

ANA BEATRIZ BIACCHI BRAITBACH

FUSÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA

**CURITIBA
2003**

ANA BEATRIZ BIACCHI BRAITBACH

FUSÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA

Monografia apresentada como requisito parcial para graduação no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2003


TERMO DE APROVAÇÃO


ANA BEATRIZ BIACCHI BRAITBACH

FUSÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA

Monografia aprovada como requisito parcial para a graduação no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Edson Isfer
Departamento de Direito, UFPR


Prof. Dr. Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Departamento de Direito, UFPR


Prof. Dr. Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Departamento de Direito, UFPR

Curitiba, 03 de novembro de 2003

SUMÁRIO

RESUMO	ix
1 INTRODUÇÃO	1
2 A EMPRESA E SUA IMPORTÂNCIA	4
2.1 CONCEITO DE EMPRESA E DE SOCIEDADE.....	5
2.2 A SOCIEDADE ANÔNIMA COMO INSTITUIÇÃO	10
2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA	13
2.4 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATIVIDADE COMERCIAL	18
2.4.1 Princípios constitucionais	18
2.4.2 Princípio da preservação da empresa	21
3 A FUSÃO COMO FORMA DE MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE COMERCIAL	24
3.1 FENÔMENO CONCENTRACIONISTA NO BRASIL	24
3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA FUSÃO	26
3.3 FUSÃO NO CÓDIGO CIVIL	30
3.4 PROCEDIMENTO DA FUSÃO	32
3.5 MOTIVOS E OBJETIVOS DA FUSÃO	34
3.6 A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS FRENTE À FUSÃO	37
3.7 A FUSÃO E O DIREITO DOS CREDORES	42
3.8 FUSÃO E A MANUTENÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO	45
4 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

RESUMO

As sociedades anônimas, por serem aptas a concentrar grandes volumes de capital, desempenham atividades que necessitam de elevadas somas. Tal é a importância da atividade desenvolvida por elas que se torna difícil encontrar um produto ou serviço no qual não haja a participação de uma grande companhia. A fusão pode ser um meio adotado para que a sociedade continue desenvolvendo suas atividades, ou ainda para que as desempenhe melhor, possibilitando mais chances de competir em um mercado globalizado, sem, contudo, visar a dominação de mercado capaz de torná-la ilícita. Têm os sócios, assim como para os credores sociais, direitos assegurados a fim de evitar que a fusão lhes cause prejuízos, porém isso não quer dizer que a fusão esteja a favor de seus interesses, pelo contrário, ela deve ser vista como um mecanismo utilizado de acordo com os interesses da sociedade.

Palavras-chave: FUSÃO, sociedade anônima, sócios, lucro, fim social, atividade.

1 INTRODUÇÃO

A empresa, vista como uma atividade econômica organizada destinada à produção de bens e prestação de serviços, surgiu com a Revolução Industrial no século XVII.

Hoje, é também disciplinada pelo Código Civil¹ sendo inegável o importante papel que desempenha na sociedade, gerando riquezas através dos bens produzidos e mão-de-obra empregada. No Brasil, a maior parte do trabalho assalariado decorre da entrega da força de trabalho à empresa. Ademais, dependem dela não só seus empregados, mas os consumidores, as outras empresas que a ela fornecem matéria-prima, os prestadores de serviço e os investidores de capital, fazendo com que haja uma ramificação de atividades das quais o início do “ramo” é uma empresa.

Segundo Fabio K. COMPARATO² “se se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.”

Cada empresa tem sua importância. Algumas porém, devido à atividade exercida ou ao volume de riquezas que gera, tem uma importância maior para o país devendo ter um tratamento legal diferenciado. Isso em nada violaria o princípio constitucional da igualdade tendo em vista que embora sejam empresas, não se pode ter como iguais, a ponto de dar o mesmo tratamento, uma companhia exploradora de petróleo e uma confeitaria, dada a maior relevância da primeira para o interesse público.

A atividade empresarial não pode ser vista como algo ligado apenas à esfera de particulares. Prova disso são as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Ademais, há empresas que embora pertençam a particulares, como por exemplo, um banco, um laboratório de medicamentos ou uma escola, desempenham atividades de que toda a coletividade necessita, sendo portadoras

¹ O Código Civil Brasileiro regulamenta, em seu Livro II, o Direito de Empresa.

² COMPARATO, F. K.. **Direito Empresarial**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03.

de uma verdadeira função social. Daí a importância de se criar mecanismos de proteção e preservação da atividade empresarial, principalmente no que se refere às sociedades anônimas.

Quando uma grande sociedade empresária entra em crise, isso gera não só perdas internas para seus sócios, investidores e empregados, mas externas, ou seja, para seus credores, consumidores, que não vão mais dispor daquele produto, ou terão que comprar um de preço maior ou qualidade inferior, fornecedores, atividades satélites e para a própria economia do país (diminuição da arrecadação dos impostos), atingindo assim todos os “ramos” que dela se originaram ou que dela dependem.

Um dos princípios que informam o Direito Comercial é o da manutenção da empresa. Esse princípio vem ao encontro, não dos interesses particulares e, sim, dos interesses públicos tendo em vista a importância da atividade empresarial para o crescimento e desenvolvimento do país.

O Direito Comercial é responsável por fornecer regras que orientam as estruturas da empresa no que se refere à sua criação, direção, situação jurídica dos seus bens e relação com outras empresas. Waldirio BULGARELLI³ diz que a sociedade anônima não deve ser vista como uma organização de um grupo de pessoas que explora uma empresa e, sim, como uma técnica de organização de empresas. A sociedade seria, portanto, um conjunto de técnicas, regras e mecanismos que possibilitariam a organização jurídica e a vida da empresa⁴.

Pode hoje, uma empresa alemã, que não tem estabelecimento algum no Brasil, retirar de empresas nacionais um consumidor brasileiro através da *internet*. As trocas nunca foram tão rápidas e dinâmicas como agora, os capitais e a produção deslocam-se entre os países com rapidez, sendo necessário, portanto, o fortalecimento das empresas nacionais (principalmente das sociedades anônimas) a fim de assegurar sua competitividade interna e ganho do mercado externo em

³ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.37-38.

⁴ *id.* O fenômeno da concentração seria um dos fatores que contribuíram para esse entendimento, na medida em que a concentração de empresas realizou-se principalmente através de concentrações societárias.

uma realidade onde o capital não tem pátria e o comércio é para todos. Em uma época de rápida evolução tecnológica, onde a economia e a competição são globalizadas, devem as empresas, para sobreviverem, buscar mecanismos que possibilitem maximizar seus ganhos, diminuir seus custos e melhorar a qualidade dos produtos e serviços.

Para evitar que uma sociedade empresária entre em crise ou para fortalecê-la, aumentando sua competitividade frente às multinacionais, melhorando qualitativamente e quantitativamente sua produção, pode-se adotar o mecanismo jurídico da fusão, vista como uma forma de concentração.

A importância das empresas pela função social de que são portadoras, principalmente a sociedade anônima, e a fusão dessas sociedades como forma de manutenção e preservação da atividade comercial são as principais questões a serem tratadas neste trabalho.

2 A EMPRESA E SUA IMPORTÂNCIA

No Brasil, o aparecimento da grande indústria e do comércio em grande escala, surgiu após a Primeira Guerra Mundial, devido às dificuldades de importação que o país enfrentava.

Hoje, tem-se a empresa como um dos pilares do Direito moderno (ao lado da propriedade, do contrato...) sendo, por um lado, o centro do direito das atividades econômicas (relações entre empresas e entre esta e o mercado) e de outro, o centro do direito econômico (controle estatal sobre as atividades privadas).

A empresa é uma entidade com três facetas: econômica (circulação de bens), social (união de capital e trabalho) e jurídica (complexo de direitos e obrigações se revestindo, principalmente⁵, através da forma de sociedade).

Com a evolução tecnológica, a empresa se transformou em uma rede onde todos dão sua parcela de contribuição. Abandona-se a idéia da pirâmide, onde o capital ocupa o topo e o trabalho a base. Retira-se a idéia de conflito e passa-se para a de cooperação e parceria entre os acionistas minoritários, majoritários, preferenciais, consumidores, trabalhadores e nação. Há uma democratização da empresa onde os diversos interesses tem de encontrar o justo equilíbrio⁶.

É inegável que ela é a base da sociedade contemporânea, exercendo influência sobre o panorama político, social, econômico, cultural e comportamental. Fabio Konder COMPARATO⁷, a respeito do assunto, diz que instituições tradicionalmente avessas aos negócios, como escolas, hospitais, clubes esportivos, passaram a adotar valores tipicamente ligados às empresas, como por exemplo, eficiência, economicidade e inovação.

Por fazer parte do cotidiano da vida do homem⁸, a empresa é uma realidade captada facilmente. Por mais leiga que seja a pessoa ela terá noção do que seja

⁵ Pois não se pode desconsiderar o empresário individual.

⁶ WALD, Arnold. O Novo Código Civil. **A Empresa no Código Civil**. Brasília, junho/2003.

⁷ *Id.*

⁸ Isso ocorre pois por mais que o homem não trabalhe na empresa, ele é consumidor, sujeito de direitos e integrante da nação, estando sujeito as mudanças na política econômica que uma ou

empresa. Apesar disso, surge para o Direito a necessidade de estabelecer um conceito capaz de individualizá-la, conforme será visto no item abaixo.

Segundo Sttela Maris Nerone LACERDA⁹:

é necessário destacar que a empresa encontra-se nitidamente alterada, deixando de ser apenas o local onde se desenvolve a atividade comercial ou econômica, para ser uma das principais fontes de sustentação da própria sociedade e do governo, uma vez que é de suas atividades que são extraídos os tributos de ordem trabalhista, fiscal, previdenciária, entre outros...

Embora seja uma união de vários elementos (capital, trabalho, competência, esforço, criatividade, objetivos) deve-se levar em conta a diferença existente entre esses vários elementos que a compõem a fim de se dar o tratamento legislativo adequado, pois certamente há aquelas que apresentam maior interesse econômico, político e social para o país, sem falar na viabilidade. Sobre isso, Fabio Ulhoa COELHO¹⁰, falando sobre a falência, estabelece que há as más e as boas empresas, sendo a falência o único remédio para as primeiras a fim de que as segundas não sejam prejudicadas.

2.1 CONCEITO DE EMPRESA E DE SOCIEDADE

A empresa é conceituada economicamente como atividade especializada e profissional, exercida de forma organizada (capital e trabalho) destinada à produção de bens ou prestação de serviços para o mercado, ou seja, para a satisfação de necessidades alheias.

Elementos como a economicidade, a qual se expressa no equilíbrio entre ingressos e dispêndios e na criação de riquezas destinadas ao mercado, e a profissionalidade, traduzida pela habitualidade, estabilidade, continuidade e

várias empresas podem acarretar, ou ainda podem fazer valer seus direitos violados por uma atividade empresarial.

⁹ LACERDA, S. M. N. **Função Social da Empresa: um Princípio Constitucional em Construção**. Curitiba, 2002. 167f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 57.

desenvolvimento sistemático das atividades, devem estar presentes para que a atividade seja vista como empresarial, estando excluídas portanto as atividades exercidas de forma gratuita, por falta de economicidade, e as atividades eventuais por falta de profissionalidade. O problema surge, porém, quando se está diante de uma atividade intelectual que embora possa ser dotada de economicidade e profissionalidade não é considerada empresarial. Para isso surgem as mais diversas explicações para sua exclusão, dentre as quais isso ocorreria pela natureza dos bens ou serviços ofertados, ou ainda por um privilégio legal.

O conceito de empresa é um conceito próprio do âmbito econômico, porém procura-se estabelecer um conceito jurídico uma vez que há elementos da empresa que apresentam relevância para o direito. Ademais, o conceito jurídico também é buscado devido a necessidade de certeza, a fim de possibilitar segurança jurídica. Apesar disso, a própria doutrina reconhece a impossibilidade de estabelecer um conceito único. Vamos, contudo, tentar passar uma noção do que seja a empresa para o Direito.

Para Rubens REQUIÃO¹¹, o jurista trabalha sobre o conceito econômico a fim de formular a noção jurídica, levando em conta apenas os aspectos da empresa que interessem ao Direito Comercial. Entre esses aspectos estão: a empresa como idéia criadora (marcas, nome comercial...), a empresa como complexo de bens e a empresa como expressão da atividade do empresário (normas que subordinam o exercício da empresa a certas condições). A empresa, como entidade jurídica, é vista por este autor como uma abstração, uma vez que só há empresa, segundo ele, quando há atividade organizada por um empresário e, por ser abstrato o exercício de uma atividade, vê-se a empresa também como uma abstração¹².

¹⁰ COELHO, F. U. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.217-218, v.3.

¹¹ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p.42.

¹² Muitas vezes utiliza-se erroneamente a palavra empresa como sinônimo de estabelecimento, o que daria uma falsa idéia de concretização.

Para BULGARELLI¹³, a compreensão da empresa deve se dar através da noção de “empresarialidade”, ou seja, da conjugação dos conceitos de empresário, como aquele que age, de atividade, como sendo uma série de atos coordenados (organizados) destinados a um fim e de estabelecimento, como o conjunto de bens destinados ao exercício da atividade. Esta é vista como a essência da noção e do conceito, ainda que não unitário, de empresa. A empresa só nasce quando se inicia a atividade sob o comando do empresário, antes disso, ou sem isso, não há que se falar em empresa. Para que haja atividade devem estar presentes dois fatores: a efetividade, ou seja, só há atividade quando realmente há o seu exercício e o resultado, pois a atividade deve visar um objetivo a ser alcançado, devendo haver, contudo, uma organização capaz de possibilitar o alcance dos fins propostos.

Sttela LACERDA¹⁴, diz que o conceito jurídico de empresa continua sendo o econômico, já que o direito não o tornou jurídico, apenas adaptando-o às categorias jurídicas. A autora procura estabelecer uma noção do que seja empresa através da enumeração dos vários elementos que a compõe, a saber: “...a atividade, geradora de valor ou riqueza sob a coordenação do empresário, de maneira que a organização de bens, direitos e pessoas direcionadas ao desempenho de uma atividade, que tenha por objetivo a produção de riqueza ou a prestação de serviços, será referida como empresa.”

O Código Civil, assim como Rubens Requião, trata da empresa também como atividade. Em comentários ao Código Civil, Nelson NERY Junior e Rosa Maria de Andrade NERY¹⁵ dizem que a empresa “é a atividade organizada, de natureza privada, com objetivo de produção ou de circulação de bens e serviços no mercado.”

¹³ BULGARELLI, W. **A Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 202 e 213.

¹⁴ *Ibid.*, p. 54.

¹⁵ NERY, Nelson Junior; NERY, R. M. de A.. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 510.

Note-se, contudo, a dificuldade de se estabelecer elementos que identifiquem de forma única e universal o que seja uma empresa, dada as diferenças culturais, econômicas, sociais e legislativas existentes.

Embora a empresa seja vista como atividade econômica organizada, verifica-se que não há um conceito geral e único que possa ser aplicado em todos os países e a todos os ramos de conhecimento, dadas as particularidades e diferenças existentes. No próprio Direito, a palavra empresa varia de sentido conforme o diploma legal, a fim de ajustá-la as especificidades de cada matéria. Assim, o Direito do Trabalho utiliza por vezes tal termo como sinônimo de empregador, o Direito Administrativo faz menção a empresa pública como sendo aquela criada por autorização legal, sendo instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a regras especiais uma vez que é coadjuvante da ação governamental, sendo o capital formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas com predominância acionária residente na esfera federal¹⁶, o Direito Processual o utiliza como sinônimo de estabelecimento e assim ocorrem variações de sentido também no Direito Tributário, Comercial, do Consumidor e Econômico só para citar alguns exemplos.

Com relação à sociedade, é oportuna a diferença entre esta e a empresa apresentada pelos autores Efraín H. RICHARD e Orlando M. MUIÑO. Dizem eles que “urge poner en claro que tanto la empresa como la sociedad descansan en el elemento de la organización. Pero en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras que en la sociedad se organiza el empresario, el cual a su vez organiza la empresa como titular de ella.”¹⁷ Ademais, enquanto a sociedade é uma pessoa jurídica, a empresa não é, e por ser uma pessoa, a sociedade pode

¹⁶ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.172.

¹⁷ Urge esclarecer que tanto a empresa como a sociedade descansam no elemento organização. Mas na empresa se organizam os fatores de produção, enquanto na sociedade se organiza o empresário, o qual por sua vez organiza a empresa como titular dela. RICHARD, E. H.; MUIÑO, O. M. **Derecho Societário**. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1998, p.28.

ser empresária mas não empresa (assim como ocorre com as pessoas físicas, pois elas podem ser empresárias, mas nunca empresas).

Para Rubens REQUIÃO¹⁸ a sociedade é uma entidade constituída por várias pessoas, com objetivos econômicos, sendo comercial aquela que se destina à prática constante de atos de comércio. Acrescenta ainda que enquanto a sociedade comercial é sujeito de direito, a empresa é objeto de direito, e termina por dizer que tanto uma não se confunde com a outra que pode haver sociedade sem empresa, quando, por exemplo, duas pessoas formam o contrato social e o registram na Junta Comercial porém permanecem na inatividade.

Deste conceito é importante retirar o fato de que a sociedade é um ente, a fim de distingui-la de outras formas associativas.

Alfredo de Assis GONÇALVES Neto, por sua vez a define como sendo um “negócio jurídico destinado a se desprender do sujeito ou dos sujeitos que o produziram para atuar na ordem jurídica como novo sujeito criado para a prática de atos da vida civil destinados a preencher os fins que justificaram sua criação”.¹⁹

Ao contrário do que diz Rubens Requião, segundo o qual a sociedade é constituída por várias pessoas, para Alfredo de Assis Gonçalves Neto a sociedade pode ser criada por uma pessoa, dando como exemplo a sociedade subsidiária integral, a qual pode ser formada por uma única sociedade acionista.

Tem-se, pois que a sociedade é um ente, dotado de personalidade jurídica, podendo ou não ser formado por várias pessoas, não se confundindo com a empresa, embora ambas estejam interligadas.

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 51 e 216.

¹⁹ GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. **Manual de Direito Comercial**. 2ªed. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p.108.

2.2 A SOCIEDADE ANÔNIMA COMO INSTITUIÇÃO

Esse tópico tem como objetivo analisar a função da sociedade, principalmente a anônima. Para isso há basicamente três teorias que procuram explicar tal função.

A primeira delas é a Teoria Contratualista clássica, para a qual o interesse social coincide com o interesse do grupo de sócios. Tem-se com isso que o interesse social pode variar conforme varie o interesse dos sócios que atualmente fazem parte do grupo. Já para o contratualismo moderno, essa noção foi revista e passou-se a identificar como interesse social o de obter a maximização do valor de venda das ações. É o que ocorre no modelo norte-americano, o que explica falsos balanços nas empresas e auditorias maquiadas, tudo com o intuito de aumentar o valor das ações no mercado²⁰.

Uma outra corrente, denominada de Teoria Institucionalista Publicista, foi desenvolvida por W. Rathenau²¹, em uma época na qual a Alemanha sofria os efeitos pós-primeira guerra mundial.

Visando evitar a invasão do capital estrangeiro e vendo na grande sociedade um mecanismo de reerguimento econômico de seu país, admitiu-se a substituição temporária dos fins societários de maximização de lucros, por fins destinados à recuperar a economia do país. Houve com isso uma institucionalização das companhias “mediante sua sujeição aos fins públicos, em detrimento das prerrogativas dos acionistas e da visão privatista da sociedade anônima. Esse o motivo da delegação de poderes aos administradores e de serem eles responsáveis apenas perante o grupo de controladores.”²² Em suma, essa teoria pregava a prevalência do interesse social sobre o interesse dos sócios.

²⁰ SALOMÃO, C. F. **O Novo Direito Societário**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.26-30.

²¹ É importante ressaltar que segundo Rubens Requião a teoria institucionalista deve-se a Hauriou, embora autores como Calixto Salomão Filho a atribuam a Rathenau. (REQUIÃO, 1975, p.231).

²² CARVALHOSA, M. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 424, v.2.

Mais tarde passou-se a questionar o fato de não haver, nas sociedades por ações, o reconhecimento e a tutela dos vários interesses que dela faziam parte (trabalhadores, sócios e coletividade). Surgiu então o Institucionalismo Integracionista ou organizativo, pelo qual admitiu-se a participação operária nos órgãos diretivos das grandes empresas. Segundo Calixto SALOMÃO Filho²³, isso foi uma “forma de proteção do próprio sistema capitalista, porque tentam resolver o conflito entre capital e trabalho dentro da empresa, integrando e não marginalizando os trabalhadores das decisões relativas ao processo produtivo do qual participam.”

Joaquín GARRIGUES²⁴ diz que a participação do operário nos órgãos diretivos da sociedade ocorreu quando o Estado percebeu que, embora sejam eles um elemento produtivo, não participavam, junto com o capital, da direção da empresa. Mostra-se, contudo, contra a participação dos operários nos Conselhos de Administração, uma vez que, segundo o autor, isso seria “levar o problema da participação dos operários para fora de seu campo próprio, que é o da empresa, transferindo-o a um campo impróprio, como o é o pólo capitalista da sociedade, que não pode se confundir com a empresa.” Ademais, estariam em uma situação de inferioridade, não só numérica, mas de competência para gerir problemas que dizem respeito ao capital.

Já Fabio Konder COMPARATO²⁵ se mostra favorável a participação dos trabalhadores nos lucros, bem como no Conselho de Administração, porém é contra a idéia da comunidade participar deste conselho, pois entende que a empresa deve ser administrada por seus integrantes e não por estranhos. Têm, o Estado, assim como a sociedade civil, mera competência “corretiva e de fiscalização”.

Há ainda uma outra teoria, chamada de Organicista, a qual sugere que a companhia seja capaz de resolver os conflitos de interesses através da

²³ SALOMÃO, C. F. **O Novo Direito Societário**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.34.

²⁴ GARRIGUES, J. **Problemas Atuais das Sociedades Anônimas**. [s.l.]. Tradução de: Norberto da Costa e Caruso Mac Donald. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982, p. 19-20.

organização. O conflito seria resolvido nos órgãos societários “através da incorporação no órgão de todos os agentes que têm interesse ou sofrem as conseqüências, ou através da criação de órgãos independentes, não passíveis de ser influenciados pelos interesses conflitantes”²⁶, o que proporcionaria a redução dos custos de transação entre capital e trabalho. Calixto SALOMÃO Filho²⁷, defende a teoria organizativa pelo fato de ela congregar a intenção de lucro dos contratualistas, na medida em que há a redução dos custos com transação, e a intenção dos institucionalistas em transformar a sociedade em uma “célula social propulsora do desenvolvimento”, na medida em que integra interesses e se preocupa com a solução dos mesmos. Para este autor, a teoria organizativa não é um retorno ao individualismo dos contratualistas mas sim um passo em direção a um institucionalismo na defesa do interesse público.

A legislação brasileira de Sociedades Anônimas, através da lei 6.404/76, adotou uma posição preponderantemente institucionalista, conforme se verifica através da leitura dos artigos 116, parágrafo único, 117, parágrafo primeiro, 154 e 238 desta lei, os quais condicionam as atividades do controlador e do administrador da companhia ao respeito do interesse público e ao alcance do interesse social, o qual não se confunde com o dos sócios, sob pena de serem responsabilizados por abuso e desvio de poder.

Conclui-se, portanto, que o interesse da empresa não pode ser identificado com o interesse dos sócios, como quer a Teoria Contratualista, já que a própria legislação brasileira que trata das S.A. prevê, como se verá no item abaixo, um interesse social voltado para o respeito à comunidade e levando em conta o interesse público. Também não pode o interesse da empresa ser voltado à auto preservação como querem os institucionalistas publicistas, pois isso não é capaz de harmonizar os diversos interesses. O ideal seria que houvesse um ajustamento entre tais correntes a fim de atender ao interesse dos acionistas na busca do lucro

²⁵ *Ibid.* p.22-23.

²⁶ SALOMÃO, C. F. **O Novo Direito Societário**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.80.

²⁷ *Ibid.* p. 49.

e de se ver a companhia como verdadeiro núcleo social, para o qual convergem vários interesses sobre os quais deve-se buscar uma harmonização²⁸.

2.3 FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA

Dada a relevância que as empresas apresentam para a comunidade e importância para a estabilidade e desenvolvimento do sistema econômico de um país, fica claro que não se deve deixar que a atividade empresarial tenha seus rumos ditados exclusivamente pela iniciativa privada, devendo haver um controle estatal, ou seja, a publicização da atividade privada.

Por ser uma forma de propriedade²⁹, as empresas são portadoras de uma função social que deve ser respeitada e exercida conforme os ditames legais. O ordenamento jurídico, ao reconhecer o direito subjetivo de propriedade, condiciona o seu exercício a um dever de utilizá-la respeitando o interesse público e contribuindo para ele. Cabe, pois, à sociedade anônima, respeitar tais princípios na medida em que ela é uma corporação que tem por finalidade explorar uma empresa.

Falar em função, para o direito, é, segundo Fabio Konder COMPARATO³⁰ falar em “um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular.”

A Lei nº 6.404/76 que trata das Sociedades Anônimas, reconheceu a função social que essa forma de sociedade deve desempenhar, na medida em que dispôs em seu artigo 116, parágrafo único, o dever do acionista controlador em utilizar seu poder a fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir com sua função social, tendo deveres não só com os acionistas da companhia e com

²⁸ Institucionalismo de Hauriou

²⁹ Dos bens de produção, do estabelecimento, das ações, da marca, do nome empresarial....

³⁰ *Ibid.*, p. 09.

os que nela trabalham, mas também com a comunidade em que atua, cujos direitos e deveres deve lealmente respeitar e atender.

Cabe, portanto, ao acionista controlador, velar por interesses tanto internos (acionistas, titulares de outros valores mobiliários e trabalhadores) quanto externos (interesses coletivos). Deve-se ressaltar que incumbe à sociedade (comercial) orientar a conduta do controlador e administrador no alcance dos interesses sociais e públicos e não o contrário, sob pena de haver ilicitude por desvio de finalidade. Note-se, contudo, que a lei não apresenta sanções efetivas para o descumprimento de tal preceito.

Fabio Konder COMPARATO³¹, falando sobre a função social da propriedade diz:

Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos ao direito do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.

Quando, porém, tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, esse poder-dever passa a ser do titular do poder de controle da sociedade³².

Segundo Modesto CARVALHOSA³³, a figura do controlador tem inspiração institucionalista, devendo por isso perseguir não o interesse dos sócios (objetivos egoísticos), o qual logicamente está pautado no lucro, mas sim a consecução do objeto empresarial. Cabe ao controlador direcionar a companhia a fim de atingir esse objeto, tendo sempre em mente que o interesse privado jamais deve se

³¹ *Ibid.* p. 32.

³² O poder de controle não pode ser visto como um direito de propriedade. Não é um poder sobre algo mas sim um poder de direção, a fim de se orientar a conduta de coisas e pessoas que a ele se submetem. (COMPARATO, F. K., 1995, p.19)

³³ CARVALHOSA, M. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v.2,1998, p. 423.

sobrepôr ao público. Para CARVALHOSA³⁴ os controladores se tornam “árbitros do bem comum no âmbito de suas atribuições de velar a companhia a cumprir a sua função empresarial a serviço do Estado e da comunidade, vale dizer, do interesse público.”

O artigo 117, em seu parágrafo primeiro, estabelece a responsabilidade do acionista controlador se praticar, com abuso de poder, atos lesivos ao interesse nacional ou em prejuízo à economia nacional.

O artigo 154, da mesma lei, diz que o administrador deve exercer suas funções no interesse da companhia, “satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.”

Verifica-se, contudo, uma contradição entre o objetivo egoístico, que é o lucro, e o dever legal da companhia em exercer sua função social.

O lucro como meio de incentivar a iniciativa privada a desenvolver atividades que atendam as necessidades da comunidade, não deve ser suprimido e sim compatibilizado com o interesse social que deve atender a companhia. É o que se verifica na Exposição de Motivos da lei das S.A. quando se afirma que o Projeto procurou uma “medida justa para o dividendo obrigatório, protegendo o acionista até o limite em que no seu próprio interesse, e de toda a comunidade, seja compatível com a necessidade de preservar a sobrevivência da empresa.”

Sttela Maris Nerone LACERDA³⁵, diz que a concepção de lucro vem sofrendo transformações, deixando de ser o elemento essencial na política econômica capitalista liberal, uma vez que a economia vem reconhecendo a importância do bem-estar do homem, passando a existir um “lucro social”, pelo qual vêm-se observando iniciativas empresariais desempenhando projetos que atendam à comunidade.

Como bem observa GARRIGUES³⁶, há, nas grandes sociedades, o divórcio entre o capital e a personalidade. Os administradores, segundo ele, buscam antes

³⁴ *Ibid.* p.426.

³⁵ *Ibid.* p. 83.

³⁶ GARRIGUES, J. **Problemas Atuais das Sociedades Anônimas**. Porto Alegre, 1982, p.34.

de tudo satisfazer o interesse da companhia, promover sua conservação, seu fortalecimento e sua prosperidade, enquanto os acionistas visam satisfazer seu interesse egoísta de lucro. Se é certo que há o direito ao dividendo, este deve, no entanto, se submeter à exigência da conservação e do fortalecimento da empresa, sem contudo privar os acionistas de recebê-lo.

Fabio Konder COMPARATO³⁷, vê o lucro como uma possibilidade permitida pelo ordenamento jurídico e não como um dever reconhecido por ele. O lucro é “um simples *licere*,..., o que demonstra sua não inclusão na esfera do social, dos interesses comuns do povo, e sua pertinência ao campo dos interesses particulares, hierarquicamente inferiores àquele.”

A professora Márcia Carla Pereira RIBEIRO³⁸, fala da possibilidade de se identificar a empresa como instituição social, devido ao papel fundamental que desempenha na vida contemporânea. A empresa, para ela, não pode ser vista como mero instrumento para obtenção de lucro e satisfação de interesses privados. Deve, no desempenho de suas atividades, apresentar um retorno significativo para a sociedade, sendo esse retorno o que justificaria a limitação da responsabilidade patrimonial daquele que desempenha atividade econômica. “Ao produzir riqueza, o empresário está trazendo um resultado útil a toda a coletividade”, e o lucro seria admitido “como fruto e retribuição pelo benefício social produzido pela empresa”.

Ressalte-se ainda que o lucro não é previsto no artigo 170 da Constituição Federal que trata dos princípios da ordem econômica.

Com relação ao artigo 238 da mesma lei, o qual estabelece que a “pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador, **mas poderá** [grifo meu] orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”, apresenta uma impropriedade na medida em que sua simples leitura faz parecer que o Estado não tem o dever de atender o interesse público, sendo

³⁷ *Ibid.* p.11.

³⁸ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de Economia Mista e Empresa Privada: Estrutura e Função**. 1ª ed. Curitiba : Juruá Editora, 2000, p.171-177.

mera faculdade. CARVALHOSA³⁹ esclarece tal questão entendendo que deve o Estado, ao operar sociedade de economia mista, visar o interesse público primário, o qual refere-se ao interesse da coletividade e não o interesse público secundário, que se relaciona com o interesse dos aparelhos estatais.

De fato, as empresas públicas assim como as sociedades de economia mista, não podem ser criadas com a intenção única de obter lucro para o Estado. Conforme dispositivo constitucional (art. 173), o Estado só exerce atividade empresarial quando por motivo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, sendo, portanto, autorizado o Estado a atuar na condição de empresário apenas quando para realizar o interesse público⁴⁰, entenda-se da coletividade, sob pena de desvio de competência.

Maria Helena DINIZ⁴¹, escrevendo sobre o fim social das normas, estabelece que “não há lei que não contenha uma finalidade social imediata.(...) O fim social é o objetivo de uma sociedade, encerrado na somatória de atos que constituirão a razão de sua composição, é portanto o bem social, que pode abranger o útil, a necessidade social e o equilíbrio de interesses etc.” Deve, portanto, o juiz estar atento aos fins sociais a às exigências do bem comum no momento da aplicação da lei, conforme dispõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Embora a sociedade anônima tenha um poder muito grande, devido ao volume de capital e trabalho empregados e pela quantidade e qualidade (no sentido de espécie) de produtos produzidos, elas adquiriram uma “consciência corporativa”⁴², ou seja, aquela figura do empresário capitalista ávido por lucro vem sendo substituída por uma sociedade que tem consciência de sua função social e de sua

³⁹ CARVALHOSA, M. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v.4, tomo I,1999, p. 412.

⁴⁰ Há atividades que embora sejam essenciais para a vida do homem, não despertam o interesse da iniciativa privada já que esta não enxerga na atividade uma boa perspectiva de rendimentos, cabendo a atuação do Estado a fim de que tal necessidade seja suprida.

⁴¹ DINIZ, M. H. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.162-163.

⁴² GARRIGUES, J. **Problemas Atuais das Sociedades Anônimas**. Berle e Means, Porto Alegre, p.14, 1982.

importância para o desenvolvimento de um país. É o que GARRIGUES⁴³ chama de socialização da sociedade anônima. Isso ocorre porque o crescimento desta sociedade e o aumento de seu poder (econômico, social e político), faz com que aos poucos ela vá perdendo suas características de empresa privada, que pensa apenas no benefício próprio, e vá adquirindo características de uma corporação semi-pública, que tenha a noção da importância de sua existência para o desenvolvimento das esferas onde ela exerce poder.

Por concentrar uma variada gama de interesses, muitas vezes divergentes, é que a proteção dos mesmos não se restringe ao Direito Comercial, indo alcançar outros ramos do Direito como o do Consumidor, o do Trabalho, o Civil, o Constitucional...

2.4 PRINCÍPIOS QUE REGEM A ATIVIDADE COMERCIAL

Há princípios do direito comercial e de ordem constitucional que regem as atividades comerciais a fim de orientar suas condutas e estabelecer a importância de sua preservação.

2.4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, por sua vez, em seu artigo 170, trata dos princípios que regem a ordem econômica. Esses princípios são, no dizer de José Afonso da SILVA⁴⁴, normas programáticas. Essas normas, segundo este autor, “devem ser observadas, nos limites de sua eficácia, **por todos** [grifo meu], mesmo porque elas traduzem, em maior ou menor grau, limitações aos Poderes Públicos como também às **autonomias privadas** [grifo meu].”

⁴³ *Id.*

⁴⁴ SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 150.

A empresa, como integrante da ordem econômica, deve respeitar tais princípios, dentre os quais destaca-se a livre concorrência, a defesa do consumidor⁴⁵, busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais e a função social da propriedade.

No que se refere ao princípio do pleno emprego, embora ele não seja uma situação alcançável na prática, deve-se considerar a intenção que está por traz deste princípio.

Sendo a principal tomadora de mão-de-obra, a empresa se faz necessária para a estabilidade da economia, pois na medida em que cria e mantém postos de trabalho ela faz com que haja mais pessoas com poder aquisitivo capaz de consumir e investir. Com o aumento do consumo deve-se produzir mais a fim de atender à demanda, para isso novos postos de trabalho devem ser criados. São, portanto, beneficiados, além dos empresários, que aumentam o faturamento devido ao aumento do consumo, e os trabalhadores, por estarem adquirindo meio para seu sustento, aqueles que desempenham atividades consideradas não empresariais, na medida em que a população tem poder aquisitivo, e o país como um todo, pois há o fortalecimento da economia.

O pleno emprego também auxilia na redução das desigualdades regionais e sociais. Em respeito à justiça social, grandes disparidades na distribuição de renda, devem ser evitadas. Um sistema eficiente de tributação, contando com os mecanismos da progressividade e da proporcionalidade, contribui para isso.

Sobre essas desigualdades deve a ordem econômica estar atenta. Esse princípio, constante no inciso VII do citado artigo 170 da Constituição Federal, vem para estabelecer que “a economia não pode ser posta a serviço tão somente de um desenvolvimento obtido a qualquer preço, isto é, com o sacrifício inclusive de uma justa redistribuição dos benefícios desse processo”, como bem disse Celso Ribeiro BASTOS.⁴⁶ É importante observar que o desenvolvimento econômico, embora ajude a reduzir a pobreza, não é suficiente para acabar com ela.

⁴⁵ Os quais serão tratados abaixo no item 3.8.

⁴⁶ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.32, v.7.

Podem colaborar com a redução das desigualdades, programas educacionais, de saúde e assistenciais, desenvolvidos pelas empresas na comunidade em que atuam, dada a função social que apresentam, conforme se verificou acima.

Segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro⁴⁷, "...o estabelecimento de um equilíbrio social pressupõe destinar a cada um e a todos o dever de contribuírem para a prosperidade geral, sendo esta a destinação natural do que se entende por atividade econômica."

No que diz respeito à livre iniciativa, ela se refere à liberdade que tem o empresário para escolher o que vai produzir, como e quanto vai produzir, além de determinar o preço. O Estado, contudo, estabelece limites ao exercício dessa liberdade e intervém quando necessário a fim de que o interesse público não seja prejudicado⁴⁸.

A fusão, tema que será tratado no item 3, ao contrário do que possa parecer, não suprime a livre iniciativa dos pequenos empresários, pois embora com ela se crie ou mantenha uma grande empresa, há empresas menores que dependem desta para existir. É importante observar que a grande empresa, principalmente as sociedades anônimas, não são auto suficientes, ou seja, elas não produzem tudo o que necessitam, dependem para seu funcionamento de outras empresas menores que a ela prestam serviços de limpeza, fornecem alimentos, etc, sem contar as pequenas empresas que se instalam ao redor do estabelecimento de uma companhia a fim de atender as necessidades que passam a existir no local.

Ademais, não é porque o avião foi criado que as pessoas deixaram de viajar de ônibus, nem é capaz o hipermercado de extinguir as padarias, os açougues e a peixarias, pois cada um se destina a um tipo de consumidor. Não há atividade que apresente apenas vantagens, assim como não há as que só tenham ônus. O pequeno empreendimento pode ter vantagens que o grande não tem, como a exclusividade e a produção ou prestação de serviços conforme o gosto e as características do consumidor. É errônea, portanto, a idéia de que a grande

⁴⁷ *Ibid.*, p.177.

⁴⁸ O subsídio e os incentivos estatais são exemplo disso.

empresa necessariamente acaba com as menores, pois deve-se levar em conta que muitas vezes elas se destinam a necessidades diferentes.

BULGARELLI⁴⁹ diz a respeito do assunto, que há empresas cuja existência não está condicionada à internacionalização nem ao tamanho ótimo. São pequenas empresas, para as quais sempre haverá lugar, ou porque fabricam em série, artigos que as grandes empresas não poderiam vender em uma quantidade tal que lhe proporcionasse lucratividade, ou porque não satisfazem as mesmas necessidades na grande empresa, não competindo pelo mercado desta, ou porque fabricam sob encomenda ou ainda porque se destinam a uma clientela limitada que procura no produto ou serviço ofertado algo diferente do oferecido pela grande empresa.

Fabio Konder COMPARATO⁵⁰ faz uma crítica ao artigo 170 da Constituição Federal, na medida em que não estabelece “um cômputo aparelhamento de sanções” capazes de proteger o interesse comum do povo. De fato, por serem programáticas, essas normas não regulam direta e imediatamente uma situação, limitando-se à estabelecer princípios e diretrizes sobre as quais deve se pautar a ordem econômica.

É importante ressaltar que para o alcance de todos esses princípios é necessário o desenvolvimento econômico, pois com ele vêm mais postos de trabalho, os quais ajudam a diminuir a pobreza e contribuem para o alcance da justiça social e da dignidade na medida em que aumenta o poder aquisitivo da população e a oferta de bens e serviços.

2.4.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O Direito Comercial estabelece o princípio da preservação e manutenção da empresa como um de seus mais importantes. As empresas movimentam a

⁴⁹ BULGARELLI, W. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3ªed. São Paulo:Atlas, 1997, 27.

⁵⁰ *Ibid.*, p.13.

economia de um país. Não há país forte e desenvolvido que não tenha empresas também fortes e desenvolvidas. Estas proporcionam maior confiabilidade e credibilidade atraindo investimentos externos. Ademais, da atividade desenvolvida por uma empresa dependem outras assim como os consumidores de seus produtos ou serviços, encaixando-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, pois muitos bens, como remédios, alimentos, roupas, são necessários para que se garanta a dignidade e a própria subsistência das pessoas.

Sobre isso, Celso Ribeiro BASTOS⁵¹ diz:

O fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade. O estágio atual da tecnologia e do equipamento industrial, agrícola e de serviços já começa a tornar possível eliminar o que tem sido uma constante na história da humanidade: a existência da pobreza. Embora países como o nosso não se encontrem bem posicionados em termos de erradicação da pobreza, não há dúvida que essa é uma meta em tese alcançável em tempo relativamente curto se forem conjugadas medidas de desenvolvimento econômico acelerado com expedientes voltados à redistribuição da riqueza.

Fabio K. COMPARATO⁵² estabelece que "...as sociedades mercantis enquanto pessoas jurídicas, são tão responsáveis quanto o Estado pelo respeito aos direitos individuais; e que, por conseguinte, não é justificável a fabricação de *napalm* ou a aceitação de leis estrangeiras de discriminação racial no emprego sob a invocação do superior escopo lucrativo da companhia..." Ademais, o interesse particular de lucro não pode se sobrepor ao interesse público em hipótese alguma⁵³.

Em suma, tem-se que a preservação da empresa além de ser um princípio do direito comercial, é um mecanismo apto à atingir princípios constitucionais, como os enunciados nos artigos 170 (que trata da ordem econômica) e primeiro (no que se refere à dignidade da pessoa humana e à livre iniciativa), vendo-se pois, na

⁵¹ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.17/18, v.7.

⁵² COMPARATO, F. K.. **Direito Empresarial**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 10

⁵³ Mesmo porque, o lucro não é um dever e sim uma faculdade conferida às sociedades públicas embora para as privadas seja visto como um dever, algo a ser perseguido.

fusão de sociedades um meio para lograr a preservação da empresa, capaz de alcançar esses princípios.

3 A FUSÃO COMO FORMA DE MANUTENÇÃO E PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE COMERCIAL

Inserida no fenômeno concentracionista, a fusão a ser tratada neste capítulo refere-se a fusão societária, ou seja, ao fenômeno pelo qual opera-se a união entre duas ou mais sociedades, e não a fusão empresarial, já que esta pode-se dar entre empresas da mesma sociedade, não havendo, neste caso, a formação de nova pessoa jurídica, elemento essencial da fusão societária.

3.1 FENÔMENO CONCENTRACIONISTA NO BRASIL

Na fase histórica do país compreendida pelo II Reinado (1850-1870), a economia brasileira, baseada na produção do café, experimentou o que se chamou de surto industrial, ou seja, houve um rápido aparecimento de indústrias, provocado principalmente por dois fatores: A Tarifa Alves Branco (1844) que instituiu impostos sobre os produtos ingleses, o que aumentou a procura por produtos nacionais e a Lei Eusébio de Queiroz a qual acabou com o tráfico negreiro, fazendo com que os fazendeiros investissem na indústria.

Esse surto, porém, não foi suficiente para consolidar a indústria no Brasil. Apenas nos governos de Dutra (1946-51), que abriu a economia ao capital externo, aumentando o número de multinacionais, e de Juscelino Kubitschek (1956-61), que através do Plano de Metas procurou modernizar a infraestrutura brasileira, investindo em energia, transportes, saúde e alimentação, facilitando assim a instalação de indústrias de bens duráveis, é que se pode dizer que a indústria efetivamente se consolidou no Brasil. Isso explica o nosso tardio movimento concentracionista, se comparado com outros países como França e Inglaterra, os quais já apresentavam um complexo industrial importante a partir da Revolução Industrial do século XVII.

O movimento concentracionista, no Brasil, nasceu como uma forma de aumentar a produtividade e a competitividade e não propriamente como um

mecanismo de dominação do mercado. Isso porque, a economia brasileira baseada na agricultura e exportação de produtos como o café e cacau, mas deficiente na produção de bens que atendessem ao mercado interno, passou a sentir a necessidade de produzir para abastecer este mercado devido ao aumento da população urbana e à escassez de produtos para importação, causada pela segunda guerra mundial.

O Estado por sua vez, sentindo a necessidade de fortalecer a empresa privada nacional, principalmente as que continham uma função social relevante para o país, passou a incentivar movimentos concentracionistas como a fusão. É o que se verifica através do Decreto-Lei nº 1.182/71, que concedeu estímulos fiscais para fusões e incorporações de pessoas jurídicas consideradas de interesse nacional, isentando-as do Imposto sobre a Renda incidente sobre o acréscimo de valor dos bens integrantes do ativo imobilizado, do Decreto-Lei nº 1.186/71, que concedeu estímulos à fusão e incorporação de indústrias açucareiras e do Decreto-Lei nº 1.346/74, que também concedeu estímulos fiscais às fusões e incorporações, entre outras.

Houve ainda o I Plano Nacional de Desenvolvimento (1972-1974) e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (1974-1976), os quais adotavam uma política incentivadora da concentração a fim de proporcionar à indústria nacional, condições de competir com as empresas estatais e as multinacionais. Para isso deveria haver um fortalecimento do sistema financeiro (bancos) e uma maior participação da poupança interna no mercado acionário, possibilitando a captação de grande volume de recursos capazes de gerar a grande empresa.

A respeito disso, BULGARELLI⁵⁴ diz que os autores do Plano partiram da idéia de que, no Brasil, a tendência era da excessiva proliferação de empresas desprovidas de poder de competição, o que fazia com que houvesse um grande número de empresas nacionais, pequenas e fracas, ao lado de empresas estrangeiras em escala considerável. O Plano veio, pois, como uma forma de incentivar as concentrações, principalmente as fusões, para que a empresa

⁵⁴ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.45.

nacional adquirisse escala econômica satisfatória, capaz de aumentar o grau de competição do mercado. Por isso se diz que o movimento concentracionista, no Brasil, não visou a dominação de mercado e sim o aumento da competitividade.

3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA FUSÃO

Antes de tudo, faz-se necessária sua conceituação a fim de que se afastem certos equívocos como a equiparação da fusão à incorporação ou a outras formas de concentração.

Embora se estabeleça o mesmo procedimento para a realização da incorporação, da fusão e até da cisão, a legislação brasileira deu tratamento distinto a estas categorias, definindo em diferentes artigos⁵⁵ o que seja uma e outra. Logo, não há que se falar em “fusão própria” e “fusão imprópria”, fusão por constituição (fusão) e fusão por absorção (incorporação), ou ainda em um gênero de fusão do qual são espécies a incorporação e a fusão.

Para Rubens REQUIÃO⁵⁶ fusão “é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, para formar sociedade nova que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. A fusão é (...) causa de extinção das sociedades envolvidas.”

Destaca-se desse conceito o fato de se formar nova sociedade, o que não ocorre na incorporação.

Ademais, tem-se que a fusão pode ocorrer entre sociedades que exercem ou não a mesma atividade, que tenham natureza distinta, ou seja, entre sociedades de responsabilidade limitada e ilimitada e entre formas de sociedade também distintas, sendo exemplo a fusão de sociedade limitada e anônima.

⁵⁵ Os artigos 227, 228 e 229 da lei 6404/76 se dedicam respectivamente à incorporação, fusão e cisão de sociedades.

⁵⁶ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2ºv, 2000, p.236.

Outro ponto de distinção entre as duas operações, conforme observa Pontes de MIRANDA⁵⁷, seria que, enquanto na incorporação há um aumento do capital social da incorporadora, na fusão nem sempre há esse aumento⁵⁸.

Modesto CARVALHOSA⁵⁹, por sua vez a define como sendo um “negócio jurídico plurilateral que tem como finalidade jurídica a integração de patrimônios societários em uma nova sociedade. Do negócio resulta a extinção de todas as sociedades fundidas.” Por negócio jurídico plurilateral entende-se como aquele negócio em que participam, ou pelo menos há a possibilidade de participação de mais de duas partes.

Para este autor, o negócio de fusão consubstancia um ato constitutivo, na medida em que agrega os patrimônios das sociedades que se fundiram na nova, e também desconstitutivo já que há o desaparecimento das pessoas jurídicas das sociedades fundidas.

Retira-se desse conceito mais uma distinção importante entre fusão e incorporação, pois enquanto na primeira há a extinção de todas as sociedades, na segunda apenas as incorporadas se extinguem subsistindo a incorporadora.

Pontes de MIRANDA⁶⁰ reafirma tal entendimento dizendo que na fusão “todas se dissolvem, se extinguem, para que nasça e porque outra nasce.” Afirma que não há fusão quando o patrimônio das sociedades que se extinguiram se junta ao de outra já existente, “porque não se funde o não-ser com o ser”, havendo apenas entrada de patrimônio.

Essa entrada de patrimônio ocorre na incorporação, mas não na fusão, pois enquanto na incorporação o patrimônio da incorporada se **agrega** ao da incorporante, na fusão verifica-se uma **transferência** dos patrimônios das sociedades fundidas para a nova, a título de pagamento das ações que serão subscritas por aqueles que eram acionistas das sociedades que se fundiram.

⁵⁷ MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado**. 2ªed. Rio de Janeiro: Borsoi, 51v, 1966, p.82.

⁵⁸ Deve-se, pois, observar que na fusão, como se forma nova sociedade, não há capital social anterior, ou seja, não há como aumentar algo que não existia.

⁵⁹ *Ibid.* p. 300.

⁶⁰ *Ibid.* p.79-80.

Modesto CARVALHOSA⁶¹, diz a respeito: que a “vontade das sociedades fundidas não é de alienar, permutar ou vender seu patrimônio, mas de extinguir-se, fazendo com que seus sócios ou acionistas subscrevam com esse patrimônio o capital da nova sociedade.”

É importante ressaltar que na fusão, a dissolução das sociedades que se fundiram e a constituição da nova sociedade ocorrem simultaneamente. A fusão determina a dissolução, esta é portanto efeito da fusão. O mestre Pontes de MIRANDA⁶² escreve que as “sociedades fundendas (...) quiseram extinguir-se pela fusão; portanto – pela criação de nova sociedade. (...) a deliberação das extinções não foi para que só após a criação se extinguissem as sociedades fundendas. O que se quis e que acontece é que os efeitos criativo e extintivo são simultâneos, todos irradiados no momento de registro e da publicação do ato de constituição”.

A extinção das sociedades ocorre sem que haja um processo de liquidação, pois tal extinção ocorre devido à entrega do patrimônio líquido dessas sociedades recebendo em troca as ações da sociedade a que deram origem.

BULGARELLI⁶³ ao fazer uma leitura do artigo 153, do Dec.-Lei 2.627/40, o qual tratou da fusão e apresenta o mesmo texto do artigo 228 da Lei 6.404/76, estabelece que a fusão apresenta-se como um instituto societário pelo qual modifica-se a estrutura jurídica das sociedades envolvidas, se caracterizando pela participação obrigatória de pelo menos duas sociedades para formação de uma nova, extinguindo-se todas as sociedades fusionadas, sendo, portanto, caso de dissolução sem liquidação, onde se verifica a passagem da totalidade dos patrimônios das sociedades fusionadas, formando um patrimônio único e ocorrendo assim uma sucessão⁶⁴ intervivos com novação subjetiva dos devedores

⁶¹ *Ibid.* p. 301.

⁶² *Ibid.* p.85.

⁶³ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.51-52.

⁶⁴ Pontes de MIRANDA, entende que não há sucessão de patrimônio, pois a simultaneidade entre a extinção das sociedades e criação da nova pré-exclui a sucessividade. (MIRANDA, 1966, p.85)

devendo, por fim, haver a participação dos acionistas da fusionada na nova sociedade.

Com relação a este último ponto, deve-se ressaltar que não há a necessidade de que todos os acionistas das sociedades que se extinguíram passem a fazer parte do corpo de sócios da nova sociedade. Como se verá mais a frente, têm os acionistas o direito de recesso, podendo se retirar da sociedade.

Entretanto, nos casos em que os acionistas de uma das sociedades que se fusionaram não ingressam como sócios da nova sociedade, sendo pagos de outra forma como pelas debêntures, eles passam, neste caso, a ser meros credores da nova sociedade, não se configurando a fusão já que para sua ocorrência há a necessidade da “congeminção direta dos acionistas das extintas em uma nova”⁶⁵. Se isto não ocorrer haverá outra figura que não a fusão.

Assim como ocorre no conceito de empresa, também divergem as noções econômicas e jurídicas a respeito da fusão. Juridicamente há fusão quando se verifica a extinção de todas as sociedades e criação de uma nova com personalidade jurídica própria, economicamente, contudo, isso não precisa necessariamente ocorrer. Se uma sociedade compra a totalidade de ações de outra, porém ambas continuam tendo personalidade jurídica distintas verifica-se a fusão econômica mas não a jurídica devido a não extinção da sociedade compradora e da vendedora e da não formação de nova sociedade.

A personalidade jurídica é um elemento a ser considerado para caracterizar a fusão já que a distingue de outras formas de concentração como, por exemplo, os grupos e os consórcios, pois enquanto na primeira há a formação de uma nova personalidade jurídica, nas outras duas há a manutenção dessa personalidade⁶⁶. De fato, o que há no grupo é uma coalizão de empresas e, mesmo havendo dependência econômica a independência jurídica se mantém. Na fusão, embora

⁶⁵ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.67.

⁶⁶ Fabio Ulhoa COELHO, diz que no grupo há a união de esforços para realizar os objetos sociais sendo que cada filiada conserva sua personalidade jurídica e assim ocorre também com os consórcios, pois embora haja a união de esforços empresariais para executar determinados empreendimentos disso não resulta uma nova personalidade jurídica. (COELHO, F. U., 2v., 2002, p.487.).

na fase preparatória haja a necessidade de várias sociedades autônomas, ocorrendo a fusão esta pluralidade desaparece, dando lugar à unidade tanto econômica quanto jurídica.

Em síntese, os principais elementos que caracterizam a fusão são:

- a) a extinção de todas as sociedades que se fundiram;
- b) ausência de liquidação, já que as sociedades se dissolvem para criar outra e porque outra será criada;
- c) a criação de uma nova sociedade, com personalidade jurídica própria, sendo que esta admite todos os sócios das sociedades que se extinguíram;
- d) transmissão global do patrimônio (direitos, deveres, obrigações e responsabilidades) para a nova sociedade.

3.3 FUSÃO NO CÓDIGO CIVIL

A Lei 10.406/02 que instituiu o Código Civil em vigor, introduziu conceitos de empresário, de empresa mercantil e de atividade empresarial a fim de identificar atividades economicamente organizadas destinadas à produção ou circulação de bens ou serviços, substituindo assim os conceitos de comerciante, de atos de comércio e de atividades comerciais e industriais.

No que diz respeito à fusão, esta, antes disciplinada apenas pela Lei das S.A. dando a falsa impressão de que somente poderia ocorrer entre este tipo societário, passou a ser disciplinada também pelo Código Civil em seus artigos 1.119 a 1.122, indo ao encontro da definição de fusão feita por Rubens Requião, para o qual ela pode ocorrer entre sociedades de “tipos iguais ou diferentes”, ou seja, não se limitando apenas às sociedades anônimas.

No que se refere às sociedades limitadas⁶⁷ tem-se a revogação tácita do Decreto nº 3.708/19, o qual era responsável pela disciplina de tais sociedades. Isto porque, conforme entendimento de Nelson NERY Junior e Rosa Maria de

⁶⁷ Nova designação dada às sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Andrade NERY ⁶⁸, o Código Civil regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

O Livro das Disposições Finais e Transitórias do Código Civil, em seu artigo 2.033, estabelece que a fusão, assim como as outras formas de reorganização societária, sejam regidas por este diploma legal, incluindo aí a fusão das sociedades limitadas, porém deixando a disciplina da fusão das sociedade anônimas para a Lei 6.404/76, pois conforme o artigo 1.089 do Código Civil a “sociedade anônima rege-se por lei especial”.

Uma breve leitura dos artigos que tratam da fusão no Código Civil, leva a conclusão de que em muito se assemelham aos dispositivos da Lei das S.A. O artigo 1.119, por exemplo, apresenta praticamente a mesma redação do artigo 228 da Lei 6.404/76, apenas se diferenciando na medida em que deixa claro que a fusão determina a extinção das sociedades que se uniram, ao passo em que a Lei das S.A. nada menciona.

No que se refere à aprovação, enquanto nas S.A. há a necessidade de quorum qualificado, ou seja, metade, no mínimo, dos acionistas com direito a voto, nas limitadas exige-se três quartos do capital social, ou seja, 75%.

Outra diferença verifica-se com relação ao prazo para oposição dos credores, pois enquanto nas S.A. o prazo é de 60 dias após a publicação dos atos relativos à fusão, nas limitadas o prazo é de 90 dias.

O artigo 1.053 do Código Civil, estabelece que a sociedade limitada, em caso de omissões, rege-se pelas normas da sociedade simples, enquanto o “caput” estabelece que poderá ser regida de forma supletiva pela lei das S.A., se o contrato social assim prever.

Faz-se, contudo, necessária uma série de indagações a respeito do disposto no artigo supra citado, dentre as quais, em caso de omissão aplicam-se as normas da sociedade simples ou da anônima? O “caput” do referido artigo é ou não regra obrigatória, tendo em vista que o parágrafo único admite a regência supletiva por parte da Lei das S.A.?

⁶⁸ NERY, N. J.; NERY, R. M. A. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.531.

Embora ainda seja cedo para expressar uma posição, parte-se da lógica de que em se admitindo a regência por outra lei, no caso a das S.A., não há que se falar em obrigatoriedade, pois se obrigatório fosse não haveria possibilidade de escolha.

Ademais, tem-se que a sociedade limitada mais se assemelha⁶⁹ com a sociedade anônima do que com a sociedade simples, chegando ao ponto de se dizer que hoje ela seria uma sociedade anônima simplificada.

Em resumo, conclui-se que a fusão das sociedade limitadas, disciplinada pelo Código Civil, não apresenta inovações consideráveis se comparada com a lei das S.A., podendo inclusive a sociedade limitada vir a ser disciplinada, de forma supletiva, por esta lei quando o contrato social assim preveja.

3.4 PROCEDIMENTO DA FUSÃO

Para que a fusão entre sociedades anônimas ocorra, deve-se obedecer a certos procedimentos previstos em lei e no estatuto social.

Há pelo menos três assembléias gerais, ocorrendo as duas primeiras (com “quorum” qualificado) no âmbito da cada sociedade que pretende se fundir. Essas assembléias visam aprovar o protocolo e a justificação apresentados pelos administradores da cada sociedade. O protocolo consiste, simplificada, em um documento no qual são estabelecidos os motivos e finalidades da fusão, os direitos sociais, as datas das contas para estabelecer as condições da operação e a designação e avaliação do ativo e passivo das sociedades, não se tratando de um contrato definitivo. Já na justificação⁷⁰, deverão constar basicamente os motivos pelo qual se pretende a fusão, o interesse da companhia na sua realização e questões referentes às ações.

⁶⁹ Dentre eles estão: a existência da assembléia de sócios e o conselho fiscal, bem como a responsabilidade limitada dos sócios, o que não ocorre na sociedade simples.

⁷⁰ O artigo 224 da lei 6.404/76 trata dos elementos que irão compor o protocolo e o 225, da mesma lei, se refere aos elementos que deverão constar na justificação.

Esses documentos têm como mérito o fato de serem medidas informativas aos acionistas, procurando deixar claro o que será feito, como e porque.

Após a deliberação, serão nomeados peritos a fim de que se proceda à avaliação dos patrimônios líquidos das sociedades. Feita a avaliação, haverá então a terceira assembléia (com “quorum” separado), esta conjunta, da qual participarão todos os acionistas, a fim de deliberar sobre o laudo de avaliação, cabendo aos acionistas de uma sociedade votar sobre o laudo da outra, sendo vedado aos acionistas votarem o laudo de avaliação da sociedade de que fazem parte.

Os patrimônios líquidos poderão ser maiores, menores ou iguais àquele previsto no protocolo, sem que isso impeça o processo de fusão. Porém, como bem lembra Rubens REQUIÃO⁷¹, devem ser observados os princípios da realidade e da integralidade do capital social, ou seja, o capital constituído na sociedade resultante da fusão deve ser real e os bens vertidos para sua formação devem coincidir ao menos com o montante do capital a realizar.

Aprovados os laudos haverá a deliberação sobre a fusão, pois segundo Pontes de MIRANDA⁷², até aí, “projetou-se a fusão; agora delibera-se sobre ela, com a participação de todos os sócios ou acionistas das sociedades fundendas. Ainda não se fundiram, irão fundir-se. Para que se dê a fusão, não basta a deliberação por todas as sociedades fundendas. A ata tem de ser registrada e publicada.” Segundo este autor é a partir daí que haverá a simultânea criação da sociedade nova e extinção das fundendas.

De fato são a publicação e o registro atos constitutivos, pois antes deles não há que se falar em fusão. Tanto é assim que pode ela não ocorrer mesmo tendo os acionistas aprovado o laudo da outra sociedade, isto porque os acionistas não estão obrigados a concluir tal negócio uma vez que adota-se o critério da conveniência. Por isso não há que se falar em responsabilidade dos acionistas pelo negócio que não se efetivou.

⁷¹ REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2ºv, 2000, p. 239-240.

⁷² *Ibid.*, p. 87.

A publicação se faz necessária para que a fusão produza efeitos perante terceiros. Na verdade, antes dela, não há fusão e sim uma mera deliberação.

3.5 MOTIVOS E OBJETIVOS DA FUSÃO

Nesse mesmo viés, a lei das Sociedades Anônimas procurou incentivar a grande empresa na medida em que auxiliou a concentração empresarial e procurou facilitar a capitalização das empresas através do mercado acionário.

De fato, as sociedades anônimas se destinam a grandes sociedades comerciais uma vez que oferece segurança aos seus investidores, graças à limitação da responsabilidade, e também à liquidez dos valores investidos, principalmente nas sociedades abertas, tendo em vista a facilidade de disponibilização do capital investido, ou seja, da venda das ações adquiridas. Tudo isso possibilita uma maior captação de recursos vindos da poupança popular a fim de que se tenha capital para desenvolver uma atividade de grande porte, que exija grande concentração de capitais, o que torna a sociedade anônima apta a construir e a manter a macro-empresa. Pode-se dizer que o desenvolvimento do sistema industrial para o que hoje existe só ocorreu devido aos privilégios que a sociedade anônima confere.

Ocorre que muitas vezes essas sociedades, por fatores como a crise econômica interna do país, a instabilidade da economia internacional causada por guerras ou recessões, só para citar alguns exemplos, não conseguem captar recursos necessários para promover seu desenvolvimento e manter sua competitividade, já que passam a ter pouco acesso às inovações tecnológicas que viabilizariam a melhora na qualidade do produto ou serviço ofertado.

A globalização do capitalismo fez com que houvesse a necessidade de se acompanhar tais inovações tecnológicas de produção e comunicação como questão de sobrevivência e também com o intuito de atingir um mercado que em tese não têm fronteiras, ou seja, de um mercado global. Sem dúvida que os

processos de concentração econômica, no qual se insere a fusão, guardam estreita relação com a evolução do capitalismo.⁷³

Por concentrar grande volume de capitais, as sociedades anônimas adquiriram um poder que ultrapassa a esfera econômica, social e as fronteiras entre os países, para exercer influência também no âmbito político.

Deve-se, pois atentar para o fato de que o social, o econômico e o político apresentam uma interdependência, ou seja, um depende do outro para estar bem. Como foi visto acima, a sociedade anônima, por ser apta a concentrar grandes volumes de capital, se destina geralmente a atividades que necessitam de capital elevado, sem contar o fato de que muitas vezes desenvolvem atividades essenciais para a economia e desenvolvimento do país, bem como para a satisfação de necessidades vitais do homem, ou seja, são portadoras de uma função social. Ademais, conforme observação feita por BERLE E MEANS, mesmo “que o indivíduo não entre em contato direto, não pode escapar do contato indireto com essas companhias, tão onipresentes se tornaram. Há poucos artigos de consumo para cuja produção uma das grandes companhias não contribui em alguma medida.”⁷⁴ Para exemplificar tal posição, os autores relatam que desde o carro que o indivíduo usa, ao alumínio dos utensílios de cozinha, há a presença de grandes empresas. Por tudo isso, deve-se encontrar mecanismos que possibilitem a preservação e o fortalecimento das sociedades anônimas, bem como da atividade comercial.

A fusão, que consiste, em linhas gerais, na união de duas ou mais sociedades para a constituição de uma nova, pode ser um mecanismo adotado para resolver problemas relacionados com a falta de capital para investimento, crescimento ou aprimoramento das técnicas de produção ou prestação de serviços, sendo, pois, um mecanismo voltado para preservação das sociedades envolvidas e principalmente da atividade econômica exercida por elas. Através desse instituto,

⁷³ De um capitalismo baseado nas pequenas casas de comércio, passou-se para um capitalismo industrial para, após, devido à globalização do capital, havendo maior intercâmbio, passar-se a um capitalismo baseado na concentração.

⁷⁴ BERLE, A. A.; MEANS, G. C. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. Tradução de: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 47.

a nova sociedade tem a chance de diminuir os custos, já que haverá apenas uma administração, adquirir novos equipamentos, aumentar sua clientela, uma vez que expande o raio de atuação com novos estabelecimentos, além de técnicas mais eficientes de produção ou prestação de serviço.

BULGARELLI⁷⁵ estabelece, sinteticamente, os motivos que podem levar duas ou mais sociedades a adotarem a fusão: “1) racionalizar a produção; 2) adotar progressos tecnológicos; 3) reorganizar estruturas; e 4) evitar a concorrência.”⁷⁶

Com a racionalização procura-se equilibrar a produção com o consumo, reduzir o custo unitário da produção, aumentar o lucro e incrementar a produtividade através de uma economia de escala, reduzir preços para o mercado interno e se expandir para o externo. Tudo isso pode ser conseguido através de um planejamento estrutural que envolva o setor econômico, administrativo e jurídico da nova companhia.

Buscam as empresas e, principalmente, a sociedade anônima o que se chama de dimensão ótima, quer dizer, deve-se ser suficientemente grande para atrair grandes investimentos e atingir um mercado relevante de consumidores, porém não tão grande a ponto de dificultar sua administração e acabar por dominar o mercado, o que acarretaria em violação à ordem econômica.

Sobre isto, BULGARELLI⁷⁷ estabelece que a dimensão ótima não guarda relação com a grande empresa e sim com o planejamento. Para isto ele cita o exemplo da General Motors a qual não está a serviço do monopólio nem das economias de escala e sim do planejamento, baseado no controle de oferta, de procura, da provisão do capital e da minimização do risco.

A elevada competitividade, a busca pela excelência, o foco no cliente, as transformações nas relações do mercado, entre outros fatores, têm imposto novos

⁷⁵ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.27.

⁷⁶ Sobre a concorrência, esta será tratada mais à frente, em item próprio, mas é importante ter em mente que a fusão é lícita, só deixando de ser quando causa algum dano à ordem econômica ou a um particular.

⁷⁷ BULGARELLI, W. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 1997, 28.

referenciais de competência para as empresas. Cada vez mais elas sentem a necessidade de aumentar a eficiência, ou seja, produzir mais em menos tempo, com o menor custo, maior qualidade e maior rendimento. A eficiência produtiva não deve, contudo, ser vista como um fim em si mesma, mas como um meio para se alcançar a eficácia, pois não basta apenas o binômio qualidade e produtividade e sim deve-se ter a capacidade de ser competitiva.

Para CARVALHOSA⁷⁸

a atividade industrial , comercial e financeira, num mercado globalizado, demanda, para ser viável e competitiva, a configuração de empresas de grande porte. Isso se dá por razões tecnológicas e de mercado, tais como: a necessidade de capitais elevados para tal exploração; a presença de significativas economias de escala na produção de bens e serviços essenciais ou de ponta; a indispensabilidade da integração vertical com vistas a assegurar o suprimento de matérias-primas em condições vantajosas ou no mínimo razoáveis; a relevância da integração como meio de obter economias nos recursos de especialização entre linhas de produtos; a necessidade de diluir elevados e continuados dispêndios em tecnologia, entre outros fatores.

Hoje, não se verifica mais, como antigamente, a competição entre várias pequenas unidades produtivas e sim a concorrência se dá por grandes companhias, porém em pequeno número, representadas em nosso país, principalmente pelas multinacionais.

3.6 A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS FRENTE À FUSÃO

Nas sociedades anônimas verifica-se a existência do princípio majoritário, ou seja, são adotadas as decisões da maioria, as quais obrigam a todos os sócios. Este princípio encontra validade uma vez que se entende que a vontade da maioria representa o interesse social. Segundo MASCHERONI e MUGUILLO⁷⁹ este foi o meio encontrado pelas várias legislações tendo em vista a dificuldade de se reunir a unanimidade de vontades individuais dos sócios a fim de formar a

⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v.4, tomo I, 1999, p.230.

⁷⁹ MASCHERONI, F. H.; MUGUILLO, R. A. **Régimen Jurídico Del Sócio**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p.35

vontade societária. Ocorre que para eles o interesse da maioria não é o interesse social e o fato de eventualmente haver uma coincidência entre essas vontades isso não quer dizer que haja uma identificação entre o interesse social e o da maioria. Se o interesse individual dos sócios diverge do da sociedade, o interesse da maioria também diverge, tendo em vista que é formado por vontades individuais.

Com efeito, verifica-se que na prática há acionistas com as mais diversas intenções, ou seja, há os acionistas empresários, os quais têm como objetivo influenciar os rumos da companhia, o investidor, que se preocupa com os ganhos financeiro e econômico que possa ter com o aumento do preço das ações a curto e longo prazo, não tendo a intenção de vendê-las, mas de receber dividendos, e o especulador, que é aquele que compra as ações para revender e não para conservá-las, estando interessado no resultado financeiro de sua aplicação em curto prazo.

Como já foi mencionado acima, há nas sociedades anônimas uma separação entre o capital e a direção. Não são mais os capitalistas que dirigem o trabalho de produção e sim os diretores. Ocorre que a sociedade anônima precisa de grandes volumes de capital, e para obtê-lo precisa logicamente proteger quem os têm. Por isso se concede uma variada gama de direitos aos acionistas (detentores de capital), dentre os quais estão: o direito ao voto, ao dividendo, a responsabilidade limitada (desde que tenham fornecido capital necessário para a integração do valor das ações por ele subscritas), e o direito de recesso⁸⁰.

O artigo 230 da Lei 6.404/76 concede ao acionista tal direito nos casos de incorporação e fusão. Isso se deve tendo em vista o grande número de acionistas, os quais muitas vezes, como já vimos, são movidos por interesses diversos.⁸¹

Com o intuito principalmente de proteger o acionista minoritário, foi estabelecido o direito de retirada para o acionista dissidente da deliberação da

⁸⁰ A palavra recesso apresenta o mesmo significado etimológico e jurídico e quer dizer retirada, separação.

⁸¹ O direito de recesso encontra fundamento constitucional no artigo 5º, inciso XX, segundo o qual ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado.

assembléia que aprovou a fusão, tendo ele o direito de ter reembolsado⁸² o valor de suas ações, desde que a operação se efetive. É bom ressaltar que o acionista que não concordar com a deliberação da assembléia, que decidiu pela fusão, retira-se não da sociedade que ele ingressou, mas da nova sociedade a qual ele não quer ingressar, ou seja, consiste o recesso em uma retirada antecipada. O recesso se justifica nas operações de fusão, já que ela altera a estrutura jurídica da sociedade assim como as relações entre ela e os seus sócios.

Segundo MASCHERONI e MUGUILLO⁸³, o direito de recesso leva em conta tanto o direito da sociedade de adotar decisões modificadoras e relevantes para a sociedade, como o direito dos sócios de não aceitar modificações substanciais que alterem as condições básicas pactuadas originalmente. Conciliam-se assim tanto a liberdade da sociedade de modificar e alterar os estatutos tendo em vista o desenvolvimento de novas metas e objetivos, quanto a liberdade dos sócios de dela se separar quando não concordam com tais alterações. A essência deste direito está, portanto, na alteração das condições que levaram o acionista a integrar a sociedade e não em uma medida corretiva da regra da maioria nem uma exceção a obrigatoriedade de suas decisões.

Sobre isso, diz Fabio Konder COMPARATO⁸⁴ que o direito de retirada é, na verdade, um “contradireito potestativo do acionista em relação a um poder legal da assembléia” e não uma indenização por danos injurídicos causados por ela é, portanto, nas palavras do autor, um remédio compensatório ao poder legítimo da assembléia. Por ser um direito potestativo e não uma indenização, tal direito só

⁸² A doutrina não apresenta um critério único para determinar a base para o valor de reembolso. Ora se fala que o valor deve se basear no balanço do último exercício, ora no último balanço aprovado. ASCARELLI entende que o valor de reembolso deve se basear no último balanço efetivo quando for posterior ao balanço do último exercício. (ASCARELLI, 1969, p. 398). BULGARELLI por sua vez estabelece que o critério para a remuneração das ações dos dissidentes, quando cotadas em Bolsa, deve ser baseado na média dos últimos três anos e não em função do ativo líquido, geralmente apurado em bases irreais. (BULGARELLI, 2000, p. 177-178).

⁸³ *Idid.*, p.313-314.

⁸⁴ COMPARATO, F.K. O Novo Direito de Retirada do Acionista nos Casos de Fusão e Incorporação. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, p.11-16, 1999, 11-16.

poderá ser exercido obedecendo aos critérios da tipicidade, adequação do fato à norma, não comportando, pois, ampliações e interpretações extensivas.

Vale lembrar que o direito de retirada só pode ser exercido em sociedades cujas ações não tenham liquidez ou dispersão no mercado, pois não há sentido fazer com que os demais acionistas suportem a redução do valor de suas ações, quando o acionista dissidente poderia facilmente se retirar da sociedade alienando as ações em Bolsa.

Se tal direito foi estabelecido com o intuito de proteger os minoritários já que vigora o princípio da maioria, deve-se ter em conta que nem sempre a minoria é a minoria. Formando a minoria um corpo organizado, ela facilmente conseguirá fazer valer sua vontade, principalmente nas sociedades anônimas, onde há grande número de sócios.⁸⁵

GARRIGUEZ⁸⁶ estabelece que embora haja um modelo democrático nas sociedades anônimas, traduzido principalmente pelo direito ao voto, este modelo fracassou. As decisões da assembléia são submetidas ao princípio da maioria, sendo impostas a todas suas decisões por se entender que o interesse da maioria representa o interesse societário, o que nem sempre ocorre. Ademais, tendo em vista a diversidade de interesses dos sócios, muitos não se importam propriamente com os rumos da companhia, o que favorece a minoria organizada. Por isso, diz este autor que “em muitos casos, a tutela da minoria constitui realmente um instrumento para tutelar a maioria”, entenda-se minoria organizada. A defesa da minoria deveria ocorrer nas pequenas sociedades onde, por mais que haja organização, a maioria acaba por dominar, já nas grandes sociedades a proteção deveria se dar àqueles que não se organizam, ou seja, à maioria.

A limitação da interpretação do direito de recesso, assim como a proibição do recesso para acionistas de sociedades cujas ações têm liquidez e dispersão, parecem corretas já que a retirada dos acionistas pode dificultar o processo de

⁸⁵ Tullio ASCARELLI diz que quando essa organização ocorre fazendo com que a minoria domine a sociedade, acaba fazendo com que “o problema que se denomina de tutela da minoria é, às vezes, o da tutela da maioria dos acionistas.” (ASCARELLI, T. 1969, p.345)

⁸⁶ *Ibid.*, 24-30.

fusão, uma vez que a sociedade tem que retirar dinheiro para reembolsá-los. Essa dificuldade ocorre principalmente quando a minoria for na verdade a maioria de sócios, o que pode fazer com que muitos acionistas queiram se retirar, perdendo a sociedade grande volume de capital.

Visando desestimular a retirada dos acionistas e o abalo no patrimônio das sociedades, o que dificultaria a fusão, o sistema espanhol estabelece o parcelamento do reembolso feito ao acionista que se vale do recesso. Além de ser um desestímulo, evita-se que a nova sociedade tenha um considerável dispêndio de uma só vez.

BULGARELLI⁸⁷ pretendendo desestimular a retirada do acionista, ou atenuar o impacto patrimonial que ela pode causar para a sociedade, estabelece que se deve reduzir o prazo para exercer o direito de recesso e a manifestação expressa para os ausentes e abstenentes e, seguindo a orientação espanhola, entende que o pagamento aos dissidentes deve se dar em prestações. Defende ainda a publicidade do projeto de fusão, o qual deve conter elementos esclarecedores das cláusulas de fusão bem como a possibilidade de os acionistas pedirem informações e nomearem auditores. Isso tudo com a finalidade de informar aqueles sócios que não se interessam diretamente pelos rumos da companhia e para evitar a insegurança desses sócios sobre tais rumos, causada principalmente pela desinformação, o que leva em geral ao exercício do direito de recesso.

Sobre a publicidade, GARRIGUES⁸⁸ diz que ela é um dever público, principalmente para as sociedades anônimas abertas, as quais apelam para a poupança popular, uma vez que o desenvolvimento dos negócios dessa sociedade passa a não ser mais de interesse exclusivo dos sócios, mas de todos os cidadãos que podem querer ser acionistas, tendo, pois, o direito de serem informados sobre o que ocorre no seio da sociedade.

Com relação à distribuição das ações entre os sócios da nova sociedade a questão é complexa haja vista a diversidade de tipos de ações bem como a

⁸⁷ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.192.

⁸⁸ *Ibid.*, p.50.

dificuldade de apurar o seu valor exato, porém o importante é que a distribuição das ações se dê de forma justa sem que certo grupo de sócios obtenha vantagens sobre outros.

O fato é que na sociedade anônima há uma variada gama de interesses os quais deve-se, na medida do possível procurar conciliar e proteger, porém sempre tendo em vista o interesse da sociedade, que deve prevalecer. A fusão não deve ter em vista o prejuízo ou a concessão de privilégios nem para a maioria nem para a minoria e sim deve ser utilizada a fim de atender as necessidades e interesses sociais.

3.7 A FUSÃO E O DIREITO DOS CREDORES

Os credores têm como única garantia de seu crédito o patrimônio da companhia, dada a responsabilidade limitada de que gozam os sócios⁸⁹, por isso ASCARELLI⁹⁰ entende que o direito deve evitar que a retirada de um acionista cause prejuízos aos credores sociais, principalmente quando ninguém ingressa no lugar daquele que se retirou.

Quando duas ou mais sociedades se fundem, a nova sociedade resultante da fusão passa a ser a responsável pelos direitos e obrigações das sociedades fundidas. Com a fusão, portanto, os credores vêm ocorrer a mudança do devedor, não estando obrigados a concordar com isso, e daí decorre o direito que eles têm de se opor a tal operação.

Embora na fusão haja a integração dos patrimônios o que acaba de certa forma por reforçar a garantia dos credores, deve-se ter em mente que ambas as sociedades que se fundiram podem apresentar dívidas e que eventualmente uma delas pode ser deficitária, o que descontentaria o credor da que não é.

⁸⁹ Vale lembrar que limitada é apenas a responsabilidade dos sócios, pois a sociedade tem responsabilidade ilimitada respondendo com todos os seus bens presentes e futuros pelas dívidas sociais.

⁹⁰ *Ibid.*, p.404.

A lei 6.404/76 em seu artigo 232 procura resguardar tais direitos em caso de fusão e incorporação, podendo os credores pleitear judicialmente a anulação da fusão em até 60 dias após a publicação dos atos relativos a operação.

Para que o credor possa exercer seus direitos, é necessário que haja o crédito, que este seja anterior a publicação da fusão e que esta operação possa acarretar danos a ele. Pontes de MIRANDA⁹¹ entende que o ônus da prova sobre a possibilidade de dano ao crédito não cabe ao credor. Visando a ação a obtenção de uma segurança, cabe ao devedor (nova sociedade) provar que o direito de crédito não está sob risco.

Para provar que não há risco, pode a nova sociedade consignar a importância devida, em caso de dívida líquida, não o sendo pode-se garantir a execução suspendendo assim o processo de anulação.

A ação de anulação tem por objetivo a desconstituição da eficácia da fusão e não propriamente do ato de fusão, ou seja, tal ação tem por objetivo suspender a execução do ato e não anular o ato em si, por isso Pontes de MIRANDA⁹² critica a terminologia “anulação” utilizada pela lei. Com efeito, há na verdade uma ação de desconstituição de eficácia, pois a operação é válida e é eficaz até o momento em que a nova sociedade não consegue provar que não haverá danos aos credores.

BULGARRELLI⁹³ critica o fato de os credores só terem a possibilidade de se opor após ocorrer a fusão, sob a alegação de que isso acarretaria uma insegurança. Segundo ele, ou a fusão se realizou ou não, “e no caso afirmativo, (...), não há como separar-se novamente.” Sustenta que na prática a união e separação de patrimônios é uma operação complexa, sendo quase impossível a restauração da situação anterior.

Situação diversa ocorre com os debenturistas, pois a lei subordina o protocolo à previa aprovação destes em assembléia convocada para este fim.

⁹¹ *Ibid.* p.92

⁹² *Ibid.* p.90-91.

⁹³ BULGARRELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.183

GARRIGUES⁹⁴ justifica tal posição uma vez que segundo ele, ao contrário do que ocorre com os credores comuns que conhecem seu devedor, que sabem qual sua solidez, sua conduta e suas garantias, os credores sociais dificilmente conhecem a solvência da sociedade emissora, suas particularidades, quem são seus administradores, daí decorrendo a necessidade de reconhecer àquele que empresta seu dinheiro à sociedade o direito de reunião para uma atuação comum.

Vale observar que se ocorrer, dentro de 60 dias, a falência da sociedade nova, qualquer credor anterior terá direito de pedir a separação de patrimônios a fim de serem os créditos separados para que sejam pagos pelos bens das respectivas massas.

É importante notar que não há previsão para a proteção dos direitos dos consumidores nem dos empregados das sociedades que vão se fundir. Eles não têm legitimidade para se opor à operação da fusão, tendo que suportar em silêncio seus encargos.

Pode-se dizer, no que se refere aos consumidores, que o CADE, ao fiscalizar as operações de concentração, zelar pela ordem econômica e pela manutenção da concorrência no mercado, acaba por tutelar, de certa forma, o direito do consumidor, mesmo que não em sua plenitude.

Criar a possibilidade de os consumidores se oporem à fusão seria complicado, tendo em vista que se para o direito de recesso já há aqueles que se opõe, pelas razões acima expostas, para os consumidores que a princípio nada tem a ver diretamente com a sociedade e que além de tudo são indeterminados, logicamente que haveria mais resistência.

Com relação aos trabalhadores a questão é mais delicada e merece atenção da doutrina a fim de criar mecanismos de proteção para eles.

Se as sociedades que vão se fundir visam reduzir custos, adquirir novos equipamentos, unificar os órgãos de administração, parece claro que os empregados podem ser prejudicados com a perda do emprego, nada podendo fazer contra isso.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 48.

Ainda mais quando se trata de sociedade anônima a questão dos empregados adquire maior importância pois, em geral, são eles que trabalham e não os sócios. GARRIGUES diz que dos acionistas “se lhes pede unicamente seu dinheiro, não seu trabalho, porque para conseguir os fins sociais há outras pessoas que podem, sem dúvida, ser também acionistas, mas que não precisam sê-lo”⁹⁵. Têm-se que os empregados, na medida em que entregam sua força de trabalho, ajudam a conseguir os fins sociais e apesar disso não são consagrados com uma proteção efetiva para um dano que a fusão pode vir a causar-lhes.

Embora o Direito de Trabalho estabeleça que a mudança do empregador em nada altera o contrato de trabalho, isso não quer dizer que a nova sociedade não possa rescindir o contrato sem justa causa, dispensando assim aquele empregado.

Parece evidente que os empregados merecem proteção, cabendo à doutrina criar meios que possam protegê-los, seja através da possibilidade de oposição, seja através da concessão de uma estabilidade.

3.8 FUSÃO E A MANUTENÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO

Para o funcionamento do sistema capitalista, a livre concorrência se faz indispensável. Ela proporciona a disputa entre produtores ou prestadores de serviço, que atuam no mesmo ramo, por um maior espaço no mercado. Para isso deve-se melhorar a qualidade do produto ou serviço ofertado ao mesmo tempo em que o preço reduz. Quem acaba se favorecendo é o consumidor pois terá a sua disposição produtos melhores e mais baratos. Na prática isso é facilmente verificado, pois se há apenas uma empresa que produz gasolina, ficará o mercado na dependência dela para adquirir esse bem, se sujeitando, a princípio⁹⁶, aos

⁹⁵ *Ibid*, p. 23.

⁹⁶ É claro que o Estado dispõe de mecanismos capazes de amenizar e até suprir esse problema. Como exemplo podemos citar a redução do imposto sobre importação, abaixando consideravelmente o preço do produto estrangeiro, o que criaria um concorrente externo.

arbitrios que ela possa praticar, como regular a quantidade ofertada, provocando escassez do produto, ou vender a preços exorbitantes.

Joaquín GARRIGUES diz que a legislação antimonopólica foi o meio inventado pelo Estado para evitar “os abusos do poder econômico das grandes sociedades anônimas. Houve um abuso da liberdade o que fez com que os concorrentes suprimissem a luta entre si, para lutar contra o consumidor, ou seja, da “luta pelo cliente havíamos passado à luta contra o cliente.”⁹⁷

Sobre a relação da fusão com o Direito Concorrencial, BULGARELLI⁹⁸ diz que um dos fatores que podem determinar a fusão seria o de evitar a concorrência. Embora, de fato, a fusão possa aumentar a tendência ao monopólio, principalmente quando ocorre entre sociedades anônimas, não se pode ter isso como regra.

O Estado ainda assim prefere, dentre as formas de concentração⁹⁹, a fusão devido à extinção das sociedades e criação de uma nova pessoa jurídica na qual se integram totalmente os patrimônios das antigas sociedades, ficando perfeitamente visível a concentração empresarial. Já em outras formas de concentração, mesmo quando se perde a independência econômica, a independência jurídica se mantém, razão pela qual a fusão é uma forma de concentração a que se prefere tendo em vista a clareza que proporciona, ao contrário de outras formas de concentração as quais torna-se difícil a verificação de eventuais abusos e infrações à ordem econômica devido à independência jurídica. Ademais, o Estado, além de regular a fusão, já concedeu incentivos fiscais como vimos acima.

Embora o Estado dê poderes e privilégios para a sociedade anônima assim como incentive as fusões, o próprio Estado estabelece limites a fim de preservar a concorrência. É o caso do artigo 170 da Constituição, que estabelece uma série

⁹⁷ *Ibid.* p.17-8.

⁹⁸ BULGARELLI, W. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.183

⁹⁹ Muitas vezes as sociedades tem uma mera aparência de autonomia, quando na verdade há uma dependência entre elas, ou delas em relação a uma outra, como ocorre nos cartéis e trustes

de princípios para a ordem econômica, dentre eles o da livre concorrência e a defesa do consumidor. A livre iniciativa é outro direito garantido constitucionalmente o qual deve ser visto à luz de outro enunciado da própria Constituição, o qual determina que à lei cabe reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”¹⁰⁰. Assim como os particulares têm um direito à liberdade limitado, uma vez que não podem entrar na esfera de liberdade de outrem, a liberdade de iniciativa também deve sofrer limites a ponto de não se suprimir a concorrência.

Deve-se diferenciar, pois, o uso do abuso, pois uma coisa é utilizar um mecanismo previsto pelo Estado, de acordo com os contornos dados por ele para sua utilização, e outra é abusar deste direito dando contornos que se afastem do interesse estatal que propiciou sua regulamentação.

CARVALHOSA¹⁰¹ sobre concentração empresarial diz:

É evidente que um complexo empresarial resultante da experiência e das potencialidades diversas que se fundiram ou se associaram habilita-se a uma melhor apropriação do mercado, seja pela manipulação das imperfeições deste, seja pelo conhecimento mais perfeito que dele passa a ter através do aporte mercadológico agregado. A concentração empresarial, com efeito, capacita as companhias envolvidas a obter uma categoria diferencial de informações, de ampliação geográfica, de meios eletrônicos de venda e de clientela, em termos qualitativos.

Porém ressalta que:

a concentração empresarial em si mesma não é considerada ilícita. Assim pode ela visar ganhos de produtividade, obtenção de economias de escala inclusive pela redução de custos, penetração em mercados locais ou, inversamente, em mercados internacionais; maior eficiência operacional, absorção de tecnologia avançada. Neste caso, a concentração empresarial será caracterizada pelo serviço regular do poder econômico que necessariamente dela advém.

Tem-se que a fusão é lícita. A lei 8.884/94, não proíbe a fusão em si, mas apenas os efeitos e conseqüências que pode acarretar, ou seja, apenas quando

dificultando a fiscalização do Estado na medida em que não se reconhece a situação de dependência uma vez que cada sociedade mantém sua própria personalidade jurídica.

¹⁰⁰ Constituição, art.173, § 4º.

causar ou tender à dominação de mercado relevante de bens ou serviços¹⁰², à eliminação da concorrência, houver abuso da posição dominante ou quando ocasionar um aumento arbitrário dos lucros é que se incorrerá em violação à ordem econômica.

Como bem observa o professor Alfredo de Assis GONÇALVES¹⁰³ Neto deve

prevaler na matéria, portanto, a **regra da razão**, segundo a qual é necessário que, na interpretação e na aplicação da norma dessa lei, relativamente às práticas comerciais restritivas, analise-se a razoabilidade da conduta frente aos fins visados pelo empresário e as alternativas possíveis no mercado considerado. Por meio dessa regra, diz-se que são condenáveis as práticas que restringem a concorrência sem justificativa razoável.

Sobre esta matéria cabe mencionar a existência de três órgãos estatais que tem por objetivo disciplinar e fiscalizar as operações do mercado que são o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a SDE (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico).

No que se refere ao CADE, cabe-lhe principalmente zelar pelo respeito às normas da livre concorrência, autorizando ou não a prática de atos ou a celebração de contratos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência. Embora não seja objetivo deste trabalho deve-se atentar para até que ponto este órgão é eficiente não só para a proteção dos direitos do consumidor (como já foi questionado acima) mas da ordem econômica em geral.

Finalmente, é preciso ter em mente que hoje a concentração visa mais a consolidação do que a eliminação da concorrência, pois com ela grandes companhias são criadas, as quais passam a competir, em condições basicamente iguais, sendo muito mais vantajoso procurar se manter no mercado do que

¹⁰¹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v.4, tomo I, 1999, p.238.

¹⁰² Deve-se analisar caso a caso o que seja mercado relevante de bens ou serviços. Há, todavia, dois critérios para conceituar mercado relevante: o primeiro determina o mercado relevante em razão do produto e o segundo em razão da área geográfica.

¹⁰³ GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. **Manual de Direito Comercial**. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2002, 236.

eliminar concorrentes. Vale lembrar ainda que a defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio de propiciar uma economia eficiente.

4 CONCLUSÃO

Primeiramente, procurou-se mostrar a não coincidência entre os conceitos de empresa e sociedade, pois enquanto a primeira organiza os fatores de produção, a segunda é uma corporação que tem por objetivo explorar uma empresa. Por ser esta forma de propriedade, tem-se que ela deve desempenhar uma função social, o que se estende à sociedade anônima uma vez que ela é responsável por explorar a atividade da empresa.

Ademais, com relação à sociedade anônima, a Lei 6.04/76 procurou ressaltar, em seus artigos 116, 117 e 154, a função social assim como o respeito ao interesse público que ela deve apresentar.

Viu-se que embora haja um conflito entre o interesse dos sócios em obter lucro e o interesse da sociedade em cumprir com os fins que lhe deram origem, deve haver uma compatibilização entre ambos, fazendo com que a sociedade cumpra com sua função ao tempo em que é assegurado aos sócios o recebimento dos dividendos a que têm direito, sem que o objetivo de lucro seja o único e mais importante motor a governar a sociedade.

Contribui a sociedade anônima para o pleno emprego, para a redução das desigualdades sociais, assim como para a satisfação de necessidades essenciais do homem bem como para o crescimento econômico do país, indo ao encontro dos princípios constitucionais.

Por tudo isso sua preservação e fortalecimento se fazem necessários sendo a fusão um mecanismo apto para tal objetivo.

A fusão, por ter como características a extinção de todas as sociedades que se fundiram, bem como a criação de uma nova a qual sucede as extintas em todos os direitos e obrigações (transferência global do patrimônio), sem que haja liquidação, se diferencia das demais formas de concentração, não sendo ilícita desde que não cause a dominação de mercados, elimine a concorrência ou acarrete o aumento arbitrário dos lucros.

Sobre esse processo, têm os acionistas o direito de aprová-lo ou não e, em não concordando com a deliberação que aprovou a fusão, têm o direito de se retirar da sociedade.

Os credores, por sua vez, podem se opor exigindo que seu crédito seja satisfeito uma vez que não estão obrigados a aceitar a mudança de devedor.

Já com relação aos consumidores e empregados das sociedades que se fundiram, não há um sistema efetivo de proteção dos seus direitos, sendo necessário se pensar sobre isso.

Por fim, objetivou-se aqui mostrar a importância da sociedade anônima e de sua preservação e fortalecimento através da fusão. Por ela pode-se aumentar a competitividade, a dimensão da empresa, a clientela, o número de estabelecimentos, proporcionar a aquisição de novos equipamentos, mão-de-obra qualificada além novas técnicas de produção.

Isso tudo com o objetivo de preservar a atividade comercial, a qual é responsável por fornecer bens, serviços e gerar riquezas necessários para o desenvolvimento do país bem como para a satisfação das necessidades de sua população, e não os interesses particulares dos sócios, o qual deve sempre se sujeitar ao interesse da sociedade, conforme dispõe a Teoria Institucionalista e a própria Lei das S.A.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v.7, 1990.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada**. Tradução de: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

_____. **Manual das Sociedades Anônimas**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **A teoria Jurídica da Empresa**. [s./]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v.2, 1998.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, v. 4, tomo I ,1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. [s./]. São Paulo: Saraiva, v.3, 2002.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 5ªed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002.

_____. **Código Comercial e Legislação Complementar Anotados**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O Novo Direito de Retirada do Acionista nos Casos de Fusão e Incorporação. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, p.11-16, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARRIGUES, Joaquín. **Problemas Atuais das Sociedades Anônimas**. [s./]. Tradução de: Norberto da Costa e Caruso Mac Donald. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1982.

GONÇALVES, Alfredo de Assis Neto. **Manual de Direito Comercial**. 2ªed. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

LACERDA, S. M. N. **Função Social da Empresa: um Princípio Constitucional em Construção**. Curitiba, 2002. 167f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

MASCHERONI, Fernando H.; MUGUILLO, Roberto A. **Régimen Jurídico Del Sócio**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2ªed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, v.51: Obrigações.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Sociedade de Economia Mista e Empresa Privada: Estrutura e Função**. 1ª ed. Curitiba : Juruá Editora, 2000.

RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel. **Derecho Societário**. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.

SALOMÃO, Calixto Filho. **O Novo Direito Societário**. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WALD, Arnold. O novo Código Civil. **A Empresa no Código Civil**. Brasília, junho/2003.