negar arquivamento aos contratos ofensivos a tais princípios ou interesses. Mas não cabe à Junta Comercial recusar arquivamento fundado apenas em invocada inobservância de regra legal pertinente a direito patrimonial e disponível de sócio minoritário, que, ausente à assembleia, impugnação alguma apresentou contra o arquivamento ou contra as deliberações sociais³⁵³.

Cisão e estado de liquidação

A matéria já foi tratada³⁵⁴. Prevendo o art. 136, VII, a cessação do estado de liquidação da companhia, não há nenhum impedimento de que a restauração do estado operacional da sociedade ocorra em meio a um acordo prévio entre os próprios sócios ou ainda com a outra sociedade (cisão a favor de sociedades existentes), visando à reorganização do patrimônio social em outras pessoas jurídicas, com a permanência ou não da sociedade em liquidação (cisão parcial). Não há, com efeito, qualquer restrição a que se inclua no negócio de reversão do estado de liquidação (arts. 206 e s.) o negócio de cisão, parcial ou total^{355 e 356}.

Fica no entanto evidente que o negócio de cisão em sociedade no estado de liquidação (art. 208) somente pode ocorrer se todo o patrimônio social ainda estiver sob a guarda e gestão do liquidante (art. 211). Apenas nesse estado da liquidação é que poderá proceder-se ao negócio de cisão, nas suas diversas formas. Após o pagamento dos credores e a partilha do remanescente, não será mais possível restaurar o patrimônio social, para o efeito de vocacioná-lo à cisão.

DIREITO DE RETIRADA

Art. 230. *Nos casos de incorporação ou fusão, o prazo para exercício do direito de retirada, previsto no art. 137, II, será contado a partir da publicação da ata que aprovar o protocolo ou justificação, mas o pagamento do preço de reembolso somente será devido se a operação vier a efetivar-se.*

- Artigo com redação dada pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.

Lei de 1940

O diploma de 1940 dispunha sobre a matéria dentro da mesma sistemática adotada pelo diploma de 1976. Assim, o art. 105 tratava do *quorum* para deliberar sobre

353. Nelson Eizirik, *Sociedades anônimas*, cit., p. 689 e s.

354. V. comentários ao art. 228.

355. V. comentários ao art. 136.

356. Sobre a matéria, Waldirio Bulgarelli, *Comentários*, cit., v. 4, p. 168 e s.

matérias institucionais da companhia, dentre elas a fusão e a incorporação (art. 105, e), determinando que este deveria ser qualificado. E no art. 107 fazia remissão ao art. 105, para conferir ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia no caso de ocorrer, dentre outros eventos, negócio de fusão e de incorporação, “mediante reembolso do valor de suas ações se o reclamar à diretoria dentro de trinta dias, contados da publicação da ata da assembleia geral”. O valor do reembolso era calculado pela divisão do ativo líquido da sociedade, constante do último balanço, pelo número de ações em circulação³⁵⁷.

No negócio da incorporação era consenso que somente os sócios da incorporada tinham direito de recesso, pois na incorporadora há apenas modificação estatutária que não justifica esse remédio³⁵⁸.

Lei n. 6.404, de 1976

O direito material de recesso no caso de fusão, incorporação e cisão estava regulado no art. 230, cujo *caput* foi alterado pela Lei n. 9.457, de 1997.

O art. 230, em sua redação original (1976), reiterava o direito de recesso, de cunho nitidamente contratual, plenamente contemplado também no diploma de 1940. Não trouxe, com efeito, a Lei n. 6.404, de 1976, nenhuma inovação substancial a esse instituto. Apenas estendeu-o ao negócio de cisão, que não era previsto no Decreto n. 2.627, de 1940.

Dispunha o artigo que “o acionista dissidente da deliberação que aprovar a incorporação da companhia em outra sociedade, ou sua fusão ou cisão, tem o direito de retirar-se da companhia, mediante o reembolso do valor de suas ações”. E, no tocante ao prazo do exercício, contava-se este a partir da aprovação do protocolo ou justificação (arts. 224 e 225), condicionando, no entanto, o pagamento à consumação do respectivo negócio reorganizativo. O fato gerador do direito surgia, portanto, no momento de celebração do pré-contrato, representado pelo protocolo, momento esse que permitia estabelecer-se o valor do patrimônio líquido da incorporada ou das que houvessem de ser fundidas ou cindidas.

Outorgava, assim, o art. 230 do diploma de 1976, o direito material de recesso aos acionistas minoritários nos três casos de reorganização empresarial previstos na lei societária.

357. O diploma de 1940 regulava nos parágrafos seguintes do art. 107, minuciosamente, os efeitos da retirada, quanto à questão da redução do capital, sub-rogação de obrigações, no caso de ações não integralizadas, bem como a qualidade de credores quirografários, em caso de falência, em quadro separado. Por outro lado, regulava o dever de restituição no caso de não ter havido substituição dos dissidentes. A ênfase no aspecto falimentar deve-se à preocupação do autor do diploma de 1940 com o tema, e que veio a sê-lo também a da antiga lei falimentar de 1945 (Dec.-Lei n. 7.661).

358. Cunha Peixoto, *Comentários*, cit., v. 5, p. 23.