

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CENTRO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS, CONTÁBEIS E DE COMÉRCIO
INTERNACIONAL
CURSO DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS

EDUARDO FACCIN

**CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS COMO MEIOS DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEGUNDO A LEI 11.101/05**

CAXIAS DO SUL
2010

EDUARDO FACCIN

**CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS COMO MEIOS DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEGUNDO A LEI 11.101/05**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em Ciências Contábeis da Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Prof. Ms. Elias Milton Denicol

CAXIAS DO SUL
2010

APROVAÇÃO

EDUARDO FACCIN

CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS COMO MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL SEGUNDO A LEI 11.101/05

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do Grau de Bacharel em Ciências Contábeis da Universidade de Caxias do Sul.

Banca examinadora:

Presidente/orientador: Ms. Elias Milton Denicol

Nome e titulação do banqueiro - UCS

Nome e titulação do banqueiro – UCS

Trabalho apresentado e aprovado pela banca examinadora em ___/___/_____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha esposa Morgana, que me apresentou a verdadeira felicidade e o amor, que abraça como seus os meus projetos, que sempre me incentiva, que nunca esmorece, a pedra fundamental da nossa família, para quem até hoje não encontrei um adjetivo a altura para qualificá-la. Ao meu pequeno João Vitor, símbolo do amor incondicional e da cumplicidade de duas pessoas, de sorriso fácil e cativante que faz esquecer qualquer dificuldade, muito mais do que eu imaginei em meu melhor e mais bonito sonho. Ao(s) pequeno(s) que em breve aumentarão nossa família, aos quais também dedicaremos todo o nosso amor e nos tornarão um casal ainda mais unido, feliz e realizado.

AGRADECIMENTOS

Quero expressar meu sincero agradecimento a Deus em primeiro lugar, e a todos aqueles que de uma forma ou de outra contribuíram para este trabalho, em especial minha esposa Morgana, meu filho, João Vitor, que compreenderam minha ausência, aos meus pais, sogro, sogra e demais familiares, e ao meu orientador, Prof. Ms. Elias Milton Denicol, pela sabedoria, aconselhamentos e competência com que conduziu o desenvolvimento desta monografia.

“Leva tempo para alguém ser bem sucedido porque o êxito não é mais do que a recompensa natural pelo tempo gasto em fazer algo direito.”

Joseph Ross

RESUMO

Quando a empresa cumpre seu objeto social visando lucro além de gerar benefício aos sócios, que consiste basicamente nos dividendos que remuneram o capital investido, ela gera benefícios também à coletividade. Estes benefícios consistem na criação e distribuição de riqueza, no desenvolvimento social e econômico, na geração de empregos e de receitas tributárias, na criação de novas tecnologias, entre outros. Em virtude dos benefícios gerados pela sociedade à coletividade constatou-se que a mesma tem uma função social, e que para continuar a gerar estes benefícios deve ser preservada, donde surgiu o princípio da preservação da empresa. Atendendo ao referido princípio da preservação da empresa, o legislador concebeu a Lei 11.101/05, vulgarmente denominada Lei de Falências e Recuperação de Empresas, que revogou o Decreto-Lei 7.661/45, que disciplinava até então a falência e a concordata. Uma das ferramentas disponibilizadas pela Lei 11.101/05 para preservação da empresa é a recuperação judicial, procedimento que substituiu a concordata. Na recuperação judicial, que parte do pressuposto de que a insolvência é um problema entre credor e devedor, e que a intervenção do Poder Judiciário deve ser tão somente fiscalizar a aplicação da lei, quem confere ou não o benefício da recuperação é o credor, cuja decisão será baseada no documento denominado plano de recuperação judicial. Neste documento a empresa em dificuldade econômico-financeira e que deseja o benefício da recuperação judicial deverá expor a causa da dificuldade, a forma como superará a dificuldade, que são os meios de recuperação previstos no artigo 50 da Lei 11.101/05, e demonstrará a viabilidade econômica do meio de recuperação escolhido, ou seja, demonstrará que aplicando o meio de recuperação apontado contornará as dificuldades e voltará à solvabilidade. Entre os meios de recuperação previstos no artigo 50 da Lei 11.101/05 estão as operações societárias de cisão, fusão e incorporação de sociedades, inciso II. Mas para quais causas de insolvência estas operações societárias seriam meios de recuperação eficazes? Partindo do pressuposto de que no plano de recuperação a empresa deverá demonstrar a viabilidade econômica do meio de recuperação escolhido, é imprescindível aferir as causas de insolvência em que a cisão, a fusão e a incorporação de empresas são meios eficazes para superar dificuldades enfrentadas pela sociedade.

Palavras-chave: Recuperação judicial de empresas. Lei 11.101/05. Recuperação judicial de empresas. Cisão. Fusão. Incorporação. Função social da empresa. Princípio da preservação da empresa.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	IMPORTÂNCIA DO ESTUDO	10
1.2	QUESTÃO DE PESQUISA.....	12
1.3	OBJETIVOS	13
1.3.1	Objetivo geral	13
1.3.2	Objetivos específicos	13
1.4	METODOLOGIA.....	14
1.5	ESTRUTURA DO ESTUDO	15
2	FUNÇÃO SOCIAL E PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	16
2.1	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	16
2.2	PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA	24
3	RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	34
3.1	ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FALÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	34
3.2	INSOLVÊNCIA EMPRESÁRIA.....	40
3.3	FALÊNCIA.....	43
3.4	RECUPERAÇÃO DE EMPRESA	50
3.4.1	Recuperação judicial	53
3.4.2	Recuperação extrajudicial	63
4	CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS	74
4.1	CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	74
4.2	PROCEDIMENTOS COMUNS À CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS	80
4.3	INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS	88
4.4	FUSÃO DE EMPRESAS	91
4.5	CISÃO DE EMPRESAS	94
5	A CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS PODEM SER MEIOS EFICAZES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA?	100
5.1	SITUAÇÕES EM QUE A FUSÃO E A INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS SÃO MEIOS EFICAZES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	103

5.2 SITUAÇÕES EM QUE A CISÃO DE EMPRESAS É MEIO EFICAZ DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	110
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS.....	120

1 INTRODUÇÃO

1.1 IMPORTÂNCIA DO ESTUDO

A história da humanidade revela que a partir da idade média verifica-se um acentuado desenvolvimento social, econômico e tecnológico. Parte deste desenvolvimento pode ser creditado à intensificação das relações comerciais havidas neste período, fato que desencadeou o processo de surgimento e desenvolvimento das pessoas jurídicas, e a limitação da responsabilidade dos sócios. Estes fatores associados incentivaram as pessoas a empreenderem, a investirem patrimônio próprio no desenvolvimento de uma atividade empresarial visando lucro.

A partir deste momento as pessoas jurídicas, as empresas, passaram a desempenhar importante papel na sociedade. Através delas surgiram as relações de trabalho formal, competindo ao Poder Legislativo regular esta relação, o Estado passou a se organizar de forma a tributar suas atividades e, assim, auferir receita para cumprir suas finalidades. Atualmente pode-se dizer que grande parte do desenvolvimento social e tecnológico atingido por nossa sociedade deve-se ao surgimento das pessoas jurídicas. Assim sendo, estes entes de personalidade fictícia desempenham papel importante na nossa sociedade.

Em decorrência desta relevância do instituto da pessoa jurídica para a coletividade desenvolveu-se o princípio da preservação da empresa. Segundo referido princípio a manutenção da empresa, núcleo de interesses econômicos e uma organização dos fatores de produção, não é interesse apenas dos sócios, mas também de empregados, clientes, fornecedores, fisco, em suma, da própria comunidade em que atua e do próprio País.

Dentre os mecanismos criados pelo legislador para atender ao referido princípio está a recuperação de empresas, disciplinada pela Lei nº 11.101/05, que tem por alvo prevenir, objetivando viabilizar a superação do estado de crise econômico- financeira da empresa, ou obstar a declaração da quebra no caso do pedido de falência ter sido proposto judicialmente pelo credor.

A crise econômico-financeira é gerada pela insolvência, que nada mais é do que ativo insuficiente para pagamento do passivo. Quando uma empresa atinge esta situação de insolvência, significa que o valor total dos seus bens e direitos, o ativo, é insuficiente para pagamento das obrigações, o passivo. Desta equação, ativo menor que passivo, conclusão óbvia é de que se a situação permanecer nem todos os credores receberão o que lhes é devido ou tudo o que lhes é devido pela empresa. Por outro lado, se a situação de insolvência puder ser contornada, é o caso de recuperar a empresa. Já se a insolvência é incontornável, a alternativa é a decretação da falência.

Importante inovação da Lei 11.101/05 em relação ao Decreto 7.661/45, revogado por aquela lei, é o rol não exaustivo de meios de recuperação. No artigo 50 a Lei 11.101/05 relaciona hipóteses de reestruturação da empresa a fim de superar a crise econômico-financeira. Enquanto na extinta concordata a empresa alcançava por um pronunciamento judicial um desconto no montante de suas dívidas, uma ampliação no vencimento das mesmas, ou ambos benefícios ao mesmo tempo, na recuperação judicial as opções de benefícios legais podem ser adotados com a finalidade de recuperar a empresa.

Outras grandes diferenças entre a concordata prevista no Decreto 7.661/45 e a recuperação judicial disciplinada pela Lei 11.101/05 refere-se a quem autoriza a concessão do benefício, e a necessidade de demonstração de viabilidade econômica, ou seja, que o meio de recuperação escolhido é adequado para combater as causas da crise econômico-financeira. Enquanto na concordata o juiz simplesmente analisa o atendimento pelo autor do pedido de pré-requisitos constantes do Decreto 7.661/45, e defere ou não a concordata, na recuperação judicial quem concede ou não o benefício são os credores atentando para a viabilidade econômica do meio de recuperação escolhido. Portanto, para obter a recuperação junto aos credores, a empresa deverá identificar os motivos da crise econômico-financeira, encontrar um meio adequado de recuperação segundo a causa da crise, e demonstrar aos credores que o meio de recuperação escolhido é viável economicamente, requisitos que serão relacionados no plano de recuperação que será apresentado aos credores para aprovação.

Dentre os meios de recuperação judicial previstos no artigo 50 da Lei 11.101/05 estão a cisão, a fusão e a incorporação, inciso II. Considerando o exposto

acima sobre a aprovação do plano de recuperação pelos credores, especialmente a viabilidade econômica pergunta-se: para que fatores que geram a crise econômica e financeira na empresa a cisão, a fusão e a incorporação seriam meios de recuperação adequados?

Neste estudo, em primeiro lugar, verificou-se se a cisão, a fusão e a incorporação de empresas realmente podem ser empregadas como forma de contornar a situação de crise econômico-financeira. Positiva a resposta do primeiro questionamento, foram identificadas situações pontuais em que estas operações societárias são meios eficazes para contornar a crise.

1.2 QUESTÃO DE PESQUISA

Tanto a insolvência, patrimônio ativo insuficiente para pagamento do passivo, quanto as operações de cisão, fusão e incorporação, são fenômenos patrimoniais e, portanto, objeto de estudo da ciência contábil. Estes dois temas estão reunidos na Lei 11.101/05, que trata da falência e da recuperação de empresas.

Segundo o referido diploma legal, em caso de insolvência contornável a empresa poderá pleitear um benefício fundado no princípio da preservação da empresa, que é a recuperação judicial. Além de informar as causas que levaram à insolvência, e o meio como pretende contornar esta insolvência e a crise econômico-financeira gerada por ela, a empresa deverá demonstrar a viabilidade econômica do meio de recuperação escolhido. Dentre os meios de recuperação arrolados pelo artigo 50 da Lei 11.101/05 estão justamente a cisão, a fusão e a incorporação

Mas poderia a cisão, a fusão e a incorporação de empresas serem medidas adequadas para contornar a crise econômico-financeira? Sendo sim a resposta, em que situação a realização de uma operação de fusão entre sociedades poderá ser meio eficaz para contornar a insolvência? E a incorporação, para qual causa de insolvência é remédio eficaz? E em que condições poderia ser apresentada a cisão da empresa como uma forma de contornar a situação de insolvência?

Tanto fatores internos, como por exemplo a equivocada formação do preço do produto ou serviço, ou custos inadequados para o volume de transações da

empresa, como fatores externos como o acirramento da concorrência, e vulnerabilidade na economia globalizada, podem conduzir a empresa a insolvência. Considerando a relevância da empresa no cenário social, é preciso criar um ambiente favorável para que ela se reabilite e retorne à solvabilidade.

Por outro lado, a cisão, a fusão e a incorporação de empresas são metamorfoses, operações societárias que visam a reorganização dos recursos e meios de produção e, portanto, em determinadas situações podem colaborar para criar este ambiente favorável ao desenvolvimento econômico saudável da sociedade.

Partindo da delimitação do tema promovida acima, a questão de pesquisa é: A cisão, a fusão e a incorporação de empresas podem ser meios eficazes para combater crise econômico-financeira em uma empresa? Para que situações que levam a empresa à insolvência a cisão, a fusão e a incorporação são meios de recuperação adequados?

O problema de pesquisa revela sua importância no fato de que os credores só concederão o benefício da recuperação judicial na hipótese de restar demonstrada a viabilidade econômica do meio de recuperação escolhido, no caso de cisão, fusão ou incorporação, demonstrando de que realizando a operação escolhida o resultado será a superação da crise econômico-financeira.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Apurar se a cisão, a fusão e a incorporação podem ser meios eficazes para combater a situação de insolvência e a crise econômico-financeira, e verificar situações em cada uma destas operações societárias podem ser utilizadas como meios eficazes de combater a referida crise.

1.3.2 Objetivos específicos

- Realizar pesquisa bibliográfica sobre os conceitos e particularidades da insolvência e da recuperação judicial de empresas;

- Definir os conceitos de cisão, fusão e incorporação, avaliar o impacto ocasionado por cada uma destas operações na empresa e suas peculiaridades;
- Verificar se a cisão, a fusão e a incorporação podem ser meios eficazes para combater a insolvência e a crise econômico-financeira;
- Apurar situações em que a realização de uma operação de cisão, fusão ou de incorporação podem ser utilizadas como meios de superar a insolvência e a crise econômico-financeira da empresa;

1.4 METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado é a pesquisa bibliográfica, onde, através de levantamentos dos assuntos relacionados ao tema pesquisado, buscou-se evidenciar os diversos aspectos que devem ser considerados na identificação das hipóteses em que a cisão, a fusão e a incorporação de sociedades são meios eficazes de recuperar a empresa.

A principal vantagem da pesquisa bibliográfica, que consiste na análise de material já elaborado como livros e artigos científicos, reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que se poderia pesquisar diretamente. Esta vantagem se torna particularmente importante quando o problema de pesquisa requer dados muito dispersos pelo espaço, como ocorre neste caso.

Quanto à metodologia pelo estudo de caso, neste caso não é viável. Isto porque como a legislação que instituiu a recuperação de empresas, e a cisão, fusão e incorporação de empresas como meio de recuperação é recente, data de 2005, não há no Poder Judiciário, ainda, enfrentamento do tema.

Diante das colocações acima, entende-se que a metodologia escolhida é a mais adequada para o tipo de estudo proposto.

1.5 ESTRUTURA DO ESTUDO

No primeiro capítulo apresenta-se a introdução, com destaque à importância do estudo, a questão de pesquisa, os objetivos gerais e específicos, a metodologia a ser empregada, e as considerações sobre cada capítulo desenvolvido. No segundo capítulo enfrenta-se diversos aspectos teóricos acerca da pessoa jurídica com ênfase ao tema objeto da monografia, que é a cisão, a fusão e a incorporação como meios de recuperação da empresa segundo a Lei 11.101/05. Visando atingir este objetivo, analisa-se mais profundamente a função social da empresa e o princípio da preservação da empresa.

No terceiro capítulo aborda-se o instituto da recuperação de empresas. Inicialmente foram analisam-se aspectos conceituais relacionados a recuperação de empresas, como o processo que a origina, que é a insolvência empresária e crise econômico-financeira, e a vinculação deste instituto com a função social da empresa e o princípio da preservação da empresa. Definida a insolvência empresária e suas particularidades, analisam-se pontos específicos relacionados ao tema, justamente a falência e a recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Na recuperação extrajudicial estuda-se a forma ordinária e extraordinária. No quarto capítulo estuda-se aspectos conceituais da cisão, da fusão e da incorporação, suas vantagens e desvantagens, a forma de operacionalizar estas operações societárias, e os efeitos gerados nas sociedades envolvidas.

No quinto e último capítulo, após terem sido analisados os conceitos de recuperação de empresas, principalmente a recuperação judicial, e das operações de cisão, fusão e incorporação, apresenta-se um estudo visando aferir, em primeiro lugar, se há situações em que estas operações societárias poderiam ser meios eficazes de recuperar a empresa, e quais situações que geram insolvência empresarial poderiam ser tratadas com estes remédios jurídicos.

Ao final do quinto capítulo foi atingido o escopo principal desta pesquisa, ou seja, define-se que a cisão, a fusão e a incorporação, em algumas hipóteses específicas, podem auxiliar empresas a contornar suas dificuldades financeiras e conduzi-las de uma situação de insolvência empresária para a saúde econômica e financeira, permitindo assim a preservação da empresa para que ela continue cumprindo sua função social.

2 FUNÇÃO SOCIAL E PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

A primeira metade do século XIX tem como uma de suas características o individualismo exacerbado no âmbito econômico, herança direta do liberalismo econômico e do capitalismo. Com a eclosão das Guerras Mundiais do século passado, diversos acontecimentos históricos e movimentos sociais, como por exemplo a industrialização, a explosão demográfica, a desordenação dos centros urbanos, a massificação e dinamização das relações contratuais, a globalização, as constantes evoluções tecnológicas, e a difusão das doutrinas socialistas, contribuíram decisivamente para o enfraquecimento de dogmas do Estado Liberal, resultando no declínio dos alicerces do modelo individualista.

Diante destes acontecimentos havidos no período pós guerra, este modelo exageradamente individualista passa a ser alvo de crítica por diversas correntes de pensamento como a sociologia, o socialismo utópico, o marxismo e o social-liberalismo¹, e culminaram com a substituição dos valores individuais pelos sociais², a transição do Estado Liberal para o Estado Social, este último notabilizado pelo intervencionismo e o comprometido com o ideal de Justiça Social³.

¹ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função Social do Direito**. Coordenadores Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007. p. 211.

² “Num outro aspecto, parece-me extremamente importante fazer presentes algumas noções de ordem histórica, porque se me afigura que essas noções são realmente fundamentais, até mesmo tendo-se em vista que o presente, freqüentemente, pode ser em parte apreciável e explicado pelo passado. Em primeiro lugar, pelo peso que tiveram determinados valores, uma vez que tiveram vigência desde o Código Civil francês até aproximadamente a II guerra Mundial. E, também, em segundo lugar, porque os valores presentes no passado e que vieram a moldar todos os sistemas jurídicos, na Idade Contemporânea. Todos os ordenamentos privados restaram permeados por esses determinados valores, os quais, na realidade, não subsistiram com o mesmo e idêntico perfil, vindo, paulatinamente, a sofrer o influxo de valores diferentes. E é exatamente esta mutação de valores – especialmente implicados na transição do *individualismo* para a *socialidade* - que acaba explicando, a meu ver, os pontos chaves do Código Civil, a começar pelo artigo 420 desse novo Código e outros dispositivos que, vamos dizer, são tributários desse art. 420, onde se expressa esta função social do contrato.” ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo código civil**. in RT. V. 815, p. 19, set/2003.

³ “O Estado Social Moderno constatou a falsidade das premissas do Estado Liberal. Não havia igualdade entre os homens. Passou, então, a buscar seus ideais de *justiça*, de *paz*, e *segurança social* e de *igualdade humana*, apesar das desigualdades econômicas e sociais, através da intervenção das relações privadas.” MELLO, Adriana Mandim Theodoro. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro**. In RT, v. 801, p. 17, jul/2002.

O reflexo no mundo jurídico destas mudanças é que as relações passam a ser reguladas levando em consideração o aspecto coletivo, realidade que trouxe consigo a necessidade de criar mecanismos eficazes para combater a abusividade e o desequilíbrio.

Entre os mecanismos concebidos para viabilizar esta transição do Estado Liberal para o Estado Social, do individualismo para a socialidade, AUGUSTE COMTE foi o pioneiro em propor a atribuição de uma função social à propriedade, função social que impõe ao titular da propriedade o dever de exercê-la em prol da coletividade, e não somente em benefício próprio⁴. SANTO TOMÁS DE AQUINO E JACQUES MARITAIN assim definem a função social da propriedade:

Nossa doutrina da propriedade contém dois termos que não podem ser separados, sob pena de cairmos no liberalismo ou no totalitarismo. Para maior precisão filosófica, tomemos em Jaques Maritain um resumo da doutrina tomista: No que concerne à propriedade dos bens terrestres, Santo Tomás ensina que, por um lado (e antes de tudo por causa das exigências da personalidade humana, considerada como elaborando e trabalhando a matéria, e submetendo-a à forma da razão), a apropriação dos bens deve ser privada, sem o que a atividade fabricante da pessoa se exerceria mal; mas, por outro lado (por causa da destinação primitiva dos bens materiais à espécie humana, e das necessidades que cada pessoa tem desses meios para poder se dirigir aos seus fins últimos), o próprio uso dos bens individualmente apropriados deve servir ao bem comum de todos. *Quantum ad usum non debet homo habere res exteriores ut próprias sed ut communes*. Esse segundo aspecto se obnubilou completamente na época do individualismo liberal, e pode-se pensar que a violenta reação do socialismo de Estado a que hoje assistimos lembrará aos homens o que haviam esquecido: a lei do uso comum.⁵

A função social, portanto, quebra o paradigma de que a propriedade serve única e exclusivamente ao proprietário, corporificando a primazia absoluta da sociedade sobre os seus membros. Nesta forma embrionária da função social, ela reduz o homem, o indivíduo, a sua dimensão social, e assim atende a nova forma de pensamento, em que o social prevalece sobre o individual, pensamento que está em consonância com a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

A partir da formulação de AUGUSTE COMTE outros estudiosos passaram a divulgar estudos no mesmo sentido. LEÓN DUGUIT afirmou que os indivíduos teriam apenas funções sociais a cumprir. Passado o ímpeto inicial, os esforços dos

⁴ COMTE, Auguste. **Coleção Grandes Cientistas Sociais**. Organizador José Albertino Rodrigues. São Paulo: Editora Ática, 1989.

⁵ MARITAIN, Jacques. Apud Gustavo Corção. **Três alqueires e uma Vaca**. Rio de Janeiro: Agir, p. 273-274.

doutrinadores concentraram-se na compatibilização do aspecto funcional recém atribuído à propriedade, ao aspecto individual, preexistente.

Importante contribuição para o tema é de PIETRO PERLINGIERI, para quem a função social acarreta ao proprietário além dos direitos de usar, gozar e dispor do bem, limitação ao exercício destes direitos, e obrigações positivas em favor da coletividade⁶. Sob este ponto de vista a função social além da missão de coibir e anular condutas consideradas anti-sociais, teria por escopo direcionar e orientar o exercício do direito para a realização do interesse público, sendo esta a definição de obrigações positivas em favor da coletividade.

Na doutrina italiana muitos estudiosos seguiram o entendimento de função social da propriedade disseminado por PIETRO PERLINGIERI, ou seja, que a função social impõem ao proprietário deveres que visam os interesses da coletividade, não constituindo mera vedação da utilização abusiva da propriedade. O objetivo desta preocupação com os interesses das coletividades é a construção de uma sociedade mais justa e solidária, em que os titulares da propriedade façam uso da mesma não somente visando seus interesses particulares, mas em prol da sociedade em geral.

Em solo brasileiro, a exemplo do que aconteceu em diversos outros países, a incorporação da função social da propriedade ao ordenamento jurídico foi acompanhada da garantia constitucional à propriedade privada. A primeira constituição a atribuir à propriedade uma função social foi a de 1967.

A partir da incorporação da função social da propriedade à constituição de 1967, o conceito de função social da propriedade de PIETRO PERLINGIERI foi paulatinamente abrigado pelos doutrinadores pátrios, que passaram a reconhecer no instituto, além de vedação à utilização da propriedade abusivamente, efeitos negativos, a imposição do dever de atuação positiva do proprietário, ou seja, exercício do direito de propriedade em consonância com o interesse da coletividade, o interesse social.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Jovene Editora, 1971. p. 69-73.

A Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, inserido no título dos direitos e garantias fundamentais, traz as seguintes determinações acerca da propriedade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Já o artigo 170 da Constituição Federal reconhece a propriedade privada como um dos princípios gerais da atividade econômica no inciso II, e no inciso seguinte estabelece a “funcionalização” social da propriedade.

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Diante do aumento do interesse sobre a função social da propriedade, esta função passou a ser questionada em relação aos bens que são objeto de propriedade. Sendo a empresa um bem, também deve ser observada sua função social.

Para ORLANDO GOMES as mudanças legislativas que visavam a implementação da função social da propriedade dirigiam-se aos bens de produção,

especialmente a empresa, sendo impensável cogitar-se de função social para os bens de uso⁷.

Já ISABEL VAZ afirma que se a função social seria capaz de alterar a própria estrutura da propriedade, o mesmo raciocínio poderia ser aplicado aos bens de produção utilizados pela empresa, cuja função social diria respeito aos compromissos e obrigações para com os empregados, os consumidores e a comunidade como um todo⁸.

Sobre a classificação dos bens entre de produção e de consumo, cabe destacar a lição de SÉRGIO BOTREL⁹:

A divisão proposta por Adolf Berle tem sido bastante divulgada pela doutrina pátria. Segundo o professor da Universidade de Columbia, a propriedade comporta duas categorias: a propriedade de consumo e a propriedade produtiva. A singularidade dessa segunda modalidade de propriedade consiste em sua vinculação á produção, manufaturas, serviços ou comércio, com a finalidade de oferecer, por certo preço, bens ou serviços ao público, com os quais seu titular espera obter lucro.

Fazendo uso dessa classificação, sustenta-se que há uma propriedade que recai sobre bens de consumo – compreendidos como bens utilizados imediatamente para dele se extrair apenas a vantagem funcional que ele mesmo permite -, enquanto existe a propriedade que recai sobre bens de produção - em que se obtém do bem não uma vantagem que lhe é natural, mas a produção de mercadoria.

Do exposto até o momento percebe-se que a função social dos bens de produção contribuiu significativamente para a consolidação da função social da empresa quando preceitua que o patrimônio desta não pode estar voltado somente aos interesses dos sócios, mas que devem igualmente atender aos interesses da coletividade. Afinal, a exploração empresarial além de interessar aos sócios, diz respeito aos trabalhadores, aos consumidores, ao meio ambiente, ao Poder Público, enfim, à coletividade que é beneficiada tanto direta quanto indiretamente pelo desenvolvimento social, econômico e tecnológico gerado pela empresa. Neste ponto revela-se apropriada a conclusão de CALIXTO SALOMÃO FILHO, para quem a empresa é uma “*instituição não-redutível aos interesse dos sócios*”¹⁰.

⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10ª ed. Rio de Jairo: Forense, 1990, p. 100.

⁸ VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 151.

⁹ BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo; Atlas, 2009, p. 59-60.

¹⁰ SALOMÃO FILHO. Calixto. **O Novo Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

A função social da empresa, portanto, traz como conseqüência uma profunda mudança na visão da própria empresa, que deixa de ser vista como uma simples organização de bens voltados para o lucro, conclusão a que se chega pela leitura isolada do artigo 966 do Código Civil Brasileiro¹¹, e passa a ser compreendida acima de tudo como uma instituição social, como uma parceria entre capital e trabalho com a finalidade de gerar benefícios a todos os envolvidos diretamente na atividade, notadamente os sócios, funcionários e colaboradores, e também à coletividade.

Visando demonstrar a dimensão da função social da empresa de forma didática, JOÃO BOSCO CASCARDO DE GOUVÊA¹² ensina:

Para um perfeito entendimento da função social da empresa lembro que a sociedade empresária é constituída pelos sócios e, por isso, terão o direito de buscar o lucro que ela puder lhes proporcionar, esse resultado positivo, sempre uma expectativa, jamais uma certeza, pertencerá à sociedade empresária, em primeiro lugar. Com ele deverá ter meios de atender às suas necessidades básicas de crescimento e manutenção de competitividade. Entretanto, essa árvore igualmente deverá frutificar para os seus sócios chamados dividendos, que virão da parte do lucro a ser destacada para a retribuição do investimento que nela fizeram, como quotistas ou acionistas. Ao reunirem seus esforços, concentrando-os e transmitindo-os à pessoa jurídica sob a forma de capital, deverão agir coletivamente, como sócios, valorizando o que for do interesse da sociedade; a este último é que se chama de interesse social. Portanto, não se confunda o interesse da sociedade empresária (interno, o mesmo que interesse social) com o interesse da comunidade, externo (dos não sócios, como os dos empregados, do Fisco, da Região, etc.).

E mais adiante referido autor arremata afirmando que a sociedade não existe somente para seus sócios, para ela em si, e tão pouco para o público externo. Ela, a sociedade, deve ser proveitosa para todos estes interessados, objetivo que atingido a tornará um verdadeiro bem comum¹³.

Sem maior esforço podem ser listados vários interesses de terceiros na órbita da atividade empresarial. Entre os mais relevantes VALDÍRIO BULGARELLI destaca os interesses dos trabalhadores, cujos recursos para subsistência decorrem do vínculo empregatício com a empresa; dos consumidores, que serão beneficiados

¹¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹² GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência Lei 11.101.05**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 118.

¹³ “A sociedade, para mim, não existe só para os seus sócios, nem para ela em si, e nem apenas para o público externo. É possível, sim, tratá-la e fazê-la ser uma criação bastante proveitosa para todos eles; atingindo-se esse equilíbrio irá tornar-se um bem verdadeiramente comum.” GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência Lei 11.101.05**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119.

pelos avanços tecnológicos gerados pela empresa e, assim, terão acesso aos bens de consumo abrigando estas tecnologias; do Estado, pois a atividade empresarial é fato gerador dos tributos que são fonte de receita;¹⁴

Como bem observa EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO, necessário frisar, contudo, que a função social e a criação abstrata de um interesse superior próprio da Empresa não excluem o objeto pelo qual a mesma foi criada por seus sócios, já que a atividade negocial é atividade privada que, na maioria das vezes, visa lucro¹⁵. A função social da empresa não visa promover a socialização dos meios de produção, até mesmo porque não há como ignorar que o mundo moderno é capitalista e competitivo. Importante salientar, também, que a atividade empresarial não é filantrópica, nem caridade. A função social da empresa é tão somente o reconhecimento da importância da empresa no mundo atual pelos benefícios que gera, e que, portanto, esta propriedade deve ser exercida de forma a gerar lucro ao seu titular e, também, benefícios à coletividade.

Definido que pela função social da empresa ela deve atender além dos interesses dos sócios aos interesses da coletividade, necessário verificar a quem compete fazer com que a empresa cumpra sua função social.

Partindo do pressuposto de que a personalidade jurídica da empresa é uma ficção legal, característica que a impede de exercer atos pessoalmente, mas que possui função social e, portanto, deve atender também os interesses da coletividade, cabe aferir quem deve conduzi-la de forma a atender esta função social. Na pessoa jurídica os bens que compõem seu acervo patrimonial e que devem observar a função social pertencem aos sócios, mas a decisão de empregar estes bens de forma a atingir ou não a função social compete na maioria dos casos aos administradores, que podem ser sócios ou não sócios. Para FÁBIO KONDER COMPARATO, “o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle

¹⁴ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 166.

¹⁵ FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A Função Social da Empresa**. In RT. São Paulo, 2003, v. 810, p. 40.

de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.¹⁶ Portanto, a ênfase da função social desloca-se da propriedade dos bens de produção e da titularidade das participações societárias para o poder de organização e controle. Não é por acaso que a Lei 6.404/76, que rege as sociedades anônimas, reconhece no artigo 116, parágrafo único, a importância do controle como uma instância autônoma de poder e lhe imputa uma série de compromissos e deveres, inclusive relacionados ao cumprimento da função social:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum que:

É titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia;

Usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia; e

Parágrafo único: O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham, e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses devem legalmente respeitar e atender.

Ainda no caso de sociedade por ações, importante observar, também, o disposto no artigo 154, que impôs a responsabilidade pelo cumprimento da função social não apenas ao controlador, mas também aos administradores da sociedade, sejam eles conselheiros ou diretores:

“Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse a companhia, satisfazer as exigências do bem público e da função social da empresa. (...)”

No âmbito da Lei 6.404/76, portanto, a responsabilidade pelo cumprimento da função social da empresa pertence a todos aqueles que controlam ou administram a empresa, independentemente de serem ou não acionistas. Noutras palavras, não somente a propriedade dos bens de produção está sujeita à função social, mas também a própria gestão e a condução dos negócios sociais por parte dos

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.34.

controladores e administradores da empresa, raciocínio que se aplica, também, às sociedades limitadas¹⁷.

Diante da afirmação da função social da empresa, e da verificação de que a empresa traz benefícios à coletividade, e não somente aos sócios, restou fortalecido o princípio da preservação da empresa. Este princípio que será analisado a seguir estabelece que a empresa, pelos benefícios que gera à coletividade com o cumprimento de sua função social, é um instituto que deve ser preservado pelo ordenamento jurídico. Uma forma encontrada pelo legislador para por em prática o princípio da preservação da empresa é a recuperação judicial, disciplinada pela Lei 11/101/05, que no artigo 50, inciso II, relaciona como meios de recuperar a empresa a realização de operação de cisão, fusão ou incorporação de sociedades, exatamente o tema objeto deste estudo.

2.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

São notórios os benefícios gerados pela empresa. Para gerar lucro e remunerar o capital investido pelos sócios a empresa deve organizar os meios e processos de produção de forma a cumprir seu objeto social. E é exatamente do exercício deste objeto social que a empresa, mesmo não sendo este seu foco, gera benefícios a terceiros, conforme lição de GLADSTON MAMEDE¹⁸:

Essa compreensão da empresa por sua dimensão e finalidades privadas, no entanto, não exclui a compreensão concomitante de sua função social, ou seja, do interesse que a comunidade com um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado. A organização estruturada dos meios e processos de produção para intervenção e atuação no mercado, visando à produção de vantagens econômicas apropriáveis, é determinada pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação dos serviços e, embora a finalidade imediata seja remunerar o capital nela investido, beneficiando os seus sócios quotistas ou acionistas, há um benefício mediato que alcança empregados, fornecedores, consumidores, o Estado. A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário, nem da sociedade empresária, mas proteção da comunidade e do Estado

¹⁷ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função Social do Direito**. Coordenadores Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007. p. 218.

¹⁸ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 182.

que se beneficiam – no mínimo indiretamente – com a sua atividade. E, como visto no volume 1 desta coleção, corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa, metanorma que é diretamente decorrente da anterior: é preciso preservar a empresa para que ela cumpra a sua função social.

Para cumprir o objeto social a empresa necessita contratar funcionários, os quais colocarão sua força de trabalho e sua qualificação profissional em prol da sociedade mediante o recebimento de salário. Ao pagar salários a empresa fornece recursos para a subsistência do trabalhador, que com estes recursos pagará suas despesas de subsistência, adquirirá bens de consumo, e formará suas reservas. Ao pagar suas despesas de subsistência e adquirir bens de consumo o trabalhador estará remunerando produtos e serviços de outras empresas que também contrataram trabalhadores e os remuneraram. Portanto, ao contratar mão de obra e remunerá-la a empresa está promovendo distribuição de riqueza e fornecendo condições ao trabalhador de se inserir no mercado consumidor. Indiretamente, a empresa gera desenvolvimento social, consequência direta da distribuição de renda, e econômico, fortalecendo a economia do Estado ao inserir indivíduos no mercado consumidor.

Outro benefício gerado pela empresa ao trabalhador é a relação de emprego, o vínculo formal entre empregado e empregador. Nesta forma de contratação além da fiscalização dos direitos do trabalhador ser mais fácil, a reparação pelo empregador de danos causados ao empregado é mais eficaz.

Além dos benefícios gerados aos trabalhadores, a empresa é uma importante fonte de arrecadação de receita tributária para o Estado. Sendo os tributos uma das formas de receita do Estado para cumprimento de suas funções constitucionais, como fornecimento de saúde e educação à população, funções exercidas em favor do bem estar coletivo, além de gerar receita ao Poder Público a empresa traz benefícios para a coletividade, pois os recursos captados pela tributação de seus produtos e serviços serão empregados pelo Estado no cumprimento de suas funções, funções que como já dito são permeadas pela busca do bem estar coletivo.

O exercício do objeto social pela empresa também acarreta desenvolvimento tecnológico. Da necessidade de criar demanda para seus produtos, e diferenciá-los da concorrência, a empresa constitui um importante centro de criação de novas

tecnologias que visam o bem estar social. Novamente a empresa figura como fonte de benefícios à coletividade.

Somem-se aos benefícios listados acima o fornecimento dos bens e serviços necessários pelos indivíduos para sua subsistência.

ECIO PERIN JUNIOR¹⁹ cita lição de MARIO GHIDINI para destacar a importância social da empresa:

A empresa é um organismo produtivo de fundamental importância social; essa deve ser salvaguardada e defendida, enquanto: constitui o único instrumento de produção de (efetiva) riqueza; constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza; constitui um centro de propulsão do progresso, também cultural, da sociedade.

Da constatação dos benefícios gerados pela empresa e, portanto, de sua importância para a sociedade no estágio de desenvolvimento atual, decorre a função social da empresa. GLADSTON MAMEDE²⁰ ilustra bem a relação existente entre os benefícios gerados pela empresa e sua função social:

A intervenção do judiciário para permitir a recuperação da empresa, evitando sua falência – se possível -, faz-se em reconhecimento da função social que as empresas desempenham. São instituições voltadas para o exercício de atividade econômica organizada, atuando para a produção e circulação de riqueza, pela produção e circulação de bens e/ou pela prestação de serviços. Essa riqueza, por certo, beneficia o empresário e os sócios da sociedade empresária, por meio da distribuição dos lucros. Mas beneficia igualmente todos aqueles que estão direta e indiretamente envolvidos: não só os empregados, mas os fornecedores (e seus empregados, que têm trabalho), os clientes (outras empresas ou consumidores, que têm bens e serviços à sua disposição), o próprio mercado, que ganha com a concorrência entre as diversas empresas, bem como com a complexidade dos produtos – bens e serviços – que o compõem, o estado, com os impostos, a região em que a empresa atua, com os benefícios decorrentes da circulação de valores etc.

Mas além da função social, a empresa possui outras funções acessórias, intimamente relacionadas com os benefícios listados acima. Sobre estas funções assevera ECIO PERIN JUNIOR²¹:

Discorrendo sobre as bases da teoria mencionada, podemos sustentar a fundamental importância da empresa considerando três funções distintas e interligadas: a) a função geradora de empregos; b) função geradora de tributos; e c) função de circulação ou produção de bens ou serviços.

¹⁹ JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.34.

²⁰ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

²¹ JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

No que tange a função geradora de empregos, referido autor ressalta que a manutenção e geração de empregos e, portanto, a preservação da empresa, está intimamente ligada ao princípio constitucional insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal²², qual seja, a dignidade da pessoa humana²³.

JOÃO BOSCO CASCARDO DE GOUVÊA²⁴ também chama a atenção para a importância da empresa como fonte geradora de empregos e tributos:

A chamada função social da empresa volta-se para essa comunidade onde é importante criadora de riquezas (fatos geradores de tributos, inclusive postos de trabalho). Como o empresário que solicita tal proteção encontra-se em crise econômico financeira, é evidente que deverá apresentar em juízo um plano de recuperação convincente da sua eficácia, embasado em documentação e pareceres técnicos, bem transparente quanto a sua real situação, cujo apoio, naturalmente, reclamará sacrifícios e até renúncias de parte a parte..

Não bastasse a geração e manutenção de empregos, e a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ECIO PERIN JUNIOR chama a atenção para outro efeito importante da função geradora de empregos que em um olhar superficial sobre a questão provavelmente passaria despercebido:

O trabalho assalariado preenche os empregos diretos das unidades de produção. Mas cada emprego formal que se preenche significa que outras atividades – não contratadas por empresas, como o trabalho doméstico e o de produtores independentes – são realizados sem as garantias que o emprego oferece.

Assim, dependendo da organização social do trabalho e da correspondência entre a tecnificação da produção e do consumo, há uma proporcionalidade entre o trabalho assalariado e o não assalariado. Quer dizer que o emprego dos formalmente contratados apóia-se em trabalho de não contratados, que realizam todas aquelas tarefas que não encontram preço nem modo de estabelecer preços.

Diante dessa argumentação, pode-se concluir que a preservação da empresa exerce função social preponderante, uma vez que atinge não só a manutenção do emprego formal como também paralelamente o emprego informal. Ou seja, a espiral econômica virtuosa, com a manutenção da fonte produtiva e conseqüente manutenção dos empregos formais, atinge

²² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²³ “Mas, ainda que não fosse suficiente essa argumentação, a preservação da empresa e conseqüente manutenção do emprego afetam positivamente um princípio fundamental, que é o da dignidade da pessoa humana, encartado na Constituição Federal brasileira, art. 1º, III, que será adiante explorado.” JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

²⁴ GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência Lei 11.101.05**. Rio de Janeiro: Forese, 2009, p. 116.

também os informais subjacentes a essa fonte, proporcionando, além da manutenção da capacidade de consumo do trabalhador, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.²⁵

Além dos empregos diretos e formais, a empresa, com a geração e manutenção de empregos beneficia pessoas que atuam no mercado informal.

Tanto a função social da empresa, quanto as funções acessórias de geração de empregos e tributos, e de produção ou circulação de bens ou serviços, revelam que a empresa é um instituto de tamanha importância que deve ser protegido. Desta necessidade de proteger a empresa surgiu o princípio da preservação da empresa.

No longínquo ano de 1959 RUBENS REQUIÃO²⁶, com o brilhantismo e pioneirismo que são marcas registradas de sua obra, já tratava do assunto preservação da empresa:

“Sendo a sociedade e sua empresa um repositório de interesses privados e gerais, com alta e relevante função social, sua extinção constitui fato grave, que somente em casos extremos deve ser consentida.”

Sobre a relação existente entre a função social da empresa e o princípio da preservação, GLADSTON MAMEDE²⁷ firma entendimento no sentido de que o princípio da preservação da empresa decorre de sua função social, de sua relevância para a sociedade no estágio de desenvolvimento atual:

“O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente.”

Mais adiante referido autor define o princípio da preservação da empresa nos seguintes termos²⁸:

(...) tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária, prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros comerciais e o Estado. O exemplo da Riachuelo é apenas um, entre vários. São incontáveis os casos de empresas que, passando por

²⁵ JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1959, p. 191.

²⁷ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

²⁸ MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 448.

dificuldades graves, recorrem ao Judiciário para conseguirem se recuperar; algumas são grandes conglomerados internacionais, a exemplo da Parmalat, empresa italiana de laticínios, e da Enron, empresa norte-americana de energia.

O princípio da preservação da empresa revela-se em diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico pátrio. Exemplos são o artigo 974²⁹ do Código Civil, que permite que o incapaz continue a empresa após a interdição ou após a sucessão hereditária, o artigo 1.033, inciso IV³⁰, que permite a unicidade de sócios pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, evitando, assim, a dissolução da sociedade³¹.

Outra norma em que o princípio da preservação da empresa se revela é na Lei 11.101/05, que trata da falência e da recuperação de empresas³², artigo 47:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Conforme a regra contida no artigo 47 da Lei 11.101/05, a recuperação judicial visa permitir a superação da crise econômico-financeira pelo devedor com o escopo de viabilizar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. E mais, afirma que mantendo a fonte produtora, os empregos e os interesses dos credores, subentende que resta observado o princípio da preservação da empresa e de sua função social. Nota-se, portanto, que o legislador não deixou dúvida no que tange a índole da recuperação

²⁹ “Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança.”

³⁰ “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este sem oposição do sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II – consenso unânime dos sócios; III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstruída no prazo de cento e oitenta dias; V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.”

³¹ “O artigo 974 do Código Civil reflete o princípio da preservação da empresa, chegando a permitir que o incapaz continue a empresa após a interdição civil ou após a sucessão hereditária. O mesmo se diga do artigo 1.033, IV, a permitir unicidade de sócios pelo prazo de 180 dias, evitando-se, assim, a dissolução da sociedade.” MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 1, p. 58.

³² “Sem dúvida, o princípio da preservação da empresa encontra larga apreciação no campo do direito falimentar, possibilitando ao seu operador proteger os interesses sociais em benefício da comunidade, como forma de tutela dos direitos humanos, e, em particular, da dignidade da pessoa humana.” JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

judicial. Referido instituto tem por suporte o princípio da preservação da empresa e de sua função social.

Para AMADOR PAES DE ALMEIDA a legislação falimentar deve ser aplicada em consonância com a nova realidade socioeconômica que busca, acima de tudo, a preservação da comunidade produtiva³³.

Para ARNOLDO WALD e IVO WAISBER³⁴ o princípio da preservação da empresa, chamado por eles princípio da continuidade da empresa, decorre do instituto da falência e da concordata previstos no Decreto 7.661/45, diploma legal extinto pela Lei 11.101/05:

Outro aporte relevante que a concordata e a falência trouxeram para a recuperação foi o princípio da continuidade da empresa, decorrente da sua Função Social. A prevalência da recuperação sobre a quebra encontra seus antecedentes no regime anterior, em decisões que concederam a autorização para o processamento de concordata preventiva, mesmo quando a empresa tivesse títulos protestados por falta de pagamento (art. 158, IV, do Decreto-Lei nº 7.661/45).

PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO³⁵, ao vincular o princípio da preservação da empresa ao instituto da recuperação da empresa regulado pela Lei 11.101/05, relaciona alguns princípios enumerados no Parecer nº 534 de 2004 pelo Senador Ramez Tebet, Relator do Projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, os quais posteriormente foram incorporados pela Lei de Recuperação de Empresas:

Impõe-se levar em conta, a propósito, os princípios que serviram de guia para o legislador. Afinal, no dizer de Miguel Reale (nº 19, p. 62), “o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes”. O Senador Ramez Tebet, Relator do Projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, enumera nada menos que 12 princípios que vieram a ser adotados na Lei de Recuperação de Empresas. Destacam-se, pela pertinência ao tema aqui enfocado, os seguintes:

a) preservação da empresa: a empresa deve ser preservada “pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País” e, por outro lado, a extinção da

³³ “Tendo a empresa como pólo centrar da atividade empresarial, a atual legislação falimentar há de ser interpretada não em sua literalidade, mas em consonância com a nova realidade socioeconômica que busca, antes de tudo, a preservação da comunidade produtiva.” ALMEIDA, Amador Paes. **A Natureza Institucional da Empresa**. In Revista Literária de Direito, Fevereiro/Março de 2001, p. 19.

³⁴ WALD, Arnaldo; WAISBERG, Ivo. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro, 2009, p. 318.

³⁵ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Direito Recuperacional Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 528.

empresa levaria à “perda do agregado econômico representado pelos chamados “intangíveis”;

b) separação dos conceitos de empresa e de empresário: “é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes”;

c) recuperação das empresas recuperáveis: quando possível manter a estrutura organizacional ou societária, embora modificada, o Estado deve fornecer instrumentos para tanto, assim estimulando a atividade empresarial.

Aos princípios apontados na lição de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, também merecem atenção especial outros dois, aquele que prega a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis, e aquele que determina a proteção aos trabalhadores:

Retirada do mercado de sociedade ou empresários não recuperáveis: caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedade com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

Proteção aos trabalhadores: os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.³⁶

Segundo os princípios relacionados acima, pelos empregos e tributos que gera, pela riqueza que produz e distribui, e pelo desenvolvimento social e econômico que decorre destes benefícios, a empresa deve ser preservada. Mesmo no caso de falência a empresa pode ser preservada, bastando para tanto aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade com eficiência.

Nem todas as empresas, no entanto, devem ser recuperadas. Consenso unânime na doutrina é de que apenas empresas recuperáveis, ou seja, as viáveis economicamente, devem ser recuperadas. Sobre a viabilidade da empresa como pressuposto para sua recuperação leciona FÁBIO ULHOA COELHO³⁷, dando

³⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-10.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 3. p. 382.

especial enfoque ao custo de recuperação da empresa e o prejuízo à coletividade pelo repasse deste custo de recuperação pelos principais agentes econômicos:

Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, com os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai na sociedade brasileira como um todo. O crédito bancário e os produtos e serviços oferecidos e consumidos ficam mais caros porque parte dos juros e preços se destina a socializar os efeitos da recuperação das empresas.

GLADSTON MAMEDE³⁸ também chama atenção para a avaliação dos custos e benefícios no momento de decidir sobre a recuperação ou extinção de uma empresa:

Como se só não bastasse, é indispensável proceder-se a uma avaliação de custos e benefícios das iniciativas. Em muitas circunstâncias, os atos jurídicos necessários para a preservação da empresa são de tal ordem custosos que a prudência – e o Direito – recomendam não insistir nos mesmos, pois os danos provocados pela preservação não compensam os respectivos benefícios.

O princípio da preservação da empresa, portanto, não é sinônimo da preservação de todas as empresas ou de preservação a qualquer custo. Somente as empresas viáveis devem ser recuperadas. JOÃO BOSCO CASCARDO DE GOUVÊA³⁹ chama a atenção para situações em que a extinção da empresa é medida mais racional que a preservação:

Vivemos em um sistema análogo aos dos vasos comunicantes; por isso, é óbvio que empresa irrecuperável será aquela onde a crise chegar a um ponto de não regresso, tornando-se aconselhável investir em outras a “montanha” de recursos que essa insolvente iria reclamar, num valor considerado muito além do benefício da sua manutenção no mercado. Por consequência, extinguir uma empresa insolvente será, muitas vezes, a medida mais dolorosa, porém certa, ao contrário de se tentar preservá-la a qualquer custo.

Para PAULO PENALVA SANTOS⁴⁰ a Lei 11.101/05 permite tanto a recuperação como a extinção da empresa, devendo a decisão ocorrer em função

³⁸ MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 1, p. 8.

³⁹ GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e falência Lei 11.101.05**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

⁴⁰ SANTOS, Paulo Penalva. **O projeto de recuperação da empresa**. Revista de Direito mercantil, São Paulo: Malheiros, v.117, p. 129, jan./maqr. 2000.

das particularidades do caso concreto. Optando pela extinção, deverá dar-se com o menor custo social possível:

Na realidade, o direito concursal deve ser um marco legal que permita, com os menores custos sociais possíveis, a reestruturação ou o desaparecimento de empresas ineficientes, com o deslocamento dos fatores de produção para campos de maior rentabilidade. Para cada uma dessas hipóteses a lei deve estabelecer a eliminação ou conservação da empresa.

Após definir o princípio da preservação da empresa e esclarecer sua importância, GLADSTON MAMEDE⁴¹ também faz a ressalva de que referido princípio não é absoluto, e que há situações em que a empresa deve ser extinta:

O princípio da preservação da empresa, deve-se frisar, não é absoluto, ou seja, não se traduz por um impedimento de que as atividades empresariais sejam encerradas. Pelo contrário, deve-se reconhecer como algo normal, correspondente ao comum das relações jurídicas, que a empresa encerre suas atividades.

Fosse absoluto o princípio da preservação da empresa não haveria justificativa para o instituto da falência. Para WALDO FAZZIO JÚNIOR, que denomina o princípio da preservação de *princípio da conservação da empresa viável*, devem ser liquidadas, extintas, somente as empresas inviáveis⁴²:

Portanto, pelo princípio da preservação a empresa viável deve ser preservada para que cumprindo sua função social, gere benefícios à coletividade. Referido princípio, no entanto, não é absoluto, devendo ser preservada a empresa viável e extinta a inviável. Conforme referido anteriormente, um mecanismo de preservação da empresa criado pelo legislador é o instituto da recuperação de empresas, disciplinado pela Lei 11.101/05, e que será objeto de estudo no próximo capítulo.

⁴¹ MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, vol. 1, p. 8.

⁴² “A atividade empresarial afeta o mercado e a sociedade. O modo de produção econômica, no sistema capitalista, é determinante das demais instâncias sociais. Por isso, o interesse de agir nos processos regidos pela LRE reside na necessidade de um provimento judiciário para deslindar não só a crise econômico-financeira de um empresário, mas toda espécie de relações daí decorrentes e suas repercussões sociais. A preservação da atividade negocial é o ponto mais delicado do regime jurídico de insolvência. Só deve ser liquidada a empresa inviável, ou seja, aquela que não comporta uma reorganização eficiente ou não justifica o desejável resgate.” JUNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 576.

3 RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA FALÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Conforme afirmativa de JOÃO CÂNDIDO SAMPAIO LACERDA⁴³, o adimplemento das obrigações públicas e privadas, na antiguidade, parece ter merecido uma solução uniforme no sentido de que o devedor garante, com sua vida ou liberdade, o pagamento de suas dívidas. Nas Leis de *Hamurabi*, por exemplo, essa prática fica clara em alguns dispositivos, como do 115º ao 118º, nos quais é tratado o oferecimento de pessoas como garantias de dívidas. Antes disso, no 54º dispositivo, já se fala na venda, como escravo, daquele que, condenado a pagar pelos prejuízos decorrentes de ato ilícito, fruto de negligência, não pode indenizar a perda.

Na Grécia havia previsão de prisão para o devedor insolvente. Em Roma, quando do estabelecimento das XII Tábuas, o adimplemento das obrigações não era garantido pelo patrimônio do devedor, mas por sua liberdade e vida, conforme lição de ECIO PERIN JUNIOR⁴⁴.

Na vigência da Lei das XII Tábuas, a execução por dívidas era instaurada contra a própria pessoa do devedor, traduzida na possibilidade de o credor prendê-lo acorrentado (*manus iniectio*), poder vendê-lo como escravo para além do rio Tibre (*trans Tiberium*), ou, pura e simplesmente, matá-lo, com autorização pretoriana.

Com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C. aproximadamente, que introduziu no direito romano a execução patrimonial, foi abolido o desumano critério da responsabilidade pessoal⁴⁵. Com a instituição da *bonorum venditio*, instituída pelo pretor Rutili Rufo, o desapossamento dos bens do devedor era

⁴³ “A obrigação recaía sobre o indivíduo e não sobre seus bens. A pessoa do devedor constituía a garantia única dos credores. A falta de cumprimento da obrigação tinha a garanti-la a pessoa do devedor e não o seu patrimônio. Esse modo de considerar se coadunava plenamente com o objetivo econômico então predominante do trabalho escravo”. LACERDA, João Cândido Sampaio. **Manual de Direito Falimentar**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996, p. 38.

⁴⁴ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 29.

⁴⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

determinado pelo pretor, sendo nomeado um curador, o curador bonorum, para promover a administração dos bens⁴⁶. Por outro lado, ao devedor era permitido ceder seus bens ao credor, que poderia vendê-los separadamente, a *cessio bonorum*, criada pela Lex Julia Bonorum, em aproximadamente 737 a.C.⁴⁷ Para WALDEMAR FERREIRA⁴⁸ a *cessio bonorum* é a origem da falência.

Não poucos romanistas divisam na *Lex Julia* o assento do moderno Direito Falimentar, por ter editado os dois princípios fundamentais – o direito dos credores de disporem de todos os bens do devedor e o da *par conductio creditorum*.

Desde então, o credor, que tomava a iniciativa da execução, agia em seu nome e por direito próprio, mas também em benefício dos demais credores. Com isso, veio a formar-se o conceito de massa, ou seja, da massa falida.

Na idade média começa a desenvolver-se nas repúblicas italianas de Gênova, Florença e Veneza uma divisão no tratamento jurídico da insolvência, percebendo-se que a quebra do comerciante tinha particularidades e merecia tratamento distinto⁴⁹. Nasce o instituto da falência como procedimento específico para tratar da insolvência comercial, que agora evoluiu para a insolvência empresarial. ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁵⁰ chama a atenção para este dado histórico:

Na Idade Média, quando o direito comercial começa a ser construído a partir da compilação do uso e práticas mercantis, sobretudo nas cidades italianas, a doutrina também identifica regras especiais para a execução dos devedores insolventes que podem ser vistas como precursoras do atual direito falimentar. Todavia, ainda se tratava de regras que se aplicavam indistintamente a qualquer espécie de devedor, comerciante ou não, e que mantinham seu caráter extremamente repressivo.

Luiz XIV busca elementos nessas normas práticas para, em 1.673, introduzir no sistema jurídico francês uma ordenança específica para o comércio.⁵¹ Mas foi somente no período napoleônico que se deu ao tema um tratamento disciplinar

⁴⁶ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p.29.

⁴⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

⁴⁸ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva. 1965, p. 32.

⁴⁹ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 37.

⁵⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 625.

⁵¹ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, ps. 6-7.

específico, estabelecendo diferença entre a insolvência civil e empresarial, diploma legal que inspirou o Código Comercial brasileiro editado em 1.850⁵².

Depois, em solo brasileiro, houveram outras tentativas frustradas de legislar sobre a falência. Exemplos são o Decreto 917 de 1890, projeto redigido por Carlos Augusto de Carvalho, a Lei 859 de 1902, a Lei 2.024 de 1908, e o Decreto 5.746 de 1929⁵³. Já na Ditadura de Getúlio Vargas, foi elaborado um anteprojeto para uma nova lei de falências. Foram convocados para tanto os juristas Noé Azevedo, Joaquim Cantuo Mendes de Almeida, Silvio Marcondes, Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães, e Luíz Lopes Coelho. O trabalho desenvolvido culminou com a edição do Decreto-lei 7.661/45⁵⁴. Referida lei tem como traços marcantes reforçar o poder do magistrado, reduzir o poder dos credores, e abolir a assembléia que reunia credores para deliberar sobre assuntos do procedimento falimentar. Além disso, transformou a concordata, tanto preventiva quanto suspensiva, num benefício, em lugar de um acordo de vontades, conforme aponta ECIO PERIN JUNIOR⁵⁵:

No ano de 1945, no dia 21 de junho, surgiu o Dec.-lei 7.661, recentemente revogado pela Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Referido diploma legal apresentou muitas inovações, dentre as quais destacamos as seguinte:

- a) Deu início ao processo de abolição das assembléias dos credores, diminuindo sua influência, reforçando os poderes dos magistrados; e
- b) A concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz, ao devedor infeliz e honesto.

A natureza da concordata como um benefício concedido ao devedor também é detectada por RUBENS REQUIÃO⁵⁶:

A concordata preventiva, uma espécie de concordata, constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa-fé, infeliz nos seus negócios. Tem ela por finalidade facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, conseqüentemente, permitir ao empresário evitar a falência reconstituindo e prosseguindo em sua atividade.

⁵² MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 37.

⁵³ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p.37-39.

⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 38-39.

⁵⁵ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 39.

⁵⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1995. v.2., p. 70.

Mesma opinião é a de MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES e ALBERTO GOSSON JORGE JUNIOR⁵⁷:

Em resumo, na estrutura do Decreto-Lei nº 7.661 de 1945, a concordata preventiva era vista como “um favor legal” para o empresário que se deparasse em situação de momentânea falta de liquidez financeira e que, com a concordata, poderia obter o necessário “fôlego” para a normalização de seu caixa e recomposição da fluidez econômico-financeira da empresa.

A concordata (preventiva e suspensiva) deixou de ser um contrato, para ser um benefício concedido pelo Estado, através do juiz, ao devedor infeliz e honesto.

Com o passar dos anos surge a necessidade de reformas na legislação falimentar. Em 1993 foi apresentado ao Congresso Nacional um projeto de lei de uma nova regulamentação jurídica para a falência. Muitas discussões depois, referido projeto transformou-se na Lei 11.101/05. Dentre as inovações desta nova lei, destaca AMADOR PAES DE ALMEIDA⁵⁸:

A nova legislação falimentar traz sensíveis inovações, tendo como princípio fundamental a recuperação econômica da empresa, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, como enfatiza o art. 47 da lei mencionada.

ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁵⁹ também aponta alterações importantes na Lei 11.101/05 em reação ao Decreto-Lei 7.661/45:

Dentre as principais alterações trazidas pela Lei nº 11.101/05, já batizada de Lei de Recuperação de Empresas (LRE), podemos citar: (i) a substituição da ultrapassada figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial; (ii) o aumento do prazo de contestação, de 24 horas para 10 dias; (iii) a exigência de que a impontualidade injustificada que embasa o pedido de falência seja relativa à dívida superior a 40 salários mínimos; (iv) a redução da participação do Ministério Público no processo falimentar; (v) a alteração das regras relativas ao síndico, que passa a ser chamado agora de administrador judicial; (vi) a mudança na ordem de classificação dos créditos e a previsão de créditos extraconcursais; (vii) a alteração das regras relativas à ação revocatória; (viii) o fim da medida cautelar de verificação de contas; (ix) o fim do inquérito judicial para apuração de crime falimentar; e (x) criação da figura da recuperação extrajudicial.

⁵⁷ SALLES, Marcos de Almeida; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 257.

⁵⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, ps. 9.

⁵⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 631.

Para RACHEL SZTAJN⁶⁰ enquanto a concordata visava solucionar crises de iliquidez temporária por meio da dilação de prazos, perdão de dívidas, ou pela combinação destas duas medidas, a recuperação não está restrita a iliquidez temporária, pois abrange também a insolvência:

Disciplina inovadora, a recuperação judicial introduz no ordenamento pátrio esquema desenvolvido em países de *common law*. Na legislação revogada, no que se refere à concordata, tinha-se por escopo solucionar as crises de iliquidez temporária, por meio da dilação do prazo de pagamento, remissão parcial do valor dos créditos quirografários ou a combinação de ambos, dilação do prazo e remissão, pretendia facilitar a superação do problema conjuntural. Diversamente, a recuperação judicial, assim como a extrajudicial, não se restringe às crises de iliquidez temporária, de insolvência, mas abrange problemas de insolvabilidade em que se instala uma situação de desequilíbrio patrimonial adverso.

Dentre as inovações apontadas nas lições acima merece especial atenção em função do objeto deste estudo, que é a cisão, a fusão e a incorporação de empresas como meio de recuperação judicial, a substituição da figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial.

Mesmo durante a vigência do Decreto-Lei 7.661/45 a concordata sofria duras críticas dos doutrinadores. RUBENS REQUIÃO afirma que a falência e a concordata, na forma em que encontravam-se estruturadas o Decreto-Lei 7.661/45, “não oferecem possibilidade de solução no sentido de propiciar ao comerciante em situação de crise a possibilidade de recuperar-se”⁶¹.

ECIO PERIN JUNIOR⁶² também dirige críticas aos institutos da falência e concordata na forma como foram concebidos pelo Decreto-Lei 7.661/45:

Assim, pode-se perceber que a sistemática adotada pelo Decreto-Lei n. 7.661/45 estava dissociada da atual realidade econômica, levando o processo falimentar muitas vezes a resultados inócuos, não almejados pelos credores, os quais dificilmente recuperavam seu crédito, e tampouco correspondiam aos interesses sociais acima delineados.

Enquanto a concordata era um benefício conferido pelo magistrado à pessoa jurídica em dificuldade financeira que preenchesse determinados pré-requisitos

⁶⁰ SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 231-232.

⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 17ª Ed. atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 1998, vol 1, p. 113.

⁶² JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.43.

burocráticos, a recuperação judicial, ao permitir aos credores se oporem ao plano de recuperação apresentado pelo devedor, e forçar a realização de uma assembléia de credores para deliberar sobre a aprovação ou rejeição do plano, transfere o poder de conceder o benefício aos credores, que avaliarão se a empresa é ou não recuperável, análise que terá por base o plano de recuperação desenvolvido pelo devedor, documento que deverá ser apresentado em juízo pelo devedor no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, artigo 53 da Lei 11.101/05:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme artigo 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único: O juiz ordenará a publicação de edital contendo avisos aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para manifestação de eventuais objeções, observado o artigo 55 desta Lei.

Efetuada a objeção que trata o parágrafo único do artigo 53 da Lei 11.101/05, objeção que deve ser realizada no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da relação de credores, artigo 55 do referido diploma legal, o juiz convocará assembléia de credores para deliberar sobre o plano apresentado, e em caso de rejeição do mesmo será decretada a falência do devedor, artigo 56, § 4º, também da Lei 11.101/05:

Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei.

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. (...)

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Na vigência da Lei 11.101/05, portanto, a situação de crise econômica e financeira da pessoa jurídica, a insolvência empresária, acarreta a consulta dos credores sobre a possibilidade de recuperação da empresa, consulta que será

avaliada pela aceitação pelos mesmos, ou não, do plano de recuperação apresentado pelo devedor.

3.2 INSOLVÊNCIA EMPRESÁRIA

Princípio elementar que orienta os negócios é de que as obrigações devem cumpridas espontaneamente, ou seja, sem qualquer intervenção. Esta idéia de cumprimento das obrigações pressupõem que o devedor, no vencimento da obrigação, tenha bens e direitos em valor suficiente para suportar o seu pagamento.

Interpretando conjuntamente os artigos 391 e 91, ambos do Código Civil, emerge o princípio geral da solvabilidade jurídica:

“Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo das relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

Art. 391. Pelo adimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor.”

Segundo o referido princípio, pelo adimplemento das obrigações de uma pessoa respondem todos os seus bens e créditos. Por se tratar de uma regra geral, comporta exceções, como por exemplo o bem de família e as verbas alimentares⁶³. Numa execução judicial a atuação do Estado, provocado pelo credor, se dá sobre o patrimônio do devedor, sobre seus bens, e não sobre sua pessoa.

Portanto, todo o patrimônio econômico da pessoa, indistintamente e no limite de suas forças, responde por cada uma de suas obrigações e por todas elas. Importante frisar que os artigos 91 e 391 do Código Civil referem-se apenas ao patrimônio econômico do indivíduo, nunca ao seu patrimônio moral.

O princípio geral da solvabilidade jurídica guarda estreita relação com os conceitos de solvabilidade e insolvabilidade da Ciência Contábil. ANTONIO LOPES DE SÁ e ANA MARIA LOPES DE SÁ⁶⁴, trazem os seguintes conceitos de solvabilidade e insolvabilidade financeira no âmbito contábil:

⁶³ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 31.

⁶⁴ SÁ, Antonio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, ps. 266-447.

INSOLVABILIDADE FINANCEIRA – Fato patrimonial que se caracteriza pela incapacidade de pagamento de dívidas. Excesso de obrigações sobre os recursos a curto prazo.

A insolvência é atingida quando a empresa está em desequilíbrio com os valores que representam o seu sistema financeiro.

A insolvabilidade pode ser reconhecida através de índices ou quocientes de liquidez.

SOLVABILIDADE – Capacidade de liquidação de débitos; a capacidade de liquidação mede-se pelo quociente de liquidez (ver esse verbete). Capacidade que uma empresa ou entidade tem de solver ou pagar as suas dívidas. Quantidade do que é solvável. Qualidade que um componente patrimonial tem para cobrir um compromisso.

Atingindo a crise financeira o estágio de insolvência absoluta, a empresa ingressa em estado falimentar, assim definido pelos autores citados acima:

FALÊNCIA – Estado patrimonial de insolvência absoluta que provoca, pelo escoamento dos recursos financeiros de giro, a destruição da finalidade aziendal, levando a azienda à derrocada, à eversão. O mesmo que quebra; ato ou efeito de falir.

A falência é um estado de liquidação patrimonial que se caracteriza por fatos especiais, determinados pela legislação e pela decorrência própria da incapacidade financeira ou de solvência.⁶⁵

Sobre a utilização dos conceitos de solvência e insolvência da Ciência Contábil pela Lei 11.101/05 para definir quando uma pessoa jurídica é insolvente e pode pleitear sua recuperação judicial, ou seu credor requerer sua falência, refere GLADSTON MAMEDE⁶⁶:

Obviamente, o princípio geral da solvabilidade jurídica pressupõem que o patrimônio positivo, (o ativo) da pessoa tenha capacidade econômica de suportar as obrigações constantes de seu patrimônio negativo (seu passivo). Essa capacidade pode ser traduzida pelo termo solvabilidade, traduzindo uma qualidade patrimonial específica, traduzida na existência de meios para o adimplemento, voluntário ou forçado, das obrigações existentes contra si.

Portanto, para efeitos da Lei 11.101/05, a pessoa jurídica é insolvente quando seu patrimônio ativo, bens e direitos, é insuficiente para pagamento das obrigações, o passivo. Verificada esta situação de insolvência são alternativas previstas pela lei o pedido de recuperação pela própria pessoa jurídica, ou o de decretação da falência da pessoa jurídica por seu credor.

⁶⁵ SÁ, Antonio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, 211.

⁶⁶ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 4, p. 32.

Analisados os conceitos de solvabilidade e de insolvência, e sua interpretação para efeitos da Lei 11.101/05, conclui-se que o pressuposto do qual parte o princípio geral da solvabilidade jurídica é de que o patrimônio positivo da pessoa, o ativo, tenha capacidade econômica de suportar as obrigações constantes de seu patrimônio negativo, seu passivo. Sinônimo do termo capacidade é solvabilidade, ou seja, uma qualidade patrimonial específica, consistente na existência de meios para o adimplemento, voluntário ou forçado, das obrigações existentes contra si. Mas como bem observa GLADSTON MAMEDE⁶⁷ a questão não é simples, e ultrapassa a mera quantificação matemática do patrimônio líquido:

Em fato, para além das dificuldades óbvias de quantificar os bens (coisas e direitos) de forma inequívoca, a inclusão da pessoa no âmbito específico da sociedade dá ao problema um contorno ainda mais interessante, no qual algumas variáveis influenciam fortemente a solvabilidade de uma pessoa. A primeira delas é a própria confiabilidade da pessoa, a imagem econômica que ela tem junto aos demais membros do grupo, permitindo-lhe, destarte, providenciar valores para a quitação de suas dívidas; é elemento relevantíssimo, considerando-se que muitas pessoas trabalham altamente endividadas, com patrimônio líquido negativo, mas são solventes: conseguem adimplir suas obrigações em dia, preservando a confiança que os demais por ela têm. Não é o único elemento relevante; a liquidez do patrimônio é outro fator que não pode ser deixado em segundo plano: há pessoas cujo patrimônio líquido é positivo – e significativamente positivo –, mas que não conseguem transformá-lo em pecúnia tempestivamente, tornando-se inadimplentes e, assim, perdendo sua solvabilidade. De nada adianta ter um patrimônio ativo de R\$ 1.000.000,00 e não conseguir pagar uma obrigação de R\$ 1.000,00.

Por este motivo que o ordenamento jurídico pressupõem a solvabilidade de todas as pessoas. Enquanto permanecer esta pressuposição de solvabilidade, os inadimplementos obrigacionais são tratados como conflitos individuais, por meio de execução judicial onde se busca a satisfação do crédito. Há situações, entretanto, em que se desfaz a pressuposição de solvabilidade, ou seja, a conclusão é de que o patrimônio ativo não é suficiente para cobrir as obrigações, o patrimônio passivo. O devedor passa neste momento a ser insolvente, não possui capacidade de solver as obrigações, e os remédios previstos pela Lei 11.101/05 para combater a insolvência são a falência e a recuperação da empresa.

⁶⁷ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 32/33.

3.3 FALÊNCIA

A falta de condições para adimplir as obrigações contraídas, que é a insolvência, ao longo da história sempre foi causa para a repreensão social. Expressões, como falido, quebrado, insolvente, tem nítido aspecto vexatório, negativo, e são associadas a palavras como desonesto, caloteiro, pilantra.

LUIZ OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR⁶⁸ recorre ao livro O Conde de Monte Cristo, de Alexandre Dumas, para ilustrar a angústia e sofrimento que o falido é submetido. No trecho a seguir transcrito o personagem Morrel constata estar falido ao tomar conhecimento de que o navio que trazia suas mercadorias havia naufragado com perda total da carga, e diante da constatação da falência convence seu filho Maximiliano de que outra alternativa não lhe resta senão a morte:

Se eu viver, tudo está perdido; se eu viver, o interesse muda-se em dúvida, a compaixão transforma-se em encarniçamento; se eu viver, serei apenas um homem que faltou à sua palavra, que não cumpriu as suas obrigações; não passo dum falido! Se, pelo contrário, morrer (pensa bem nisto, Maximiliano), o meu cadáver é o dum homem de bem, mas desgraçado. Se vivo, os meus melhores amigos abandonarão a minha casa; se morto, Marselha toda me acompanhará à última morada. Se vivo, tens tu vergonha do meu nome; se morro, ergues a cabeça e dizes: 'Sou filho daquele que se matou, porque, pela primeira vez, foi obrigado a faltar à sua palavra.

Esse conceito do falido deriva da impressão geral de que o insolvente chegou a esse estado porque quis, por ser desonesto. Evidentemente que a insolvência por vezes decorre de dolo, da intenção de passar os credores para trás, ou de culpa grave, desídia na condução dos negócios. É preciso ter-se em mente, entretanto, que a fraude não é a regra universal da falência.

O fracasso é um elemento intrínseco à iniciativa, ao negócio. Em toda ação humana convivem lado a lado a esperança de sucesso e o risco de fracasso. Assim como ocorrem com as ações humanas, as empresas implicam a possibilidade do erro, do fracasso, do insucesso.

Aquele que se lança na atividade empresarial pode, amanhã, estar inserido na classe dos milionários. Pode, também, conhecer a outra face desta moeda, que é a insolvência e a ruína.

⁶⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31.

Não é porque o empreendimento não atingiu o êxito pretendido que seus componentes, os sócios, agiram criminosamente, desonestamente. Algumas vezes a insolvência, o fracasso, decorre de comportamento ilícito, de desonestidade, mas esta não é a regra.

Constatada a insolvência, conseqüência direta é a incidência sobre um mesmo devedor e seu respectivo patrimônio de diversas pretensões dos credores. Isto resulta em problema tanto para o Estado quanto para a sociedade, pois como visto anteriormente a insolvência significa inexistência de patrimônio ativo suficiente para cobrir o patrimônio passivo existente. Logo, nem todos os credores terão seus créditos satisfeitos.

Para estas situações a sistemática de execução individual não é adequada⁶⁹, pois sendo certo que o patrimônio ativo do indivíduo não cobre integralmente seu patrimônio passivo, parte das obrigações não serão pagas. Assim, fazer uso da execução individual implica em ver alguns credores plenamente satisfeitos em prejuízos dos demais, que nada receberiam, como observa ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁷⁰:

Ocorre que, quando o ativo do devedor é insuficiente para a satisfação do seu passivo – situação em que seu patrimônio, portanto, está negativo, caracterizando a sua insolvência ou insolvabilidade – essa regra de execução individual se torna injusta, uma vez que com certeza alguns credores conseguirão o ressarcimento do seu crédito, enquanto que outros não terão a mesma sorte.

Para os devedores insolventes, portanto, estabelece o arcabouço normativo uma execução especial, na qual todos os credores devem ser reunidos num único processo, para a execução conjunta do devedor. Em vez de se submeter a uma execução individual, pois, o devedor insolvente deve submeter-se a uma execução concursal, em obediência ao princípio da par conditio creditorum, segundo o qual deve ser dado aos credores tratamento isonômico.

⁶⁹ “Por outro lado, caso se caracterize a insolvência, as regras da execução individual não têm aplicabilidade, passando a execução do devedor a ser coletiva ou concursal, ou seja, todos os credores, em um só processo, executam o patrimônio do devedor insolvente.” JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 64.

⁷⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 631.

A natureza jurídica da falência, portanto, é de execução concursal, um processo coletivo, como reafirma SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA⁷¹:

A consequência maior da falência decorre de sua natureza de execução concursal. Em vez de os credores exigirem o pagamento de seus créditos através de execuções individuais, submeter-se-ão a processo coletivo. As execuções individuais são suspensas; os débitos são relacionados no feito falimentar.

Estando a pessoa jurídica em estado de insolvência e sem condições de ser recuperada, é preciso ordenar a apuração do seu patrimônio ativo e passivo, e distribuir o montante arrecadado. A distribuição do montante arrecadado entre os credores, como bem observa GLADSTON MAMEDE⁷², foi definida levando em conta dois critérios: a) o interesse público em que determinadas obrigações, por sua natureza, sejam satisfeitas preferencialmente em relação a outros créditos, que por sua natureza são considerados de menor relevância pelo legislador; b) preocupação em garantir que todos os credores titulares de créditos de mesma natureza sejam tratados em igualdade de condições, com isonomia. Sob esta ideologia, o artigo 83 da Lei 11.101/05 estabeleceu as seguintes classes de credores:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidente do trabalho;

II – os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente de sua natureza e tempo de constituição, excetuada as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber:

a) os previstos no artigo 964 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta lei;

c) aqueles a cujos titulares a lei confira direito de retenção sobre a coisa dada em garantia;

V – créditos com privilégio geral, a saber:

a) os previstos no art. 965 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

b) os previstos no parágrafo único do artigo 67 desta Lei;

c) os assim definidos em outras leis civis e comerciais, salvo disposição contrária desta Lei;

⁷¹ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa; CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

⁷² MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 33-34.

VI – créditos quirografários, a saber:

- a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo;
- b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento;
- c) os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite estabelecido no inciso I do caput deste artigo;

VII – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias;

VIII – créditos subordinados, a saber:

- a) os assim previstos em lei ou em contrato;
- b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício.

Para a realização dos objetivos listados acima foi instituída uma execução coletiva para submeter o patrimônio do insolvente aos seus credores. Neste procedimento concorrem todos os credores do insolvente, há um concurso de credores. Este concurso é o modo com que se solucionam os conflitos entre credores e devedor insolvente, e dos próprios credores entre si, visto que todos tem interesse em ver seus créditos satisfeitos e, como o patrimônio é insuficiente para pagamento total, haverá litígios entre estes credores. Ao Estado, com o estabelecimento deste concurso de credores, são submetidas todas as dívidas do insolvente, e com a declaração de que não tem condições de saldar seu passivo, também seus bens e créditos são arrecadados pelo Estado, que assumirá a tarefa de transformar estes bens e créditos em dinheiro, formando assim um fundo comum que será empregado para o pagamento dos credores.

A decretação da falência implica na arrecadação do ativo, que será promovida com observância ao disposto nos artigos 108 a 114 da Lei 11.101/05. Concluída a arrecadação do ativo, será dado início à etapa de realização deste ativo arrecadado, que é a alienação dos bens em alguma das formas previstas no artigo 140⁷³ da Lei 11.101/05, e por alguma das modalidades previstas no artigo 142⁷⁴ do referido diploma legal. Realizado o ativo, resta o pagamento dos credores segundo a classificação prevista também no artigo 83 da Lei 11.101/05. Importante salientar

⁷³ “Art. 140. “A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.”

⁷⁴ “Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se processe a alienação do ativo em uma das seguintes modalidades: I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão.”

que como a decretação da falência decorre do estado de insolvência, ativo, bens e direitos em montante insuficiente para pagamento do passivo, as obrigações, alguns credores não terão seu crédito satisfeito.

A falência, no entanto, não é remédio para toda e qualquer espécie de insolvência. Sendo a insolvência de empresário ou sociedade empresária, a execução coletiva judicial se dará pela chamada ação de falência, que tem seus elementos e rito definido pela Lei 11.101/05, conhecida como Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Já a insolvência civil é tratada pela execução coletiva judicial das pessoas naturais, que não sejam empresárias, e processa-se segundo os artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil. Também não são aplicáveis as regras constantes na Lei 11.101/05 às pessoas jurídicas listadas no artigo 2º do referido diploma legal:

“Art. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.”

O foco de atuação da Lei de Falências e Recuperação de Empresas são as pessoas jurídicas encampadas pelo conceito previsto no artigo 966⁷⁵ do Código Civil, que considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica ou a circulação de bens ou de serviços.

Em que pese um olhar superficial sobre a afirmativa pareça contraditório, a falência, assim com a recuperação de empresas, visa a preservação da empresa. Este objetivo de preservação consta, inclusive, na redação do artigo 75 da Lei 11.101/05, dispositivo legal que relaciona os objetivos da falência:

“Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.”

⁷⁵ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.”

GLADSTON MAMEDE⁷⁶ destaca os objetivos da falência segundo o artigo 75 da Lei 11.101/05:

Compreende-se, assim, o artigo 75 da Lei 11.101/05, quando prevê que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa. Essencialmente, a falência conduzirá ao afastamento do devedor de suas atividades; ele, o empresário ou a sociedade empresária torna-se insolvente e, destarte, seu patrimônio deverá ser liquidado para saldar, no que for possível, as dívidas que tem. No entanto, confundir o empresário ou a sociedade empresária com a empresa é um erro crasso. A empresa é um ente despersonalizado que cumpre uma função social (princípio da função social da empresa) e que, portanto, deve ser preservada (princípio da preservação da empresa). Com o desmantelamento da estrutura produtiva, perdem todos, o que por si só justifica o novo sistema. Uma lástima, um erro que se repetiu ao longo de décadas no Brasil, levando à liquidação de empresas (e o desmantelamento da estrutura produtiva) como se fosse um pressuposto para a liquidação das sociedades empresárias que as titularizavam e que tinham falido. Não é. As sociedades podem ser liquidadas sem liquidar as empresas, já que são coisas distintas: sujeito e objeto. Aliena-se o objeto (a empresa) em pleno funcionamento, com o que se conseguirá um valor superior pelo patrimônio ativo (beneficiando, assim, mesmo aos credores), e mantém-se os benefícios da fonte produtora, incluindo empregos, mercado, etc.

Conforme bem captado pelo autor na lição transcrita acima, empresário e empresa são coisas distintas. Como a falência promove o afastamento do empresário da atividade, e não desmantelamento da empresa, este instituto também visa a preservação da empresa, objetivo que é atingido com a alienação da empresa, sem sua liquidação. Neste processo o profissional da área contábil tem papel relevante, pois sendo a sociedade insolvente, é ele quem dispõe da qualificação profissional necessária para interpretar as informações constantes da escrituração contábil da sociedade, detectar as causas da insolvência, e auxiliar aquele que adquire a empresa a superar a crise econômico-financeira do empreendimento e torná-lo rentável.

Assim, nota-se que na falência o princípio da preservação da empresa tratado no capítulo anterior deste estudo revela-se em duas situações: a) um dos objetivos da falência é evitar que a insolvência de uma empresa contamine outras. Quando a empresa em estado de insolvência adquire mercadorias ou serviços e, por não dispor de ativo suficiente para pagamento deste passivo, não cumpre a obrigação de

⁷⁶ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 308-309.

pagamento, impõe ao credor os efeitos do inadimplemento, podendo levar este credor, também, a uma situação de insolvência. Assim, a decretação da falência do comerciante em estado de insolvência retira-o do mercado, e impede que sua insolvência contamine terceiros, preservando assim outras empresas. Vale a pena lembrar que entre os princípios que originaram a Lei 11.101/05 está o da *Retirada do mercado de sociedade ou empresários não recuperáveis*⁷⁷. b) por outro lado, conforme incisos I e II do artigo 140 da Lei 11.101/05, a forma preferencial de alienação dos bens da empresa falida é a alienação da empresa com a venda de seus estabelecimentos em bloco, ou a alienação da empresa com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente. Realizada a venda da empresa por alguma destas formas será mantida a fonte produtora, pois a atividade comercial permanecerá sendo explorada, e o emprego dos trabalhadores, pois continuará sendo necessária mão de obra para cumprimento do objeto social. Portanto, a alienação da empresa sob alguma destas formas viabiliza a preservação da função social da empresa, pois concretiza o que GLADSTOM MAMEDE trata na lição acima transcrita como liquidação da sociedade sem liquidar a empresa.

Conforme já analisado no capítulo anterior deste estudo, pelo papel relevante desempenhado pela empresa na sociedade, o artigo 1º da Constituição Federal lhe atribui, sob a denominação de “livre iniciativa”, o status de fundamento do Estado Democrático de Direito. Já o artigo 170 do referido diploma legal afirma o valor social da livre iniciativa, ao lado do trabalho, como fundamento da ordem econômica e financeira brasileira. A empresa, portanto, é bem jurídico cuja proteção se justifica não apenas em função dos interesses de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, e do próprio Estado, enfim, da sociedade em geral, que direta e indiretamente se beneficia com ela. Adequado, diante da relevância da empresa para a coletividade, a existência de um regime alternativo à falência, que é a recuperação de empresas.

⁷⁷ “Retirada do mercado de sociedade ou empresários não recuperáveis: caso hajam problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedade com dificuldades insanáveis na condução do negócio.” ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

3.4 RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

Em primeiro lugar, necessário justificar a opção pela estrutura de estudo deste capítulo, quando foi analisado o instituto da falência em um primeiro momento, e somente agora será abordada a recuperação de empresa.

Conforme lição de ECIO PERIN JUNIOR⁷⁸, em que pese parecer ilógico primeiro tratar da falência e depois analisar a recuperação de empresas, a escolha é pertinente:

“Poderia parecer ilógico, e até mesmo incongruente que, depois de tratar da falência, venhamos a estudar a recuperação judicial, a qual tem por alvo prevenir, objetivando viabilizar a superação do estado de crise econômico-financeira da empresa, ou obstar a decretação da quebra, caso o pedido de falência já tenha sido ajuizado.

Dois motivos, entretanto, aconselham esse expediente: 1º) Se, na vida ativa, a recuperação judicial precede em regra a falência, historicamente é instituto jurídico que teve suas raízes vinculadas a esta. 2º) Para bem compreender a existência e vantagem desse meio preventivo, cumpre conhecer primeiro o instituto da falência em seus detalhes, observando os aspectos positivos e negativos que contém em seu mecanismo. Somente então poderemos ver o que a lei e a equidade procuraram remediar.”

Corroborando com os argumentos acima o objeto deste estudo, que é justamente a cisão, a fusão e a incorporação de empresas como meio de recuperação judicial. Trata esta pesquisa, portanto, sobre o instituto da recuperação judicial de empresa, espécie de recuperação como se verá, e de alguns meios de recuperação listados na Lei 11.101/05. Assim, sendo a recuperação o foco do estudo, sua análise deve ser mais profunda que a da falência, razão pela qual mais apropriado que seja analisada após a falência. Superada a questão relacionada a estrutura deste capítulo, passa-se à análise do instituto da recuperação de empresas.

As dificuldades financeiras vividas por uma empresa não são problemas que digam respeito apenas a seus titulares, seus sócios e administradores, como pode-se pensar em uma análise superficial sobre a questão. Conforme já visto, a empresa possui uma função social, que se revela no interesse que a comunidade como um todo, organizada em Estado, tem sobre a atividade econômica organizada, ainda que se trate de atividade privada, regida por regime jurídico privado.

⁷⁸ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 330.

Ao desenvolver atividade para obter lucro e remunerar o capital investido pelos sócios, objetivo imediato, a empresa gera um benefício mediato que atinge os empregados, fornecedores, consumidores, e o próprio Estado. A proteção da empresa, portanto, não é proteção do empresário e nem da propriedade empresária, antes disso é proteção da comunidade e do Estado, que se beneficiam com a sua atividade. É preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social. Neste sentido é a lição de ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁷⁹:

Também destacamos o fato de que o desenvolvimento econômico verificado sobre tudo após a Revolução Industrial e intensificado pelo processo de globalização, deixou clara a relevância das atividades econômicas para o progresso da sociedade com um todo, em função da geração de empregos, do avanço tecnológico, etc. Os operadores do direito passam a se preocupar, enfim, com a função social da empresa, o que faz surgir no direito empresarial, com toda a força, o denominado princípio da preservação da empresa.

Foi com base nesse princípio que vários pontos relevantes do direito falimentar brasileiro foram alterados pela lei nº 11.101/05, dentre os quais se destaca a substituição da obsoleta figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial.

Compreende-se, assim, o instituto jurídico da recuperação de empresas previsto na Lei 11.101/05 sob duas formas: recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Conforme definição constante do artigo 47⁸⁰ da referida lei, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira para permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O artigo 47 da Lei 11.101/05, quando diz que a recuperação judicial visa promover a “preservação da empresa,” “sua função social”, e o “estímulo à atividade econômica”, revela tratar-se da positivação dos princípios da função social da empresa e da preservação da empresa.

Deve-se atentar, por outro lado, que o legislador reconhece que é inerente à atividade empresarial, ao desenvolvimento da empresa, situações de crise

⁷⁹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 726-727.

⁸⁰ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

econômico-financeira, por vezes causadas pela insegurança da economia contemporânea, constantemente abalada por alterações abruptas de câmbio, juros, inflação, disponibilidade de crédito, situações potencializadas pela globalização⁸¹.

Outro ponto a ser observado no artigo 47 da Lei 11.101/05 consiste na finalidade atribuída pela referida lei à recuperação judicial. Consiste na manutenção “da fonte produtora”, “do emprego dos trabalhadores”, “e dos interesses dos credores”.

No que tange a esta hierarquia de finalidades, manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, GLADOSTON MAMEDE⁸² afirma que em primeiro lugar deve-se buscar a manutenção da fonte produtora, em segundo lugar, o emprego dos trabalhadores, e somente em terceiro lugar está o interesse dos credores.

Note-se que em nenhum momento a lei traz como finalidade da recuperação a defesa dos interesses do devedor, da sociedade empresária, de seus sócios. Com a recuperação evidente que o devedor e o sócio são beneficiados, mas isto ocorre como consequência do atendimento da finalidade precípua do instituto, que é a manutenção da fonte produtora.

A recuperação não é medida para ser aplicada indiscriminadamente. Somente as empresas viáveis, aquelas com condições de superar a crise econômico-financeira e, retomando a saúde financeira, possam cumprir sua função social devem ser preservadas, conforme leciona ECIO PERIN JUNIOR⁸³:

A priori, a empresa em estado de pré-insolvência cujo saneamento é impossível deve, por razões econômicas e até mesmo sociais, ser encerrada, pois os prejuízos seriam maiores que os benefícios de sua manutenção.

A empresa a ser preservada é aquela passível de saneamento, o que é possível verificar a partir da apresentação do plano recuperatório, ou seja, não obstante os aspectos sociais, que entendemos importantíssimos, os aspectos econômicos não podem ser desprezados e devem ser sopesados no momento da decisão de recuperar ou decretar sua quebra.

⁸¹ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 182-183.

⁸² MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 183.

⁸³ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 335.

ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁸⁴ também faz referência às empresas que merecem o procedimento de recuperação:

O dispositivo deixa clara a sua finalidade, permitir a recuperação dos empresários individuais e das sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Percebe-se, todavia, que a recuperação só deve ser facultada aos devedores que realmente se mostrarem em condições de se recuperar. A recuperação é medida, enfim, que se destina aos devedores viáveis. Se a situação de crise que antecede o devedor é de tal monta que se mostra insuperável, o caminho da recuperação lhe deve ser negado, não restando outra alternativa a não ser a decretação de sua falência.

Em que pese a tautologia, necessário relembrar que entre os princípios relacionados no Parecer nº 534 de 2004 pelo Senador Ramez Tebet, Relator do Projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, está o da “Retirada do mercado de sociedade ou empresários não recuperáveis”, já acima transcrito.

Enquanto a recuperação da empresa na forma judicial é regida pelos artigos 47 a 74 da Lei 11.101/05, a recuperação na forma extrajudicial é disciplinada pelos artigos 161 a 167 do referido diploma legal. Na forma extrajudicial, a recuperação poderá ocorrer de duas maneiras, ordinária ou extraordinariamente.

3.4.1 Recuperação judicial

A recuperação judicial é procedimento destinado a empresas, e só pode ser requerido por empresário ou sociedade empresária. Logo, o pedido de recuperação judicial só é possível havendo empresa regularmente constituída. Atividades negociais conduzidas por trabalhadores autônomos ou sociedade simples, ainda que em situação econômico-financeira delicada, não estão amparadas pelo instituto da recuperação judicial. Não basta, porém, a condição de empresário ou sociedade empresária para ter deferido pedido de recuperação judicial. O artigo 48 da Lei 11.101/05 relaciona outros requisitos subjetivos que limitam a possibilidade jurídica do pedido:

⁸⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: 4ª Ed.** Salvador: JusPodivm. 2010, p. 727.

“Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitado em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido a concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único. A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.”

Os requisitos para o pedido de recuperação judicial listados no artigo 48 da Lei 11.101/05 têm o nítido intuito de evitar a banalização da medida, e que deixe de ser exceção e passe a ser regra.⁸⁵ A recuperação judicial é medida extraordinária, e não pode servir a empreendimentos que nascem fadados ao insucesso.

Em se tratando de firma individual, o pedido de recuperação deve ser realizado pelo próprio empresário, o titular da empresa. Já no caso de sociedade, é a própria pessoa jurídica, por meio de seu representante legal com poderes para tanto, quem deve requerer a recuperação.

Embora haja um autor na recuperação judicial, não há réu. O empresário ou a sociedade empresária não pede a recuperação judicial contra alguém, pede em favor da empresa para manutenção da fonte de produção, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Nem todos os créditos, no entanto, estão abrangidos pela recuperação. Os créditos tributários, artigo 187⁸⁶ do Código Tributário Nacional, não submetem-se a concurso de credores. Referidos créditos, portanto, não estão sujeitos à recuperação, regra aplica-se indistintamente às Fazendas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. As dívidas tributárias são resolvidas por via própria, mediante parcelamento de débitos fiscais a serem pleiteados junto às autoridades fazendárias. Também não estão sujeitas aos efeitos da recuperação judicial o credor titular da

⁸⁵ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 184-186.

⁸⁶ “Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.”

posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio, e a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, artigo 49, § 3º e § 4º, da Lei 11.101/05⁸⁷.

Em que pese não estar expressamente consignado na lei, o pedido de recuperação judicial da empresa sujeita apenas os titulares das relações jurídicas estabelecidas até então, não alcança as relações jurídicas novas, aquelas que venham a ser estabelecidas após o aforamento da petição inicial. Pensar de forma diferente poderia conduzir inviabilizar a continuidade das atividades, pois os parceiros comerciais, temerosos pelos efeitos do pedido de recuperação, poderiam negar a concessão de crédito, exigir ágio para o fornecimento de produtos e serviços ou, simplesmente, negarem-se a manter qualquer relação comercial com a empresa em recuperação.

Segundo redação dada ao artigo 47 da Lei 11.101/05, a recuperação judicial tem cabimento nos casos em que o empresário ou sociedade empresária passa por crise econômico-financeira que, efetivamente, possa conduzir à insolvência e, conseqüentemente, represente possibilidade real de extinção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, além de atentar contra os interesses dos credores.

Como bem observa GLADSTON MAMEDE⁸⁸, não existe uma definição objetiva do que seja “crise econômico-financeira”. De qualquer forma, demonstrada a ausência de crise econômico-financeira que possa conduzir ao estado de

⁸⁷ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. (...) § 3º. Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

⁸⁸ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 202.

insolvência empresária, carece o empresário ou sociedade empresária de justificativa para propor o pedido de recuperação judicial.

Quanto aos documentos que devem acompanhar o pedido de recuperação judicial, estão dispostos no artigo 51 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas:

“Art. 51. A petição inicial da recuperação judicial será instruída com:

I – Exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e composta obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção.

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento.

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidas pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.”

Atendidos os requisitos previstos na Lei 11.101/05 para a propositura do pedido de recuperação judicial, o juiz deferirá o processamento da recuperação

judicial, artigo 52⁸⁹, e ordenará a expedição de um edital que será publicado em órgão oficial, contendo o resumo do pedido do devedor e da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, a relação nominal de credores discriminando o valor atualizado e a classificação de cada crédito, e a advertência acerca do prazo para habilitação dos créditos. Já tendo sido apresentado plano de recuperação judicial, constará no edital, também, advertência sobre o prazo para que os credores apresentem objeção.

No prazo de 60 (sessenta) dias contados da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial o devedor deverá apresentar o plano de recuperação, no qual indicará pormenorizadamente o meio ou meios de recuperação escolhidos, demonstrará sua viabilidade econômica, e apresentará laudo econômico-financeiro e de avaliação dos seus bens e ativos subscrito por profissional legalmente habilitado ou por empresa especializada, artigo 53 da Lei 11.101/05:

“Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único: O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

Para GLADSTON MAMEDE⁹⁰ o plano de recuperação é o elemento mais importante da recuperação judicial de empresa:

⁸⁹ “Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: (...) § 1º. O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá: I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial; II – a relação nominal dos credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito; III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.”

⁹⁰ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 231.

O plano de recuperação é o elemento mais importante da idéia de recuperação judicial da empresa. Trata-se simplesmente do projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que é proposto pelo devedor – e deverá ser aceito pelos credores, adiantando -, partindo da situação caótica, deficitária, e tendo por destino um quadro de contas saneadas, de um estado saudável da atividade negocial.

Com a publicação do edital previsto no parágrafo único do artigo 55⁹¹ da Lei 11.101/05 o plano de recuperação judicial chegará ao conhecimento dos credores, que poderão apresentar objeção ao mesmo. O prazo para apresentar a objeção é de 30 (trinta) dias, contados da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do artigo 7º da lei 11.101/05. Mas se na data desta publicação desta relação ainda não tiver sido publicado o edital previsto no parágrafo único do artigo 53, será contado da publicação deste edital o prazo para objeção, parágrafo único do artigo 55 da Lei 11.101/05. Havendo objeção ao plano por qualquer credor, o juiz convocará assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano, artigo 56 da Lei 11.101/05:

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. (...)

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembléia-geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

Conforme § 3º do dispositivo legal acima transcrito, o plano de recuperação poderá sofrer alterações para ser aprovado pelos credores desde que não implique diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

⁹¹ Art. 55. Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei. Parágrafo único: Caso, na data da publicação da relação de que trata o caput deste artigo, não tenha sido publicado o aviso previsto no art. 53, parágrafo único, desta Lei, contar-se-á da publicação deste o prazo para as objeções.”

Na hipótese de rejeição do plano, § 4º, ao juiz resta como última alternativa decretar a falência do devedor, exceto na ocorrência da situação prevista no § 1º do artigo 58⁹² da Lei 11.101/05. Como bem observa GLADSTON MAMEDE⁹³, a recuperação judicial é uma transação coletiva, não um benefício concedido pelo Estado, como era a concordata:

A recuperação judicial, ao contrário da concordata, (sob o regime do Decreto-lei 7.661/45), não é mais um benefício titularizado e concedido pelo Estado, segundo os critérios deste, mas um acordo coletivo, uma transação judicial coletiva. Uma mudança significativa de paradigmas que, certamente, encontra resistência de muitos, acostumados às seis décadas do regime anterior, mas uma mudança que resulta clara do texto legal.

Diante da importância do plano de recuperação, devem ser plenamente atendidos os requisitos previstos nos incisos do artigo 53 da Lei 11.101/05, quais sejam, a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação e serem empregados, a demonstração da viabilidade econômica, e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor subscrito por profissional habilitado ou empresa especializada. Além disso, deve ser um documento com embasamento teórico, que demonstre a boa técnica daqueles que o elaboraram, e nas palavras de ECIO PERIN JUNIOR⁹⁴, consistente e impactante:

Importante ressaltar a necessidade de um plano consistente e impactante sob o ponto de vista econômico, que contenha um planejamento sistemático do cumprimento das obrigações com os credores, e fundamentalmente, um parecer a respeito da viabilidade econômica da empresa, se possível sobre a chancela de uma consultoria idônea e especializada.

⁹² “Art. 58. (...) § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representarem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes; II – a aprovação de duas das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente duas classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos uma delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que houver rejeitado.”

⁹³ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 249.

⁹⁴ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 348.

ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS⁹⁵ também alerta para a importância do plano de recuperação, não sendo o mesmo mera formalidade:

Vê-se, pois, que o plano de recuperação não é uma mera formalidade, devendo ser encarado pelo devedor como a coisa mais importante para o eventual sucesso de seu pedido. Portanto, é interessante que o plano seja minuciosamente elaborado, se possível por profissionais especializados em administração de empresas ou áreas afins, e que proponha medidas viáveis para a superação da crise que atinge a empresa.

RACHEL SZTAJN e VERA HELENA DE MELLO FRANCO⁹⁶ chamam a atenção para a importância dos profissionais das áreas econômico-financeira, e entre eles certamente está o profissional contábil, no processo de elaboração do plano de recuperação, especialmente na discriminação pormenorizada do meio de recuperação e na viabilidade econômica:

Tem-se aqui o núcleo da recuperação judicial, o qual, como é linear, não depende unicamente dos esforços dos juristas, mas sim da “expertise” do profissional da área econômico-financeira e administrativa, estes sim os grandes astros do procedimento, pois o convencimento dos credores decorrerá da maestria da área técnica e não da argumentação jurídica.

E, com efeito, o sucesso do pedido de recuperação decorre, essencialmente, da performance técnica da área econômico-financeira, embora a capacidade de negociação do profissional do Direito possa atuar favoravelmente na aceitação dos credores.

Considerando que o plano de recuperação deve indicar um meio de recuperar a empresa, e que este meio deve ser adequado para combater os problemas que geram as dificuldades financeiras, acertada a conclusão de que no processo de elaboração do plano de recuperação a atuação do profissional da área econômico-financeira e administrativa tem maior relevância que a do profissional do direito.

Como a escolha do meio de recuperar a empresa passa obrigatoriamente pela constatação dos problemas que estão gerando as dificuldades financeiras, a crise econômico-financeira, o profissional da área contábil tem papel de destaque tanto no diagnóstico da doença, situação que gera a dificuldade financeira, quando na aplicação do remédio, escolha do meio de recuperação adequado. Esta qualificação do profissional contábil para a tarefa decorre de sua formação, voltada

⁹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 737.

⁹⁶ SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 245.

para a análise, controle e registro das mutações patrimoniais e para a interpretação das informações registradas.

Portanto, em que pese o remédio para a empresa em dificuldade ser uma medida judicial, a identificação da doença, bem como a escolha entre as diversas espécies de remédio carece do auxílio do profissional da área contábil.

Avaliada a importância do profissional da área contábil no processo de confecção do plano de recuperação judicial, e por que não dizer, no processo de recuperação judicial, necessário avaliar os meios de recuperação previstos na Lei 11.101/05.

Quanto aos meios de recuperação, estabelece o artigo 50 da Lei 11.101/05:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão das cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente;

III – alteração do controle societário;

IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos de administração;

V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar;

VI – aumento do capital social;

VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados;

VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada mediante acordo ou convenção coletiva;

IX – dação em pagamento ou novação de dívida do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiros;

X – constituição de sociedade de credores;

XI – venda parcial de bens;

XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica;

XIII – usufruto da empresa;

XIV – administração compartilhada;

XV – emissão de valores mobiliários;

XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

São inúmeros os meios que podem ser utilizados para recuperação da empresa. Conforme lição de GLADSTON MAMEDE⁹⁷ a seguir transcrita, o rol de meios de recuperação constante do artigo 50 da Lei 11.101/05, apesar de vasto, é meramente exemplificativo. Podem ser adotados meios diversos daqueles previstos no artigo 50 da Lei de Falência e Recuperação de Empresas se a natureza e particularidades assim exigirem. É possível, inclusive, serem combinados mais de um meio para criar o modelo que atinja o objetivo pretendido, que é a superação da crise econômico-financeira:

São amplos os meios que podem ser utilizados para a recuperação judicial da empresa, bastando para sua implementação que haja concordância entre o devedor (empresário ou sociedade empresária) que pede o benefício e a maioria de seus credores, na forma como se estudará a seguir. Não se tem mais uma limitação às figuras do abatimento no valor das dívidas e/ou dilação do prazo para pagamento, como ocorria na legislação anterior, embora seja perfeitamente possível que se estabeleça que a recuperação se dê por essa via. Nesse sentido, merece particular atenção o artigo 50 da Lei 11.101/05, quando lista meios de recuperação judicial, mas adverte, que seu caput, tratar-se de relação meramente exemplificativa, podendo ser adotados outros meios, desde que logrem a concordância entre o empresário ou sociedade empresária devedora e a assembléia de credores. Aliás, é possível combinar meios para, assim, chegar a um modelo que atenda aos diversos direitos e interesses que convergem em juízo universal da recuperação.

Quando a situação econômico-financeira decorre da inadequação da estrutura do negócio, que reflete sobre a atividade empresária, pode-se optar como meio de recuperação pela cisão, fusão, incorporação ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de quotas ou ações, inclusive a alteração do controle societário, incisos II e III do artigo 50 da Lei 11.101/05⁹⁸.

Possui especial importância para o objeto deste estudo parte dos meios de recuperação previstos no inciso II do artigo 50 da Lei 11.101/05, mais precisamente as operações societárias de cisão, incorporação e fusão de sociedades, que serão estudadas no próximo capítulo.

Enfrentadas as questões relacionadas à recuperação judicial e traçadas suas características e particularidades com enfoque especial ao plano de recuperação e seus requisitos, principalmente os meios de recuperação, falta à conclusão deste

⁹⁷ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 233.

⁹⁸ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 233.

capítulo somente a análise da recuperação extrajudicial, que será analisada a seguir.

3.4.2 Recuperação extrajudicial

Parte significativa da doutrina especializada, inclusive GLADSTON MAMEDE⁹⁹, afirma que na Lei 11.101/05, especialmente em relação ao tratamento dado a recuperação de empresa, a crise econômico-financeira de empresários ou sociedade empresárias assumiu condição de assunto privado, tornando-se tema de maior interesse para credores e devedor do que para o Estado:

Indubitavelmente, com a vigência da Lei 11.101/05, a crise econômico-financeira de empresários ou sociedades empresárias assumiu contornos essencialmente privados, tornando-se assunto próprio de credores e devedor, menos que assunto de Estado. Essa dimensão essencialmente privada da crise econômico-financeira está muito mais patente na recuperação da empresa do que na falência.

Conforme críticas da doutrina já relatadas anteriormente, na vigência do Decreto-lei 7.661/45 a concordata era um benefício concedido pelo Estado àqueles que preenchessem determinados requisitos legais. Este é o entendimento de ECIO PERIN JUNIOR¹⁰⁰:

A concordata, no Dec.-lei 7.661/45, era definida como uma espécie de “favor legal” que possibilitava ao comerciante a dilação no prazo de vencimento ou na remissão parcial do valor de certas obrigações devidas, evitando ou suspendendo a falência.

Dessa forma, aquele que preenchesse os requisitos legais concessivos deste “favor legal”, independentemente da vontade dos credores, teria provimento jurisdicional positivo, deferindo seu pedido. A relação jurídica entre a empresa em crise e o Estado, por meio do Judiciário, não levava em consideração a vontade dos credores, maiores interessados e sujeitos aos efeitos dessa concessão.

A Lei 11.101/05 compreende a recuperação da empresa em bases diversas, tornando-a não um simples problema do Estado e do devedor. A crise econômico-financeira do devedor é vista mais como um problema de credores e devedor. A participação do Estado consiste em aferir a presença dos requisitos legais para

⁹⁹ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 298.

¹⁰⁰ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 333.

submeter o plano de recuperação aos credores, e cancelar a posição a que chegarem as partes, credores e devedor.

Percebendo a possibilidade de estabelecer um procedimento de recuperação de empresa extrajudicial, o legislador o fez nos artigos 161 a 167 da Lei 11.101/05. Nesta espécie de recuperação, o devedor que preencher os requisitos previstos para a recuperação judicial pode propor e negociar com credores plano de recuperação, artigo 161 da Lei 11.101/05:

“Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.”

Curioso é que na vigência da do Decreto-Lei 7.661/45 a faculdade atribuída ao credor pelo artigo 161 da Lei 11.101/05, chamar os credores para propor e negociar créditos, era considerado reconhecimento da insolvência e podia acarretar, segundo o artigo 2º, inciso III¹⁰¹, a decretação da falência do devedor:

Uma das provas mais inequívocas de que a legislação falimentar brasileira era obsoleta e necessitava urgentemente de reformulação era a regra do art. 2º, inciso III, do decreto-lei nº 7.661/45, que punia o devedor comerciante que convocava seus credores, propondo-lhe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens, com a possibilidade de decretação de sua falência. A convocação extrajudicial de credores era, pois, considerada um ato de falência pela lei anterior. Assim, “o empresário individual ou a sociedade empresária que se arriscasse e convocar os credores para lhes submeter um plano qualquer de recuperação podia ter a falência requerida e decretada, frustrando-se assim a solução de mercado que tentara encaminhar”.

A LRE, entretanto, adotou posição distinta, incentivando a solução de mercado no seu art. 161, segundo o qual “o devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.”¹⁰²

AMADOR PAES DE ALMEIDA¹⁰³ também chama a atenção para esta mudança drástica na legislação:

¹⁰¹ “Art. 2º Caracteriza-se, também, a falência, se o comerciante: I – executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal; II – procede a liquidação precipitada, ou lança mão de meios ruins ou fraudulentos para realizar pagamento; III – convoca credores e lhes propõe dilação, remissão de créditos ou cessão de bens; (...)”

¹⁰² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 756.

¹⁰³ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 357.

Sob a égide da legislação falimentar revogada, a convocação de credores para propor-lhes moratória, isto é, dilação nos prazos fixados para cumprimento de obrigações, por constituir-se em manifesta demonstração de insolvência, ensejava ao credor, munido de tal prova, requerer a falência do devedor (art. 2º, III, do Decreto-lei nº 7.661/45).

A LRE adotou posição distinta daquela consignada no inciso III do artigo 2º do Decreto-Lei 7.661/45, incentivando a solução de mercado no seu art. 161, segundo o qual *“o devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial.”*

A recuperação extrajudicial, segundo ECIO PERIN JUNIOR¹⁰⁴, estimula a aproximação de credor e devedor para, através de acordos extrajudiciais que serão objeto de homologação judicial, evitar a decretação da falência do devedor.

Somente no momento da homologação pelo Poder Judiciário dos acordos celebrados extrajudicialmente pelos credores e o devedor é que o Estado é convocado, acessoriamente, para garantir estabilidade e executoriedade ao que foi deliberado, e para evitar a supremacia da vontade arbitrária em detrimento da coletiva¹⁰⁵.

Para obter a homologação da recuperação extrajudicial o empresário ou sociedade empresária deverá atender, conforme determina o artigo 161 da Lei 11.101/05, os requisitos constantes do artigo 48 do referido diploma legal, requisitos já verificados no item 3.4.1. acima, e que para evitar a repetição não serão analisados novamente. Sem a presença de tais requisitos não será possível homologar a recuperação extrajudicial.

¹⁰⁴ “Dessa forma, a recuperação extrajudicial estimula a aproximação dos credores ao devedor para preventivamente evitar-se a quebra, instaurando-se acordos extrajudiciais que serão objeto de homologação judicial. Finalmente, com a adoção do instituto da recuperação extrajudicial, o legislador cria um mecanismo informal para que os credores e devedor busquem um resultado ao menos satisfatório, como forma de preservação da unidade produtiva.” JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 354.

¹⁰⁵ “Trata-se de mais uma expressão da compreensão da recuperação da empresa como um assunto privado ao qual o Estado é convocado apenas acessoriamente, para garantir estabilidade e executoriedade ao que for deliberado, bem como para assegurar que a dimensão coletiva, assemblear, da tomada de decisão, impeça que a vontade arbitrária, isolada, de um ou alguns possa atuar contra a dos demais e, principalmente, contra os princípios da preservação da empresa e de sua função social.” MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 299.

A exemplo do que ocorre na recuperação judicial, o § 1º do artigo 161¹⁰⁶ da Lei 11.101/05 determina que as regras de recuperação extrajudicial da empresa não são aplicáveis a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho. Também não serão alcançados os credores titulares das posições de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos tenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato com reserva de domínio. Seus créditos não se submeterão aos efeitos da recuperação extrajudicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. Não atinge a recuperação extrajudicial, também, a importância entregue ao devedor, em moeda corrente nacional, decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para exportação, na forma do artigo 75, §§ 3º e 4º, da Lei 4.728/65, desde que o prazo total da operação, inclusive eventuais prorrogações, não exceda o previsto nas normas específicas da autoridade competente.

Na forma do § 3º do artigo 161¹⁰⁷, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial a menos de dois anos.

Finalizada a negociação entre credores e devedor e havendo consenso quando ao adimplemento das obrigações, o ajustado será consignado em documento, e assinado pelas partes. Após, o devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, artigo 162¹⁰⁸ da Lei 11.101/05, hipótese em que o juiz mandará publicar edital informado o recebimento do pedido e convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas

¹⁰⁶ “Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. § 1º Não se aplica o disposto neste Capítulo a titulares de créditos de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes e acidente de trabalho, assim como àqueles previstos nos arts. 49, § 3º, e 86, inciso II do caput, desta Lei.”

¹⁰⁷ “Art. 161. (...) § 3º O devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial ou se houver obtido recuperação judicial ou homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

¹⁰⁸ “Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.”

impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, artigo 164¹⁰⁹ do referido diploma legal. A oposição dos credores ao plano só poderá ser fundada em alguma das matérias citadas nos incisos I, II e III do § 3º do artigo 164 da Lei 11.101/05.

Apresentada alguma objeção, o devedor no prazo de cinco dias se manifestará, e em seguida o juiz decidirá a objeção.

Diferença significativa entre a recuperação judicial e a extrajudicial é que a sentença que indefere o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial não acarreta a decretação da falência empresário ou sociedade empresária, artigo 164, § 8º¹¹⁰, ao contrário do que ocorre com a recuperação judicial, artigo 56, § 4º¹¹¹ da Lei 11.101/05. Na hipótese de não homologação do plano de recuperação extrajudicial o devedor poderá, inclusive, apresentar novo plano e pedido de homologação, § 8º do artigo 164 da referida lei.

Análise mais detalhada do disposto nos artigos 161 e 163 da Lei 11.101/05 revela distinção entre os procedimentos previstos nos referidos dispositivos legais. Assim, convencionou-se diferenciar o procedimento previsto nos artigos 161 e 162, daquele disciplinado no artigo 163. Como a lei não denominou cada uma das espécies de recuperação extrajudicial, para GLADSTOM MAMEDE¹¹² a espécie de recuperação prevista nos artigos 161 e 162 é ordinária, e a prevista no artigo 163 extraordinária:

Embora o legislador não tenha utilizado a nomenclatura recuperação judicial ordinária e recuperação judicial extraordinária, o contraste entre o artigo 161 e o artigo 163 da lei 11.101/05 recomenda esta distinção. Prevista nos artigos 161 e 162, a recuperação extrajudicial ordinária é medida que traduz adesão voluntária de todos os credores, produzindo efeito apenas entre os seus signatários. Já a recuperação extrajudicial extraordinária, de que cuida o artigo 163, com se verá a seguir, é medida que merece a adesão de, no

¹⁰⁹ “Art. 164. Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3º deste artigo. (...) § 3º Para opor-se, em sua manifestação, à homologação do plano, os credores somente poderão alegar: I – não preenchimento do percentual mínimo previsto no caput do art. 163 desta Lei; II – prática de qualquer dos atos previstos no inciso III do art. 94 ou do art. 130 desta Lei, ou descumprimento de requisito previsto nesta Lei; III – descumprimento de qualquer outra exigência legal.”

¹¹⁰ “Art. 164. (...) § 8º Na hipótese de não homologação do plano o devedor poderá, cumpridas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial.”

¹¹¹ “Art.56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação. (...) § 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.”

¹¹² MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 301.

mínimo, 3/5 de credores de uma mesma espécie, mas vinculando a minoria que a ele não aderiu. São situações bem distintas em suas bases e em suas implicações, merecendo cautela em sua abordagem, havendo que se reconhecer uma certa desordem no tratamento que o legislador deu ao tema.

Já RACHEL SZTAJN e VERA HELENA DE MELLO FRANCO¹¹³ denominam as espécies de recuperação extrajudicial de convencional ou facultativa, artigos 161 e 162 da Lei 11.101/05, e obrigatória, artigo 163 da citada lei:

Duas são as modalidades de recuperação extrajudicial: a convencional, ou facultativa, a qual somente atinge os credores que aderirem, tal como previsto na norma do art. 162 da LRE, e a obrigatória, que se impõe a todos os credores, desde que cumpridos os requisitos da norma do art. 163 da LRE.

Para efeitos deste trabalho será adotada a denominação proposta por GLADSTON MAMEDE para diferenciar as espécies de recuperação, sendo identificada como recuperação extrajudicial ordinária aquela prevista nos artigos 161 e 162 da Lei 11.101/05, em que há adesão voluntária de todos os credores, produzindo efeito apenas entre os seus signatários, e como recuperação extrajudicial extraordinária aquela objeto do artigo 163 do referido diploma legal, que necessita de adesão de no mínimo 3/5 de credores de uma espécie, mas vincula a minoria que a ele não aderiu.

3.4.2.1 Recuperação extrajudicial ordinária

A recuperação extrajudicial ordinária produz efeitos apenas entre aqueles que expressamente aceitaram o plano de recuperação elaborado pelo devedor, razão pela qual obriga somente aqueles que aderiram voluntariamente.

“Prevista nos artigos 161 e 162, a recuperação extrajudicial ordinária é medida que traduz adesão voluntária de todos os credores, produzindo efeito apenas entre os seus signatários.”¹¹⁴

Tendo negociado com seus credores alternativa para a solução da crise econômico-financeira que enfrenta, o devedor elaborará um plano de recuperação

¹¹³ SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 257.

¹¹⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 301.

extrajudicial, nele apondo sua assinatura e a de todos os credores que com ele anuíram.

Conforme parágrafo segundo do artigo 161¹¹⁵, é vedado estipular neste plano o pagamento antecipado de dívidas ou tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos. Se o fizer, não poderá ser homologado. Acerca dos créditos que não podem ser incluídos nesta forma de recuperação extrajudicial, PAULO PENALVA SANTOS¹¹⁶ relaciona:

A Lei 11.101/2005 veda expressamente a inclusão, no pedido de recuperação extrajudicial, de determinados créditos. São eles: (i) Os créditos tributários e previdenciários; (ii) créditos trabalhistas e por acidente de trabalho; (iii) créditos decorrentes de contratos de arrendamento mercantil; (iv) alienação fiduciária em garantia; (v) adiantamento a contrato de câmbio; (vi) contrato de venda com reserva de domínio; (vii) promessa ou compra e venda de imóvel com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade.

Com exceção do crédito trabalhista e por acidente de trabalho, é a mesma relação de credores que não se sujeitam à recuperação judicial.

Devidamente assinado pelos acordantes, o devedor ajuizará pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, artigo 162¹¹⁷ da Lei 11.101/05, apresentando com o pedido de homologação a justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com a assinatura dos credores que a ele aderiram.

Distribuído o pedido de homologação, os credores que aderiram ao plano estão proibidos de desistir, artigo 161, § 5º¹¹⁸. Só com a anuência expressa dos demais signatários, devedor e demais credores, será possível a desistência. Recebido o pedido de homologação do plano, e verificado o cumprimento dos requisitos, o juiz homologará o plano de recuperação.

A recuperação extrajudicial ordinária, como visto, é uma transação coletiva que, ao final, recebe homologação judicial.

¹¹⁵ “Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta lei poderá propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial. (...) § 2º O plano não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.”

¹¹⁶ SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. 2009. Ed. Forense. P. 1.103.

¹¹⁷ “Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram.”

¹¹⁸ “Art. 161. (...) § 5º Após a distribuição do pedido de homologação, os credores não poderão desistir da adesão ao plano, salvo com a anuência expressa dos demais signatários.

3.4.2.2 Recuperação extrajudicial extraordinária

O artigo 163¹¹⁹ da Lei 11.101/05 estabelece os requisitos para a denominada por GLADSTON MAMEDE recuperação extrajudicial extraordinária. Por meio dela o empresário ou sociedade empresária poder requerer a recuperação extrajudicial deste que conte com assinatura de credores que representem mais de 3/5 de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos. Neste caso, homologado o plano se atendidos todos os requisitos, obrigará a todos os credores por ele abrangidos, mesmo aqueles que não tenham aderido ao acordo mediante assinatura no documento. Sobre esta espécie de recuperação extrajudicial leciona ECIO PERIN JUNIOR¹²⁰:

“Assim, o legislador criou mecanismo que impõe aos demais credores de determinada faixa de crédito (por exemplo créditos quirografários), a sua adesão forçada ao plano recuperatório, posto que seus pares, em percentual superior ao correspondente a 3/5 dos créditos aderiram espontaneamente ao plano.

Dessa forma, o devedor deve, para trazer segurança jurídico-econômica a essa proposta recuperatória, conseguir o maior número de adesões possíveis, para que os efeitos do plano recaiam também sobre os demais credores. Isso porque não há sentido lógico em propor um acordo extrajudicial cujo nível de adesão seja baixo, e, conseqüentemente, permitir que os credores que a ele não aderiram possam executar seus créditos individualmente. O escopo na recuperação extrajudicial é exatamente o contrário.”

A submissão dos credores que não aderem ao plano revela valorização das deliberações coletivas em relação ao arbítrio individual, impedido que a posição de alguns credores impossibilite a superação da crise econômico-financeira da empresa¹²¹. Mas para que os credores não aderentes sejam vinculados ao plano, necessário que 3/5 dos credores da classe que ele pertence firmem sua adesão ao

¹¹⁹ “Art. 163. O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores que representem mais de 3/5 (três/quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.”

¹²⁰ JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas**. 3ª Ed. São Paulo: Método, 2006, p. 356-357.

¹²¹ “Essa vinculação dos credores não aderentes traduz, uma vez mais, a valorização das deliberações coletivas sobre o arbítrio individual, impedindo que a recalcitrância de poucos possa impossibilitar a superação da crise econômico-financeira da empresa, com a qual a maioria absoluta anuiu.” MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 303.

plano¹²². As classes de credores referidas no artigo 163 são aquelas indicadas no artigo 83, também da Lei 11.101/05¹²³.

Na forma do § 2º do artigo 163 da Lei 11.101/05¹²⁴, os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial não são considerados para apuração do percentual necessário. Estes créditos, os não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, não poderão ter seu valor ou condições originais de pagamento alteradas.

O inciso I do parágrafo terceiro do artigo 163¹²⁵ determina a conversão para moeda corrente nacional o crédito em moeda estrangeira, ao passo que o inciso II do referido dispositivo legal exclui os créditos detidos por sócios do devedor, sociedade coligadas, controladores, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% do capital social, bem como cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o segundo grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou assemelhados da sociedade devedora e a sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam suas funções.

¹²² “Apesar de sua redação confusa, o art. 163 determina que o acordo assinado por credores que representem mais de 3/5 de cada classe obriga também os demais 40% dos credores, dessa mesma classe, que não firmaram o acordo. Em outras palavras, o acordo assinado por 60% dos credores de determinada classe obriga os demais credores da mesma classe.” SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. 2009. Ed. Forense. P. 1.111.

¹²³ “Ainda em relação à abrangência de classe de credores, o § 1º dispõe que podem ser quaisquer das classes previstas nos incisos II, IV, VI e VIII do art. 83, ou seja, credores com garantia real, créditos com privilégio especial, privilégio geral, quirografários e subordinados. Com efeito, atingindo o quorum de 3/5, essa deliberação aplicar-se-ia tanto à *classe de credores* quando ao *grupo de credores*.” SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. 2009. Ed. Forense. P. 1.111.

¹²⁴ “Art. 163. (...) § 2º Não serão considerados para fins de apuração do percentual previsto no caput deste artigo os créditos não incluídos no plano de recuperação extrajudicial, os quais não poderão ter seu valor ou condições de pagamento alteradas.”

¹²⁵ Art. 163. (...) § 3º Para fins exclusivos de apuração do percentual previsto no caput deste artigo: I – o crédito em moeda estrangeira será convertido para moeda nacional pelo câmbio da véspera da data de assinatura do plano; e II – não serão computados os créditos detidos pelas pessoas relacionadas no art. 43 deste artigo.”

Na forma do § 1º do artigo 163 da Lei 11.101/05¹²⁶, o plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação. É vedado, entretanto, a homologação de plano concebido de forma dolosa, com o intuito de fraudar, de má-fé, dando tratamento desigual a iguais, abusivamente onerando alguns e beneficiando outros.

Outras limitações legais existem. A alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição só será permitida mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, § 4º do artigo 163¹²⁷ da Lei 11.101/05. O parágrafo seguinte do referido dispositivo legal determina que a variação cambial nos créditos em moeda estrangeira só será afastada se o credor titular do referido crédito aprovar expressamente¹²⁸.

Prevendo o plano de recuperação extrajudicial homologado a alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas, sua efetivação deverá observar, conforme determina o artigo 166 da Lei 11.101/05¹²⁹, uma das modalidades de realização do ativo do devedor previstas no artigo 142¹³⁰ da citada lei, ou seja, leilão por lances orais, propostas fechadas, ou pregão.

Além de justificativa para o deferimento da medida, o pedido de recuperação extrajudicial extraordinário deverá apresentar documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. A homologação

¹²⁶ “Art. 163. (...) § 1º O plano poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies de créditos previstos no art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII do caput, esta Lei, ou grupo de credores de mesma natureza e sujeito a semelhantes condições de pagamento, e, uma vez homologado, obriga a todos os credores das espécies por ele abrangidas, exclusivamente em relação aos créditos constituídos até a data do pedido de homologação.”

¹²⁷ “Art. 163. (...) § 4º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante a aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.”

¹²⁸ Art. 163. (...) § 5º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação extrajudicial.”

¹²⁹ “Art. 166. Se o plano de recuperação extrajudicial homologado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado, no que couber, o disposto no art. 142 desta Lei.”

¹³⁰ “Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendido à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo de uma das seguintes modalidades: I – leilão, por lances orais; II – propostas fechadas; III – pregão.”

do plano requer, ainda, artigo 163, § 6º¹³¹: exposição pelo devedor de sua situação patrimonial; demonstrações contábeis relativas ao último exercício, levantadas especialmente para instruir o pedido; documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir; relação completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.

Na forma do artigo 165 da Lei 11.101/05¹³², o plano de recuperação extrajudicial passa a produzir efeitos com sua homologação, mas pode, na hipótese prevista no § 1º do referido dispositivo legal, produzir efeitos antes da homologação.

A sistemática da recuperação extrajudicial extraordinária revela, para GLADSTON MAMEDE¹³³, a valorização das deliberações coletivas sobre o arbítrio individual dos credores, trecho que em que pese a tautologia, será transcrito novamente:

Essa vinculação dos credores não aderentes traduz, uma vez mais, a valorização das deliberações coletivas sobre o arbítrio individual, impedindo que a recalcitrância de poucos possa impossibilitar a superação da crise econômico-financeira da empresa, com a qual a maioria anuiu.

Esta valorização das deliberações coletivas sobre o arbítrio individual se revela no percentual de 3/5 exigido pelo legislador para submeter todos os credores ao plano. Portanto, havendo adesão ao plano de recuperação de credores que representem 60% (sessenta por cento) dos créditos de cada espécie por ele abrangidos, com a homologação deste plano mesmo aqueles que não aderiram expressamente ao mesmo estão submetidos às suas condições.

¹³¹ “Art. 163. (...) § 6º Para a homologação do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar: I – exposição da situação patrimonial do devedor; II – as demonstrações contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta lei; e III – os documentos que comprovem os poderes dos subscritores para novar ou transigir, relação nominal completa dos credores, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente.”

¹³² “Art. 165. O plano de recuperação extrajudicial produz efeitos após a sua homologação judicial. § 1º É lícito, contudo, que o plano estabeleça a produção de efeitos anteriores à homologação, desde que exclusivamente em relação à modificação do valor ou da forma de pagamento dos credores signatários. § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, caso o plano seja posteriormente rejeitado pelo juiz, devolve-se aos credores signatários o direito de exigir seus créditos nas condições originais, deduzidos os valores efetivamente pagos.”

¹³³ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 303.

4 CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS

4.1 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

JOSÉ WALDECY LUCENA¹³⁴ credita à Revolução Industrial, que originou a por ele denominada macroempresa, o fenômeno da concentração de empresas, fenômeno assim definido por WALDO FAZZIO JUNIOR¹³⁵:

A concentração e a desconcentração de empresas compreendem os contratos intersocietários conhecidos como incorporação, fusão e cisão, que podem envolver sociedades de tipos iguais ou diferentes. Dependem sempre de pré-aprovação pelas sociedades participantes da operação, que observarão idêntico procedimento deliberativo estipulado para a alteração dos estatutos e/ou contratos.

Na incorporação uma ou mais empresas têm seu patrimônio absorvido por outra, que lhes sucede em direitos e obrigações. A incorporadora segue existindo, e a ou as incorporadas são extintas. Já na fusão duas ou mais empresas unem seus patrimônios para formar uma nova sociedade. As sociedades fusionadas são extintas e passa a existir a empresa resultante da fusão, que sucede aquelas em direitos e obrigações. Por fim, na cisão uma sociedade verte parte ou todo seu patrimônio para outra ou outras empresas que já existem ou que serão criadas para este fim. Diante destas características de cada uma das operações societárias citadas, parte da doutrina aponta a fusão e a incorporação como operações em que há concentração de empresas, e a cisão operação onde ocorre a desconcentração. ARNALDO RIZZARDO também afirma que na incorporação e na fusão que geralmente ocorre a concentração, mas destaca que a cisão também pode ter como efeito final a concentração de empresas:

¹³⁴ “Da Revolução Industrial surgiu a macroempresa. Esta gerou, tornando-se universal, o fenômeno da concentração de empresas, que, desde então, veio se desenvolvendo e adaptando às transformações econômico-sociais, passando assim por diversas formas, entre as quais se destacam, com as mais perfeitas e radicais expressões do fenômeno concentracionista, a fusão e a incorporação.” LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 631/632.

¹³⁵ JUNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 255.

Especialmente com a incorporação e a fusão, opera-se a concentração de empresas. A cisão também pode ensejar esta finalidade, mesmo que indiretamente, porquanto se dá o desdobramento de uma empresa em outras, ou a sua anexação a outras. Realocam-se os recursos patrimoniais em outras empresas, o que se faz mediante tais modalidades de negócios.¹³⁶

A fusão e incorporação de empresas foram incluídas no ordenamento jurídico pátrio por Miranda Valverde, que previu referidas figuras no projeto de lei que posteriormente tornou-se o decreto 2.627 de 1.940, e que disciplinava estas formas de reestruturação nos artigos 152 a 154.¹³⁷

A Lei 6.404/76, fruto da análise da legislação alemã, francesa e argentina sobre a matéria¹³⁸, além de aprimorar os institutos da incorporação e da fusão acrescentou a cisão. A incorporação foi assim disciplinada, artigo 227:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido e nomear os peritos que o avaliarão.

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

§ 3º Aprovados pela assembleia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a Incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

Já a fusão é regida pelo artigo 228 da referida lei:

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades.

¹³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 627.

¹³⁷ “O fenômeno concentracionista aportou também ao Brasil, o que levou Miranda Valverde, parca que era a legislação então vigente, a incluir, em seu projeto de lei, a fusão e a incorporação de sociedades, as quais adentraram assim o ordenamento jurídico brasileiro, figurando nos artigos 152 a 154, do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940. E, tal se deu, como já dissemos, pertinentes a todas as sociedades e não apenas às anônimas.” LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 632.

¹³⁸ “A atual Lei nº 6.404, de 1976, manteve as regras constantes do Decreto-Lei, naturalmente aprimorando-as, porquanto seus anteprojetistas puderam trabalhar com modelos modernos, como a Lei de Sociedades Anônimas alemã, de 1965, a Lei de Sociedades francesa de 1966, a Lei de Sociedades argentina de 1972, etc.” LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 632.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembléia geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

§ 3º Constituída a nova companhia, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

Por fim, a cisão deverá observar o disposto no artigo 229:

“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 assembléia geral da companhia à vista de justificção que incluirá as informações de que tratam os ns. do art. 224; a assembléia, se aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia 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.”

A lei 10.406/02, Código Civil brasileiro, disciplina no Capítulo X do Subtítulo II, do Título II, do Livro II da Parte Especial do Código Civil a transformação de tipo jurídico, a incorporação, fusão e cisão das sociedades. Nos artigos 1.116 e 1.119 o Código Civil repete o conceito de incorporação e fusão constantes dos artigos 227 e 228 da Lei de Sociedades Anônimas:

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações, devendo todas prová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Mas em que pese o título do Capítulo X do Subtítulo II, do Título II, do Livro II da Parte Especial do Código Civil fazer menção expressa à cisão, não há dispositivo legal conceituando e disciplinando esta operação. JOSÉ WALDECY LUCENA¹³⁹ assim se posiciona sobre a omissão do Código Civil:

O CC/2002, contudo e embora tenha encimado o Capítulo X também com o instituto da cisão, esqueceu-se, *mirabile dictu*, de discipliná-la, apenas a ela se reportando no artigo 1.122, ao reger a ação do credor prejudicado, continuando, de seguinte, a Lei nº 6.404/1976 a reger toda a operação de cisão, mesmo que esta envolva somente sociedades regidas pelo CC/2002, mas, nesta última hipótese, conjugadas as regras procedimentais da Lei Acionária com as disposições do Código, sem se deslembrar que a cisão, com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente, obedece ao procedimento estabelecido para a incorporação, qual estatui o artigo 229, § 3º, da Lei nº 6.404/1976.

Como a incorporação e a fusão podem ocorrer entre sociedade do mesmo tipo ou de tipos diversos, ao disciplinar referidas operações o Código Civil de 2002 trouxe uma particularidade importante para o tema. Assim, quando incorporação ou fusão envolver somente sociedades anônimas, a operação será regida pela Lei 6.404/76 e, na omissão desta, aplica-se o disposto no código Civil. Quando a operação envolver somente sociedades disciplinadas pelo Código Civil, aplicam-se as regras sobre incorporação e fusão constantes deste diploma legal e, supletivamente, aplica-se o disposto na Lei 6.404/76. Mas quando a operação envolve sociedades regidas pela Lei 6.404/76 e pelo Código Civil, a recomendação é de que sejam conciliados os dois textos, e no caso de contradição entre as disposições constantes das duas legislações, prevalece o Código Civil:

Assim, se se tratar de operações de incorporação, fusão ou cisão, envolventes tão-somente de companhias, a regência será feita pela Lei nº 6.404/76, aplicando-se, nas omissões, o Código Civil; e se apenas envolventes de sociedades regidas pelo Código Civil, a incidência será deste, com a supletividade, nas omissões, da Lei acionária. Já se tais operações de reorganização societária envolverem companhias e sociedade, regidas estas pelo Código Civil e aquelas pela Lei 6.404/76, haverá de se procurar conciliar os dois textos, de modo a concluir, em caos de antinomia, se teria ocorrido, conforme hipótese, a derrogação (revogação parcial) de algum dispositivo da Lei Acionária.¹⁴⁰

¹³⁹ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, ps. 634-635.

¹⁴⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, ps. 633-634.

A cisão, fusão e incorporação de empresas, além da transformação de tipo jurídico¹⁴¹, são formas de reestruturação societária¹⁴². Assim, na cisão, fusão e incorporação, a concentração ou desconcentração tratada acima é realizada para reestruturar a sociedade. Para alguns doutrinadores, esta reestruturação visa preparar a empresa para enfrentar novos desafios:

Muitas vezes as empresas não estão organizadas ou preparadas para enfrentar este novo mercado e, para isso, recorrem a reestruturação de suas empresas, juntando suas forças com as de outras empresa ou até mesmo desmembrando-se total ou parcialmente para poderem manter-se ativas, visando reduzir custos e, se possível, ampliar mercados.¹⁴³

Para outros, além de preparar para o futuro ela pode ser empregada para superar dificuldades que estão obstando o regular desenvolvimento da empresa. Neste sentido PEDRO ANAN JUNIOR¹⁴⁴ assevera:

“Esses três institutos são instrumentos disponíveis ao mundo empresarial para a realização dos processos de reorganização societária. Podem ter vários fins, entre eles:

- a) Reestruturação de grupo de empresas;
- b) Separação de Divisões ou Áreas de uma empresa;
- c) Concentração de Empresas;
- d) Redução de Custos Administrativos e Operacionais;
- e) Preparação para alienação; e
- f) Planejamento Tributário.”

¹⁴¹ “De acordo com o art. 220 da LSA, “a transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”. No mesmo sentido dispõem o CC, em seu art. 1.113, que “o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”. A transformação é, pois, a mera mudança do tipo societário, que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade limitada se transforma em uma sociedade anônima, e vice-versa.” RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: 4ª Ed.** Salvador: JusPodivm. 2010, p. 485.

¹⁴² “A reestruturação societária pode ser feita de várias maneiras, tais como a transformação de um tipo jurídico para outro, ou pela fusão, aquisição, incorporação ou cisão.” FABRETTI, Lúcio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios.** São Paulo: Atlas, 2005, p. 145.

¹⁴³ YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário – Fusão, Cisão e Incorporação.** 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 19.

¹⁴⁴ JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática.** 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16.

ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e IVO WAISBERG¹⁴⁵ destacam os efeitos gerados pela crise financeira mundial iniciada em 2008 sobre estas formas de reestruturação societária:

A atual crise financeira tem sido considerada por muitos como o maior abalo econômico ocorrido desde a chamada Grande Depressão de 1929. Iniciou-se nos Estados Unidos, no setor hipotecário, e, posteriormente, passou a contaminar a economia de todos os países, com conseqüências graves para o mercado de capitais, atingindo as Bolsas de Valores de todo o mundo.

No Brasil, o preço do dólar, que se mantinha estável há um bom tempo, com tendência à queda, disparou de um dia para o outro, alcançando altas inimagináveis. O índice da Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) chegou a fechar abaixo dos 30.000 pontos em 27 de outubro deste ano (2008), o que não ocorria desde outubro de 2005.

Em razão da forte incerteza no cenário econômico e da grande volatilidade do mercado de capitais, muitas reestruturações societárias foram adiadas, com o cancelamento ou a renegociação das operações de fusão, incorporação e aquisição do controle.

A Lojas Renner S.A. (“Lojas Renner”), por exemplo, havia anunciado, em março deste ano (2008), a aquisição de 100% das ações da Leader Empreendimentos e Participações S.A. (“Leader”), que, por sua vez, é uma holding titular de 100% (cem por cento) do capital social da União de Lojas Leader S.A., e, indiretamente, 50% (cinquenta por cento) do capital social da Leader S.A. Administradora de Cartões de Crédito. Para tanto, as duas empresas celebraram um Memorando de Entendimento em 10 de março deste ano e divulgaram diversos fatos relevantes ao longo dos últimos meses.

No entanto, alguns meses depois, em 27 de outubro foi anunciada a rescisão do contrato de aquisição da Leader, motivada pela “relevante alteração no cenário econômico-financeiro brasileiro e mundial verificada nas últimas semanas. Ambas as sociedades decidiram, em comum acordo, e sem aplicação de qualquer penalidade, encerrar a operação através da celebração de um Instrumento Particular de Distrato, um vez que com a referida crise houve uma queda no valor das ações de todas as empresas do setor de varejo, acarretando, neste caso, uma grande elevação no valor de operação de compra.

Para efeitos da Lei 11.101/05, especialmente no que tange à recuperação judicial, a cisão, a fusão e a incorporação são vistos como formas de reestruturar a empresa para torná-la viável, permitindo a superação da dificuldade econômico-financeira vivenciada e que pode conduzir à falência, e atingir o objetivo traçado no artigo 47¹⁴⁶ do referido diploma legal, qual seja, manter a fonte produtora, o emprego

¹⁴⁵ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG Ivo. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo. 2009. Quartier Latin, p. 30.

¹⁴⁶ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

dos trabalhadores e os interesses dos credores, promovendo assim a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Tendo este estudo como problema de pesquisa a análise as dificuldades vivenciadas pela empresa e que geram a crise econômico-financeira em que a cisão, a fusão e a incorporação podem atuar como meios de saná-la e viabilizá-la, no primeiro capítulo foi objeto de estudo o princípio da função social, do qual decorre o princípio da preservação da empresa, também devidamente analisado. O segundo capítulo foi dedicado ao instituto da recuperação de empresa, que decorre diretamente do princípio da preservação da empresa. Concluída a análise do tema objeto do terceiro capítulo, que é a natureza e os efeitos gerados pela cisão, pela fusão e pela incorporação, estará concluído o arcabouço teórico necessário à análise das situações em que estas formas de reestruturação da empresa podem atuar como meios eficazes para contornar a crise econômico-financeira e viabilizar a empresa e a manutenção dos benefícios por ela gerados, que decorrem do cumprimento de sua função social.

Visando este objetivo, a seguir serão analisadas questões em comum entre a cisão a fusão e a incorporação e, após, serão avaliadas individualmente cada uma destas operações societárias, com ênfase no conceito de cada uma delas, suas particularidades, a forma como atuam na reestruturação da empresa, e os efeitos práticos gerados.

4.2 PROCEDIMENTOS COMUNS À CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS

A cisão, a fusão e a incorporação de empresas são operações societárias que podem ser realizadas por sociedade de tipos iguais ou diferentes, devendo ser observada a legislação na forma citada acima.

Ponto em comum entre a cisão, a fusão e a incorporação é que não há incidência de imposto de transmissão na transferência de bens imóveis, artigo 156, § 2º, I da Constituição Federal, exceto quando a atividade preponderante do

adquirente for a compra desses bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir imposto sobre: (...)

II – transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I – Não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Sobre a não incidência prevista no dispositivo legal transcrito, LÚCIA HELENA BRISKI YOUNG¹⁴⁷ entende ser uma forma de incentivo à realização de operações de cisão, fusão e incorporação.

Além da não incidência do imposto de transmissão, a transferência da propriedade de bens em virtude de cisão, fusão ou incorporação, sejam móveis ou imóveis os bens, depende somente da apresentação da cópia dos documentos que formalizam a operação com o registro da Junta Comercial:

Os instrumentos de incorporação, de fusão e cisão constituem os atos de transferência ou transmissão, mas nunca olvidando o sentido de transformação. Mais propriamente, a ata da sociedade, com o devido registro na Junta Comercial, é o título de transferência ou transmissão da propriedade de uma sociedade para outra.

Daí que, para levar a registro o ato, basta apresentar cópia da ata com o devido registro na Junta Comercial. Não se requer mais um ato de transferência ou transmissão da propriedade. Em se tratando de bens móveis, como veículos, a ata registrada é o título, procedendo-se a averbação na repartição de trânsito competente; se forem imóveis, da mesma forma, mas levando-se a registro no Cartório de Registro de Imóveis para a mesma finalidade de averbação.¹⁴⁸

Isto é o que se depreende do disposto no artigo 234 da Lei 6.404/76:

¹⁴⁷ “Trata-se de um benefício fiscal, uma forma de incentivo à operacionalização destas técnicas, visto que tais operações não são tributadas, ou seja, são imunes. É uma forma de desoneração tributária. Em regra, a pessoa física ou jurídica que vende um imóvel a outra pessoa física/jurídica, pagará o ITBI, pois houve a transmissão por via onerosa. No caso de incorporação, cisão e fusão, a CF/88 prevê a imunidade do ITBI nestas operações. É uma forma de incentivo fiscal, pois ocorre o fato gerador do imposto (a venda onerosa de imóvel), porém sem a devida cobrança do tributo.” YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário – Fusão, Cisão e Incorporação**. 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 146.

¹⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 648.

Art. 234. A certidão, passada pelo Registro de Comércio, da incorporação, fusão ou cisão, é documento hábil para a averbação, nos registros públicos competentes, da sucessão decorrente da operação, em bens, direitos e obrigações.

Além das afinidades apontadas acima, estas três operações societárias possuem como ponto de partida a Justificativa, documento que orientará as deliberações dos sócios. Na justificativa, que será elaborada individualmente por cada uma das sociedades envolvidas na operação de cisão, fusão ou incorporação, deverá constar a exposição dos motivos ou finalidades da operação proposta e o interesse de cada sociedade em sua realização, entre outros requisitos determinados pelo artigo 225 da Lei 6.404/76:

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia geral das companhias interessadas mediante justificção, na 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.

Sobre a Justificativa, e os requisitos listados no artigo 225 da Lei 6.404/76, assevera GLADSTON MAMEDE¹⁴⁹:

“Como visto anteriormente, para orientar a deliberação de sócios quotistas ou acionistas nas operações de incorporação, fusão ou cisão, faz-se necessário elaborar uma justificção que lhes será apresentada. Na justificção, serão expostos os motivos ou finalidades da operação proposta, e o interesse de cada sociedade na sua realização, (artigo 225, I, da Lei 6.404/76). Deverá, ainda, ser feita uma descrição minuciosa sobre como ficará o capital social da sociedade incorporadora, após a incorporação, e a participação societária dos sócios, o que, sendo muitos (designadamente nas sociedades anônimas com ações negociadas na bolsa), poderá ser feito por classes; por exemplo, a demonstração de que a cada grupo de dez ações preferenciais da sociedade incorporada corresponderá uma ação preferencial na sociedade incorporadora, após o evento social. Isso implica, de acordo com o artigo 225, III, da lei 6.404/76, uma projeção da composição, após a operação, das sociedades que deverão emitir quotas ou ações em substituição às que se deverão extinguir. Obviamente, tratar-se-á de uma projeção, tomada a partir dos últimos balanços das sociedades; como os procedimentos implicam uma avaliação por peritos do patrimônio líquido da sociedade ou sociedades

¹⁴⁹ MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**. 4ª Ed. São Paulo: 2010. Ed. Atlas. ps. 222-223.

envolvidas, o esboço apresentado na justificação não tem a obrigação de prever o resultado final da operação, que somente será conhecido quando elaborados os laudos dos experts. De qualquer sorte, a justificação deverá ser o mais fiel possível, razão pela qual o prévio conhecimento de elementos que, de acordo com o balanço, indiquem a probabilidade de determinados resultados sobre a composição societária da sociedade ou sociedades, após o evento social, deverão ser expressados e explanados na justificativa.”

JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁵⁰, sobre função da justificação na operação societária, confere ao referido documento caráter expositivo-informativo que é elaborado pelos administradores e dirigido aos sócios com a finalidade de esclarecer os objetivos e finalidades, e convencê-los das vantagens da realização da operação para a sociedade e para eles:

Em suma, a par do protocolo, que é exposição objetiva das condições em que se efetivará a incorporação, traçando-lhe as regras a serem obedecidas, os mesmos administradores elaborarão também uma justificação, através da qual procurarão convencer o corpo social do interesse da sociedade e dos sócios na concretização da operação. E se o protocolo é uma peça única, assinada em conjunto por todos os administradores das sociedades interessadas, já a justificação é de elaboração em separado, isto é, destinada exclusivamente aos sócios de cada sociedade, elaborando-se tantas justificações quantas sejam as sociedades envolvidas na operação de incorporação, fusão ou cisão. Compreende-se que assim seja, já que cada sociedade terá razões e motivos diferentes e particularidades para se envolver na operação, a qual, de natureza extremamente grave, repercutirá, de um ou outro modo, mas diferentemente, sobre todas as sociedades envolvidas (extinguindo-as, aumentando ou diminuindo os seus patrimônios, sucedendo em direitos e obrigações, etc.), como atingirá, de modo diverso, aos sócios de cada uma.

Conforme lição acima transcrita, a justificativa é elaborada por cada uma das sociedades envolvidas em operação de cisão, fusão ou incorporação, e é documento destinado aos sócios de cada uma destas sociedades, devendo portanto serem elaboradas tantas justificativas quantas forem as sociedades envolvidas na operação. Além da justificativa, desenvolvida conforme a finalidade e características definidas acima, os administradores das sociedades envolvidas nas operações de fusão, cisão ou incorporação deverão elaborar conjuntamente um protocolo.

O protocolo, documento cuja finalidade é relatar as condições em que será realizada a cisão, fusão ou incorporação de sociedades, deverá observar o disposto no artigo 224 da Lei 6.404/76:

¹⁵⁰ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 647.

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

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 formação cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III – os critérios para 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 social 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.

Parágrafo Único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

O protocolo consiste em uma promessa dos sócios e administradores das sociedades envolvidas na cisão, fusão e incorporação, de concluir a negociação. Diante desta característica, JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁵¹ classifica o protocolo como um contrato provisório que deve ser elaborado e assinado pelos órgãos de administração ou pelos sócios das sociedades envolvidas na operação:

Mencionado protocolo, de natureza jurídica ainda não definitivamente diagnosticada (para nós um contrato preliminar), é de cunho provisório, já que destinado à assembléia geral de acionistas ou à assembléia ou reunião de sócios das sociedades interessadas, que poderão aprová-lo ou rejeitá-lo.

É ele elaborado e assinado conjuntamente pelos órgãos de administração (diretores, administradores, gerentes), ou pelos sócios das sociedades interessadas, isto é, por estes quando todos os sócios atuam como gerentes/administradores (Cód. Comercial, art. 302, 3º; Dec. nº 3.708, art. 13; CC/2002, arts. 1.013, 1.042, 1.060).

WALDÍRIO BULGARELLI¹⁵² também classifica o protocolo com um contrato preliminar, embora ressalte a falta de unanimidade entre os estudiosos sobre a classificação:

A qualificação jurídica do protocolo, embora não seja pacífica na doutrina, é de um pré-contrato, ou contrato preliminar, que se convola em contrato definitivo pela aprovação pela assembléia geral das sociedades anônimas participantes ou pelos demais sócios das sociedades não anônimas.

¹⁵¹ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, ps. 641-642.

¹⁵² BULGARELLI, Waldírio. **Manual das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Atlas, 1988, p. 240.

Para ARNALDO RIZZARDO¹⁵³, único entre os autores consultados que possui este entendimento, o protocolo não caracteriza um pré-contrato e não obriga aqueles que o assinam, em que pese reconhecer que outros doutrinadores discordem de sua posição.

Para os partidários do entendimento de que o protocolo é um pré-contrato, um contrato preliminar, esta classificação deve-se ao fato de que ele só obriga as sociedades envolvidas quando refletir razoavelmente a situação constatada após a avaliação. GLADSTON MAMEDE¹⁵⁴ chama a atenção para a situação em que os peritos encontram valores que se afastam em muito do que constava na justificativa:

Como já afirmei, se os peritos chegarem a valores que se afastem – e muito – do que constava da justificativa e, via de consequência, do protocolo assinado, é direito da sociedade recusar o negócio, o que implica, portanto, o direito de cada um de seus sócios de votar contra a sua conclusão, sem que haja falar em descumprimento contratual e ato ilícito ensejador da obrigação de indenizar. Essa interpretação é sustentada, inclusive, pelo artigo 226 da Lei 6.404/76, ao afirmar que as operações somente se efetivarão nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

Portanto, tanto o protocolo quanto a justificativa tem por função orientar a deliberação dos sócios sobre a operação de cisão, fusão ou incorporação de sociedades.

Outro documento necessário à efetivação das operações societárias de cisão, fusão ou incorporação, é o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, cindida ou fundida¹⁵⁵.

Aprovada a justificativa e o protocolo pelos sócios ou acionistas das empresas envolvidas na operação de cisão, fusão ou incorporação, ato contínuo deverão nomear três peritos ou empresa especializada em avaliação para promover a

¹⁵³ “Todavia, não se lhe dá o caráter de pré-contrato, eis que não obriga, apesar de visão diferente de Modesto Carvalhosa, que lhe dá o caráter de pré contrato, “que manifesta e vincula a vontade das sociedades envolvidas através dos órgãos de administração da companhia ou dos sócios-gerentes das sociedades de pessoas.” RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 629.

¹⁵⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: sociedades simples e empresárias**. 4ª Ed. São Paulo. 2010. Ed. Atlas. ps. 225.

¹⁵⁵ “O terceiro documento societário necessário à realização das operações de incorporação, fusão e cisão é o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, cisionada ou fundida.” JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

avaliação do patrimônio líquido da incorporada, cindida ou das sociedades submetidas à fusão, laudo que será elaborado conforme o artigo 8º da Lei 6.404/76:

Art. 8º. A avaliação de bens será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembléia geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social, e em segunda convocação com qualquer número.

§ 1º Os peritos ou a empresa avaliadora deverão apresentar laudo fundamentado, com a indicação dos critérios de avaliação e dos elementos de comparação adotados, e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados, e estarão presentes a assembléia que conhecer do laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

§ 2º Se o subscritor aceitar o valor aprovado pela assembléia, os bens incorporar-se-ão ao patrimônio da companhia, competindo aos primeiros diretores cumprir as formalidades necessárias à respectiva transmissão.

§ 3º Se a assembléia não aprovar a avaliação ou o subscritor não aceitar a avaliação aprovada, ficará sem efeito o projeto de constituição da companhia.

§ 4º Os bens não poderão ser incorporados ao patrimônio da companhia por valor acima do que lhes tiver dado o subscritor.

§ 5º Aplica-se à assembléia referida neste artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 115.

§ 6º Os avaliadores e o subscritor responderão perante a companhia, os acionistas e terceiros, pelos danos que lhes causarem por culpa ou dolo na avaliação dos bens, sem prejuízo da responsabilidade penal em que tenham incorrido. No caso de bens em condomínio, a responsabilidade dos subscritores é solidária.”

Após ressaltar a importância do laudo de avaliação para as operações de cisão, fusão ou incorporação, PEDRO ANAN JUNIOR¹⁵⁶ relaciona três critérios que podem ser utilizados para realizar a avaliação, a critério da administração da sociedade:

Assim, a avaliação desse acervo líquido é de fundamental importância nessas operações, os peritos ou a empresa de avaliação podem utilizar de três critérios de avaliação do Patrimônio Líquido da empresa objeto de incorporação, fusão ou cisão. São eles:

- a) Avaliação a valor contábil – devem ser observados os critérios de avaliação de ativo e passivo dos artigos 183 a 184 da Lei das S/A;
- b) Avaliação a valor de mercado – os ativos (bens e direitos) são avaliados pela sua cotação no mercado; e
- c) Avaliação a valor econômico – baseado na rentabilidade futura que o investimento poderá gerar, o critério usual neste método é o do fluxo de caixa descontado a valor presente. Esse método ficou popular e conhecido com as privatizações.

Ficando a critério da administração da sociedade (posteriormente ratificado pelos sócios/acionistas) qual o método a ser adotado.

¹⁵⁶ JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41-42.

EZEQUIEL DE MELO CAMPOS NETO¹⁵⁷ adiciona aos critérios de avaliação citados acima outro, a cotação das ações em bolsa:

Como visto acima, o protocolo (e, na falta dele, a justificção) tem de estipular os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a ser considerada para fins de avaliação, bem como o tratamento de eventuais variações patrimoniais posteriores.

A Lei de S.A. deixa, pois, a cargo dos sócios, a livre definição dos critérios a serem adotados quando da avaliação, demandando, apenas, respeito ao art. 226.

Nesta ordem de idéias, poderão ser utilizados valores contábeis, de mercado, apurados de acordo com a rentabilidade futura da sociedade ou tendo em vista a cotação das ações em bolsa, os quais, entretanto, no caso das sociedades anônimas, terão de ser necessariamente apurados pelos peritos a serem nomeados (art. 229, §§ 2º e 3º, e 227, § 1º).

Acerca das vantagens e desvantagens dos critérios de avaliação citados, EZEQUIEL DE MELO CAMPOS NETO¹⁵⁸ ressalta que a escolha do valor contábil como critério apresenta as seguintes vantagens: torna o trabalho dos peritos nomeados mais simples; referido critério evita a incidência de Imposto de Renda sobre eventuais diferenças patrimoniais eventualmente apuradas no caso de utilização de outro critério; implica em proteção aos credores.

Escolhido o critério de avaliação, o mesmo deve ser seguido por todas as sociedades envolvidas na operação.¹⁵⁹

¹⁵⁷ NETO, Ezequiel de Melo Campos. **Cisão das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143.

¹⁵⁸ “Essa apuração se dá, por certo, de maneira infinitamente mais simples quando o critério adotado for o do valor contábil, uma vez que caberá aos peritos apenas a verificação do balanço da sociedade a ser cindida, procedendo-se à elaboração de balanço especial (mera atualização do anteriormente levantado). Além do mais, tal critério evita a incidência do Imposto de Renda sobre as diferenças patrimoniais apuradas entre o valor contábil e o de mercado, na hipótese de ser este o eleito para nortear a avaliação patrimonial (ainda que possa ser diferido o pagamento do imposto mediante lançamento dos excessos a título de reserva de reavaliação). Uma última razão ainda está a indicar a conveniência em se adotar tal critério: a proteção aos credores. Isso porque, levando-se em conta serem os valores patrimoniais dos bens constantes dos balanços normalmente subavaliados, mais garantia terão os credores, em virtude da maior chance de respeito ao princípio da realidade do capital social.” NETO, Ezequiel de Melo Campos. **Cisão das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143-144.

¹⁵⁹ “Qualquer que seja o critério adotado, importante que seja o mesmo seguindo no tocante a todas as sociedades envolvidas na operação (por exemplo, quando parcelas do patrimônio forem incorporadas por sociedades já existentes), de modo a evitar distorções entre os patrimônios líquidos considerados para efeito de atribuição das participações societárias.” NETO, Ezequiel de Melo Campos. **Cisão das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143-144.

Em que pese não haver previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio determinando o levantamento de balanço em caso de cisão, fusão ou incorporação, é recomendada a adoção desta providência.¹⁶⁰

Outro ponto em comum entre a cisão, a fusão e a incorporação, é a existência de prazo para os credores prejudicados pleitearem judicialmente a anulação da operação, artigo 232 da Lei 6.404/76:

Art. 232. Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a anulação da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido.

Envolvendo a operação de cisão, fusão ou incorporação sociedade regida pelo Código Civil, o prazo para o credor prejudicado se opor à operação é dilatado para 90 (noventa) dias, artigo 1.122 do Código Civil:

“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.”

Enfrentadas as questões comuns à cisão, fusão e incorporação de empresas, resta para a conclusão deste capítulo estabelecer o conceito e particularidades destas operações societárias.

4.3 INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS

Incorporação é a forma de concentração de empresas¹⁶¹ pela qual uma ou várias sociedades são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

¹⁶⁰ “Não existe previsão expressa no texto da Lei das S/A sobre a necessidade do levantamento de balanço (e demonstração de resultado), nos casos de cisão, incorporação e fusão. Apesar disso, esse documento é fundamental para suportar o laudo de avaliação a ser elaborado pelos peritos e pela empresa de avaliação.” JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 47.

¹⁶¹ A incorporação e a fusão, consoante visto, são formas concentracionistas de empresa.

A operação, disciplinada pelos artigos 227¹⁶² da Lei 6.404/76, e pelo artigo 1.116¹⁶³ do Código Civil, deve ser aprovada por todos os participantes, e observar as formalidades previstas em lei para os respectivos tipos societários.

O artigo 8º da Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001, ao definir a operação de incorporação, faz menção expressa a possibilidade de sociedades de tipos diferentes participarem da operação:

Art. 8º Incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outras que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações, devendo ser deliberada na forma prevista para alteração do respectivo estatuto ou contrato social.

Como na incorporação uma ou mais empresas, chamadas de incorporadas, têm seu patrimônio incorporado por outra, chamada incorporadora, aquelas são extintas e esta permanece existindo.¹⁶⁴

Após traçar o conceito de incorporação, WALDO FAZZIO JUNIOR¹⁶⁵ relaciona as características desta operação societária:

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Implica a dissolução das sociedades absorvidas e, em consequência, o aumento de capital da companhia incorporadora. Caracteriza-se, pois:

- pela versão global do patrimônio (todos os direitos e obrigações);
- pela participação dos acionistas ou sócios das incorporadas na sociedade incorporadora;
- pela extinção da(s) sociedade(s) incorporada(s), absorvida(s) pela incorporadora.

¹⁶² “Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido e nomear os peritos que o avaliarão. § 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora. § 3º Aprovados pela assembleia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a Incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.”

¹⁶³ Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucedem em todos os direitos e obrigações, devendo todas prová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.”

¹⁶⁴ “A sociedade incorporada extingue-se. A incorporadora prossegue sua atividade econômica, agora com o seu patrimônio acrescido com o valor do PL da incorporada. A incorporadora deve providenciar o aumento do seu capital, com o valor do citado PL da incorporada, aumento esse que será integralizado com os bens, direitos e obrigações recebidos da incorporadora.” FABRETTI, Lúdio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 145.

¹⁶⁵ JUNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, ps. 256-257.

ARNALDO RIZZARDO¹⁶⁶ atenta para questão patrimonial, a transferência de patrimônio líquido, decorrente da incorporação:

Conjugam-se ou transferem-se os patrimônios líquidos de uma ou mais sociedades, que são as incorporadas, para outra, que é incorporadora. Desaparecem as sociedades incorporadas, transferindo-se os patrimônios líquidos à sociedade que subsiste e continua a existir. O capital social migra das antigas sociedades para aquela que as assume ou as absorve. Mais apropriadamente, há uma substituição de ações, desaparecendo as das sociedades incorporadas, e passando a sociedade que subsiste a emitir novas ações, em quantidade correspondente às das sociedades antigas, ou valorizando as suas ações na proporção do montante que representavam as antigas sociedades incorporadas. Ocorre um aumento de capital até o limite resultante do aporte do novo capital, composto do patrimônio líquido, dos lucros acumulados e reservas livres. Os acionistas da sociedade incorporada recebem as ações do capital da sociedade incorporadora.

O aumento do capital social decorrente da incorporação, por força do artigo 227, § 1º, da Lei 6.404/76, é integralizado através da versão do patrimônio líquido da incorporada.¹⁶⁷

A Instrução Normativa DNRC nº 88, de 02 de agosto de 2001, relaciona os passos a serem seguidos para a realização da operação de incorporação, artigo 9º:

Art. 9º A incorporação de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I – a assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade incorporadora deverá aprovar o protocolo, a justificação e o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, elaborado por três peritos ou empresa especializada, e autorizar, quando for o caso, o aumento do capital social com o valor do patrimônio líquido incorporado;

II – a assembléia geral extraordinária ou o instrumento de alteração contratual da sociedade incorporada, que aprovar o protocolo e a justificação, autorizará os seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação;

III – aprovados em assembléia geral extraordinária ou por alteração contratual da sociedade incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, devendo os administradores da incorporadora providenciar o arquivamento dos atos e sua publicação, quando couber.

Sobre o registro da operação, o artigo 10º da referida instrução normativa relaciona os seguintes documentos como necessários:

¹⁶⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 632.

¹⁶⁷ “O aumento do capital sempre se dá pela versão do patrimônio líquido, e não pelo patrimônio total, que abrange o ativo e o passivo.” RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 633.

“Art. 10 Para o arquivamento dos atos de incorporação, além dos demais documentos formalmente exigidos, são necessários:

I – ata da assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade incorporadora com a aprovação do protocolo, da justificação, a nomeação de três peritos ou de empresa especializada, do laudo de avaliação, a versão do patrimônio líquido, o aumento do capital social, se for o caso, extinguindo-se a incorporada;

II – ata da assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da incorporada com a aprovação do protocolo, da justificação, e autorização dos administradores para praticarem os atos necessários à incorporação.”

Como visto, os traços marcantes da incorporação são a absorção do patrimônio de uma ou mais empresas por outra, a extinção daquelas que tiveram o patrimônio absorvido e, principalmente, a continuidade daquela que absorveu o patrimônio das extintas.

4.4 FUSÃO DE EMPRESAS

A Fusão, regida pelos artigos 228¹⁶⁸ da Lei 6.404/76 e 1.119¹⁶⁹ do Código Civil, é a operação pela qual duas ou mais sociedades, de tipos jurídicos iguais ou diferentes, se unem para formar uma sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações, extinguindo-se as sociedades que se uniram. Deve ser decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos societários, pelas sociedades que pretendam unir-se. Este conceito se coaduna com a lição de WALDO FAZZIO JUNIOR:

Já a fusão é a união de duas ou mais sociedades que se extinguem dando lugar à criação de uma nova, que as sucede em todos os direitos e obrigações. É, simultaneamente, modo de extinção e forma de constituição, porque as sociedades participantes desaparecem, nascendo uma nova. É o que a doutrina costuma denominar “efeito extintivo-associativo” resultante da fusão.

¹⁶⁸ “Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembléia geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades. § 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas para uma assembléia geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte. § 3º Constituída a nova companhia, incumbe aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação da fusão.”

¹⁶⁹ “Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

O artigo 13 da Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001, define nos seguintes termos a operação de fusão, ressaltando a possibilidade de realização da operação entre empresa de tipos jurídicos diferentes:

Art. 13º Fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos jurídicos iguais ou diferentes, constituindo nova sociedade que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações, deliberada na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

O traço característico da fusão é justamente a união de duas ou mais sociedades para formação de uma nova. As sociedades originalmente existentes são extintas, e o patrimônio da nova sociedade, que surge da fusão, é composto pela soma dos patrimônios das empresas fusionadas. A versão de patrimônio havida na fusão implica em transmissão da propriedade dos bens das sociedades fusionadas para a nova sociedade¹⁷⁰.

Em que pese a semelhança, visto que ambas implicam na união de patrimônios, enquanto na incorporação uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, sendo extintas a incorporadas e sobrevivendo a incorporadora com o reforço de patrimônio das absorvidas, na fusão ocorre a união de duas ou mais empresas para criar uma nova, restando extintas as sociedades originalmente existentes. A diferença resume-se ao surgimento ou não de uma nova sociedade, e à extinção ou não de todas as sociedades que participam da operação, como bem observa ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS¹⁷¹:

“Vê-se, pois, que enquanto na incorporação não há o surgimento de uma nova sociedade, na fusão há o surgimento, sim, uma nova sociedade, resultado da união das sociedades fundidas.”

¹⁷⁰ “As sociedades originais se extinguem. A nova sociedade adquire personalidade jurídica e inicia sua atividade econômica, a partir da data da fusão. O patrimônio da nova sociedade é composto pela soma dos patrimônios das empresas fusionadas. O seu capital será integralizado com os bens, direitos e obrigações recebidos das sociedades fusionadas. Note-se que essa soma de patrimônios ocorre apenas juridicamente, ou seja, com mudança de titularidade, e como tal é escriturada na contabilidade, encerrando-se as empresas fusionadas e abrindo-se uma nova com o patrimônio equivalente à soma dos encerrados, sem qualquer movimentação física entre os estabelecimentos das empresas fusionadas.” FABRETTI, Lúdio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 155.

¹⁷¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 487.

ARNALDO RIZZARDO¹⁷² também aponta como diferença entre a fusão e a incorporação o fato de que nesta subsiste uma sociedade, que absorve o patrimônio de outra ou outras, a passo que na fusão ocorre a união de duas ou mais empresas para criação de uma nova, sendo extintas as sociedades fusionadas:

Pela fusão, duas ou mais empresas se fundem ou se juntam, desaparecendo e formando uma nova sociedade. Aprofunda Antônio Chaves, inspirado na doutrina italiana: “A fusão propriamente dita diz respeito ao caso de união de duas ou mais entidades, as quais perdem a própria personalidade para formar uma entidade nova e distinta daquelas anteriormente existentes”. Na incorporação, subsiste uma sociedade, que absorve ou encampa o patrimônio da outra. Justamente aí se encontra a diferença, eis que, na primeira modalidade, as sociedades desaparecem juridicamente e dão lugar a uma nova sociedade, com existência e personalidade diferentes.

No mesmo sentido é a lição de JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁷³:

A diferença entre a incorporação e a fusão reside no fato de que, na incorporação, a incorporada se extingue, absorvida pela incorporadora, que permanece, e, na fusão, todas as sociedades se extinguem, sucedidas por uma nova sociedade (cf. art. 219, II, da Lei nº 6.404; arts. 1.118 e 1.119, do CC/2002).

Os passos a serem percorridos para a realização da operação de fusão constam no artigo 14 da Instrução Normativa DNRC nº 88, de 02 de agosto de 2001:

“Art. 14. A fusão de sociedades de qualquer tipo jurídico deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I – a assembléia geral extraordinária ou instrumento de alteração contratual de cada sociedade deverá aprovar o protocolo, a justificação, e nomear três peritos ou empresa especializada para a avaliação do patrimônio líquido das demais sociedades envolvidas;

II – os acionistas ou sócios das sociedades a serem fusionadas, aprovam, em assembléia geral conjunta, o laudo de avaliação de seus patrimônios líquidos, e a constituição da nova empresa, vedando-lhes votarem o laudo da própria sociedade;

III – constituída a nova sociedade e extintas as sociedades fusionadas, os primeiros administradores promoverão o arquivamento dos atos da fusão e sua publicação, quando couber.”

Já sobre os documentos que devem ser levados ao registro para arquivamento da operação de fusão, determina o artigo 15 da referida Instrução Normativa:

¹⁷² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 637.

¹⁷³ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 634.

Art. 15. Para arquivamento dos atos de fusão, além dos demais documentos formalmente exigidos, são necessários:

I – ata da assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual de cada sociedade envolvida, com a aprovação do protocolo, da justificação e da nomeação dos três peritos ou de empresa especializada;

II – ata da assembléia geral de constituição ou o contrato social.

A fusão se notabiliza, portanto, por constituir uma operação societária em que duas ou mais sociedades se unem para formar uma nova que as sucederá em direitos e obrigações. Com a versão total do patrimônio das sociedades fundidas as mesmas são extintas, subsistindo somente a empresa criada em decorrência da fusão.

4.5 CISÃO DE EMPRESAS

Conforme já mencionado acima, a cisão é um instituto de reorganização societária que geralmente acarreta desconcentração de empresas, em que pese em alguns casos, pelo contrário, resultar em concentração¹⁷⁴.

Na cisão, disciplinada pelo artigo 229¹⁷⁵ da Lei 6.404/76, uma sociedade transfere parte ou todo seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas

¹⁷⁴ “A cisão – já vimos – é instituto de reorganização societária, operando como forma concentracionista ou desconcentracionista de empresas, não restrito, como professora certa doutrina, à sociedade anônima, mas, ao contrário, alcançando outros tipos sociais e, entre estes, a sociedade limitada.” LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 660.

¹⁷⁵ “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 assembléia geral da companhia à vista de justificação que incluirá as informações de que tratam os ns. Do art. 224; a assembléia, se aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia 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.”

para este fim ou já existentes. Comentando o conceito de cisão constante do artigo 229 da Lei de Sociedades Anônimas, EZEQUIEL DE MELO CAMPOS NETTO¹⁷⁶ assevera:

Da análise do supratranscrito dispositivo legal, percebe-se constituir a cisão uma operação de transferência patrimonial entre sociedades, podendo ou não gerar a criação de novos entes sociais.

Verifica-se, ademais, que a cisão pode ser implementada com o fito de extinguir o ente cindido, transferindo-se todo o seu patrimônio a duas ou mais sociedades, ou de verter apenas parcela dele, mantendo-se aquele.

Como já referido, em que pese o Capítulo X do Subtítulo II, do Título II, do Livro II da Parte Especial do Código Civil ter como título “Da Transformação, Da Incorporação, Da Fusão e da Cisão de Sociedades”, não traz dispositivo legal expreso acerca da cisão, diferentemente do tratamento dispensado à fusão e à incorporação. Esta omissão, tratada por alguns doutrinadores como um lapso do legislador, não significa que a cisão não seja uma operação societária aplicável às sociedades regidas pelo Código Civil. Conforme lição de GLADSTON MAMEDE¹⁷⁷, esta omissão leva a cisão a ser regida pelo artigo 229 da Lei 6.404/76, mesmo no caso de envolver sociedades disciplinadas pelo Código Civil:

Não deixa de ser curioso observar que o Código Civil, não obstante se refira expressamente à cisão societária no título do Capítulo X (Da transformação, da incorporação, da fusão e da cisão das sociedades) do Subtítulo II (Da sociedade personificada) do Título II (da Sociedade) do Livro II (do Direito de Empresa) de sua Parte Especial, a ela não consagrou artigo específico: os artigos 1.113 a 1.115 cuidam da transformação, os artigos 1.116 a 1.118 cuidam da incorporação, os artigos 1.119 a 1.221 cuidam da fusão. Na seqüência, o artigo 1.122 irá tratar do direito dos credores, em todas as hipóteses: transformação, incorporação, fusão e cisão. O tratamento jurídico da cisão será, via de consequência, definido pelo artigo 229, caput, e parágrafos, da Lei 6.404/76, bem como pela aplicação analógica dos dispositivos do Código Civil que se ocupam da transformação (em sentido largo, isto é, a incluir incorporação, fusão e cisão), ou seja, da metamorfose social.

O artigo 19 da Instrução Normativa DNRC nº 88, de 2 de agosto de 2001, a exemplo do que faz nos artigos 8º com a incorporação, e no artigo 13 com a fusão, define a operação de cisão:

¹⁷⁶ NETTO, Ezequiel de Melo Campos. **Cisão das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5.

¹⁷⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: Sociedades Simples e Empresariais**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 217.

Art. 19º A cisão é o processo pelo qual a sociedade, por deliberação tomada na forma prevista para alteração do estatuto ou contrato social, transfere todo ou parcela do seu patrimônio para sociedades existentes ou constituídas para este fim, com a extinção da sociedade cindida, se a versão for total, ou redução do capital, se parcial.

Como a cisão pode resultar na versão de parte ou todo patrimônio da sociedade, a cisão poderá ser parcial ou total. Será parcial quando a cindida conserva parte de seu patrimônio original e permanece existindo, e total quando todo seu patrimônio é vertido para outras sociedades e a cindida é extinta:

Vê-se, pois, que a cisão pode ser definida, sucintamente, como a transferência do patrimônio de uma sociedade para outra. Se se transferem apenas alguns bens da sociedade cindida, há uma cisão parcial. Por outro lado, havendo a transferência de todos os bens da sociedade cindida, há uma cisão total, e nesse caso a sociedade cindida se extingue.¹⁷⁸

A cisão pode ocorrer de diversas formas, conforme aponta HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA¹⁷⁹:

A doutrina classifica a cisão em quatro modalidades:

(I) *Cisão pura* – a sociedade cindida sofre divisão do seu patrimônio em duas ou mais sociedades novas e se extingue.

(II) *Cisão-absorção* – a sociedade cindida divide seu patrimônio em duas ou mais parcelas, que serão incorporadas em sociedades já existentes, extinguindo-se em seguida.

(III) *Falsa cisão (cisão parcial)* – a sociedade divide seu patrimônio, destinando parte ou partes dele a uma ou mais sociedades existentes ou novas, sobrevivendo ao processo. E:

(IV) *Cisão-holding* – a sociedade divide seu patrimônio entre duas ou mais sociedades, das quais se manterá controladora, mudando seu objeto para o de “*holding pura*”, ou seja, sua atividade social constituirá tão somente no gozo das participações societárias de que é titular.

O elemento característico da cisão, seja parcial ou total, é a transferência de patrimônio de uma sociedade a outra pré existente ou que foi constituída para esta finalidade.

Os estágios da operação de cisão parcial com versão de patrimônio para sociedade existente estão dispostos no inciso I do artigo 20 da Instrução Normativa DNRC nº 88, de 02 de agosto de 2001:

¹⁷⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 487.

¹⁷⁹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 2**: São Paulo: Malheiros. 2006, p. 260-261.

Art. 20. A cisão de sociedade mercantil, de qualquer tipo jurídico, deverá obedecer aos seguintes procedimentos:

I – Cisão Parcial para sociedade existente:

- a) a sociedade, por sua assembléia geral extraordinária ou por alteração contratual, que absorver parcela do patrimônio de outra, deverá aprovar o protocolo e a justificação, nomear três peritos ou empresa autorizada e autorizar o aumento do capital, se for o caso;
- b) a sociedade que estiver sendo cindida, por sua assembléia geral extraordinária ou por alteração contratual, deverá aprovar o protocolo, a justificação, bem como autorizar seus administradores a praticarem os demais atos da cisão;
- c) aprovado o laudo de avaliação pela sociedade receptora, efetivar-se-á a cisão, cabendo aos administradores das sociedades envolvidas o arquivamento dos respectivos atos e a sua publicação, quando couber.

Se a cisão for parcial para constituição de nova sociedade, o procedimento a ser adotado consta no inciso II do referido dispositivo legal:

“Art. 20. (...)”

II – Cisão Parcial para constituição de nova sociedade:

- a) a ata de assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida, que servirá como ato de constituição da nova sociedade, aprovará a justificação com os elementos de protocolo e o laudo de avaliação elaborado por três peritos ou empresa especializada, relativamente à parcela do patrimônio líquido a ser vertida para a sociedade em constituição;
- b) os administradores da sociedade cindida e os da resultante da cisão providenciarão o arquivamento dos respectivos atos e sua publicação, quando couber.

Na cisão total para sociedades existentes, observar-se-á o disposto no inciso III do artigo 20 da Instrução Normativa DNRC nº 88:

Art. 20. (...)”

III – Cisão Total para sociedades existentes:

- a) as sociedades que, por assembléia geral ou por alteração contratual, absorverem o total do patrimônio líquido da sociedade cindida, deverão aprovar o protocolo, a justificação e o laudo de avaliação, elaborado por três peritos ou empresa especializada e autorizar o aumento do capital, quando for o caso;
- b) a sociedade cindida, por assembléia geral ou por alteração contratual, deverá aprovar o protocolo, a justificação, bem como autorizar seus administradores a praticarem os demais atos da cisão;
- c) aprovado o laudo de avaliação pelas sociedades receptoras, efetivar-se-á a cisão, cabendo aos seus administradores o arquivamento dos atos de cisão e a sua publicação, quando couber.

Por fim, quando houver cisão total para constituição de novas sociedades, observar-se-á o disposto no inciso IV do artigo 20 da Instrução Normativa DNRC nº 88:

Art. 20. (...)

IV – Cisão Total - Constituição de Sociedades Novas:

a) a sociedade cindida, por assembléia geral ou alteração contratual, cuja ata ou instrumento de alteração contratual servirá de ato de constituição, aprovará a justificativa com os elementos de protocolo e o laudo de avaliação elaborado por três peritos ou empresa especializada, relativamente ao patrimônio líquido que irá ser vertido para as novas sociedades.

b) os administradores das sociedades resultantes da cisão providenciarão o arquivamento dos atos da cisão e a publicação, quando couber.

Acerca dos documentos que devem ser levados ao registro para arquivamento da operação de cisão, determina o artigo 21 da referida Instrução Normativa:

“Art. 21. Para o arquivamento dos atos de cisão, além dos documentos formalmente exigidos, são necessários:

I – Cisão para sociedade(s) existente(s):

a) Cisão Total

1. a ata da assembléia geral extraordinária ou alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, com a justificação e o protocolo;

2. a ata de assembléia geral extraordinária ou alteração contratual de cada sociedade que absorver o patrimônio da cindida, com a justificação, o protocolo, o laudo de avaliação e o aumento de capital.

B) Cisão Parcial

1. a ata da assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, com a justificação e o protocolo;

2. a ata de assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual de cada sociedade que absorver parcela do patrimônio da cindida, com a justificação, o protocolo, o laudo de avaliação e o aumento do capital.

II – Cisão para constituição de nova(s) sociedade(s):

a) Cisão Total

1, a ata de assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação, a justificação com elementos do protocolo, a nomeação dos três peritos ou empresa especializada, a aprovação do laudo e a constituição da(s) nova(s) sociedade(s).

2. os atos constitutivos da(s) nova(s) sociedade(s).

b) Cisão Parcial

1. a ata de assembléia geral extraordinária ou a alteração contratual da sociedade cindida que aprovou a operação com a justificação, o protocolo e o laudo de avaliação;

2. os atos constitutivos da nova sociedade.

A cisão tem por característica, portanto, ser uma operação societária em que uma sociedade transfere parte ou todo seu patrimônio para outra ou outras sociedades, já existentes ou constituídas para este fim.

Concluída a análise pormenorizada das operações de cisão, fusão e incorporação de empresas, e já tendo sido objeto de estudo os princípios da função social e da preservação da empresa, e a recuperação judicial, falta para atingir o objetivo proposto inicialmente apenas apurar se na prática a cisão, a fusão e a incorporação de empresas podem atuar como meios de recuperar a empresa para manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses de credores de sociedade em crise econômico-financeira.

5 A CISÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS PODEM SER MEIOS EFICAZES NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO DA EMPRESA?

Conforme já ressaltado no curso deste trabalho, seu objetivo é aferir as situações práticas em que as operações societárias cisão, fusão e incorporação podem atuar como meios eficazes de recuperar a empresa e atender aos objetivos traçados pelo artigo 47 da Lei 11.101/05, quais sejam, manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores.

O ponto de partida para a resposta do problema de pesquisa proposto foi o estudo do princípio da função social da empresa, desenvolvido a partir da constatação de que a empresa, além de benefícios aos diretamente interessados, os sócios, gera benefícios a terceiros, indiretamente interessados, principalmente empregados, fornecedores, clientes, o Estado e a comunidade em geral.

Diante dos benefícios diretos e indiretos gerados pela empresa, constatou-se que é um instituto relevante para a sociedade em geral e que merece mecanismos de proteção para assegurar sua continuidade. Da necessidade de criar um ambiente favorável à criação e desenvolvimento da empresa para cumprir sua função social e gerar benefícios diretos e indiretos surgiu o princípio da preservação da empresa, também analisado no segundo capítulo.

Em atendimento ao princípio da preservação da empresa o Legislador concebeu a Lei 11/101/05, denominada Lei de Falências e Recuperação de Empresas, que estabelece mecanismos para tratar a insolvência gerada pela crise econômico-financeira das empresas. Dentre os 12 (doze) princípios norteadores da referida Lei, o Senador Ramez Tebet, Relator do Projeto na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, relacionou “a preservação da empresa”, “a separação dos conceitos de empresa e empresário”, “a recuperação de empresas recuperáveis”, e “a retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis”, princípios já analisados no segundo capítulo.

As ferramentas disponibilizadas pela Lei 11.101/05 para tratar a crise econômico-financeira são a falência e a recuperação de empresas, institutos objeto do terceiro capítulo.

A falência tem como norte os princípios de que somente as empresas viáveis devem ser recuperadas, e que as não recuperáveis devem ser retiradas do mercado. Mesmo que aparentemente não pareça, a falência também tem intuito preservacionista, revelado na finalidade de evitar que a insolvência de uma empresa contamine as demais, e na forma prioritária de realização do ativo, qual seja, a alienação da empresa com a venda de seus estabelecimento em bloco, artigo 140, I, da Lei 11.101/05¹⁸⁰, forma que permite a continuidade da exploração da atividade econômica, da manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores, e da criação e distribuição de riqueza.

Constatado que a empresa é viável, que pode ser recuperada, a Lei 11.101/05 confere duas alternativas para o devedor. A recuperação judicial ou recuperação extrajudicial. A recuperação extrajudicial pode se desenvolver de duas formas, ordinária ou extraordinariamente.

Optando o devedor pela recuperação judicial, deverá apresentar aos credores um plano de recuperação da empresa, documento em que evidenciará as causas da crise econômico-financeira enfrentada, o meio de recuperação escolhido para contornar estas dificuldades e superar a crise, e demonstrará que este meio de recuperação é viável. Dentre os meios de recuperação disponíveis ao devedor no artigo 50 da Lei 11.101/05, o inciso II relaciona a cisão, fusão e incorporação, operações societárias que foram analisadas individualmente no quarto capítulo.

Concluído o estudo dos institutos relacionados acima, falta somente enfrentar a questão que gerou este estudo: Quando a cisão, a fusão e a incorporação podem ser meios eficazes no processo de recuperação da empresa?

É farta a doutrina sobre os princípios da função social da preservação da empresa, sobre a falência e recuperação de empresas e sobre as operações societárias cisão, fusão e incorporação. Nenhuma das obras consultadas, no entanto, analisam os três temas conjuntamente para definir quais causas que levam

¹⁸⁰ “Art.140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes forma, observada a seguinte ordem de preferência: I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente; III – alienação em bloco dos bens que integrem cada um dos estabelecimentos do devedor; IV – alienação dos bens individualmente considerados.”

a empresa a insolvência que podem ser tratadas com a cisão, a fusão e a incorporação.

Creio que esta dificuldade deve-se a formação intelectual dos estudiosos sobre o tema. Os princípios da função social e da preservação da empresa são temas afetos à ciência jurídica. Nenhuma obra na área da ciência contábil consultada fez referência aos referidos princípios ou aos institutos disciplinados pela Lei 11.101/05. Já as operações de cisão, fusão e incorporação, são objeto de estudo tanto pela ciência jurídica quanto pela contábil. Ocorre que os institutos são analisados por estas ciências sob pontos de vistas diferentes.

Enquanto a ciência contábil analisa estas operações societárias sob o ponto de vista dos efeitos gerados sobre o patrimônio da empresa, a ciência jurídica trata os mesmos sob o ponto de vista de sua natureza jurídica, principalmente os efeitos gerados sobre direitos e obrigações.

É fato que o profissional da área jurídica, via de regra, não detém o conhecimento do profissional contábil acerca dos efeitos que os acontecimentos cotidianos geram sobre o patrimônio de uma empresa. Que dirá os efeitos da cisão fusão e da incorporação. Sem este conhecimento, não dispõem o profissional da área jurídica de subsídios para verificar quando estas operações societárias podem resultar na superação da crise econômico-financeira da empresa e conduzi-la a viabilidade econômica. No entanto, como referido acima, a recuperação de empresas é um tema objeto de estudo da ciência jurídica.

Por outro lado, o profissional da área contábil, que detém a qualificação e o conhecimento necessário para vislumbrar no caso concreto quando uma operação de cisão, fusão ou incorporação contribui para tornar a empresa viável, geralmente não possui familiaridade com o tema relacionado ao direito falimentar.

A particularidade do tema relatada acima explica ao menos em parte a ausência de doutrina especializada que indique hipóteses práticas em que as operações societárias cisão, fusão e incorporação podem atuar como meios de recuperação da empresa.

E foi justamente esta ausência de enfrentamento da questão de pesquisa, situações práticas em que a cisão, a fusão e a incorporação podem ser meios

eficazes de recuperar a empresa, que originou o desafio de responder este questionamento.

Na reta final do estudo foi confirmada a suspeita inicial, de que somente com a integração entre o conhecimento jurídico e contábil é possível avaliar situações em que a cisão, a fusão e a incorporação são meios eficazes para recuperar uma empresa e preservá-la.

Assim, cumprindo o objetivo do estudo, pela afinidade dos institutos da fusão e da incorporação, serão relacionadas e analisadas conjuntamente a seguir situações práticas em que estas operações societárias podem atuar de forma eficaz para recuperar a empresa, e em seguida, hipóteses em que a cisão cumpre esta finalidade.

5.1 SITUAÇÕES EM QUE A FUSÃO E A INCORPORAÇÃO DE EMPRESAS SÃO MEIOS EFICAZES DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A fusão e a incorporação de empresas, formas de concentração de empresas, têm como diferença o fato de que na incorporação a incorporada tem seu patrimônio absorvido pela incorporadora, que continua existindo, ao passo que na fusão todas as sociedades participantes da operação são extintas, tendo seus patrimônios absorvidos por uma nova empresa, resultante da operação¹⁸¹.

Relembrada a diferença entre a fusão e a incorporação, percebe-se que tais operações societárias possuem em comum o fato de que representam união e patrimônios, característica relevante no processo de avaliação de sua atuação como meio de recuperação de empresas.

Dentre as obras consultadas, poucos doutrinadores arriscaram-se a relacionar os efeitos patrimoniais gerados pela cisão, pela fusão e pela incorporação, os quais

¹⁸¹ “A diferença entre incorporação e fusão reside no fato de que, na incorporação, a incorporada se extingue, absorvida pela incorporadora, que permanece, e na fusão, todas as sociedades fundidas se extinguem, sucedidas por uma nova sociedade (cf. art. 219, II, da Lei nº 6.404/76; arts. 1.118 e 1.119, do CC/2002).” LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 634.

serão citados a seguir. Na grande maioria somente relacionam estas operações societárias como meios de recuperar a empresa e definem suas características.

Um dos autores que aceitaram o desafio analisar estes efeitos patrimoniais é PEDRO ANAN JUNIOR¹⁸², que após relacionar como finalidades da cisão, da fusão e da incorporação a reestruturação de grupo de empresas, a separação de divisões ou áreas de uma empresa, a concentração de empresas, a redução de custos administrativos e operacionais, a preparação para alienação, e o planejamento tributário, brevemente comenta alguns efeitos gerados por cada uma destas operações societárias, e fornece subsídios para iniciar a análise de situações em que estas operações poderiam ser empregadas no processo de recuperação:

Assim, a incorporação e a fusão podem ser utilizadas para efetuar a concentração empresarial, através da junção de duas (ou mais) pessoas jurídicas em uma única, possibilitando ganhos e economia de escala, união de forças concorrentes, ampliação de mercados, redução de custos administrativos e operacionais, etc.

Já a cisão pode ser muito útil na resolução de problemas empresariais e societários, tais como: a) a separação de atividades econômicas em tantas pessoas jurídicas quantas forem necessárias; ou b) resolução de interesses profissionais e econômicos que já não convivem harmoniosamente na mesma sociedade.

Além do mais, com a onda de aquisições e privatizações que o Brasil viveu nos últimos anos, as figuras jurídicas de incorporação e da cisão vêm sendo muito utilizadas com a finalidade de preparar uma empresa que será objeto de alienação para o aproveitamento de benefícios fiscais após a aquisição.

Entretanto, além da inegável utilidade do ponto de vista societário, as incorporações e as cisões estão sendo utilizadas na maximização das cargas tributárias, através de planejamentos tributários que as empresas têm realizado

Conforme lição acima, a característica comum da fusão e da incorporação, concentração empresarial pela união de patrimônios, permite ganhos e economia de escala, união de forças concorrentes, ampliação de mercados, e redução de custos administrativos e operacionais.

Portanto, quando os sócios e administradores de empresa que deseja a recuperação judicial constatarem que a crise econômica decorre dos elevados custos administrativos e operacionais em comparação com a receita da empresa, que sua capacidade de produção não está sendo completamente explorada em

¹⁸² JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16-17.

virtude da falta de demanda por seus produtos ou serviços, ou que ela pode barganhar melhores condições de preço e forma de pagamento de seus insumos se adquirir em maior quantidade, bem como melhor preço e forma de pagamento de seus produtos e serviços se tiver maior participação no mercado consumidor, a fusão e a incorporação com outras empresas do mesmo ramo apresenta-se como uma alternativa de recuperação.

Há situações em que a empresa possui capacidade instalada para produzir produtos ou prestar serviços em maior escala, mas os recursos disponíveis não são utilizados plenamente em razão da ausência de demanda. Estes recursos ociosos podem ser mão de obra, máquinas, equipamentos, ou qualquer outro bem pertencente à empresa. Associada a estas circunstâncias, algumas características de mercado, principalmente a acirrada concorrência, torna necessária a realização de investimentos para ingressar em novos mercados. Percebendo a empresa que seu déficit de receita para fazer frente às obrigações decorre da falta de demanda para seu produto, que a alternativa é ingressar em novos mercados, mas que esta medida demanda recursos que ela não dispõe, uma alternativa para contornar a situação é justamente a realização de uma operação de fusão ou incorporação com outra ou outras empresas que já atuam no mercado que ela deseja passar a explorar.

Utilizando os recursos ociosos a empresa aumenta sua produção sem aumentar os custos fixos, aumenta sua receita com a venda deste excedente de produção, e poderá, assim, tornar sua despesa operacional e administrativa compatível com sua receita, superando assim a crise econômico-financeira e preservando a empresa para cumprir sua função social. Merece destaque nesta hipótese, ainda, que com a realização da operação de incorporação ou fusão haverá redução de custos administrativos e operacionais que também contribuirão para contornar as dificuldades financeiras.

Outra hipótese em que incorporação e a fusão podem atuar como meios eficazes de recuperar a empresa é quando os sócios e administradores constatam que a crise econômico-financeira é gerada pela concorrência acirrada que força a redução, ou até mesmo extinção, da margem de lucro.

Nestes casos, algumas empresas concorrentes podem realizar operação de fusão e incorporação para reduzir seus custos administrativos e operacionais,

aumentar a participação da empresa no mercado e atingir uma melhor posição no momento da definição do preço dos produtos ou serviços. Com estes efeitos gerados pela incorporação e pela fusão nesta hipótese específica, as empresas envolvidas na operação otimizarão seus resultados e, assim viabilizarão a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Conforme se constata pelo efeito gerado pela incorporação e pela fusão nas causas de crise econômico-financeira apontadas acima, estas operações societárias, nestes casos específicos, são meios eficazes para recuperar as empresas.

JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁸³ aponta alguns fatores que levam as empresas a celebrar operações de incorporação e fusão:

Os fatores e motivos ensejadores de fusão e incorporação de empresas, apontados em geral pelos autores, podem ser assim elencados: maior solidez patrimonial; reorganização das estruturas; unidade de direção; racionalização da produção, objetivando seu aumento; adoção de processos tecnológicos; absorção de empresas que exploram indústrias primárias ou complementares; eliminação de concorrência.

Considerando estes fatores, pode ser acrescida às hipóteses em que a incorporação e a fusão são meios eficazes de recuperar a empresa apontadas acima, situações em que a recuperação passa pela absorção de empresas primárias ou complementares, e a adoção de processos tecnológicos.

Supondo que os sócios e administradores da empresa constatem que a crise econômico-financeira tem origem na dificuldade de obter matéria prima em virtude de sua escassez no mercado, a incorporação ou fusão com a empresa produtora desta matéria prima pode facilitar o acesso à mesma e, assim, viabilizar esta empresa em virtude do aumento de produção verificado pela abundância de matéria prima.

O raciocínio acima vale também pela crise gerada pela dificuldade de acesso a processos tecnológicos. Constatando os sócios que a empresa está defasada tecnologicamente, e que não dispõe dos recursos necessários para realizar as

¹⁸³ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, p. 632.

alterações necessárias, uma alternativa é promover a incorporação ou fusão com empresa que já detenha a tecnologia pretendida.

A eliminação da concorrência citada na lição acima transcrita, em que pese na prática ser um dos principais fatores que levam as empresas a implementarem processos de fusão e incorporação, encontra ressalva como justificativa para empregar estas operações societárias como meio de recuperar a empresa. Isto porque a idéia de eliminar concorrência caracteriza infração à ordem econômica segundo os incisos IV e V do artigo 21¹⁸⁴ da Lei 8.884/94, lei antitruste, e artigo 20¹⁸⁵ da referida lei, pois traz consigo a intenção de monopolizar uma atividade¹⁸⁶, o que é vedado pelo artigo 20 do referido diploma legal. Já o parágrafo terceiro do artigo 54 da Lei 8.884/94¹⁸⁷ em comento, inclui entre os atos passíveis de prejudicar a livre concorrência justamente a fusão ou incorporação de empresa em certas

¹⁸⁴ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concentrada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços: (...)”

¹⁸⁵ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante; § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II. § 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.”

¹⁸⁶ “A livre concorrência se traduz na liberdade de competição no mercado, sem obstáculos à entrada de novos agentes ao livre desenvolvimento da atividade econômica.” WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG Ivo. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo. 2009. Quartier Latin, p. 68.

¹⁸⁷ “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. (...) § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles 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 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).”

condições¹⁸⁸. Outra incompatibilidade da intenção de eliminar concorrência é com a livre iniciativa, um dos princípios da ordem econômica segundo o inciso IV do artigo 170¹⁸⁹ da Constituição Federal. Além do prejuízo aos consumidores, o monopólio também é lesivo à economia nacional, e objeto de fiscalização assídua pelo CADE – Conselho Administrativo de Direito Econômico:

A Lei nº 8.884 de 1994, além de transformar o CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica. Diante disso, como uma das formas de controle, operações de fusão, incorporação e aquisição de empresas serão submetidas ao crivo do CADE, cuja aprovação, embora não seja condição suspensiva, será essencial para o sucesso da operação.¹⁹⁰

Portanto, o emprego de fusão e incorporação como meio de recuperar a empresa pela eliminação de concorrência não contaria com a chancela do Poder Judiciário por constituir afronta à Lei 8.884/94.

O uso da incorporação como forma de evitar concorrência, monopolizar setores da economia também é suscitada por ARNALDO RIZZARDO:

Impõe-se a incorporação para fins de reorganização societária, ou mesmo em razão de outras razões, como evitar a concorrência de empresa que atuam no mesmo ramo de atividades ou de produção, conseguir o monopólio em setores da economia, a redução de custos de matérias primas utilizadas na fabricação e produzidas pela empresa incorporada.

Além da finalidade de combater a concorrência, referido autor chama a atenção para a possibilidade de redução de custos de matérias primas utilizadas na fabricação, hipótese já ventilada quando da análise da fusão e incorporação de empresa como meio de recuperação judicial quando a crise econômico-financeira é motivada por dificuldade no acesso à matéria prima em virtude de sua escassez, o que gera elevação no seu preço de venda.

¹⁸⁸ “Muitas dessas operações societárias podem afetar a economia, positiva ou negativamente. Isso porque dessas operações podem advir reflexos relevantes no mercado concorrencial. Diante desse fato, merece atenção a atuação de uma autarquia federal especializada, que atua na defesa da economia e dos princípios que informam a ordem econômica, notadamente o da livre concorrência. Trata-se do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), regulado pela Lei nº 8.884/94.” RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**: 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 488.

¹⁸⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência;”

¹⁹⁰ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG Ivo. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo. 2009. Quartier Latin, p. 69.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA¹⁹¹ também aponta o aumento da eficácia da atuação da sociedade resultante da redução de custo e o conseqüente aumento dos lucros como motivador da operação de incorporação:

Verifica-se na incorporação um processo de concentração empresarial a ser adotado quando vier a aumentar a eficácia da atuação da sociedade resultante, no sentido da redução de custos e/ou aumento de lucros. Buscando-se o resultado de ganhos de mercado.

Com relação à fusão, referido autor assevera:

Como razões econômicas que levam sociedades a se fundir, pode-se exemplificar com necessidade de integração de atividades e/ou o fortalecimento de empresas que sozinhas não teriam condições de ampliar suas atividades.¹⁹²

Noutras palavras, o autor citado relaciona como atrativos das operações de fusão e incorporação a unificação de atividades, o fortalecimento de empresas e, a redução de custos administrativos e operacionais, questões já devidamente tratadas.

No que tange a opção entre a operação e incorporação e fusão como meio de recuperar a empresa, caberá aos sócios e administradores, conforme as particularidades de cada caso e o objetivo com a operação, definir.

Havendo interesse em manter em atividade alguma das sociedades envolvidas na operação, é o caso de promover incorporação, pois acarreta extinção da sociedade incorporada e continuidade da incorporadora. Esta pode ser a opção quando uma das empresas, a incorporadora, possui atuação destacada e tradição no mercado. Neste caso, encerrar suas atividades e iniciar uma nova sociedade, como ocorre na fusão, não é a medida mais adequada, pois terá que reconstruir a reputação constituída ao logo do tempo.

Por outro lado, nos casos em que a situação de crise econômico-financeira tiver causado atritos entre a empresa e seus clientes e fornecedores, a atuação sob a mesma personalidade jurídica, especialmente denominação, número de registro na Junta Comercial – NIRE, e número no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, pode resultar em entrave à recuperação da empresa. Nestes casos a medida

¹⁹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 2**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 257.

¹⁹² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 2**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 259.

adequada de recuperação não é a incorporação, e sim, a fusão. Isto porque com a fusão, diferentemente do que ocorre na incorporação, as empresas participantes da operação são extintas e surge uma nova personalidade jurídica, que apesar de suceder aquelas em direitos e obrigações, possui existência jurídica distinta daquelas. Com a fusão, portanto, as empresas que originaram a nova sociedade ganham a possibilidade de iniciar a atividade com um novo NIRE e CNPJ, apesar de responder pelas obrigações daquela.

Portanto, a fusão e a incorporação são meios eficazes de recuperar a empresa em dificuldade econômica financeira em pelo menos cinco hipóteses, a saber: a) quando a crise econômico-financeira decorre dos elevados custos administrativos e operacionais em comparação com a receita da empresa; b) quando a capacidade de produção não está sendo completamente explorada em virtude da falta de demanda por seus produtos ou serviços, e a empresa necessita de novos mercados para colocar seu produto e não possui recursos para fazer os investimentos necessários para ingressar nestes mercados; c) quando a empresa constata que pode barganhar melhores condições de preço e forma de pagamento de seus insumos se adquirir em maior quantidade, bem como melhor preço e forma de pagamento de seus produtos e serviços se tiver maior participação no mercado consumidor; d) quando a incorporação de empresas primárias ou complementares, ou fusão com as mesmas, facilitará o acesso a matérias primas escassas no mercado; e d) quando a crise econômico-financeira é motivada por defasagem tecnologia, e a incorporação ou fusão representa possibilidade de acessar as tecnologias necessárias a viabilizar a empresa.

5.2 SITUAÇÕES EM QUE A CISÃO DE EMPRESAS É MEIO EFICAZ DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como já definido no quarto capítulo, a cisão é operação societária pela qual uma empresa transfere seu patrimônio, total ou parcialmente, para outra ou outras sociedades já existentes, ou que são ou serão constituídas para esta finalidade.

Para PEDRO ANAN JUNIOR¹⁹³ a cisão é operação societária adequada para promover a separação de atividades econômicas em tantas pessoas jurídicas quantas forem necessárias, ou para resolver interesses profissionais e econômicos que não convivem mais harmonicamente na mesma sociedade.

Considerando estas aplicações da cisão destacadas pelo referido doutrinador, a mesma poderia ser empregada como meio de recuperação da empresa em crise econômico-financeira na hipótese de uma empresa ter mais de uma atividade econômica e alguma ou algumas delas serem deficitárias, ou quando desentendimento entre os sócios estiverem afetando o resultado da atividade econômica.

Na primeira hipótese, empresa com mais de uma atividade econômica e algumas serem deficitárias e outras lucrativas, o plano de recuperação poderá determinar a cisão parcial ou total da empresa. Se a cisão for parcial, a atividade deficitária pode ser excluída da sociedade e o patrimônio, bens relacionados a esta atividade, transferidos para empresa já existente e que explora ou deseja explorar esta atividade, caso em que cindida poderá ser remunerada por estes bens e empregar os recursos obtidos no pagamento dos credores. Outra hipótese é a versão deste patrimônio para constituição de nova ou novas sociedades e futura alienação destas empresas para obter recursos para quitar as obrigações frente a credores. Ainda nesta hipótese, empresa com mais de uma atividade e algumas lucrativas e outras deficitárias, os sócios poderão optar pela cisão total da empresa e destinação dos bens, direitos e obrigações relacionados a cada uma das atividades para incorporação em outras sociedades que tenham interesse nos mesmos, ou criação de novas empresas que posteriormente poderão ser incorporadas por outras sociedades, caso em que o produto da venda destes bens também será empregado no pagamento dos credores.

O elemento que evidencia a viabilidade da cisão nesta hipótese é a constatação de que a empresa possui mais de uma atividade, e que uma ou

¹⁹³ “Já a cisão pode ser muito útil na resolução de problemas empresariais e societários, tais como: a) a separação de atividades econômicas em tantas pessoas jurídicas quantas forem necessárias; ou b) resolução de interesses profissionais e econômicos que já não convivem harmoniosamente na mesma sociedade.” JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 16-17.

algumas são lucrativas e que outras são deficitárias. Neste caso, isolando a atividade deficitária, providência que pode ser atingida pela cisão, garante-se a continuidade da atividade rentável da empresa. Por outro lado, se houver interesse de terceiros na aquisição dos bens e direitos relacionados a atividade deficitária, a cindida poderá transferir os mesmos ao terceiro mediante remuneração e aplicar os recursos arrecadados, ou as próprias ações ou quotas das sociedades que surgirem da cisão, no pagamento de credores, como bem observa GLADSTON MAMEDE¹⁹⁴:

Em empresas que concentrem operações diversas, pode-se cindir a sociedade para criar uma pessoa jurídica para cada operação empresarial, e, mesmo dispor que uma ou mais dessas sociedades empresárias terá suas quotas ou ações integralmente alienadas a terceiro, com o obtido sendo destinado ao pagamento dos credores, da mesma forma que se lhes pode dar a oportunidade de cessão de quotas ou ações em pagamento. Verifica-se na incorporação um processo de concentração empresarial a ser adotado quando vier a aumentar a eficácia da atuação da sociedade resultante, no sentido da redução de custos e/ou aumento de lucros. Buscando-se o resultado de ganhos de mercado.

Na segunda situação de adequação da cisão para sanear a empresa, o dissenso entre os sócios, muitas vezes em verdadeiro estado de guerrilha, é que gera a crise econômico e financeira. Neste caso, por meio de uma operação de cisão parcial ou total eles poderão dividir o patrimônio ativo e passivo da sociedade proporcionalmente a participação de cada um no capital social, e prosseguirem separadamente na exploração do objeto social. JOSÉ WALDECY LUCENA¹⁹⁵ também destaca o uso da cisão como meio de superar problemas de relacionamento entre sócios:

Vários são os motivos que levam uma sociedade a cindir-se e que vão desde os suso elencados para a incorporação e fusão, mormente na cisão com incorporação, até os gerados pelo “gigantismo ou para criar filiais comuns”, e até mesmo os que têm o fim de “compor conflitos entre sócios desavindos”, ou evitar problemas fiscais ou de abuso de poder econômico.

Tratando as operações societárias em termos gerais, referindo-se portanto à cisão, fusão e incorporação de empresas conjuntamente, LÚCIA HELENA BRISKI YOUNG¹⁹⁶, citando Edmar Oliveira Andrade Filho, relaciona funções destas

¹⁹⁴ MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. p. 234.

¹⁹⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. 3ª Ed. São Paulo: Renovar, 2005, ps. 635-636.

¹⁹⁶ YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário – Fusão, Cisão e Incorporação**. 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 21-22.

operações. Entre as funções relacionadas que merecem destaque em função do objeto deste estudo estão a separação dos sócios e o fomento ou viabilização do descarte de atividades de baixo retorno, já devidamente tratadas acima. Relacionada especificamente à cisão, a lição por ela citada traz outra função, qual seja, dividir e racionalizar a gestão administrativa ou operacional da empresa:

Edmar Oliveira Andrade Filho elenca como destinação das reorganizações societárias:

- a) separar sócios;
- b) dividir e racionalizar a gestão administrativa ou operacional da empresa;
- c) resolver, antecipadamente, problemas relacionados com a sucessão empresarial ou a sucessão civil dos sócios;
- d) abreviar o acesso a mercados;
- e) obter a combinação de recursos;
- f) fomentar ou viabilizar o descarte de atividades de baixo retorno;
- g) prover a aquisição de fonte segura de suprimentos etc.

As características e efeitos gerados pela cisão conferem a ela a possibilidade de dividir e racionalizar a gestão administrativa ou operacional da empresa. Portanto, nos casos em que a crise econômico-financeira decorre da estrutura da empresa, especialmente da desorganização no âmbito administrativo ou operacional, os sócios podem propor como meio de recuperar a empresa a realização de uma operação de cisão total ou parcial com o objetivo de fracioná-la em duas ou mais partes e, assim, reorganizar estas partes menores para, sendo o caso, futuramente reuni-las novamente através de fusão ou incorporação.

Esta forma de recuperação torna-se ainda mais interessante quando se leva em conta, como já analisado no quarto capítulo e bem observado por ARNALDO RIZZARDO¹⁹⁷, que na cisão, assim como na incorporação e na fusão, não há incidência do imposto de transmissão sobre a transferência dos bens imóveis de uma sociedade para outra, salvo quando a atividade preponderante da sociedade for arrendamento mercantil, locação ou venda de imóveis da sociedade adquirente.

¹⁹⁷ “Na incorporação, fusão e cisão não incide o imposto de transmissão na transferência dos bens de uma sociedade para outra, a menos que preponderante a atividade de locação e venda de imóveis da sociedade adquirente, assunto objeto de análise no estudo dessas formas de transformação nas demais sociedades.” RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 649.

MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES e ALBERTO GOSSON JORGE JUNIOR¹⁹⁸ apontam a cisão como forma de individualizar estabelecimento comercial¹⁹⁹ do patrimônio da empresa para realizar os mais variados negócios jurídicos com por exemplo trespasse, que é a venda do estabelecimento, ou arrendamento, prática lícita segundo o artigo 1.143²⁰⁰ do Código Civil:

A figura do estabelecimento, embora de há muito tratada na doutrina, somente se viu conceitualmente presente na legislação com o novo Código Civil, não obstante, a Lei Falimentar de 1945, bem como a atual, tem se valido da figura do “principal estabelecimento” para definir a competência do juízo da falência ou da recuperação. Pelo novo Código Civil, da leitura do art. 1.142, combinado com o art. 90, vê-se que pouca atenção se dava ao modo de se destacarem na escrita do empresário os elementos componentes do estabelecimento. Fato este que passa a ser importante para permitir sua utilização como bem do ativo que, segundo o art. 1.143 do Código Civil, pode o estabelecimento ser objeto de negócios jurídicos, dos mais variados tipos, como o seu arrendamento ou o seu trespasse, pois para tanto é necessário descrever todos os bens que compõem a universalidade de fato, “em bloco, como diz a Lei Falimentar.

Sob este ponto de vista, a empresa que passa por crise econômico-financeira pode propor como meio de recuperação a realização de operação de cisão para destacar de seu patrimônio determinado estabelecimento para alienar ou mesmo arrendá-lo a terceiro. Neste caso, a receita da venda, trespasse, ou do arrendamento, poderá ser empregada no pagamento dos credores da sociedade.

Já nas sociedades em que os credores estejam dispostos a receber bens da sociedade como forma de pagamento de seus créditos, a dação em pagamento prevista no artigo 356²⁰¹ do Código Civil, e estes bens não sejam indispensáveis para o cumprimento do seu objeto social, é possível realizar cisão da empresa destacando estes bens e incorporando-os ao patrimônio dos credores como forma de quitação de débitos, conforme suscita GLADSTON MAMEDE²⁰². Nesta hipótese há que dar especial atenção aos valores dos créditos para verificar se tais valores justificam a operação de cisão e ela seja viável economicamente.

¹⁹⁸ SALLES, Marcos de Almeida; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, ps. 268-269.

¹⁹⁹ “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

²⁰⁰ “Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.”

²⁰¹ “Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.”

²⁰² “A cisão pode dar origem, igualmente, a uma incorporação por fusão da parte cindida com outra sociedade, inclusive que seja credora.” MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo. 2006. Ed. Atlas. ps. 234.

Portanto, a cisão é meio eficaz de recuperar a empresa em crise econômico-financeira nas seguintes hipóteses: a) quando a empresa possui mais de uma atividade econômica e os sócios e administradores constatam que a crise decorre do resultado negativo gerado por algumas destas atividades, situação em que os bens relacionados a estas atividades deficitárias podem ser destacados da sociedade e, mediante incorporação em sociedade já existente, ou em sociedade constituída para este fim, podem ser alienados e o produto obtido com a venda empregado no pagamento dos credores; b) quando houver desentendimento entre os sócios estiver afetando o resultado da empresa e os sócios constatam que esta é a causa para a crise econômico-financeira, hipótese em que pela cisão total ou parcial podem partilhar os bens da sociedade proporcionalmente a participação de cada um no capital social, e prosseguirem isoladamente na exploração da atividade econômica; c) quando a causa da crise econômico-financeira está relacionada a estrutura da empresa, especialmente da desorganização no âmbito administrativo ou operacional, hipótese em que os sócios podem propor como meio de recuperar a empresa a realização de uma operação de cisão total ou parcial com o objetivo de fracioná-la em duas ou mais partes e, assim, reorganizar estas partes menores para, sendo o caso, futuramente reuni-las novamente através de fusão ou incorporação; d) a empresa dispõem de estabelecimento comercial que possa ser objeto de venda ou arrendamento, e o resultado desta operação seja suficiente para pagamento dos credores; e) os credores aceitarem receber como pagamento de seus créditos bens da sociedade, e estes bens não sejam indispensáveis para o cumprimento do seu objeto social, caso em que a cisão poderá destacar estes bens da sociedade devedora e incorporá-los à credora como forma de quitar débitos.

Por tudo o que restou exposto acima resta provado que tanto a cisão, quando a fusão e a incorporação de empresas em determinadas situações práticas são meios eficazes de recuperar a empresa e, portanto, mecanismos adequados para a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e dos interesses dos credores, viabilizando a preservação da empresa para que cumpra sua função social.

CONCLUSÃO

A importância das pessoas jurídicas no cenário atual, seja no âmbito econômico ou social, revela que este ente personalizado, sujeito de direitos e obrigações portanto, possui uma função social. Esta função social se revela nos empregos gerados, na criação de riqueza e sua distribuição, na geração de novas tecnologias, na geração de tributos, receitas com as quais o Poder Público cumpre suas funções constitucionais, enfim, nos benefícios que gera à coletividade.

Diante destes benefícios gerados, e de sua imprescindibilidade para o desenvolvimento social e econômico, as pessoas jurídicas necessitam de um ambiente favorável para serem criadas, se desenvolverem e gerar os frutos delas esperados. Para evitar que adversidades que comprometam a sobrevivência da pessoa jurídica, e a manutenção de sua função social e dos benefícios por ela gerados, devem ser criados mecanismos de preservação da pessoa jurídica.

Atendendo a este escopo de preservação da pessoa jurídica para que ela cumpra sua função social, a Lei 11.101/05 criou a figura da Recuperação de Empresas, que substituiu a defasada concordata regida pelo Decreto 7.661/45.

Sob a égide da Lei 11.101/05, a pessoa jurídica que passa por dificuldades financeiras, a chamada crise econômico-financeira, pode usar de um remédio jurídico para curar-se e ser preservada sua função social. Este remédio é a Recuperação de Empresas, que pode ocorrer pela forma judicial ou extrajudicial.

Optando pela recuperação judicial, pessoa jurídica deverá elaborar um plano de recuperação. Neste documento, que será levado ao conhecimento e apreciação dos credores, ela evidenciará os motivos da crise, os fatos que levaram à situação de insolvência, apresentará as medidas que tomará para contornar estas dificuldades e voltar a ser solvente, e demonstrará a viabilidade econômica do plano, ou seja, que implantando as medidas de recuperação apontadas, conseguirá contornar as dificuldades e retomar o caminho da estabilidade e crescimento.

Entre os meios de recuperar a empresa previstos no artigo 50 da Lei 11.101/05, rol que como visto não é exaustivo, estão as operações societárias de cisão, fusão e incorporação de empresas.

Quando a empresa passa por dificuldades financeiras, as primeiras medidas avaliadas por sócios e administradores para superar a adversidade são a redução de custos e despesas, o aumento do preço do produto ou serviço, o aumento da produção, a procura por novos mercados, a realização de planejamento tributário, a criação de novos produtos e serviços. Dificilmente em um primeiro momento a sugestão é alterar a estrutura da empresa para superar a crise. Pois é justamente esta medida, mudança na estrutura da pessoa jurídica, que o legislador propõe com a cisão, a fusão e a incorporação de empresas.

Diante desta alternativa de superar as dificuldades pela mudança da estrutura da empresa atingida por cisão, fusão e incorporação de empresas, há que se avaliar se estas operações societárias realmente podem ser eficazes no combate das causas da insolvência ou não, e para quais causas de insolvência seriam eficazes e poderiam ser aceitas pelos credores como meio de recuperação.

O estudo dos princípios da função social e da preservação da empresa, da formatação da recuperação judicial segundo a Lei 11.101/05, e das características e particularidades das operações societárias de cisão, fusão e incorporação formaram o suporte teórico necessário à resposta das questões de pesquisa, quais sejam: A cisão, a fusão e a incorporação de empresas podem ser meios eficazes para contornar a crise econômico-financeira da empresa para preservá-la para cumprir sua função social? Sendo a cisão, a fusão e a incorporação de empresas meios eficazes de contornar a insolvência, para quais causas de crise econômico-financeira estas operações societárias são remédios adequados para conduzir a empresa à solvabilidade?

O estudo realizado, em que pese a falta de bibliografia específica sobre o tema central, situações em que a cisão a fusão e a incorporação são meios de contornar a crise econômico-financeira, constatou que o legislador acertou ao incluir entre o rol de meios de recuperação de empresas previsto no artigo 50 da Lei 11.101/05 estas operações societárias. Portanto, a resposta da primeira pergunta de pesquisa é positiva, a cisão, a fusão e a incorporação de empresas são meios adequados para contornar determinadas causas de insolvência.

Constado que a cisão, a fusão e a incorporação de empresas podem ser meios de contornar a crise econômico-financeira da empresa, faltava a resposta da

segunda questão de pesquisa, situações de insolvência em que estas operações societárias são meios adequados de recuperação.

Na resposta a segunda questão de pesquisa, em que pese não ter sido encontrada tão facilmente em virtude da escassez de doutrina sobre o tema, partindo das características de cada uma das operações societárias objeto de estudo, foi possível apurar hipóteses de adequação da cisão, da fusão e da incorporação como meios de recuperar a empresa e superar a crise econômico-financeira.

Considerando a familiaridade da incorporação e da fusão de empresas, reunião do patrimônio de duas ou mais empresas, foram apuradas as seguintes hipóteses como situações em que estas operações societárias são meios eficazes de contornar a situação de crise econômico-financeira: a) quando a crise econômico-financeira decorre dos elevados custos administrativos e operacionais em comparação com a receita da empresa; b) quando a capacidade de produção não está sendo completamente explorada em virtude da falta de demanda por seus produtos ou serviços, e a empresa necessita de novos mercados para colocar seu produto e não possui recursos para fazer os investimentos necessários para ingressar nestes mercados; c) quando a empresa constata que pode barganhar melhores condições de preço e forma de pagamento de seus insumos se adquirir em maior quantidade, bem como melhor preço e forma de pagamento de seus produtos e serviços se tiver maior participação no mercado consumidor; d) quando a incorporação de empresas primárias ou complementares, ou fusão com as mesmas, facilitar o acesso a matérias primas escassas no mercado; e d) quando a crise econômico-financeira é motivada por defasagem tecnologia, e a incorporação ou fusão representa possibilidade de acessar as tecnologias necessárias a viabilizar a empresa.

Estas, entre outras que certamente podem ser detectadas no cotidiano, são algumas situações em que a realização de operação de incorporação ou fusão contribui para preservar a empresa e sua função social.

No que tange à opção entre a operação de incorporação e fusão, depende da intenção dos sócios e administradores com a operação e das particularidades das empresas envolvidas. Isto porque ambas operações tem como ponto em comum a união e patrimônios, sendo que na incorporação a incorporadora segue existindo e a

incorporada é extinta, enquanto que na fusão as empresas fusionadas são extintas e surge uma nova personalidade jurídica.

Já a cisão é meio eficaz de recuperar a empresa em crise econômico-financeira nas seguintes hipóteses: a) quando a empresa possui mais de uma atividade econômica e os sócios e administradores constatam que a crise decorre do resultado negativo gerado por algumas destas atividades, situação em que os bens relacionados a estas atividades deficitárias podem ser destacados da sociedade e, mediante incorporação em sociedade já existente, ou em sociedade constituída para este fim, podem ser alienados e o produto obtido com a venda empregado no pagamento dos credores; b) quando houver desentendimento entre os sócios estiver afetando o resultado da empresa e os sócios constatam que esta é a causa para a crise econômico-financeira, hipótese em que pela cisão total ou parcial podem partilhar os bens da sociedade proporcionalmente a participação de cada um no capital social, e prosseguirem isoladamente na exploração da atividade econômica; c) quando a causa da crise econômico-financeira está relacionada a estrutura da empresa, especialmente da desorganização no âmbito administrativo ou operacional, hipótese em que os sócios podem propor como meio de recuperar a empresa a realização de uma operação de cisão total ou parcial com o objetivo de fracioná-la em duas ou mais partes e, assim, reorganizar estas partes menores para, sendo o caso, futuramente reuni-las novamente através de fusão ou incorporação; d) a empresa dispõem de estabelecimento comercial que possa ser objeto de venda ou arrendamento, e o resultado desta operação seja suficiente para pagamento dos credores; e) os credores desejarem receber como pagamento de seus créditos bens da sociedade, e estes bens não forem indispensáveis para o cumprimento do seu objeto social, a cisão poderá destacar estes bens da sociedade devedora e incorporá-los à credora como forma de quitar débitos.

Diante das informações coletadas no curso deste estudo resta demonstrado que pela função social que exercem, é inquestionável a importância das empresas em nossa sociedade, razão pela qual devem ser preservadas. Um aliado deste princípio da preservação da empresa é a recuperação judicial, que traz como meio eficaz de contornar a crise econômico financeira em determinadas situações a cisão, fusão e incorporação de empresas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes. **A Natureza Institucional da Empresa**. In Revista Literária de Direito, Fevereiro/Março de 2001.

ALVIM, Arruda. **A função social dos contratos no novo código civil**. In RT. V. 815, set/2003.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

BOTREL, Sérgio. **Direito Societário Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos** – Interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2009.

BULGARELLI, Waldírio. **Manual das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Atlas. 1988.

BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de Direito Empresarial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; AZEVEDO, Luís André N. de Moura. **Poder de Controle e Outros Temas de Direito Societário e Mercados de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, vol. 3.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva. 1995.

COMTE, Auguste. **Coleção Grandes Cientistas Sociais**. Organizador José Albertino Rodrigues. São Paulo: Editora Ática. 1989.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Banca, Bolsa e Crédito** – Estudos de direito comercial e de direito da economia. Coimbra: Almedina. 1990.

DE LUCCA, Newton, DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. **Direito Recuperacional**. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios**. São Paulo: Atlas. 2005.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva. 1965.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. **A Função Social da Empresa.** *In* RT. São Paulo, v. 810. 2003.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa.** São Paulo: Malheiros. 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. **Recuperação e Falência Lei 11.101.05.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

JUNIOR, Ecio Perin. **Curso de Direito Falimentar e de Recuperação de Empresas.** 3ª Ed. São Paulo: Método. 2006.

JUNIOR, Ecio Perin. **Preservação da Empresa na Lei de Falências.** São Paulo: Saraiva. 2009.

JUNIOR, Pedro Anan. **Fusão, Cisão e Incorporação de Sociedades – Teoria e Prática.** 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

JUNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de Direito Comercial.** 10ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009

LACERDA, João Cândido Sampaio. **Manual de Direito Falimentar.** 13ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1996.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa; CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Função Social do Direito.** Coordenadores Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2007.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas.** 3ª Ed. São Paulo: Renovar. 2005.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010, vol. 1.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas.** São Paulo: Atlas. 2006, vol. 4.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas. 2009.

MARITAIN, Jacques. Apud Gustavo Corção. **Três alqueires e uma Vaca.** Rio de Janeiro: Agir.

MARTINS, Eliseu. **Avaliação de Empresas: Da mensuração contábil à econômica.** São Paulo: Atlas. 2001.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro.** *In* RT, v. 801, jul/2002.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e da Empresa.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2009, vol. 3.

NETO, Ezequiel de Melo Campos. **Cisão das Sociedades Limitadas.** Rio de Janeiro: Forense. 2004.

NETO, Luiz Inácio Vigil. **Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências.** São Paulo: Thompson IOB. 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della prorietà.** Camerino: Jovene Editora. 1971.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário.** São Paulo: Campus. 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial.** 4ª Ed. Salvador: JusPodivm. 2010.

REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio.** Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1959.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 14ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1995. vol. 2.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar.** 17ª Ed. atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva. 1998, vol. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos:** autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas. 2002.

ROVIT, David Harding Sam. **Garantindo o Sucesso em Fusões e Aquisições.** São Paulo: Campus. 2005.

SÁ, Antonio Lopes de; SÁ, Ana Maria Lopes de. **Dicionário de Contabilidade.** 9ª Ed. São Paulo: Atlas. 1995.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados.** São Paulo: Campus. 2006.

SALLES, Marcos de Almeida; JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos.** São Paulo: Quartier Latin. 2009.

SALOMÃO FILHO. Calixto. **O Novo Direito Societário.** São Paulo: Malheiros. 2002.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social do Contrato**. 2ª Ed. São Paulo: Método. 2004.

SANTOS, Paulo Penalva. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. 2009. Ed. Forense.

SANTOS, Paulo Penalva. **O Projeto de Recuperação da Empresa**. Revista de Direito mercantil, São Paulo: Malheiros, v.117, jan./mar. 2000

SCHIMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz dos; KLOECKNER, Gilberto. **Avaliação de Empresas**. São Paulo: Atlas. 2006.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Comentários à lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SZTAJN, Rachel. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Lei 11.101/2005 – Artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa – Atividade empresária e mercados**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2010.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e Recuperação da Empresa em Crise**. Rio de Janeiro: Campus. 2008.

TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos - Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2ª Ed. São Paulo: Método. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. **Direito Recuperacional Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial 2**. São Paulo: Malheiros. 2006.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG Ivo. **Fusão, Cisão, Incorporação e Temas Correlatos**. São Paulo. 2009. Quartier Latin.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro. 2009.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário** – Fusão, Cisão e Incorporação. 6ª Ed. Curitiba: Juruá. 2010.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia** – Análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Campus. 2005.