

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira e Iviê A. M. Loureiro Gomes

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Técnica de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite

Assistentes Documentais: Roberta Alves Soares Malagodi e Samanta Fernandes Silva

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Assistentes Administrativos: Antonia Pereira e Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Auxiliar de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Capa: Chrisley Figueiredo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Gonçalves Neto, Alfredo de Assis

Direito de empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil / Alfredo de Assis Gonçalves Neto. – 5. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5247-2

1. Direito civil – Legislação – Brasil 2. Direito comercial – Legislação – Brasil 3. Direito empresarial – Legislação – Brasil I. Título.

14-03351

CDU-34:338.93 (81) (094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito de empresa : Legislação : Direito civil 34:338.93(81)(094)

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

DIREITO DE EMPRESA

Comentários aos artigos 966
a 1.195 do Código Civil

5.^a edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

342.2

Gd

1111

Art. 1.122. Até 90 (noventa) dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

§ 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada.

§ 2º Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

§ 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.

COMENTÁRIOS

544. Proteção aos credores

Como sabido, os credores têm no patrimônio do seu devedor a garantia de recebimento de seus créditos. A incorporação, a fusão e a cisão podem afetar essa garantia, seja em razão da mudança do tipo, quando implicar a limitação da responsabilidade dos sócios antes não existente, seja em virtude da redução do patrimônio líquido da devedora decorrente de sua união ao de outra com liquidez inferior ou ao se dividir.

Em alguns países, como na Alemanha, os patrimônios das sociedades que se fusionam, incorporam-se ou se cindem com incorporação ficam separados dos que daí resultarem, até a satisfação de todos os credores anteriores, com o fito de mantê-los com a mesma garantia que possuíam. Em outros, como na Itália, os credores têm direito de se opor à operação. O Brasil orientou-se por este último sistema; mas aderiu ao primeiro na hipótese de falência superveniente (sobre o assunto, CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *Sociedades por ações*, v. 5, n. 1.218, p. 34).

Pelo sistema brasileiro, os credores que tiverem reduzida a garantia de recebimento de seus créditos em virtude dessas operações podem, em princípio, pleitear judicialmente sua anulação. Registre-se que o termo “prejudicado”, constante da norma sob comentário, diz respeito, exclusivamente ao credor que, com a operação, deixa de ter, perante a sociedade sucessora, a mesma garantia de recebimento do crédito que antes possuía perante sua devedora originária (patrimônio líquido + responsabilidade dos sócios, se for o caso). Em outras palavras, só

pode ser considerado prejudicado o credor que vê reduzida a garantia patrimonial que possuía antes de a operação consumir-se.

Aparentemente, as operações de fusão, de incorporação e de cisão com incorporação (esta do ponto de vista da sociedade incorporadora), produzindo a união de patrimônios, não prejudicariam os credores. Acontece que a redução de garantia tem de ser analisada em face de cada sociedade que participa da operação: se, com a fusão ou a incorporação, uma das sociedades participantes dilui a garantia de pagamento de seus credores por se unir a outra que tem patrimônio líquido proporcionalmente inferior ou porque a sucessora não tem sócios solidários antes existentes, aos credores daquela é lícito, em tese, pleitear a anulação da operação.

Todavia, seria por demais severa uma interpretação dessa disposição legal que se contentasse com a simples redução da garantia patrimonial do credor para chancelar o pleito de anulação. Incorporação, fusão e cisão são negócios jurídicos para cuja anulação é preciso que apresentem máculas capazes de justificá-la, definidas a partir da teoria geral dos vícios ou defeitos dos atos jurídicos em geral. Na análise das previsões legais que permitem a anulação de tais atos (erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores), verifica-se que se estaria diante de uma hipótese próxima à de fraude contra credores, para cuja configuração, porém, seria desnecessária a presença dos seus pressupostos (*concilium fraudis* e *animus nocendi*); restaria indispensável, no entanto, a ocorrência efetiva de prejuízo.

Por isso, é preciso que, além da prova de redução do patrimônio (ou do conjunto de patrimônios) a que estava afetada sua garantia, o credor demonstre que, com a operação, a sociedade resultante deixa de lhe proporcionar, com seu patrimônio, garantia de pagamento integral de seu crédito. Isso leva à conclusão de que, se a própria devedora originária não possuía patrimônio que proporcionasse garantia de exação total do crédito, o credor, nessa hipótese, terá de provar que a nova sociedade coloca-o em situação ainda pior. Não cabe a anulação se o patrimônio da sociedade sucessora (e, se for o caso, o de seus sócios de responsabilidade ilimitada), mesmo com a redução da garantia, cobrir, com folga, o pagamento de todos os credores.

A Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração e o patrimônio públicos, conhecida como “Lei Anticorrupção”, estabeleceu em seu art. 4.º, § 1.º, que, “nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados”. Essa norma aplica-se, evidentemente, aos casos de cisão com incorporação e permite à sociedade infratora livrar-se de penas acessórias, como a de perdimento de bens, de dissolução forçada, de suspensão ou interdição parcial de suas atividades, de vedação ao recebimento de incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos (art. 19). Trata-se de hipótese em que essas operações implicam redução das obrigações da sociedade incorporada ou fusão com outra.

A situação deficitária para pagamento de todos os credores é suposta na regra, embora isso não signifique nem imponha prévia instauração de processo de falência ou insolvência. Ocorrendo qualquer desses eventos, a regra a aplicar é outra (n. 547 *infra*).

Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia dizer que os credores com garantia real sobre o patrimônio do devedor não seriam afetados e,

portanto, não teriam como pleitear a anulação. Sabe-se, entretanto, que os créditos com garantia real cedem lugar, na ordem de prioridade de pagamento para outros créditos, como os trabalhistas, por exemplo. Assim, se a sociedade prestante de uma garantia real fusiona-se ou se incorpora a outra cujo passivo trabalhista compromete tal garantia, dá-se a legitimação do respectivo credor para a ação anulatória.

Uma vez pago do seu crédito anterior à operação, não pode o credor, por créditos posteriores, pretender anulá-la com base no preceito ora comentado; se contratou com a nova sociedade, as novas operações realizadas não se encaixam no enunciado da regra.

545. Prazo de decadência

O credor que não exercer a ação anulatória no prazo de 90 dias da publicação do ato constitutivo da incorporação, da fusão ou da cisão, decai desse direito. O art. 232 da Lei 6.404/1976 fixa esse prazo em 60 dias. Por paradoxal que possa parecer, apesar de vir sustentando que a Lei das S.A. não foi revogada em matéria de incorporação, fusão e cisão, prosseguindo sua aplicação às sociedades por ações e às demais sociedades naquilo em que é omissivo o tratamento do Código Civil, tenho para mim que essa regra do seu art. 232 deixou de vigor porque não diz respeito a nenhuma sociedade, destinada que é à proteção de credores, qualquer que seja a devedora. De fato, o *caput* art. 1.122 ora comentado repete o enunciado daquele preceito da lei acionária, apenas alterando-lhe o prazo. Trata-se de disposição de caráter geral, que nada tem a ver com as particularidades próprias das sociedades por ações, mas que visa, como acentuado, a proteção dos credores à luz do princípio segundo o qual é no patrimônio do devedor que têm a garantia geral de pagamento de seus créditos. Essa é a única conclusão que se compadece com o princípio constitucional da isonomia (garantia de direito idêntico a todos aqueles que forem credores das sociedades envolvidas na operação). No entanto, admito que a questão não é de fácil assimilação e é possível que haja voz dissonante sustentando que a regra do art. 232, da mencionada Lei, convive com a do art. 1.122 do Código Civil ao argumento de que houve ressalva quanto à lei especial de regência das sociedades por ações, só

se aplicando as disposições do referido Código em suas omissões (CC, art. 1.089). Nesse caso, seria forçoso concluir pela convivência de dois prazos para a impugnação dos credores, variando conforme o tipo societário.

O Projeto de Lei 7.160/2002, da Câmara dos Deputados, que restou arquivado, estava a propor a redução desse prazo para 60 dias, equiparando-o ao do art. 232 da Lei do Anonimato.

Como se trata de prazo decadencial, não pode haver interrupção nem suspensão. É indispensável que o credor proponha a medida judicial dentro dos 90 dias, portanto. A simples propositura da ação e o despacho de seu recebimento bastam, ainda que a citação ocorra em momento posterior, pois seus efeitos retroagem à data do despacho inicial, contanto que observadas as cautelas do art. 219 do Código de Processo Civil.

546. Consignação em pagamento e depósito em garantia

Para elidir a anulatória, pode a sociedade contra a qual se dirige a respectiva ação promover a consignação em pagamento do crédito em que a demanda vem lastreada (CC, art. 1.122, § 1.º). A regra é ampla e, por isso, admite, no meu modo de ver, tanto uma ação específica de consignação em pagamento, como o depósito do valor do crédito nos autos da anulatória em curso.

Aliás, também me parece possível, senão mais razoável, que a pretensão anulatória seja elidida com o oferecimento de uma garantia de pagamento idônea (uma fiança bancária, uma hipoteca de bem de terceiro etc.). É que, se a ação anulatória visa a evitar que o credor tenha prejuízo, desaparece seu interesse processual com a prestação de garantia do respectivo pagamento. Isto se dá porque, como se viu, a perda de garantia é o único prejuízo concreto suscetível de ser alegado pelo credor.

A consignação em pagamento implica oferecer em pagamento o valor do crédito. Contudo, as operações de fusão, incorporação e cisão não são meios de antecipação de vencimento porque nada mudam no que se refere ao relacionamento havido entre as sociedades partícipes e seus

credores. Assim, se o crédito não está vencido, o credor deve aguardar seu vencimento; se se vencer, o credor tem todos os meios legais para exigí-lo, amigável ou judicialmente. Por isso, parece-me que o caminho mais indicado para evitar sacrifício desnecessário da sociedade devedora com o desembolso imediato de recursos do seu capital de giro para satisfazer crédito não vencido seria a prestação de uma garantia de pagamento e não a consignatória. Isso torna-se manifestamente óbvio em dívidas de longo prazo, como, por exemplo, um financiamento industrial com prazo de amortização de 20 anos.

Tal, aliás, é a solução legal prevista para credores por títulos ilíquidos (CC, art. 1.122, § 2.º). Título ilíquido pode ser tanto uma sentença contendo condenação não determinada, quanto uma hipoteca que reconheça a existência de um crédito de valor indeterminado. Ou seja, há a certeza do crédito (*certus an*) ao lado da incerteza de seu valor (*incertus quantum debeatur*). Por isso, alguém que se julgue credor de uma indenização ou que tenha movido uma ação de ressarcimento de danos contra uma das sociedades partícipes de qualquer daquelas operações, não é ainda credor para os fins do referido preceito, não lhe cabendo pleitear a anulação, nem precisando a sociedade oferecer garantia de pagamento futuro de crédito não existente.

547. Falência subsequente à incorporação, fusão ou cisão

Se, no interregno do prazo de 90 dias da publicação dos atos relativos à incorporação, à fusão ou à cisão, ocorrer a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da sociedade cindida, a qualquer credor anterior é facultado o direito de pedir a separação dos patrimônios para que o seu crédito seja pago com o produto da alienação dos bens integrantes do patrimônio que teria pertencido à sociedade originariamente devedora.

Em se tratando de fusão e de incorporação, o credor anterior não pode pedir a falência da sociedade que com ele contraiu a obrigação, por que extinta. Pode fazê-lo em relação à sociedade nova ou incorporadora, em virtude da sucessão, mas lhe é lícito exigir que o patrimônio daquela que era sua devedora fique apartado para a satisfação do seu crédito. Trata-se de uma faculdade,

de um direito individual do credor que, evidentemente, não o exercerá se a sociedade devedora tiver patrimônio líquido proporcionalmente inferior ao da nova sociedade ou da incorporadora.

Se um credor pedir a separação dos patrimônios, os demais credores da mesma sociedade devedora não necessitam ser tratados do mesmo modo. Só o serão mediante pedido expresso de cada qual. O direito é de todos, mas o exercício desse direito é individual.

Não há prazo para o credor requerer a separação patrimonial. Nem mesmo a publicação do quadro geral de credores pode obstar esse requerimento mesmo tendo em consideração que é com esse levantamento que se dá a conhecer aos interessados o montante dos créditos habilitados e dos com habilitação em curso, permitindo-lhes as impugnações de escrito, pois a vigente lei falimentar o permite (Lei 11.101/2005, arts. 18 e 19).

A regra sob comentário é inadequada, obviamente, para a proteção do credor de uma sociedade que se cinde, eis que a cisão implica a divisão patrimonial dessa sociedade, com ou sem sua extinção. Não se trata, aí, de pedir a separação dos patrimônios (separados que já foram em virtude da cisão), mas de pleitear sua junção para restaurar a garantia patrimonial ideal que o credor anterior à cisão teria na sociedade cindida, mantida ou, até mesmo, extinta com a operação. Trata-se, aqui, de dar uma interpretação finalística à norma que, em última análise, busca garantir o retorno ao *status quo ante* para evitar que a operação venha prejudicar os credores anteriores.

Por outro lado, contentou-se o legislador em se referir à falência das sociedades resultantes das operações de incorporação e fusão, quando se sabe que tais operações podem ocorrer entre sociedades não sujeitas à falência, como as sociedades simples e aquelas que, por lei, forem excluídas do processo falimentar, como se dá, v.g., com as sociedades de economia mista, mesmo com a revogação do art. 242 da Lei das S.A. – revogação que se mantém na vigência da atual Lei Falimentar (Lei 11.101/2005, art. 2.º, D). O mesmo critério de interpretação deve admitir a separação patrimonial em caso de insolvência da sociedade resultante da fusão ou da incorporadora (aí incluídas aquela ou aquelas

que recebem parcelas do patrimônio de uma sociedade cindida).

548. A questão dos credores na cisão

Já foi observado que a regra do § 3.º do art. 1.122 em análise não é adequada para proteger o credor de sociedade que se cinde. Pode aproveitar aos credores da sociedade incorporadora de parcela do patrimônio da sociedade cindida (tanto os primitivos como aqueles que para ela migraram junto com a parcela patrimonial por ela recebida desta última), mas não tem qualquer aplicação aos credores da sociedade cindida por desmembramento puro e simples.

Mas há outros tantos problemas a solucionar em matéria de cisão. Em sua concepção originária, o anteprojeto do Código Civil não previa essa figura, que só veio a ser introduzida no Brasil pela vigente Lei das Sociedades por Ações – depois, portanto, de aquele anteprojeto ter sido encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Houve certa negligência no trato da cisão, introduzida no Código Civil por proposta do Senador GABRIEL HERMES, pelas Emendas 107 e 111, do Senado Federal, que se limitaram a inseri-la no título do capítulo relativo à matéria e a acrescentar as expressões “cisão” e “cindida”, respectivamente, no caput e no § 3.º do artigo ora comentado. Assim, nessa parte, é preciso buscar o conceito, as espécies e o modo de realizar a cisão nas disposições da Lei 6.404/1976, que continuam sendo aplicáveis às sociedades em geral diante dessas omissões da obra codificadora.

O Projeto de Lei 7.160/2002, do deputado RICARDO FIUZA, continha proposta de inclusão, no texto do Código Civil, do art. 1.121-A para o fim de tratar da cisão, nos moldes em que ela é regulada pela Lei das Sociedades por Ações. Na falta de norma dispendo a respeito, o estudo da cisão fica disperso nos comentários aos artigos do presente Capítulo.

No que se refere aos credores, considerando a impossibilidade de aplicação da mesma regra de proteção estabelecida para os casos em que há junção patrimonial (CC, art. 1.122, § 3.º) para aqueles em que se dá o fenômeno inverso de separação ou divisão de patrimônios, entendo que o preceito do art. 233 da Lei 6.404/1976, não

foi revogado e tem inteira aplicação, não só às sociedades por ações, mas às demais sociedades reguladas no Código Civil, sempre que possível, conjugado com aquele primeiro enunciado. Trata-se de disposição que visa a assegurar a mesma proteção com que a nova disposição objetivou contemplar os credores das sociedades que se fusionam ou se incorporam, as quais, como a cisão, trazem-lhes reflexos por força das transferências patrimoniais que provocam.

Desse modo, na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da sociedade extinta. A sociedade cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira, anteriores à cisão (Lei das S.A., art. 233). Já do ponto de vista dos credores das sociedades que absorverem (incorporarem) parcelas do patri-

mônio da sociedade cindida, porém, aplica-se a norma da incorporação (CC, art. 1.122, § 3.º).

A cisão atinge situações jurídicas complexas e, na versão parcial ou total do patrimônio líquido da sociedade cindida para a formação de nova ou novas sociedades ou para a incorporação em outra ou outras já existentes, separam-se relações de crédito a receber e obrigações a saldar. No ajuste da cisão, por isso – e o faculta o parágrafo único do mesmo art. 233 –, é possível que se estipule que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da cindida fiquem responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a sociedade cindida. Nesse caso, “qualquer credor anterior poderá opor-se à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 dias a contar da data da publicação dos atos da cisão” (Lei 6.404/1976, art. 233, parte final do parágrafo único).

Capítulo XI DA SOCIEDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO

Seção I Disposições gerais

Art. 1.123. A sociedade que dependa de autorização do Poder Executivo para funcionar rege-se-á por este título, sem prejuízo do disposto em lei especial.

Parágrafo único. A competência para a autorização será sempre do Poder Executivo federal.

COMENTÁRIOS

549. Antecedentes

A origem da exigência de autorização governamental para a constituição e funcionamento de sociedades advém da época em que surgiram as grandes companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII. Foi assim nas diversas legislações: as companhias (ou sociedades anônimas, como mais tarde passaram a ser também chamadas), pela sua complexidade e gigantismo, ficavam submetidas a um rigoroso controle do Estado e, por isso, dele necessitavam prévia autorização para sua criação.

No Brasil, o Dec. 475/1849, que foi o primeiro texto legal a dispor sobre as companhias, já a exigia. Antes dele, as sociedades anônimas eram criadas por ato específico que as constituía e regulamentava, como se deu com a Companhia de Comércio do Brasil, por Alvará de 1649, com o primeiro Banco do Brasil, por Alvará de 1808 etc.

O Código Comercial de 1850 manteve o pressuposto da autorização para a criação das companhias no seu art. 295. Só com a Lei 3.150/1882, ao sopro do movimento liberal iniciado na Inglaterra em 1862, é que foi adotado o princípio da liberdade de constituição das companhias, salvo exceções expressas ditas por interesse de ordem pública.

O Dec. 434/1891, consolidou a legislação do anonimato estatuinto que a constituição das companhias era livre, exceto as que taxativamente

enumerou em seu art. 46 como dependentes de autorização. Alterou o sistema, no entanto, para impor a obtenção de tal autorização por ocasião do início das atividades da companhia, salvo se ela fosse constituída por subscrição pública, quando deveria ser extraída antes. A partir daí, passaram a existir, então, duas espécies de autorização:

- a) para o *funcionamento*, quando se tratasse de companhia formada por subscrição particular; e
- b) para a *constituição*, se por subscrição pública.

O Dec.-lei 2.627/1940, que se seguiu, estabeleceu a indispensabilidade de autorização prévia para o funcionamento de *companhias estrangeiras* em território nacional (art. 64) e, quanto às nacionais dependentes de igual outorga, não as enumerou, relegando o assunto para leis especiais, de vez que não era mais a forma, e sim o objeto, que constituía o fundamento de tal exigência (MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, v. 1, n. 289, p. 377). Perdurou, contudo, o critério distintivo anterior, de autorização para a constituição ou para o funcionamento, consoante a sociedade recorresse à subscrição pública ou à particular, respectivamente, para sua formação.

A reforma da Lei do Anonimato, ocorrida em 1976, manteve essas disposições em vigor, apesar da crítica de alguns comercialistas quanto