



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE
ALAGOAS

PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE

ATOS DE CONCENTRAÇÃO MONOPOLIZADORES EM PROCESSOS DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA (IN)APLICABILIDADE DA
***FAILING COMPANY DEFENSE* COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE**
1988

MACEIÓ-AL

2018

PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO MONOPOLIZADORES EM PROCESSOS DE
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DA (IN)APLICABILIDADE DA
FAILING COMPANY DEFENSE COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas, como requisito para obtenção do grau de Mestra em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Barros Correia Júnior

MACEIÓ-AL
2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária Responsável: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

A345a Albuquerque, Paula Falcão.
 Atos de concentração monopolizadores em processos de recuperação judicial:
 uma análise da (in)aplicabilidade da Failing Company Defense com base na
 Constituição Federal de 1988 / Paula Falcão Albuquerque. – 2018.
 144 f.

Orientador: José Barros Correia Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2018.

Bibliografia. f. 128-144.

1. Falência. 2. Failing Company Defense. 3. Função social da empresa.
4. Recuperação judicial. 5. Empresas – Atos de concentração. I. Título.

CDU: 347.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



PAULA FALCÃO ALBUQUERQUE

“ATOS DE CONCENTRAÇÃO MONOPOLIZADORES EM PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL: uma análise da (in)aplicabilidade da *failing company defense* com base na
Constituição Federal de 1988”

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. JOSÉ BARROS CORREIA JÚNIOR

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt Júnior (UFAL)

Julgamento: APROVADA (10,0) Assinatura: 

Profa. Dra. Juliana de Oliveira Jota Dantas (UFAL)

Julgamento: Aprovada 10,0 Assinatura: 

Profa. Dra. Fabíola Albuquerque Lôbo (convidada externa/UFPE)

Julgamento: Aprovada 10,0 Assinatura: Fabíola Albuquerque Lôbo

Maceió, 18 de maio de 2018.


Prof. Dr. George Sarmiento
FDA/UFAL
george_sarmiento@hotmail.com
+55(82) 9314-1414

Dedico este trabalho aos meus pais, meus grandes incentivadores.

AGRADECIMENTOS

A conclusão do mestrado só foi possível porque recebi o auxílio, o apoio e a compreensão de muitas pessoas, as quais eu não poderia deixar de agradecer.

Agradeço a Deus, por sempre direcionar a minha vida e as minhas escolhas para o melhor caminho.

Aos melhores pais, Fátima e Paulo, pelo incentivo, amor e por estarem sempre ao meu lado incondicionalmente.

Ao meu orientador, professor José Barros Correia Júnior, pelos valorosos ensinamentos e por toda orientação, não apenas para confecção da dissertação, mas pelos tantos caminhos que me direcionou a seguir.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, na pessoa do Professor Marcos Ehrhardt, por quem eu tenho grande admiração e gratidão por tudo que fez por mim nessa jornada.

Ao Bruno Oliveira, meu grande amigo desde a época da graduação em Direito, por ter tornado mais leve e divertida essa trajetória. Semelhante aos deveres gerais de conduta das obrigações, sempre presente: antes, durante e depois do mestrado.

Às minhas amigas Tálita Baeta e Daniela Stecconi (*in memoriam*) pelo companheirismo e parceria durante a seleção do mestrado. Amigas da vida!

Ao Douglas Vieira, por todo apoio e torcida, por toda energia positiva, por toda disponibilidade, por todo carinho.

Aos meus amigos da Turma 12, pela união, leveza e amizade nessa jornada. Sem eles não teria sido tão bom.

Aos colegas de trabalho, por todo o auxílio ao longo desses dois anos.

Aos que, de alguma maneira, contribuíram para o desenvolvimento e conclusão desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a teoria da *Failing Company Defense* e a possibilidade de sua utilização no Brasil, em sede de recuperação judicial. A análise da livre iniciativa, da livre concorrência, da função social da empresa e outros valores postos na Constituição Federal de 1988 alicerça a discussão, na intenção de compatibilizar as regras postas na Lei de Recuperação e Falência e na Lei Antitruste. Inicialmente, há uma descrição acerca da função social da empresa diante da sua, também, função individual. Em seguida, descreve-se como a Lei de Recuperação de Empresas apresenta a possibilidade de negociação entre os empresários e seus credores. Em sequência, expõem-se os contornos do Direito Brasileiro em relação à postura do Estado quando da análise de atos de concentração. Seguidamente, narra-se o surgimento e a utilização do instituto de raízes norte-americanas, apontando quais os contornos para a sua aplicação nos Estados Unidos. Com isso, verificam-se os parâmetros postos para a utilização no Brasil da *Failing Company Defense*, sua adaptação ao ordenamento nacional e a autoridade competente quando a discussão da teoria for posta no contexto da recuperação judicial, acarretando a concentração de mercado em determinado segmento.

Palavras-chave: Função social da empresa. Recuperação judicial. Atos de concentração. *Failing Company Defense*. Internalização do instituto.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the theory of Failing Company Defense and the possibility of its use in Brazil, in judicial recovery. The analysis of free initiative, free competition, the social function of the company and other values set forth in the Federal Constitution of 1988 supports the discussion, with the intention of making compatible the rules laid down in the Law on Recovery and Bankruptcy and in the Antitrust Law. Initially, there is a description about the social function of the company and also its, individual function. Next, the paper describes how the Business Recovery Act presents the possibility of negotiation between the entrepreneurs and their creditors. In the sequence, the outlines of the Brazilian Law are exposed in relation to the State's stance when analyzing concentration acts. Next, we describe the emergence and the use of the American roots institute, pointing out the contours for its application in the United States. Thus, the parameters established for Failing Company Defense's use in Brazil, its adaptation to the national legal system and the competent authority when the discussion about the theory is put in the context of judicial recovery, causing the market concentration in a given segment .

Keywords: Social function of the company. Judicial recovery. Acts of concentration. Failing Company Defense. Internalization of the institute.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
DOJ	Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano
FCD	<i>Failing Company Defense</i>
FFD	<i>Failing Firm Defense</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
NIRA	<i>National Industrial Recovery Act</i>
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A EMPRESA E SUAS FUNÇÕES. INDIVIDUAL E SOCIAL.....	15
2.1	O conceito de empresa.....	16
2.2	O contexto liberal e a codificação comercial.....	18
2.3	Constituição Federal de 1988: a livre iniciativa atrelada à função social da empresa.....	23
3	A EMPRESA EM CRISE E OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	32
3.1	Empreender: o risco, a importância na identificação da crise e o amparo legal para sua solução.....	32
3.2	A preservação da empresa.....	36
3.3	A crise empresarial reversível e a recuperação judicial.....	39
3.4	O pedido de recuperação judicial.....	43
3.5	O plano de recuperação judicial e os meios de recuperação judicial.....	47
4	O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	54
4.1	A concorrência, a concentração de mercado e o Direito Antitruste.....	55
4.2	O princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988.....	61
4.3	O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o controle dos atos de concentração.....	68
4.4	O controle de estruturas e a os atos de concentração autorizados pela Lei nº 12.529/2011.....	72
5	TEORIA DA FAILING COMPANY DEFENSE.....	79
5.1	O surgimento do Direito Antitruste e da Failing Company Defense nos Estados Unidos.....	79
5.2	Os contornos para a aplicação da Failing Company Defense nos Estados Unidos.....	86
5.3	A aplicação da teoria da Failing Company Defense na União Europeia.....	89

6	CONTORNOS PARA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA FAILING COMPANY DEFENSE NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL.....	93
6.1	A construção da teoria da Failing Company Defense no Brasil através do desenvolvimento jurisprudencial do CADE.....	95
6.2	A interação entre normas de defesa da concorrência e a legislação acerca da recuperação judicial no Brasil.....	98
6.3	A competência para avaliar a utilização da Failing Company Defense no Brasil em sede juízo de recuperação judicial.....	108
7	CONCLUSÃO.....	122
	REFERÊNCIAS.....	128

1 INTRODUÇÃO

A teoria norte-americana *Failing Company Defense* é utilizada nos Estados Unidos e em diversos outros países do mundo como solução para a crise empresarial, quando esta possuir como alternativa de reerguimento a adoção de operações societárias ou outros negócios jurídicos capazes de dominar o mercado relevante. Porém, de modo geral, os atos de concentração monopolizadores não são bem vistos pela maioria dos ordenamentos jurídicos, uma vez que a ideia do liberalismo absoluto não é aceita por boa parte dos Estados.

No Brasil não é diferente. Apesar de a Constituição Federal de 1988 defender a liberdade de iniciativa – apresentada como fundamento da República Federativa do Brasil -, existem restrições constitucionais para sua aplicação, inclusive no que se refere à proteção contra eventual abuso de poder econômico. O ordenamento constitucional pátrio traz, como princípios norteadores da Ordem Econômica, dentre outros, a função social da empresa, que possui como tentáculo a livre concorrência e a preservação da empresa.

No desiderato de por em prática os regramentos previstos na CF/88, normas infraconstitucionais foram criadas completando os ditames constitucionais, a exemplo da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência) e da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste). Ambas regram seus temas específicos, esposando conceitos, requisitos, formas de aplicação e fiscalização de diversos atos relacionados à manutenção empresarial e à proteção da concorrência. A primeira norma idealiza maneiras de tentar reerguer as atividades empresariais em crise, equalizando ou extinguindo as suas obrigações; já a segunda, concebe formas de evitar abusos concorrenciais, por entender que alguns atos monopolizadores impedem o bom exercício do empreendedorismo e da circulação de riquezas, refletindo em todo o mercado de consumo.

Ocorre que é possível se deparar com situações concretas que permitem a visualização da empresa em crise, sujeita à superação econômica. Entretanto, tendo apenas como forma de reerguimento a realização de operações societárias passíveis de dominação econômica – que, no atual cenário de legislação ordinária brasileira, só seriam admitidas se demonstrassem que a ação aumentaria a produtividade ou a competitividade; melhoraria a qualidade de bens ou serviços ou propiciaria a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e, ainda, que fosse repassada, aos consumidores, parte relevante dos benefícios decorrentes da operação. Inclusive, a própria Lei nº 11.101/2005 incentiva a realização de operações societárias (como fusões e incorporações), contrato de trespasse, constituição de sociedade de credores, dentre outros, como meios de recuperação judicial.

Tem-se, pois, um conflito de interesses, quais sejam: brevar os atos de concentração tendo em vista o risco de monopolização de mercado (e junto, com esse cerceamento, a extinção da fonte produtiva) ou preservar a empresa através de atos de concentração que podem gerar domínio de mercado, em processos de recuperação (mesmo tendo a certeza de potencial obstáculo à concorrência).

Não obstante a inexistência de leis infraconstitucionais brasileiras que abracem a possibilidade de permitir a manutenção da atividade empresarial monopolizadora de maneira racional e não utópica, pretende a pesquisa em apreço analisar os requisitos utilizados pelo sistema jurídico estadunidense e a sua compatibilidade com ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com o suporte da Constituição Federal de 1988.

Sob essa perspectiva, visa-se à observância de choques de valores no instante em que exista uma disputa pela sobreposição de valores atrelados ao princípio da livre concorrência e o da preservação da empresa decorrente da apresentação de um plano de recuperação de empresas o qual proponha uma operação societária ou outra sugestão que resultem em monopolização de mercado relevante, como forma de reerguimento empresarial. Pretende-se estudar a abertura constitucional brasileira para a utilização da teoria norte-americana *Failing Company Defense*, a qual tem o condão de admitir a realização atos de concentração monopolizadores, cumpridos certos requisitos.

Diante da atual conjuntura econômica no Brasil, é bem possível que os aplicadores do direito, em diversos momentos, possam deparar-se com situações idênticas ou semelhantes à narrada. Noticia-se diariamente o encerramento de empresas e a crise no setor de empreendedorismo. Assim, faz-se nascer, automaticamente, a possibilidade de se recorrer a práticas de atos de concentração empresarial dentro de processos de recuperação judicial de empresas como forma de reversibilidade da crise em concreto.

Nessa perspectiva, o presente estudo pretende responder aos seguintes problemas: No Brasil, quando da existência de plano de recuperação judicial que pretende adotar como meio de recuperação atos de concentração monopolizadores, é possível, com base na Constituição Federal de 1988, a utilização da teoria norte-americana *Failing Company Defense* no intento de preservar a atividade econômica? Se sim, quais os contornos para aplicação da teoria em questão? Quem seria a autoridade competente para decidir sobre atos de concentração em processo de recuperação judicial?

Para responder às perguntas postas, o trabalho está dividido em cinco capítulos de desenvolvimento.

O primeiro capítulo é voltado a apresentar como a Constituição Federal de 1988 alicerça a possibilidade de se desenvolver atividade empresarial no Brasil, apontando a diferença entre as suas funções individual e social. Esta parte do desenvolvimento, após apresentar o conceito de empresa utilizado ao longo do trabalho, tratará de como o direito tutelava a empresa com enfoque no ideário liberal, perpassando para o enfoque social. Isso porque, durante muito tempo, o direito tratou a empresa de maneira isolada, apenas apontando regras relacionadas aos seus agentes, à atividade desempenhada e aos bens utilizados para tanto. Esse tratamento fez com que a empresa passasse a ser tutelada preponderantemente sob a perspectiva de que sua função era apenas a de gerar lucro para seus investidores, fossem eles o empresário individual ou os sócios da sociedade empresária. Entretanto, esse viés estritamente individual não se coaduna com o verdadeiro papel da atividade empresarial, que gera reflexos diretos e indiretos para a coletividade. Sob essa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 dá suporte para que todo ordenamento jurídico brasileiro não se limite apenas à chamada função individual da empresa, devendo ser levado em consideração o interesse coletivo.

O segundo capítulo é dedicado à recuperação judicial, desde o fundamento da sua existência até a utilização de atos que podem gerar concentração de mercado como meio de recuperação judicial. Ora, sabe-se que, devido à importância da atividade empresarial para a coletividade, a abordagem que fundamenta a existência da recuperação judicial perpassa diversas discussões, inclusive ideológicas (especialmente na dicotomia entre socialismo e liberalismo). No entanto, não é a pretensão do presente estudo adentrar nesse panorama. Nesse capítulo, serão apresentados os aspectos postos na legislação atual no sentido de expor os riscos da atividade empresarial e a preocupação do ordenamento jurídico em salvaguardar as empresas de eventuais crises. Ademais, expor-se-á como a Constituição Federal de 1988 trata da livre iniciativa ao lado de valores sociais que se entrelaçam com o bem-estar da coletividade, delimitando o ideário de estímulo à preservação de empresas. Ainda nessa seção, haverá a abordagem de como o empresário em crise pode tentar se reerguer contando com a ajudar de seus credores, mediante a possibilidade de união com outros empresários.

O terceiro capítulo se presta a discorrer acerca do Direito Concorrencial no Brasil, particularmente em relação ao controle de estruturas, vale dizer, controle prévio feito pelo Estado referente às operações feitas por agentes econômicos que podem dominar o mercado. Para tanto, esse capítulo discorrerá sobre o mercado, sua importância e como a concorrência livre pode ser benéfica para a economia e, por consequência, para a coletividade. Mais adiante, o trabalho exporá como a livre concorrência é posta na Constituição Federal de 1988

e quais os contornos para sua proteção. Em seguida, apresentar-se-á como o Brasil organizou seu sistema de proteção à concorrência e a forma de controle de estruturas, para então, descrever os contornos para autorização dos atos de concentração.

O quarto capítulo apresentará e descreverá a teoria da *Failing Company Defense*. Far-se-á uma análise do surgimento do direito antitruste contemporâneo até os primeiros passos para a construção da teoria em discussão. Será descrito como os Estados Unidos desenvolveram e solidificaram a ideia de flexibilização do direito concorrencial em prol da manutenção da atividade empresarial, apontando seus parâmetros para aplicação. Encerrar-se-á essa seção apresentando a utilização dessa teoria, também, pela União Europeia.

O quinto capítulo se propõe a solucionar a problemática dessa pesquisa. Para cumprir esse desiderato, qual seja, responder acerca da possibilidade de aplicação da teoria *Failing Company Defense* no Brasil, apresentar-se-á o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) através de contornos para tal utilização, inclusive, através da confecção do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016 – conhecido como Guia H e se trata de uma cartilha informativa da autoridade antitruste sem efeito vinculante. Mais adiante, far-se-á uma análise desses pressupostos apresentados pela autoridade antitruste brasileira no intento se verifica se são compatíveis com os preceitos postos pela Constituição Federal de 1988, em sede de recuperação judicial. Nesse viés, também haverá uma abordagem acerca da discussão sobre qual seria a autoridade competente para decidir quando da existência de operações societárias concentrantes postas nos planos de recuperação judicial.

Esclarece-se, por oportuno, a razão da limitação do tema à recuperação judicial, deixando-se de discorrer acerca do procedimento extrajudicial. Aquela, diferentemente desta, tem um processamento acompanhado pelo Estado-Juiz – o que permite adotar uma postura de salvaguarda maior em relação aos princípios que aqui se põem em aparente contraposição: proteção à concorrência e preservação da empresa. Especialmente porque, além do acompanhando do Poder Judiciário em todo o andamento processual, há, também, participação obrigatória do Ministério Público a partir do deferimento do processamento da recuperação judicial, atuando como fiscal da lei ao longo de todo o trâmite. Diversamente – na recuperação extrajudicial – o Estado-Juiz tem uma participação em menor esfera, o que poderia encaminhar a discussão do presente trabalho para uma perspectiva diversa daquilo que se pretende abordar.

Por fim, vale esclarecer que, malgrado a existência no Brasil de poucos processos de recuperação judicial que demandem a discussão posta no presente trabalho, o assunto não

merece desdém e é de extrema relevância. Isso porque, apesar de raro, quando se põe em discussão, pode ocasionar reflexos em uma parcela significativa da população, razão pela qual, sustenta-se merecer um estudo direcionado.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A EMPRESA E SUAS FUNÇÕES INDIVIDUAL E SOCIAL

É certo que a atividade empresarial tem como forte característica a onerosidade, isto é, a incessante busca do lucro para os seus investidores. Isso ocorre como reflexo à iniciativa do empresário de se lançar no mercado e correr risco; afinal, a lucratividade é o prêmio que ele recebe pela coragem de arriscar, haja vista que o fracasso é um elemento que caminha ao lado da empresa.

Esse esforço pela lucratividade, atualmente, deve ser analisado dentro de um contexto constitucionalizado. Isso porque a Constituição Federal de 1988 assumiu um papel concreto de direcionador do Direito Privado, devendo se apresentar como filtro axiológico quando da confecção, interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. O texto constitucional, também, passou a apresentar diretamente normas que fundamentam o direito das relações particulares, seja no âmbito civil e no empresarial.

Nesse sentido, alguns alicerces são colocados na CF/88 para orientar todo o atual Direito Empresarial, especialmente no sentido de deixar no passado o pensamento excessivamente liberal apresentado a partir do século XVIII, o qual individualizava os interesses daqueles que desenvolviam a atividade de comércio.

Para que se entenda a eleição dos atos de concentração como uma das maneiras de tentativa de reerguimento da atividade empresarial em crise através de uma recuperação judicial, inicialmente, há que se delinearem os fundamentos constitucionais que alicerçam os atuais Direito Concorrencial e Direito Recuperacional (sub-ramos do Direito Empresarial), diante do contexto jurídico em que o empresário se apresenta.

Para tanto, é inevitável tratar a empresa como categoria jurídico-econômica de relevância para a sociedade, isso porque, “deve-se considerar a empresa como sendo um agente aglutinador de recursos e capital e, ao mesmo tempo, um elemento catalisador social que fomenta o progresso e o desenvolvimento da nação”¹.

Assim, atualmente, reconhece-se a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento do País, ao se perceber que toda a coletividade ganha com o desenvolvimento da empresa. Empreender é assumir um papel que reflete no

¹ FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 12, n. 2, p. 139-156, maio/ago. 2015.

desenvolvimento da atividade, da cidade, da região e até mesmo da nação², especialmente quando esse empreendedorismo é voltado para a atividade empresarial.

Contudo, nem sempre foi assim. Hoje, ao se analisar a Constituição Federal de 1988, percebe-se que o ideário estritamente liberal e excessivamente individualista na tutela da empresa não tem mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, protege-se a atividade empresarial e, ao mesmo tempo, a coletividade, especialmente na busca do bem comum através da empregabilidade, arrecadação de tributos, sustentabilidade, dentre outros. Isso acontece diante da impossibilidade de o Estado (sozinho) satisfazer todas as necessidades da coletividade.

No intento de verificar como a CF/88 cuida da atividade empresarial dentro do contexto social, é importante, inicialmente, que se faça uma breve conceituação da expressão empresa, evitando que haja uma utilização diversa da pretendida ao longo desse trabalho. Adiante, será apresentado o contexto jurídico da criação do Direito Empresarial hodierno, analisando a inicial preponderância da tutela do interesse individual dos agentes do comércio para, em seguida, apresentar-se os contornos da função social da empresa inseridos no texto constitucional.

Essas primeiras informações são relevantes para estabelecer como os Direitos Recuperacional e Concorrencial devem ser lidos, curvando-se aos ideais inseridos na Constituição Federal de 1988.

2.1 O conceito de empresa

Antes de iniciar a análise da modificação do tratamento dado à atividade empresarial - com a outrora supremacia da função individual em face da função social-, é imperioso explicar o conceito de empresa que será utilizado neste trabalho.

Conceituar empresa não é uma tarefa fácil. Tanto é verdade que Rubens Requião afirma que precisar o termo empresa “tem sido a cefaleia dos comercialistas, que desejariam defini-la em termos jurídicos, os quais foram, afinal, reduzidos à servidão dos conceitos econômicos”³. Ou seja, sua conceituação não deve ser limitada a aspectos meramente econômicos.

² DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo: transformando ideias em negócios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 217.

³ REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado e no direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 19, p. 263-280, 1979.

Diversas foram as teorias que pretenderam delimitar a expressão empresa. Outrossim, para o presente trabalho, será trabalhado o pensamento do italiano Alberto Asquini. Segundo Alberto Asquini⁴, conceituar empresa não é observar um aspecto isolado, mas sim como um fenômeno econômico poliédrico, através de diversos perfis que a formam: o perfil do empresário (sujeito que desempenha a atividade), o conjunto de atos e atuação (formando o perfil funcional), os bens utilizados pelo empresário para a atividade (que compõe o perfil objetivo) e os colaboradores (que formam o perfil corporativo).

O pensamento de Alberto Asquini, embasados nas lições de Cesare Vivante⁵, foi adaptado à realidade brasileira e acabou por influenciar na confecção das regras postas no Código Civil de 2002. Conceito de empresário e estabelecimento empresarial estão textualmente descritos no comando legal e, no concernente ao conceito de empresa, apesar de não estar de forma expressa, é perceptível através da realização de uma interpretação sistemática dos dispositivos.

Entretanto, corriqueiramente, alguns confundem o conceito de empresa com o conceito de empresário (pessoa jurídica que desenvolve empresa), ou com o do ponto de negócio (local onde a empresa é exercida) ou até mesmo com o do estabelecimento empresarial (conjunto de bens destinados ao exercício da empresa, que reflete a propriedade dinâmica). Esse equívoco acontece, inclusive, em textos legais, a exemplo do artigo 2º da CLT que utiliza a expressão empresa como empregador⁶, como se pessoa jurídica ela fosse.

Já o Código Civil de 2002, em seu artigo 966, cuidou de conceituar expressamente a figura do empresário, especificando que é aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”⁷. Desse conceito, depreende-se que a empresa é atividade econômica organizada desenvolvida por um empresário, que a faz através de bens separados e destinados a tais fins, apta a permitir a produção e circulação de produtos e a prestação de serviços. E assim,

⁴ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (*Profili dell'impresa*). Tradutor Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p 109-126, out.-dez., 1996.

⁵ VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Tradutor Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.

⁶ Consolidação das Leis do Trabalho – “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

⁷ Código Civil – “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

a empresa consiste no exercício da atividade economicamente organizada pelos empresários, sem, no entanto, confundir-se com o empresário individual, com a sociedade empresária ou mesmo com o estabelecimento. A relação entre eles deve ser simbiótica, pois não existe empresário sem empresa ou mesmo sem estabelecimento, e vice-versa. O conceito de um depende da caracterização do outro, contudo, não são, nem devem ser, passíveis de confusão⁸.

Empresa é, portanto, atividade. É justamente o fato de ser atividade - e não vista como conjunto de atos isolados - que a difere dos atos jurídicos descritos pelo Código Civil, merecendo um tratamento diferenciado. Tullio Ascarelli afirma que “a atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si em função de uma finalidade comum”⁹. Ou seja, é justamente a interrelação entre esses diversos atos praticados que caracteriza a atividade, passando a existir a necessidade de um tratamento diferente entre os atos da vida civil e a atuação do empresário.

Salienta-se, por oportuno, que a maior preocupação do Direito Empresarial está exatamente nessa atividade empresarial (na empresa) e não, necessariamente, no empresário ou no seu estabelecimento de forma isolada. É sobre essa atividade que se fará uma análise da preponderância da função individual ou social, diante do contexto jurídico atual.

2.2 O contexto liberal e a codificação comercial

O fenômeno constitucionalismo pode ser entendido como um movimento político-ideológico que teve o condão de limitar os poderes dos governantes em relação aos seus governados, vale dizer, “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”¹⁰, como assevera JJ. Gomes Canotilho.

Com ideologia liberal, o constitucionalismo escrito teve oficialmente seu início na segunda metade do século XVIII, alicerçado pelas ideias iluministas que, politicamente, opunham-se à forma de comando absolutista e autoritária da época. Diante desse contexto, foram criadas as primeiras Constituições modernas, que tinham como mote o estabelecimento de um plano político que organizasse o Estado, através da separação dos poderes, como também que limitasse o seu poder, consagrando proteção aos direitos fundamentais do cidadão.

⁸ CORREIA JÚNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

⁹ ASCARELLI, Tullio. O empresário. Tradutor Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 36, n. 109, p. 183-189, jan.-mar. de 1998.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 51.

Esses direitos fundamentais gravitavam em torno dos direitos individuais chamados de primeira geração ou dimensão, que tinham inspiração jusnaturalista, dentre os quais se destacavam a igualdade e a liberdade. Essa liberdade pode ser desdobrada em diversas liberdades, como a de locomoção, pensamento, voto, criação intelectual, informação, profissão e de desenvolver atividades econômicas¹¹.

Mas era o campo econômico que ganhava maior atenção quando se tratava de liberdade. As relações econômicas eram livres e com pouquíssimas intervenções ou regulações do Estado. Nessa época, “as normas estatais protetoras do indivíduo buscavam assegurar tão somente o espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado”¹², sendo as eventuais limitações ínfimas e apenas as extremamente necessárias para manter o convívio social. Tratava-se de uma liberdade econômica formal que, sob o enfoque contratual, permitia a possibilidade de os indivíduos negociarem de acordo com as próprias vontades sem que o Estado pudesse interferir em suas vontades.

É certo que as constituições da época não cuidavam diretamente do Direito Privado. Todavia, ao fornecer essa liberdade, deixavam os indivíduos com poderes de negociação de modo a transacionarem sem preocupações com equilíbrio das negociações ou até mesmo prejuízo da coletividade. Ou seja, o individualismo era uma característica forte das relações particulares.

Ao analisar o contexto social da época, que tinha como propósito combater o regime absolutista e o autoritarismo governamental, essa liberdade significava segurança para realização de negócios, visto o Estado dever se abster de intervir nas contratações, salvo em situações excepcionais para manter a pacificação social.

Foi nesse contexto que a codificação privada (civil e empresarial) foi construída, sob o suporte de uma ampla liberdade de negociação, concedendo uma segurança aos contratantes de que a palavra seria mantida e solidificando os valores liberais da época. Natalino Irti afirma que o mundo da segurança é o mundo dos códigos, porquanto pode traduzir de forma sucessiva, em seus artigos, os ideais do liberalismo contra a interferência indevida do poder político¹³.

A visão da época estritamente liberal foi necessária para romper a interferência desmedida dos governantes, fazendo com que essa postura abstencionista do Estado pudesse

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

¹³ IRTI, Natalino. **L'età della Decodificazione**. 4 ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999. p. 23.

permitir o desenvolvimento livre do comércio. A circulação de riquezas, a competição entre os particulares, o estímulo à negociação passaram a ser destaques nas atividades econômicas. Facilmente, viam-se os benefícios para a coletividade, é dizer, para aqueles que não eram diretamente tutelados pela legislação. A única atenção da lei era a proteção do patrimônio individual, com a satisfação das obrigações assumidas.

O Direito Empresarial, então chamado de Comercial ou Mercantil, foi inicialmente construído com a premissa de mínima intervenção do Estado nas relações comerciais, tendo em vista o contexto de ideias liberais da época. Em relação à sua criação, tem-se como marco do Direito Empresarial moderno, o Código Comercial Francês do início do século XIX, que regulava as relações não civis entre os particulares. Essa codificação era concisa e tratava acerca das falências, alguns contratos comerciais e de transportes, e sobre as relações societárias¹⁴, preocupando-se principalmente com o elemento objetivo, qual seja, os atos praticados¹⁵.

A separação dos assuntos que seriam tratados pelo Direito Civil e pelo então Direito Comercial girava em torno de uma apresentação dos atos que eram considerados comerciais. Diante disso, se a discussão estivesse relacionada a algum ato descrito na legislação como ato de comércio, o Direito Comercial seria o adequado para apresentar aparato jurídico apto a solucionar o problema; de forma residual, todos os outros assuntos de cunho particular seriam tratados pelo Direito Civil. Trata-se da teoria dos atos de comércio, refletidora da ideia de que “as normas passam a se aplicar a atos objetivamente considerados e não a pessoas”¹⁶.

Nesse momento, percebe-se um formalismo em relação à liberdade de contratar no instante em que não havia preocupação com as partes negociantes, mas tão somente em relação uniformizar o tratamento quando da prática de atos objetivados pelo texto legal. A função da atividade comercial tutelada pelo direito era a circulação de riquezas geradora de lucro; preocupava-se fortemente com a lucratividade ou sua ausência, por meio de condutas que pudessem acarretar uma eventual falência.

É certo que toda essa atividade comercial, como dito, trazia reflexos benéficos para a coletividade. Entretanto, o direito não tutelava a atividade comercial dentro do contexto social, mas tão somente sob o enfoque individual da prática das ações tidas como comerciais que visavam à obtenção de lucro, sempre pautadas na liberdade de negociação. Essa liberdade

¹⁴ FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 76.

¹⁵ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 18.

¹⁶ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

- garantida pela codificação comercial - não cuidava dos vulneráveis envolvidos na relação, tampouco se preocupava em reger os bens jurídicos que giravam em torno da atividade de comércio. A preocupação era estritamente patrimonial, em relação à lucratividade e ao pagamento das obrigações constituídas.

Seguindo a tendência do mundo, o Brasil também se curvou inicialmente a esse ideário liberal. Ao se tornar país independente e elaborar seu primeiro Código Comercial, em 1850, a teoria dos atos de comércio foi adotada no Brasil e tutelada sob o viés do liberalismo econômico, com preocupação patrimonial das relações no mercado e a constante busca pela lucratividade¹⁷.

A codificação comercial brasileira foi alicerçada por uma ideologia fincada no individualismo, no voluntarismo, no formalismo e de sobreposições dos interesses patrimoniais. Não havia qualquer relação entre direito público e direito privado, sendo o Código Comercial o instrumento disciplinador das relações comerciais, sem que o Estado efetivamente intervisse para evitar maiores abusos e distorções no mercado.

Todavia, diante da dificuldade de descrição de todos os atos tidos como comerciais e do conseqüente tratamento desigual ofertado aos que desenvolviam o comércio sem que tivessem seus atos descritos como tais, um movimento na Itália passou a criticar a limitação da relação objetiva de tais atos¹⁸. Nesse contexto, sugeriu-se que o Direito Comercial (a partir de então, chamado de Empresarial) passasse a tutelar não apenas um rol objetivo de atos descritos, mas apontar características para descrever a atividade tida como empresarial (elemento funcional), reger aqueles que desenvolviam tais ações (os empresários), os bens utilizados para tais práticas (o estabelecimento) e os trabalhadores que as praticavam¹⁹.

Com isso, não haveria um tratamento desigual para aqueles que desenvolvessem atividades econômicas, tendo em vista que o preenchimento das características postas na lei permitiria um tratamento especializado para todos aqueles que estivessem no mercado visando à obtenção de lucro. Eis que surgia a teoria da empresa, na primeira metade do século passado.

Nessa época, já se falava em Estado Social e na necessidade de rever a conduta abstencionista do Estado em relação à atividade econômica empresarial. Contudo, o Direito Empresarial ainda era pensado fortemente com ideários liberais. Tanto é verdade que, ao

¹⁷ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1

¹⁸ VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. Tradutor Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.

¹⁹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (*Profili dell'impresa*). Tradutor Fábio Konder COMPARATO. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p 109-126, out.-dez. 1996.

apresentar os já mencionados perfis definidores do Direito Empresarial, focou-se nos institutos individualistas aptos a produzir lucro e apenas circundando a figura do empresário, deixando de lado o contexto social no qual a atividade era desenvolvida.

Ocorre que a empresa não podia mais ser regida de maneira completamente livre, tendo em vista a possibilidade de o poderio econômico prejudicar toda a coletividade. A sociedade se transformou e, junto com ela, a legislação também teve que se adequar.

No Brasil, o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, mitigando o Código Comercial liberal quando da existência de excessos individualistas e egoístas, e tolhendo o regramento acerca da ampla concessão de liberdade para cuidar de interesses econômicos individuais. Outrossim, diante da dificuldade de modificar e adequar a codificação à nova realidade social, desenvolveram-se diversos microssistemas legislativos que trouxeram novos contornos para as relações privadas - fenômeno chamado de descodificação.

Na tentativa de minimizar o abuso do poder empresarial prejudicial à sociedade, alguns ramos do direito passaram a tutelar esferas direta e indiretamente relacionadas à atividade empresarial. O surgimento do Direito do Trabalho, por exemplo, passou a mitigar essa ampla liberdade. Por outro lado, a tutela do Direito Empresarial continuou, ao longo do século passado, fortemente focada no aspecto patrimonial como se os ramos do direito não devessem se interligar.

Esse processo de mudança - fundado nos ideais do Estado Social - permitiu que o Direito Privado fosse, paulatinamente, sendo humanizado. Solidificando tal ideário, a Constituição Federal de 1988, ao elencar um rol de direitos e garantias fundamentais, passou a cuidar, em várias passagens, do direito privado. Paulo Lôbo afirma que, ao buscar a promoção da justiça social, “além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político, e da garantia das liberdades individuais decorrentes, a Constituição do Estado social incorpora outra função, que a identificará: a de reguladora da ordem econômica e social”²⁰.

Essa realidade descrita também pode ser verificada no Brasil ao longo de boa parte do século passado.

²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 42, dez. 1995.

2.3 A Constituição Federal de 1988: a livre iniciativa atrelada à função social da empresa

Desde a época do Império, a liberdade de iniciativa vem fazendo parte das Constituições brasileiras²¹, moldando-se às necessidades de cada tempo. A atual Constituição Federal não fez diferente e inaugurou seus artigos com um rol de institutos que fundamentam a República Federativa do Brasil, tendo, dentre eles, a função social da livre iniciativa (artigo 1º da CF/88²²). Ao apontá-la como pilar da nação, o texto constitucional reconheceu a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento do país, como também a adoção do livre mercado como regime econômico²³.

Vale salientar que o inciso que trata da livre iniciativa como elemento fundante não a trouxe sozinha. A atual leitura da livre iniciativa é feita com o condão de harmonizar os interesses individuais (defendidos pelo Estado Liberal) e os interesses sociais (postos pelo Estado Social em contraposição à atuação abusiva e exploratória dos liberais). Tanto é verdade que, da análise do primeiro artigo da CF/88, nota-se que se encontram no mesmo inciso o valor social do trabalho e da livre iniciativa como elementos alicerçantes da nação.

Aparentemente contrapostos, ao estarem inseridos no mesmo inciso, demonstram que o intento do constituinte originário foi a busca pelo equilíbrio desses haveres jurídicos, ou seja, “não por acaso estão unidos. [...] Um não tem razão de ser sem o outro. Mais: um não se concretiza sem o outro. Aqui, concretizar significa melhorar, realizar, alcançar um objetivo”²⁴. Resta, portanto, a inevitável conclusão de que o dualismo de valores defendidos pelo Estado Liberal e pelo Estado Social deve ser harmonizado para que se tenha a consecução de outro fundamento da República Federativa do Brasil, que é o tratamento digno para todos os indivíduos.

²¹ Como exemplo, o artigo 179, XXIV, da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, a segurança, e saúde dos Cidadãos”. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

²² Constituição Federal de 1988 – “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar.2018.

²³ A liberdade de iniciativa se apresenta em diversas nuances: a possibilidade de escolher a profissão, a liberdade de contratar e a liberdade de empreender, que, por óbvio não são absolutas admitindo algumas restrições, como será delineado no decorrer do trabalho. Para a presente pesquisa, o viés empresarial será considerado com maior atenção.

²⁴ STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. p.23.

Nas palavras de José Afonso da Silva, tratar da liberdade de iniciativa “quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”²⁵. Tanto é verdade que, além de elemento fundante da República Federativa do Brasil, a CF/88, no artigo 170²⁶, ratificou a importância da livre iniciativa, ao inseri-la expressamente como elemento basilar da Ordem Econômica e Financeira.

Assim, a livre iniciativa se apresenta como um dos princípios constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil e um dos fundamentos da Ordem Econômica, alicerçando toda a edificação do hodierno constitucionalismo econômico. Ademais, de tão importante que se apresenta, a liberdade de iniciativa é também tida como um direito fundamental com conotação econômica. É, assim, garantido a todos o direito de tal prática, permitindo a concretude dos anseios de cada um. Sobre o assunto, Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martins afirmam que

uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através da realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa²⁷.

Vê-se que a garantia da livre iniciativa posta no texto constitucional é um direito fundamental e reflete, automaticamente, uma limitação na atuação estatal, que passa a ter, em geral, o dever de abstenção no que se refere ao controle abusivo e excessivo do livre mercado. Nesse sentido, a liberdade de iniciativa “vem a ser um princípio constitucional que visa afastar a ingerência do Estado na atividade econômica evitando assim o monopólio como regra, bem como concedendo ao particular a liberdade para exercer qualquer atividade, salvo nos casos previstos em lei”²⁸.

Mas é imperioso esclarecer que a liberdade de iniciativa não é absoluta, ou seja, não é aplicada nos moldes outrora desenhados, quando da criação do Estado Liberal que, na época,

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 742.

²⁶ Constituição Federal de 1988 – “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7. p. 16.

²⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p.98.

surgiu para frenar o autoritarismo dos governantes. Nos dias atuais, há um caráter social em tal liberdade que, inclusive é expressamente posto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Percebe-se isto no instante em que o texto faz menção à necessidade de garantir a todos uma existência digna, em consonância com os preceitos da justiça social e aponta uma série de princípios de interesse social que devem ser observados, tais como a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e a preocupação com os pequenos empreendedores que se colocam em situação de vulnerabilidade²⁹.

Atualmente, a regra geral é a liberdade de empreender, outrossim, dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico, como mencionado, em comunhão com os interesses individuais e com os interesses sociais. Nessa senda, André Ramos Tavares salienta que a liberdade de negociar “assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa”³⁰.

Assim, o ideário de livre mercado no Brasil não significa irrestrita e ilimitada atuação privada. Em algumas situações, atenta-se para a necessidade de regulação estatal, no intento de se buscar o equilíbrio econômico, acarretando o surgimento de “regras de controle de mercado, o que induz a uma necessária contraposição de valores expressos individualmente em cada um dos princípios constitucionais”³¹.

Tal limitação tem o condão de equilibrar as relações privadas para se tentar minimizar as desigualdades. Assim, aplica-se o princípio da igualdade ao conter a atuação empresarial individual ou de determinado segmento, quando necessária.

Mas, mesmo não sendo absoluta, é indiscutível que a liberdade de iniciativa é elemento fundante e delineador da Ordem Econômica brasileira. A liberdade de empreender, como dito antes, só deve ser restringida em situações estreitas, esporádicas e na busca pelo

²⁹ Constituição Federal de 1988 – “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 de março de 2018.

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.p. 235.

³¹ DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2007. p. 44.

equilíbrio, pela igualdade, pois a “intervenção jurídica na regulação econômica somente se justifica em razão de resultados que não seriam alcançados sem a regulação jurídica”³².

Ora, a evolução do Estado Liberal para o Estado Social fez solidificar o princípio da função social, como ideário de solidariedade e elemento moderador da livre iniciativa. Isto porque liberdade de iniciativa não se restringe a um simples princípio básico da liberdade de desenvolver empresa e, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, não se deve por como uma orientação individualista, mas como instituto de valiosa repercussão social³³.

A concepção inicial da função social está, historicamente, vinculada ao direito de propriedade (antes era instrumento protetor da pessoa e da sua família, concedendo meios de subsistência³⁴). No contexto individualista da propriedade, para Eros Roberto Graus³⁵, ela pode ser vista com um enfoque estático, decorrendo de um direito subjetivo e individual; sob outra concepção, a propriedade pode ter um viés dinâmico, que é aquela que desempenha funções específicas, isto é, vê-se um atributo teleológico. Nessa perspectiva, no instante em que o empresário utiliza seus bens para uma finalidade lucrativa com reflexos na sociedade, resta a inevitável conclusão de que a empresa faz parte da propriedade dinâmica³⁶.

A partir disso, pode-se perceber que, no instante em que a Constituição Federal de 1988 afirma ser a função social da propriedade um dos princípios que fundamentam a Ordem Econômica (Artigo 170, III), tal menção pode ser facilmente aplicada à atividade empresarial. O dispositivo em comento traz a função social como princípio embasador da propriedade dinâmica - aquela vinculada aos bens de produção, geradores de riquezas, atrelada à empresa (atividade economicamente organizada para a produção e circulação de bens e serviços, ou seja, atividade dinâmica efetivada pela circulação de riquezas).

É relevante esclarecer que a ideia de função social não está na contramão da lucratividade. Ana Frazão, ao tratar sobre esse entrelaçamento da livre iniciativa com a função social, afirma que

³² DEL MASSO, Fabiano. Da ordem econômica e financeira. In: TANAKA, Sônia Kanashiro (Coord.). **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 552– 578, 558.

³³ MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Glaucia Cardoso Teixeira. Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 167-184, jun. 2015.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em :28 fev. 2018.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[...] a livre iniciativa e a função social são aspectos complementares e justificativos da atividade empresarial, motivo pelo qual a função da empresa jamais pode chegar a ponto de publicizar esta última. Os interesses privados dos empresários precisam ser igualmente reconhecidos, até porque é o lucro o principal estímulo ao investimento e ao empreendimento na atividade econômica³⁷.

Destaque-se que o princípio da função social - ao ser delimitador das relações privadas - não tem apenas uma face contraproducente que traga desnecessários obstáculos ao proprietário da empresa. Tal freio é importante no intento de afastar a prática de atos abusivos e que causem prejuízos ao seio social. Isto acontece tendo em vista a relevância da empresa ao coletivo³⁸.

Com a constitucionalização do Direito Privado³⁹ e uma repersonalização do Direito Empresarial⁴⁰, pode-se fazer uma leitura da empresa como atividade desempenhada no intento de trazer benefícios para o empresário e para todos aqueles inseridos na comunidade, é dizer, função individual e função social. Com isso, dada fundamentalidade da função social da propriedade (que só foi solidificada no hodierno texto constitucional), esta “é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade”⁴¹, podendo ser empregada a qualquer espécie de propriedade nos moldes do caso concreto e de acordo com as reais necessidades.

Guilherme Calmon Nogueira de Gama e Bruno Bartholo⁴², ao traçarem os contornos para a aplicação da função social, afirmam que esta se reflete primeiro em relação ao incentivo à atividade empresarial (que estimula a preservação da empresa) e segundo como maneira de condicionamento do exercício da atividade. Para os autores, a função social condiciona da empresa sob o viés endógeno ao cuidar do empresário, sócios e trabalhadores;

³⁷ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (Org.). **Direito civil contemporâneo**. Brasília, DF: Obscurus, 2009. p. 11-42.

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

³⁹ A constitucionalização do Direito Privado é defendida por alguns doutrinadores e objeto de várias discussões. Paulo Lôbo, por exemplo, trabalha a análise do Direito Civil utilizando a Constituição Federal como filtro axiológico, deixando em segundo plano o excessivo ideal de patrimonialismo e coloca como objetivo principal a concretude da função social dos institutos jurídicos, em especial da propriedade. LÔBO, Paulo. Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 29 jun. 2017. Apesar de trabalhar de forma direta com o Direito Civil, o entendimento do referido autor pode ser facilmente trazido para os outros ramos do Direito Privado, vez que a função social da empresa já faz parte do rol de princípios norteadores da atividade empresarial e é reflexo da repersonalização do Direito Empresarial.

⁴⁰ CORREIA JUNIOR, José Barros. (Re)personalização do direito empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set.- dez. 2012.

⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. p. 69-75, 71. v. 2

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. p. 101-124. v.2.

por outro lado, sob a perspectiva exógena se preocupa com os concorrentes, consumidores e meio-ambiente.

Destarte, a empresa possui uma situação de destaque no ordenamento constitucional, em razão das vantagens - não apenas econômico-financeiras, mas, também, de ordem moral - que propicia quando da circulação de riquezas, geração de empregos, produção e entrega de bens e serviços, fornecimento de recursos para o Estado através da tributação, estímulo ao desenvolvimento tecnológico, dentre outros. Desse modo, vários direitos serão assegurados no instante em que as pessoas estão inseridas em sociedade comercialmente próspera.

Assim, a mercancia, que outrora era considerada como atividade vantajosa apenas para empresário (visão extremamente patrimonialista e individualista), hoje contribui sobremaneira para toda a coletividade, sendo indispensável para o desenvolvimento coletivo e econômico, para a consecução do bem-estar social. Não se desconsidera, porém, que a atividade empresarial capitalista almeja o lucro; entretanto, não se pode deixar de lado o fato de que o respeito aos direitos individuais, difusos e coletivos devem ser protegidos e garantidos por todos e a todos, inclusive os empresários⁴³.

Ora, a atividade empresarial permite a satisfação moral, emocional e material dos empresários; é natural que aqueles que desenvolvam atividade empresarial se satisfaçam com o sucesso de seu empreendimento, com a sua prosperidade. Há também vantagens para os empregados; a atividade laboral agrega os seres humanos, inserindo-os socialmente, e permite que a remuneração percebida os faça adquirir bens necessários a sua manutenção e lazer. Estes empregados e empresários, ao adquirirem produtos e serviços para subsistência e divertimento, acabam fazendo com que a circulação de riquezas aumente e, por via de consequência, haja desenvolvimento na região. De outro lado, existe, também, uma arrecadação maior de tributos, dando suporte financeiro para que o Estado devolva à coletividade serviços públicos necessários. Nas palavras de Fábio Konder Comparato, a empresa é importante porque

É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira parcela maior de suas receitas fiscais. É em torno da empresa, ademais, que gravitam vários agentes econômicos não assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço⁴⁴.

⁴³ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. In: WALD, Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010 p. 387-395. v. 1.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr.-jun. 1983. p. 57.

Enfim, a empresa desempenha um papel importante na sociedade e quando bem cumpre essa função traz benefícios para todos. Diante disso, o Enunciado 53 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirma que “deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”⁴⁵.

Por outro lado, é importante reconhecer que a função social da empresa atual será reconhecida quando a atividade empresarial for desempenhada em cumprimento das normas inerentes à Ordem Econômica, postas na Constituição Federal de 1988, ou seja, quando garante valorização do trabalho humano, respeito ao consumidor, livre concorrência, proteção ao meio ambiente, entre outros⁴⁶. Afinal, toda empresa deve trazer benefícios não apenas para os empresários (incluindo sócios), mas às pessoas que os circundam.

Entretanto, tratar da função social da empresa não é simplesmente elencar um rol de benesses que surgem com o seu desenvolvimento. Tratar da função social da empresa é imaginar que, quando a atividade empresarial se presta a desempenhar bem o seu papel, ela deve receber juridicamente proteção através de meios que a protejam, tendo em vista os interesses de relevância social que recaem sobre ela.

Nesse sentido, a função social da empresa deve ser entendida como um princípio que abarca tantos outros, especialmente os elencados no já comentado artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Falar em função social da empresa e nos benefícios que ela pode proporcionar é, repita-se, verificar se a atividade econômica permite a consecução da dignidade das pessoas, do seu bem-estar, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, na proteção à soberania nacional e na propriedade privada; na salvaguarda da livre concorrência, na guarda ao consumidor, na defesa do meio ambiente, na tentativa de reduzir as desigualdades regionais e sociais, na geração de empregos, enfim, no bem-estar coletivo. Ora, o princípio da função social “indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório”⁴⁷; afinal, “os bens de produção, antes da sua função individual, devem cumprir a sua função social”⁴⁸.

⁴⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 53 da I Jornada de Direito Civil**: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa”. Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>>. Acesso em: 21 maio 2017.

⁴⁶ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (Org.). **Direito civil contemporâneo**. Brasília, DF: Obcursos, 2009.p. 11-42.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, p. 41-66, maio 2005.

⁴⁸ CORREIA JÚNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

Não há como dissociar a ideia de função social da realização da justiça social, porquanto apesar de aquela estar intrinsecamente relacionada aos comandos do mencionado art. 170 da CF/88, não se limita aos tais, tendo em vista um comprometimento maior com a justiça social. Isso ocorre porque o “objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade na atividade econômica”⁴⁹. Ressalta-se, por oportuno, que esse ideário de solidariedade não defende a extinção da lucratividade; ao contrário, ele está diretamente relacionado à atividade empresarial. Contudo, o lucro “não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, segundo as finalidades sociais estabelecidas em lei”⁵⁰.

É fácil perceber, sob esses vieses, que a Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro do sistema do Direito Empresarial, o qual, além de trazer expressamente normas que cuidam da matéria, passou a funcionar como filtro axiológico pelo qual esse ramo do Direito deve ser lido⁵¹. Isso decorre do fato de que o atual modelo constitucional é o constitucionalismo sócio-econômico⁵². Konrad Hesse afirma que existe uma função orientadora do Direito Constitucional nas relações privadas, haja vista que ele oferece diretrizes e contornos que são particularmente importantes para uma evolução adequada do direito privado⁵³.

Nesse sentido, há necessidade de se fazer uma leitura dos negócios jurídicos e da atividade empresarial através de uma dimensão social, revelando uma necessária satisfação de todos os interesses postos nos negócios empresariais. Deve-se, portanto, analisar que o interesse social prevalece sobre o particular e que a antiga preponderância da função individual da empresa perdeu espaço para a preponderância da função social.

É sob essa perspectiva que o Direito Recuperacional e o Direito Concorrencial devem ser lidos, sendo ambos alicerçados pelos fundamentos constitucionais que conformam, orientam e limitam a empresa. A função social da empresa presente no ordenamento jurídico

⁴⁹ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (Org.). **Direito civil contemporâneo**. Brasília, DF: Obcursos, 2009. p. 11-42.

⁵⁰ BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, mar.-maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 23 jun.2017.

⁵² DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá, 1999.

⁵³ O texto originário do autor afirma que “*el derecho constitucional ofrece al derecho privado directrices e impulsos que son, considerablemente importantes, en particular, para una evolución adecuada del derecho privado. Corresponde al derecho constitucional una función de guía*”. HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradutor Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas. 1995. p. 196.

brasileiro tem exatamente esse mister, de incentivar o desenvolvimento da atividade empresarial diante da relevância dos seus reflexos para a coletividade, conformando sua prática, e, de outro lado, apresentando limites à atuação dos particulares nesse desenvolvimento.

3 A EMPRESA EM CRISE E OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A existência da atividade empresarial, como visto no capítulo anterior, interessa não apenas àqueles que a desenvolvem, mas principalmente a toda a coletividade que dela recebe reflexos. Nessa senda, as crises eventualmente sofridas por empresários não devem ser analisadas sob uma perspectiva individualista, tendo em vista o interesse coletivo que a empresa desperta.

O Brasil adotou um entendimento que mescla os ideais do livre mercado (quando defende a livre iniciativa, inclusive como um dos pilares da ordem econômica) e, de outro lado, os ideais que tratam da necessidade de garantir a proteção à dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano (ambos se apresentam como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁵⁴) e o cumprimento dos objetivos da nação insculpidos no artigo 3º da CF/88⁵⁵.

Logo, diante da impossibilidade do Estado de efetivar sozinho todos os objetivos estabelecidos, tal mister restou para a atividade empresarial. Nesse sentido, diante do fato de a empresa exercer uma importante função na sociedade, há que se ter mecanismos ofertados pela legislação para os momentos de debilidades financeiras e a possibilidade de superação. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro, através da Lei nº 11.101 de 2005, trouxe comandos legais para apresentar a solução jurídica para os momentos de crises - através dos institutos falência e recuperação de empresas.

3.1 Empreender: o risco, a importância na identificação da crise e o amparo legal para sua solução

Como mencionado, o desenvolvimento da atividade empresarial é considerado uma das bases para o desenvolvimento social e econômico. Isso acontece porque o sistema de produção de bens e serviços, ao permitir a circulação de riquezas, oferta à coletividade o

⁵⁴ Constituição Federal de 1988 – “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 de mar. 2018.

⁵⁵ Constituição Federal de 1988 – “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

acesso a bens de consumo que melhoram a qualidade de vida e proporcionam um maior bem-estar, vale dizer, vai além de ser um simples fator de produção⁵⁶.

Diante desse contexto, “os indivíduos são atraídos para o empreendimento por inúmeros incentivos prazerosos ou recompensas”⁵⁷, sendo estimulados, inclusive, a empreender no campo empresarial. Algumas pessoas buscam a satisfação na atividade empresarial através da lucratividade; outras, na independência que a empresa pode ofertar; e, alguns outros encontram um estímulo de vida mais agradável sem a rotina de atividades não desafiadoras⁵⁸. Com isso, diante das benesses que a atividade empresarial fornece, vários indivíduos se sentem estimulados a empreender.

Porém, é comum que o empresário, ao iniciar uma atividade empresarial, deposite todas as expectativas de que a novel experiência irá render bons frutos; alguns chegam até a fazer planos de transformar pequenos empreendimentos em empresas transnacionais. Não obstante tais anseios, é importante ter em mente que, junto com a atividade empresarial, caminham a prosperidade e a possibilidade de obstáculos ao seu desenvolvimento.

Desenvolver empresa é desempenhar algo que pode ou não dar certo. Ou seja: o risco é um substantivo eternamente atrelado à livre iniciativa. E, apesar da vontade que todos os empreendedores têm de prosperar, não há como descartar os momentos de crises - que podem “conduzir empresas idôneas a esse estado de debilidade econômico-financeiro, por razões muitas vezes alheias à administração de seus gestores”⁵⁹; afinal, é absolutamente normal o enfrentamento de dificuldades em algum momento da atividade empresarial. Gladston Mamede afirma que o “fracasso é um elemento intrínseco à iniciativa: há, em toda ação humana, uma esperança de sucesso e um risco, mesmo não considerado, de fracasso”⁶⁰.

O sistema econômico capitalista, que é o caso do Brasil, estimula a livre concorrência, a lucratividade e, por via de consequência, provoca nos empreendedores a vontade de apostarem em ideias novas, colocando-os, hodiernamente, em situações de risco. Com isso, por vezes, no afã de obterem lucro, os empresários adotam práticas ineficientes de gestão que podem desestabilizar a atividade empresarial.

⁵⁶ HOLCOMBE, R. G. **Entrepreneurship and economic progress**. New York, NY: Routledge, 2007.

⁵⁷ LONGENENECKER, J. G.; MOORE, C. W.; PETTY, J. W. **Administração de pequenas empresas**: ênfase na gerência empresarial. São Paulo: Pearson, 2004. p. 6.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. *In*: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

⁶⁰ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016 v. 4, p. 2.

Entretanto, é essencial ter em mente que gestões pouco eficientes não são as únicas situações causadoras de abalos na empresa. Outros fatores podem motivar ou colaborar para o início e manutenção de dificuldades econômico-financeiras. Ora, fatos jurídicos *stricto sensu*⁶¹ (como desastres naturais e fatores climáticos) podem ser responsáveis pela dificuldade ou impossibilidade de produção e circulação de bens e serviços; mudanças na situação econômica do País e do mundo podem motivar ou estimular o desaquecimento em determinados setores; a inadimplência dos devedores do empresário impulsiona o desgaste empresarial⁶².

Como se vê, são várias as situações naturais e relacionadas ao exercício regular da empresa que podem justificar o termo inicial e a permanência de uma desventura empresarial. É dizer: as “dificuldades, naturais ao exercício da empresa, podem acabar culminando em crises dos mais diversos tipos, que podem advir de fatores alheios ao empresário (sujeito que exerce a empresa), mas também podem advir de características intrínsecas à sua atuação”⁶³.

O diagnóstico preciso da crise, a identificação do seu início, suas características e a rapidez nas ações podem permitir a reversibilidade da dificuldade e o retorno ao curso normal da empresa. Ora, os empresários atentos percebem o início das desventuras e, ao identificarem tal situação, podem repensar suas atitudes e adotar medidas diferentes no intento de fazer cessar as atribuições.

Ao tratar do assunto, Fábio Ulhoa Coelho⁶⁴ classifica as crises empresariais como de cunho econômico, financeiro e patrimonial, tendo, cada uma delas, características próprias e, por via de consequência, formas, também próprias, de saneamento. Situações concretas podem abarcar as três espécies, já outras, apenas uma ou duas delas. O autor apresenta a descrição das três formas de crises. Inicialmente, explica a crise econômica, afirmando que sua identificação acontece no instante em que há diminuição considerável na movimentação empresarial, com visível desaquecimento nos negócios, podendo atingir todo segmento ou apenas um empresário específico; em seguida, apresenta a crise financeira, mencionando que é percebida quando há insuficiência de recursos em caixa para que o empresário consiga

⁶¹ Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, pode ser conceituado como “todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193.

⁶² PEREZ, Marcelo Monteiro. **Uma contribuição ao estudo do processo de recuperação de empresas em dificuldades financeiras no Brasil**. 2007. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

⁶³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 01.

⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56-57.

honrar seus compromissos financeiros, gerando impontualidade junto aos seus credores; já a crise patrimonial é visualizada quando da escassez de bens para a satisfação de todo o passivo, gerando a inevitável insolvência.

De outro lado, Marlon Tomazette⁶⁵ traz o pensamento do autor italiano Mario Garella e apresenta mais dois tipos de crises: a crise de rigidez e a crise de eficiência. O autor explica que há crise de rigidez quando da dificuldade de adaptação da empresa às modificações dos anseios dos destinatários dos produtos e serviços; por outro lado, no instante em que os empresários desempenham atividades abaixo de sua potencialidade, gerando menos lucro, está-se diante da crise de eficiência.

No entanto, a verificação das situações acima mencionadas não reflete, necessariamente, uma verdadeira inviabilidade do negócio ou a existência de uma grande dificuldade. Um empresário atento poderá perceber o agravamento iminente e adotar medidas aptas a reverter o processo. Por vezes, simples mudanças de atitudes podem permitir um fácil reerguimento e consegue-se criar soluções a fim de sanar o desaquecimento no setor empresarial, o retorno de numerário ao caixa ou até mesmo o aumento patrimonial⁶⁶.

Por outro lado, quando surgem situações mais complexas que impossibilitam a reorganização solitária pelo empresário, o direito brasileiro atual idealizou um conjunto de institutos que podem cuidar dos citados abalos, apontando como mecanismos jurídicos a falência, a recuperação judicial e a extrajudicial⁶⁷. A atual Lei Recuperacional e Falimentar, nº 11.101/2005, trouxe uma preocupação voltada à atividade econômica, ao apresentar algumas medidas com condão de estimular a manutenção da empresa. De tão importante que é a existência de previsão normativa acerca da solução das crises, Tullio Ascarelli⁶⁸ entende que tais comandos fazem parte de um dos assuntos mais importantes do Direito Empresarial.

Como já mencionado no capítulo anterior, o grande zelo da legislação está na atividade empresarial e não necessariamente no empresário (seja ele individual ou sociedade empresária). Sendo assim, ao cuidar da atividade empresarial, estar-se-á cuidado do empresário. Outrossim, é importante esclarecer que a legislação hodierna, ao observar a

⁶⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 02.

⁶⁶ SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como recuperar uma empresa: a gestão da recuperação do valor e da performance**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27-50.

⁶⁷ A legislação recuperacional demonstrou atenção ao fenômeno da desjudicialização, estabelecendo procedimento extrajudicial para tentativa de solução das crises empresariais. A escolha por parte do empresário entre ambos os institutos, normalmente, é fundada nos créditos que pretende renegociar. Isso porque não são todos os créditos que se submetem à recuperação extrajudicial, especialmente aqueles que tratam de direitos indisponíveis. Nesse caso, apenas o processamento judicial permitiria a renegociação, por exemplo, com credores trabalhistas.

⁶⁸ ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 308.

debilidade empresarial, atém-se ao fenômeno atividade, esta que reflete sobremaneira no interesse coletivo. Isto porque a atividade empresarial não gera interesse apenas para o empresário ou para os sócios que eventualmente compõem uma sociedade empresária. Além disso, como visto, interessa a “diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral”⁶⁹.

É nesse sentido que a análise de busca pela extinção da crise está entre o interesse particular de cada um dos interessados diretos e, por outro lado, o interesse social; afinal, a atividade empresarial

é o centro polarizador da atividade econômica moderna. Através dela age o poder econômico e através dela se realizam as relações econômicas, convergindo sobre ela inúmeros interesses, como o interesse do próprio empresário, o dos trabalhadores, o dos consumidores e o da própria comunidade, presente e futura⁷⁰.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, ao cuidar das crises empresariais, organizou-se de modo a tentar conciliar os interesses dos empresários junto aos de todos aqueles que recebem reflexos da sua atividade, oferecendo instrumentos hábeis para analisar e manter as empresas benéficas para a coletividade. Nesse sentido, tenta-se conciliar a livre iniciativa e a função social desempenhada pela empresa.

3.2 A preservação da empresa

Diante dos reflexos que a atividade empresarial acarreta na sociedade, especialmente quando desempenha uma função social relevante (ainda que não seja na sua completude), sua extinção pode prejudicar demasiadamente o desenvolvimento sócio-econômico-regional.

Jorge Lôbo, ao discorrer acerca da crise empresarial de países em desenvolvimento, comenta que as dificuldades empresariais dão ensejo a prejuízos na economia, haja vista que “o perecimento da uma empresa, por menor e mais inexpressiva que seja, representa a morte de uma célula do organismo como um todo”⁷¹. Tal assertiva pode ser constatada ao se imaginar o empresário e o empregado sem sua fonte de renda, a Administração Pública com diminuição na percepção de tributos, os outros empresários tendo sua clientela diminuída; é uma “bola de neve” que só tende a gerar uma cadeia de prejuízos.

⁶⁹ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial**: falência e recuperação de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 130.

⁷⁰ CORREIA JUNIOR, José Barros. (Re)personalização do direito empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set./dez. 2012.

⁷¹ LÔBO, Jorge. Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil. In: Wald, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6, p. 101- 107, p. 101.

Com isso, falar da função social da empresa é ter em mente que, quando a atividade empresarial desempenha bem sua função, deve ser protegida juridicamente com mecanismos que permitam sua manutenção, em face dos interesses sociais que recaem sobre ela. Então, pensar na possibilidade de adoção de medidas aptas a permitir o reerguimento de atividades em crises é pensar no bem coletivo. Tanto é verdade que o instituto recuperação de empresas é alicerçado pela função social que a atividade empresarial consegue desempenhar.

É com esse ideário que o princípio da preservação da empresa passou a ser enquadrado no ordenamento jurídico brasileiro e muito defendido atualmente. Assim, ilação do princípio da função social, o princípio da preservação da empresa é posto no intento de estimular a manutenção das inúmeras vantagens que o comércio pode proporcionar à coletividade, uma vez que a conservação da fonte produtora constitui total interesse social. É dizer: o interesse social é aspecto determinante e fundamental, como também requisito da preservação da empresa, tendo em vista o complexo de interesses que incidem na atividade empresarial⁷².

Disso resulta o entendimento de que difundir a ideia de preservação da empresa não é defender o empresário e presentear-lo com benesses, mas salvaguardar a fonte de riqueza que a empresa significa. Gladston Mamede, ao cuidar do assunto, afirma que “a empresa é bem jurídico cuja a proteção se justifica não apenas em função dos interesses de seus sócios, mas de seus empregados, fornecedores, consumidores, investidores, do próprio Estado e, enfim, da sociedade que, mesmo indiretamente, se beneficia de suas atividades”⁷³.

Contudo, não obstante a proposta jurídica de preservação da empresa, a permissão de continuidade de uma atividade empresarial em crise só deve ocorrer na medida em que, a despeito da sua situação, cumpre sua função social, trazendo benefícios para a coletividade com a geração de empregos, circulação de riquezas, fornecimento de bens de consumo de forma adequada, dentre outros. Afinal, não há como se admitir a sua permanência de forma desarrazoada, desmedida, abusiva e que vá de encontro à Ordem Econômica constitucional.

A extinção de uma atividade empresarial em decorrência da falência é algo extremamente drástico, afinal o empresário perde o seu negócio, seus bens e até mesmo a possibilidade de exercer outra atividade empresarial⁷⁴. A demanda, normalmente, é

⁷² FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa:** repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 214-215.

⁷³ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** falência e recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4, p. 8.

⁷⁴ Isso acontece diante da inabilitação para o exercício da atividade empresarial a partir do momento que a falência é decretada até o momento que o juiz extingue suas obrigações, podendo perdurar por vários anos.

demasiadamente longa e nem todos os credores possuem a garantia de satisfação do seu crédito⁷⁵.

Porém, há que se atentar que, em alguns casos, o encerramento da atividade empresarial traz mais benefícios que malefícios. Para Modesto Carvalhosa, apesar da disseminação do princípio da preservação da empresa, “não se pode adotar um mecanismo indiscriminado para manter qualquer atividade econômica. [...] Logo, a afirmação, até hoje tida como verdadeira, de que ‘ninguém ganha com a falência’ é relativa”⁷⁶. Às vezes, a quebra e a extinção da empresa são as melhores maneiras para evitar o aumento da mácula na economia.

Como mencionado, é certo que a extinção de uma atividade empresarial em crise irreversível não é um acontecimento que agrada; afinal, todos saem perdendo: devedor e credores, o crédito público, a economia como um todo. Entretanto, sob a ótica econômica e social, no momento em que o empresário não possui condições de se reerguer, a falência se apresenta como a melhor e mais adequada maneira para salvaguardar a economia e promover a aplicação eficiente dos ativos do devedor, resguardando os interesses dos credores e de toda coletividade⁷⁷.

Nessa perspectiva, o Estado tem o dever de realizar de maneira eficaz a retirada do mercado do empresário que não consegue se recuperar, obstando a potencialização e o agravamento dos problemas. A falência é, pois, uma forma preventiva de inadimplemento maior das obrigações⁷⁸. Trata-se, de maneira reflexa, da aplicação do princípio da preservação da empresa.

Importa achar um ponto de equilíbrio para cada caso concreto, visto ser inegável o influxo que o mundo econômico desempenha no universo fático-social. No instante em que a atividade empresarial desempenha seu papel de forma adequada, toda a coletividade ganha. Doutra banda, quando há uma crise econômico-financeira no seio empresarial, todos sofrem os reflexos da desventura saboreada pelo empreendedor.

Assim, é salutar ter um arcabouço normativo que consiga oferecer as melhores condições a serem adotadas quando da existência de debilidades financeiras, sejam elas

⁷⁵ LÔBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções. In: WOLD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6, p. 101.

⁷⁶ CARVALHOSA, Modesto. Princípios da nova lei de falências. **Gazeta Mercantil**, Recife, 16 jun. 2005, Caderno “A”, Opinião, p. 3. Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/newart/mostrar_materia.asp?cd_noticia=9676>. Acesso em: 26 maio 2016.

⁷⁷ MENDONÇA, José Xavier Carvalho. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Russel Editores, 2005. v. 5, p. 61.

⁷⁸ PAJARDI, Piero; PALUCHOWSKI, Alida. **Manuale di diritto fallimentare**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 15-16.

reversíveis ou não. Tal relevância existe porque a presença de um sistema apto a solucionar juridicamente a insolvência reflete na criação de ferramentas estruturadas para a solução de conflitos e composição de interesses dos empresários com dificuldades financeiras e dos demais agentes de relevância econômica.

3.3 A crise empresarial reversível e a recuperação judicial

O Direito Recuperacional e Falimentar - nos moldes postos atualmente pela legislação brasileira - traz contornos novos e completamente diferentes ao tratamento ofertado àqueles devedores que, outrora, vivenciaram momentos de crises. A possibilidade de uma segunda chance ao descumprimento do dever de pagar e a tentativa de reerguimento não eram admitidos juridicamente em tempos passados, porquanto se pensava, imediatamente, em punição, através do reconhecimento da condição de falido⁷⁹.

Não havia, portanto, uma preocupação voltada para a atividade empresarial, mas apenas para a punição do devedor empresário. Na verdade, durante muito tempo, o único instrumento utilizado para sanar a crise da empresa era a sua quebra⁸⁰.

Ocorre que, considerando que a atividade empresarial desempenha uma importante função na economia e na sociedade, nada mais acertado do que o Estado ofertar meios jurídicos para a tentativa de superação das crises quando da existência de viabilidade. Além disso, é imperiosa a reunião de esforços com o condão de obstar o agravamento do problema. Assim, “a preservação da empresa para que cumpra sua função social, depende da aptidão para manter, ainda que de outra forma, com outra estrutura, as atividades exercidas sem que isto imponha dificuldades substanciais aos credores”⁸¹.

No desiderato de cumprir os ditames programáticos da Constituição Federal de 1988 e com o escopo de estimular a conservação da atividade econômica viável, os membros do Poder Legislativo trouxeram para o sistema jurídico brasileiro o instituto da recuperação de empresas, que veio suceder a antiga concordata, através da Lei nº 11.101/2005. Este novo tratamento ofertado aos empresários em crise teve forte influência do modelo adotado pelo direito norte-americano⁸², porém foi devidamente adaptado ao sistema brasileiro.

⁷⁹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 490.

⁸⁰ LÔBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: WALD, Arnaldo. **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6, p. 115.

⁸¹ SZTAJN, Raquel. Recuperação de empresa em crise: incompletude contratual e reputação. **Revista de Direito Empresarial** – ReDE. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, p. 113-118, jul. 2014.

⁸² BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 143.

A existência de um aparato jurídico que auxilie os empresários, por vezes, é aquilo de que se precisa para que eles se sintam estimulados a tentar reerguer sua empresa, isto é, o estímulo se renova. Nas palavras de Ricardo José Negrão Nogueira,

Em tempos de crise atingindo indeterminadamente a economia ou localizando-se em determinados setores, a compreensão da existência de um mecanismo legal que atenda à preservação da atividade empresarial renova a disposição dos empresários que a sofrem, revigorando-lhes o ânimo⁸³.

E foi com essa ideia de estímulo que a Lei nº 11.101/2005 tentou modificar o tratamento dado aos empresários que estão vivenciando dificuldades, ofertando-lhes instrumentos incentivadores para a manutenção da atividade viável, reconhecendo a função social das empresas capazes de soerguer. Entretanto, é essencial esclarecer que a recuperação é destinada aos empresários que realmente estejam em condições de reerguimento. Se eventualmente o devedor estiver em uma situação insuperável, a única medida cabível é a decretação da falência, pelos motivos que já foram acima descortinados.

A recuperação de empresas pode ser visualizada nas modalidades⁸⁴ extrajudicial e judicial (uma ordinária, destinada a todos os empresários e outra especial, destinada aos microempresários e empresários de pequeno porte). Na forma extrajudicial – que tem suporte no fenômeno desjudicialização - o empresário apresenta proposta de renegociação e reerguimento diretamente aos credores, renegocia e depois solicita a homologação do acordo junto ao Poder Judiciário, ou seja, a participação do Estado se limita ao controle de legalidade dos requisitos e à chancela da vontade do devedor e dos credores. Contudo, nesta modalidade de recuperação, não são todos os créditos que estão sujeitos à renegociação, razão pela qual não é sempre que sua utilização se apresenta como a mais adequada.

Já na modalidade judicial, a intercessão do Estado-Juiz é mais vigorosa, de modo que, ao longo de toda a negociação, há participação direta como condutor do processo, sob a fiscalização do Ministério Público. De modo resumido, pode-se afirmar que a recuperação judicial nada mais é do que uma autorização concedida pela lei para que o devedor empresário convoque os credores para renegociar suas dívidas e assumam um compromisso de reorganização das atividades, tudo isso sob o controle do Poder Judiciário.

⁸³ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 94.

⁸⁴ Ricardo Negrão prefere utilizar a expressão “sistemas” no instante em que cuida das espécies de recuperação judicial. NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos objetivos da Lei de Recuperação de empresas e de falências**: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196.

A hodierna Lei de Falência e Recuperação de Empresas marcou um momento de ruptura legislativa no que se refere ao trato de crises empresariais reversíveis, concretas e/ou iminentes. Em seu art. 47⁸⁵, ao cuidar da recuperação judicial, essa lei deixa claro que a sua intenção é “permitir a recuperação dos empresários individuais e sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa”⁸⁶, demonstrando a preocupação com a manutenção da fonte produtora.

Outrora, quando da época do Decreto-lei nº 7.661/45 que regia a concordata, não era assim. Enquanto a atual legislação se preocupa no fato de o empresário traçar uma estratégia de soerguimento quando do pedido de recuperação judicial, a extinta concordata não exigia a apresentação de qualquer mecanismo a ser adotado para tentar solucionar a crise após a concessão de ajuda pelos credores⁸⁷. A concordata tinha a preocupação apenas em sanar apenas as dívidas já existentes através de novações, sendo indiferente à mudança de postura empresarial, quer dizer, propunha-se a solucionar as dívidas pretéritas, mas não se ocupava com a possibilidade de surgimento de novas dívidas (talvez, até, impagáveis).

Atualmente, não há apenas uma possibilidade de renegociação. Vai além: há uma considerável ampliação dos meios de recuperação do empresário quando comparado com a antiga concordata que, basicamente, permitia a dilação de prazos para pagamento dos créditos. Os empresários podem, na atual recuperação de empresas, valer-se de diversas maneiras sugeridas pela lei para que sejam apresentadas aos credores e que se apresentem aptas a recompor a condição favorável; são os chamados meios de recuperação que devem estar postos em um plano para reerguimento⁸⁸.

Com isso, a hodierna legislação, ao cuidar da recuperação de empresas, além de demonstrar uma preocupação com a renegociação das dívidas junto aos credores, dedica-se à possibilidade de reerguimento da empresa. Na verdade, a preocupação maior é com a reversibilidade da crise para permitir a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores e outros aspectos relacionados à função social que desempenha.

⁸⁵ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em :12 ago. 2017.

⁸⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 54.

⁸⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 7.661/45**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸⁸ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

Outro ponto que merece destaque, quando da análise da diferença entre os dois institutos, é a participação dos credores na aceitação das propostas ofertadas pelo devedor. Para Raquel Sztajn,

A recepção do instituto da reorganização pelo ordenamento pátrio, louvada pela doutrina por ser mais consentâneo com a dinâmica das atividades econômicas, confere aos credores participação no processo de reorganização empresarial. Ao conferir aos credores competência para aprovar, rejeitar ou alterar o plano (entenda-se projeto) de recuperação da empresa em crise, pode-se estar frente a questões usuais quer na constituição de sociedades empresárias, quer na sua administração⁸⁹.

Dessa forma, na recuperação de empresas, os credores adotam uma postura totalmente ativa, no momento em que podem participar na elaboração final do plano de recuperação, sendo protagonistas, também, na solução da crise do devedor⁹⁰. Vê-se que há uma preocupação que ultrapassa o interesse específico do empresário. Trata-se de um interesse conjunto de ações e depende, conseqüentemente, da reunião de esforços do devedor e dos seus credores, sob pena de não se atingir um ponto de equilíbrio e emergir-se uma grave crise incapaz de reversão⁹¹. Nesse sentido, há, atualmente, uma participação dos credores na aceitação das propostas do empresário ou até mesmo na apresentação de sugestões para solucionar os problemas.

Além disso, quando da concordata, existia uma restrição em relação aos credores que a ela se submetiam. Na concordata apenas os créditos quirografários eram contemplados, ao passo que na recuperação judicial os créditos das mais variadas naturezas se sujeitam às negociações⁹².

Diante dessa diferença de primados, há autores até que sinalizam a ideia de que a recuperação de empresas não veio substituir a concordata, já que as finalidades precípuas de ambas são completamente diferentes. Na obra que trata dos comentários da atual legislação, José Francelino de Araújo afirma que a recuperação judicial “não substitui a concordata preventiva, pois seu tratamento é completamente divorciado daquele da concordata”⁹³ e complementa mencionando que há única “semelhança com a concordata preventiva, apenas

⁸⁹ SZTAJN, Raquel. Recuperação de empresa em crise: incompletude contratual e reputação. **Revista de Direito Empresarial** – ReDE. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, p. 113-118, jul. 2014.

⁹⁰ MOREIRA, Alberto Caminha. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 249.

⁹¹ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 130.

⁹² NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

⁹³ ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

porque aquela é, como esta, uma pré-falência, pois, não cumprida conforme os rigores da lei, sua falência será decretada”⁹⁴. Ou seja: o autor aponta a ideia de uma verdadeira ruptura de sistemas e de uma mudança drástica de fundamentos e objetivos.

Tal modificação de entendimento nada mais é do que o reflexo da já mencionada constitucionalização do Direito Privado. Nesta senda, estimular a recuperação de empresários viáveis em crise é aplicar preceitos constitucionais.

3.4 O pedido de recuperação judicial

Diante do que já fora mencionado, percebe-se que não é qualquer empresário que pode se valer do instituto recuperação de empresas, apenas aqueles com dificuldades recuperáveis. O empresário que se encaixa em tal situação e pretende se utilizar do instituto deve demonstrar, já na petição inicial, a viabilidade e possibilidade de readquirir a prosperidade econômico-financeira, haja vista que “a recuperação só deve ser facultada aos devedores que realmente se mostrarem em condições de recuperar. A recuperação é uma medida, enfim, que se destina aos devedores viáveis”⁹⁵.

Para a demonstração da factibilidade de superação da vicissitude econômico-financeira, é recomendável que o empresário reúna um conjunto de documentos aptos a solidar a possibilidade de saída do malogro empresarial. Tais documentos já podem ser apresentados juntos com a petição inicial, que deve ser cautelosamente confeccionada e capaz de deixar evidente a possibilidade de retomada à prosperidade, afinal é a peça inicial que servirá de inauguração do processo e poderá ser consultada, em momento posterior, pelos credores e por outros interessados.

A possibilidade de demonstração de viabilidade econômica junto com a petição inicial pode ser verificada através da simples análise do art. 51⁹⁶ da Lei nº 11.101/2005, que traz

⁹⁴ ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

⁹⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Lei de falência e recuperação de empresas: Lei nº 11.101/2005**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 54.

⁹⁶ Lei nº 11.101/2005 - “Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: a) balanço patrimonial; b) demonstração de resultados acumulados; c) demonstração do resultado desde o último exercício social; d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente; IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de

todos os documentos que devem estar anexados à peça inaugural do processo. Inicialmente, o artigo em apreço já traz o dever de expor a real situação do requerente, como também as causas que deram ensejo às dificuldades enfrentadas pelo empresário. Ressalte-se que tal exposição deve ser detalhada, minuciosa, porquanto “não atende à exigência legal uma exposição vaga, com difusas referências a dados macroeconômicos nacionais ou mundiais”⁹⁷. A importância do detalhamento da descrição se dá para que sejam detectadas as causas da crise e os deduzidos os meios adequados para sua reversão.

Dando continuidade ao plexo de documentos que devem ser postos quando do pedido de recuperação judicial, verifica-se a necessidade de apresentação das demonstrações contábeis referentes aos 3 (três) exercícios financeiros anteriores ao pleito. Estes documentos “objetivam exprimir, com clareza, a situação econômico-financeira da empresa”⁹⁸ e têm o condão de demonstrar em números a evolução do problema, solidificando a narrativa do surgimento da crise posta na exposição dos seus motivos.

O artigo acima citado aponta outras exigências vinculadas à peça inicial da recuperação judicial. Ora, ao se fazer análise de todas as exigências elencadas no dispositivo em comento, resta a inevitável conclusão de que a petição inicial deverá deixar claro ser a crise empresarial transitória e que há possibilidade de reerguimento. O cuidado no instante do preparo do pedido e da apresentação da documentação deve acontecer para que se perceba a reversibilidade da crise e a possibilidade de prosseguimento no processamento da recuperação judicial. É imperioso ter em mente que a verificação e demonstração da viabilidade econômico-financeira fazem parte da primeira e indispensável etapa da análise da recuperação - que é feita pelo devedor e pelos credores⁹⁹. Tais informações darão segurança aos credores para que estes reconheçam a viabilidade e decidam oferecer ou não ajuda na tentativa de soerguimento.

pagamento; V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial; IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em 12 de agosto de 2017.

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 206.

⁹⁸ ALMEIDA, Amador de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

⁹⁹ SZTAJN, Raquel. Recuperação de empresa em crise: incompletude contratual e reputação. **Revista de Direito Empresarial – ReDE**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, p. 113-118, jul. 2014.

Ao receber a petição inicial, cabe ao juiz verificar o preenchimento de todas as exigências previstas na Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Apesar de o mencionado microsistema legislativo não tratar da possibilidade de emenda à inicial, atualmente, através da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a jurisprudência e a doutrina têm recomendado o chamamento do autor para complementar a inicial, caso haja carência de algum item obrigatório¹⁰⁰.

Sobre a matéria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sumulou entendimento informando que “na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes”¹⁰¹. Após o atendimento ao solicitado, estando presentes os pressupostos elencados na lei, o juiz se manifestará pelo deferimento ou indeferimento do processamento da recuperação judicial.

Discussão doutrinária e jurisprudencial surge quando da verificação acerca da natureza jurídica da manifestação do juiz sobre processamento da recuperação judicial. Alguns doutrinadores, como Waldo Fazzio Júnior¹⁰² e Fábio Ulhoa Coelho¹⁰³, entendem que a manifestação do juiz que defere o processamento da recuperação judicial nada mais é que um despacho, porquanto apenas impulsionaria o andamento processual.

A despeito de tal entendimento, a jurisprudência brasileira vem adotando a postura de que a manifestação que defere o processamento da recuperação judicial é uma decisão interlocutória e dela cabe agravo de instrumento. Neste sentido, o Conselho da Justiça Federal, através do Enunciado 52 da I Jornada de Direito Comercial, afirmou que “a decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento”¹⁰⁴.

Assim, sendo reconhecida a natureza jurídica decisória da manifestação que defere o processamento da recuperação judicial, fica patente o entendimento de que o juiz emite um juízo de valor (ainda que previamente e superficialmente) acerca da viabilidade empresarial. Sobre esse assunto, a doutrina majoritária¹⁰⁵ se posiciona pela impossibilidade de emissão de

¹⁰⁰ PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 190.

¹⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 56**. Na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

¹⁰² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 165.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 215 – 217.

¹⁰⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 52 da I Jornada de Direito Comercial**: “A decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/125>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

¹⁰⁵ Nesse sentido: ANDREY, Marcos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 281;

juízo de valor acerca da reversibilidade da crise, quando o juiz defere o processamento da recuperação judicial, porque “não se deve realizar, nesse momento, a análise da viabilidade econômica da empresa devedora”¹⁰⁶; afirma-se que, em tal momento, há apenas uma análise dos requisitos obrigatórios que devem estar inseridos na petição inicial.

Não obstante tal pensamento, há vozes que sinalizam um posicionamento diferente e, como afirma a Desembargadora Sandra Fonseca, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede da Apelação Cível nº 1.0024.11.100963-5/001, no momento em que o juiz verifica os documentos exigidos por lei e postos anexados à petição inicial há sim uma “análise perfunctória da viabilidade da empresa”¹⁰⁷.

A decisão que defere o processamento da recuperação judicial traz inúmeras informações e determinações que gerem efeitos externos. Dentre elas: a nomeação do administrador judicial; a suspensão do curso de ações que correm contra o requerente; a determinação de apresentação de demonstrações contábeis mensalmente; a intimação do Ministério Público para fiscalizar o andamento processual, bem como os direitos dos credores; e, por fim, a determinação de dispensa de apresentação de certidões negativas de recuperação judicial e de falência para que o devedor exerça suas atividades¹⁰⁸.

Após o deferimento do processamento da recuperação, o administrador judicial nomeado no aludido ato decisório, procederá à verificação dos créditos no intento de formar o quadro geral de credores, legitimando-os a participarem da negociação proposta pelo empresário requerente. Além de estarem habilitados à negociação, os credores poderão, a qualquer momento, requerer a convolação da recuperação judicial em falência¹⁰⁹.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 91.

¹⁰⁶ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 112.

¹⁰⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.11.100963-5/001**. Relator: Desembargadora Sandra Fonseca. 6ª Câmara Cível, julgamento em 31/01/2012, publicação da súmula em 10/02/2012.

¹⁰⁸ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016., v. 4, p. 153.

¹⁰⁹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 159-189.

3.5 O plano de recuperação judicial e os meios de recuperação judicial

O plano é o coração do processo de recuperação da empresa, porquanto ele é justamente o documento que irá conter as propostas que serão apresentadas aos credores, juntamente com a tentativa de convencê-los acerca da reversibilidade e da possibilidade de reerguimento da atividade empresarial. Nas palavras de Ricardo José Negrão Nogueira esse documento é, “numa visão externa à empresa, o meio pelo qual o devedor em crise apresenta aos credores sua compreensão acerca da extensão desse seu estado deficitário e o modo pelo qual pretende convencê-los a colaborarem a superá-lo”¹¹⁰.

A confecção do plano e a sua apresentação ficam a cargo do empresário. Isso acontece porque apenas o devedor sabe da sua disposição para vencer a crise. Assim, enquanto o administrador judicial inicia seus trabalhos para a verificação dos créditos, cabe ao devedor a apresentação do plano, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias¹¹¹, contados do deferimento do processamento.

Caso o plano de recuperação não seja apresentado no prazo previsto pela lei, o juiz transformará o processo de recuperação judicial em falência¹¹². Não obstante tal comando, após a entrega do documento e antes do final do prazo para objeções, o empresário poderá substituir o plano que inicialmente fora apresentando, repondo-o com outro que atenda melhor seus interesses. Este permissivo se justifica diante do fato de a legislação não ter trazido nenhuma proibição para essa prática e, inclusive, admitido a possibilidade de alteração do plano na assembleia-geral dos credores¹¹³. É possível, ainda, que o plano seja modificado após sua aprovação e até mesmo depois de sua homologação, desde que ocorra antes do

¹¹⁰ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

¹¹¹ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹¹² A convalidação da recuperação judicial em falência no caso do descumprimento do plano é um fator que gera segurança aos credores quando da aceitação do plano. Há ainda outro incentivo à discussão do plano em sede de recuperação judicial, qual seja, o fato de que os credores que novarem seus créditos em sede de recuperação judicial, em caso de convalidação em falência serão considerados credores extraconcursais e receberão seus valores com prioridade.

¹¹³ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 223.

encerramento do processo de recuperação judicial e esteja acompanhado da anuência dos credores¹¹⁴.

O ideário da recuperação é que o empresário seja auxiliado pelos seus credores, tendo em vista que, diante de uma situação de intensa crise empresarial, deve acontecer a chamada “solidariedade econômica natural”¹¹⁵, distribuindo proporcionalmente as soluções para evitar a extinção da atividade. Jorge Lôbo afirma que a recuperação judicial nada mais é do que um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise e que, para alcançar tal intento, deve “atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e seus credores, impõe-se a cooperação”¹¹⁶.

Para os credores, a recuperação judicial indica uma possibilidade de reorganizar obrigações que já foram constituídas. Cada credor terá uma expectativa diferente nessa renegociação: os trabalhadores, por exemplo, visam à manutenção dos seus empregos; os fornecedores, por outro lado, à continuidade da parceria contratual¹¹⁷. Enfim, cada um é diretamente interessado na permanência da atividade viável.

Diante da importância do plano, o empresário deve elaborá-lo com cuidado, apresentando as informações exigidas pela lei. Com base no que preceitua o artigo 53 da Lei 11.101/2005, o plano de recuperação deverá conter a discriminação detalhada e resumida dos meios de recuperação que serão utilizados, a demonstração da sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor. Essa preocupação, como já mencionado, não existia outrora.

Em sede de concordata, não se preocupava em demonstrar realmente a viabilidade da empresa. Atualmente, porém, tal demonstração é requisito indispensável na confecção do plano de recuperação judicial. A demonstração da viabilidade econômica é feita através da apresentação do balanço patrimonial, documento que contrasta o ativo com o passivo.

¹¹⁴ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 77**: “As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/791>>. Acesso em: 23 set. 2016.

¹¹⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 85.

¹¹⁶ LÔBO, Jorge. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência** In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

¹¹⁷ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

Todavia, no caso de recuperação judicial, não basta apenas uma simples planilha, ela deve demonstrar e convencer os credores de que a situação pode ser melhorada, havendo necessidade de se indicar a real viabilidade financeira que vai além dos números¹¹⁸.

Como se pode notar, diferentemente da antiga norma, que tratava da crise empresarial (que limitada dilação de até dois anos no prazo para pagamento do passivo quirografário), a atual legislação, ao permitir a tentativa de reerguimento, exigiu do empresário a apresentação do mencionado plano de recuperação - documento que traz os chamados meios de recuperação judicial. Meio de recuperação, no entender de Ricardo Negrão, nada mais é do que um “procedimento corretivo de atuação gerencial, caracterizado por ações de reestruturação, reorganização e de saneamento, exercidas sobre um, alguns ou todos os aspectos da empresa, com vistas à solução da crise econômico-financeira”¹¹⁹. Os credores, devidamente habilitados no processo, poderão discutir as propostas apresentadas e decidir pela aprovação do plano ou pela sua rejeição.

Essas estratégias são apresentadas aos credores através do plano de recuperação - confeccionado com base na análise de aspectos jurídicos, contábeis, administrativos e de outras áreas do conhecimento. Percebe-se, portanto, que o Brasil utilizou o sistema americano no que se refere ao modelo terapêutico ofertado para sanar os desequilíbrios econômico-financeiros, isto é, “além do emprego da razoabilidade jurídica, é necessária a utilização da racionalidade econômica, a fim de precisar se é viável determinada empresa sair da crise econômico-financeira que se encontra”¹²⁰.

O devedor, ao idealizar os meios de recuperação, deve descrever detalhadamente as medidas que pretende adotar na intenção de se reerguer, expondo de maneira pormenorizada como haverá a integração das várias formas a serem adotadas para sanear o problema, correlacionando-as os resultados que se almejam. A depender do enredamento do plano, aconselha-se a assistência e orientação de uma equipe multidisciplinar especializada nas diversas áreas correlatas à atividade da recuperanda, para que possa indicar com exatidão e conhecimento técnico o melhor caminho a ser percorrido.

¹¹⁸ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 227.

¹¹⁹ NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3, p. 174.

¹²⁰ CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convação da recuperação em falência. *In*: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223–243, p. 226.

Tal medida, inclusive, pode causar nos credores uma impressão de que a proposta será realmente a adequada para a solução da crise¹²¹. Tal sensação benéfica é importante na medida em que, normalmente, boa parte dos credores desconhecem informações acerca de assuntos referentes à economia, contabilidade, administração de empresas. Gerar uma sensação de segurança nos credores pode ser uma estratégia significativa para conseguir a concordância da proposta.

Ressalte-se, por oportuno, que a despeito dessa possibilidade, há sempre um dever de boa-fé de todos aqueles que estejam envolvidos na confecção das propostas; afinal esse valor se apresenta como dever geral de conduta em qualquer esfera de atuação. No âmbito do Direito Empresarial, malgrado as relações serem caracterizadas pela onerosidade, os negócios jurídicos também devem ser pautados nos princípios da função social, equilíbrio material e boa-fé objetiva; a eticidade, moralidade, dever de confiança, lealdade e cooperação são indispensáveis para a verificação de legalidade dos negócios jurídicos firmados por empresários¹²².

Paula Forgioni¹²³, em sua obra que trata especificamente dos contratos empresariais, traz o desdobramento da boa-fé posto pelo doutrinador italiano Vincenzo Roppo, que pode ser resumido em: dever de coerência para manter a lógica dos próprios atos; possibilidade de ofertar a outra parte do negócio oportunidade de sanear eventuais vícios contratuais e de prestação; dever de cooperação para o adimplemento das prestações; vedação de atos discriminatórios da contraparte; “dever de modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isso for possível com mínimo de sacrifício”; e “proibição de exercitar direitos contratualmente assegurados de maneira formalmente lícita, mas em sua essência, desleal ou danosa para a contraparte”¹²⁴.

Dessa forma, agir com boa-fé reflete a ideia de que a confecção do plano deve ser feita com base na real possibilidade de cumprimento, não devendo se apresentar apenas como uma mera formalidade no processo de recuperação. Nesse sentido, é relevante afirmar que a boa-fé, através da sua função de integração, deve ser observada e respeitada antes, durante e depois do plano de recuperação judicial.

¹²¹ NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

¹²² MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: teoria geral dos contratos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. v. 5, p. 23 - 79.

¹²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 130-131.

¹²⁴ Ibid.

Ademais, tendo em vista a existência de uma espécie de novação das obrigações, há que se falar, também, no princípio da função social do contrato. O princípio da função social do contrato reflete a ideia de que “os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes”¹²⁵. Nesse sentido, a realização do negócio jurídico (formação e cumprimento), não deve se contrapor aos interesses sociais, afinal estão em patamar de prevalência em face dos interesses individuais.

Com base nesses ideais, deve o recuperando construir o plano e apresentar os meios de recuperação. A legislação recuperacional, em seu artigo 50¹²⁶, traz um rol exemplificativo e sugestivo de medidas que podem ser postas no plano de recuperação. Entretanto, é importante mencionar que, o empresário pode escolher outras maneiras e propostas de seu interesse não elencadas pelo legislador, combinando diversos recursos que acredite adequados ao saneamento dos problemas.

Desse modo, deixa-se, inicialmente¹²⁷, para a criatividade do devedor a criação dos mecanismos de soerguimento¹²⁸. O plano de recuperação judicial não se trata de um mero pedido de ajuda aos credores, vai além: deve conter quais os mecanismos que o empresário adotará para voltar à fase de bonança na sua atividade, quais os meios que serão empregados para efetiva solução dos problemas.

Ao receber a informação da existência do plano, cabe aos credores fazerem a avaliação e decidirem acerca da aceitação ou não. Caso discordem de qualquer proposta apresentada,

¹²⁵ LÔBO, Paulo. Princípios contratuais. Princípios sociais dos contratos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

¹²⁶ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago.2017.

¹²⁷ Utiliza-se a expressão inicialmente porque, em momento posterior, poderão os credores apresentar contrapropostas ao plano, através de objeções ou em assembleia-geral.

¹²⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. O processo de recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Org.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 223-243, p. 226.

poderão apresentar objeções (inclusive já apresentando contraproposta) e o juiz marcará uma assembleia-geral para que a matéria seja deliberada, podendo o plano ser aprovado (com ou sem modificações) ou reprovado. Por outro lado, a inexistência de objeções indica a aceitação tácita das propostas ofertadas.

Verifica-se que, apesar de, em princípio, não existir litígio entre o empresário e o credor, nessa fase processual a possibilidade de apresentação de objeções e de participação na assembleia-geral dos credores demonstra uma maneira de exercício do contraditório, em que as partes envolvidas poderão argumentar e contra-argumentar para tentar chegar a uma solução de interesse comum.

Diante dessa possibilidade, parte considerável da doutrina¹²⁹ defende a natureza contratual da recuperação judicial, sendo uma espécie de “negócio jurídico privado realizado sob a supervisão judicial”¹³⁰. Nesse sentido, a natureza contratual se revela no momento em que se apresenta como um acordo entre credores e devedor. De outro lado, alguns¹³¹ ressaltam o caráter processual e legal da recuperação judicial, discordando da natureza contratual e permitindo uma interferência no controle do plano. Para essa corrente, entende-se que não há recuperação judicial sem prestação jurisdicional, por isso tem natureza jurídica totalmente processual.

No entanto, é hialina a necessidade de que a apresentação do plano, toda sua discussão e sua aprovação seja feita dentro de um processo judicial de jurisdição voluntária. Por tal razão, não há como negar a sua natureza de negócio jurídico processual. Ademais, o caráter jurisdicional não necessariamente excluirá o caráter contratual, afinal há um ajuste de interesses que, para ser válido e produzir efeitos, necessita de homologação do Poder Judiciário.

Independentemente da corrente que se adote, o que há de relevante é a possibilidade de se renegociar sob o comando do Estado-Juiz, na busca pela sobrevivência e restabelecimento da empresa. Fica clarividente que, após o deferimento do processamento da recuperação judicial, as decisões sobre a aprovação ou eventual decretação da falência ficam a cargo dos credores. Nesse sentido, a recuperação judicial é vista como um favor creditício,

¹²⁹ SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008, p. 234; MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

¹³⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 56.

¹³¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 128-129; PAJARDI, Piero; PALUCHOWSKI, Alida. **Manuale di diritto fallimentare**. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 669; RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008. p. 43-45.

devendo prevalecer os interesses dos credores - diferentemente da antiga concordata, que era considerada um favor legal¹³².

Essa liberdade de negociação existente em sede de recuperação judicial, seja através de apresentação de alguma das sugestões do art. 50 da Lei nº 11.101/2005 ou através de qualquer outra forma de policitação, pode dar ensejo à existência de concentração de mercado, isto é, praticar atos de concentração¹³³. Salienta-se que é impossível elencar todas as hipóteses que poderiam dar ensejo à concentração de mercado, isso porque o rol do art. 50 é meramente exemplificativo, não sendo capaz de esgotar todos os mecanismos admissíveis para as negociações entre o empresário em crise e seus credores.

Para exemplificar, dentre as propostas de meios de recuperação apresentadas pela legislação falimentar, verifica-se a possibilidade de sugerir aos credores a aceitação de prática de operações societárias como cisão, incorporação e fusão. Isto é, a junção da atividade empresarial com debilidade econômico-financeira com outra que, provavelmente, está em melhor condição de se manter. Trata-se de uma espécie de “união de risco”¹³⁴.

No entanto, a eventual proposta que caracterize ato de concentração está atrelada a um limite específico, que é o dever de obediência à legislação que cuida especificamente das concentrações de mercado. Nesse sentido, havendo ato de concentração, a legislação concorrencial será utilizada como elemento conformador e limitador para a aprovação de tal operação societária¹³⁵.

Diante de tal situação, resta necessário conhecer quais os parâmetros utilizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no momento da análise dos atos de concentração.

¹³² CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convolação da recuperação em falência. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral** contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223–243, p. 228.

¹³³ O conceito e delimitação dos atos de concentração serão trabalhados no capítulo subsequente.

¹³⁴ LÔBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções. In: **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. vol. 6. São Paulo: RT, 2010. p. 101.

¹³⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 232.

4 O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como mencionado no capítulo anterior, alguns negócios jurídicos, a exemplo de operações societárias, podem ocasionar um domínio de mercado, alijando toda a possibilidade de concorrência, tendo em vista a possibilidade de se deter o poder de influenciar os rumos das ofertas de determinados seguimentos. Essas concentrações podem acontecer não apenas em sede de recuperação judicial, mas em qualquer situação em que negócios jurídicos permitam que o mercado fique concentrado nas mãos de um ou de poucos agentes econômicos.

Em outras palavras, tais atos compreendem a prática de condutas por mais de um agente econômico que, juntos, resolvem unir forças e patrimônios na intenção de dominar o espaço mercadológico, mitigando a participação de outros interessados, além de minimizar seus custos com a simplificação de produção e melhorar sua produtividade e lucratividade¹³⁶.

Isso pode atrapalhar a concorrência, que é algo extremamente benéfico para a coletividade. Nas palavras de Pontes de Miranda, “concorrer é tentar abrir caminho, ou alargá-lo; quem o alarga demais, crescentemente, tira espaço a quem concorria, ou poderia concorrer”¹³⁷. No instante em que poucos agentes passam a deter o controle econômico, diminuem-se as forças dos demais concorrentes. Entretanto, a redução ou a extinção da concorrência pode prejudicar a distribuição de bens e serviços, ocasionando um prejuízo coletivo, especialmente para o consumidor.

Esse prejuízo à coletividade é imediatamente suportado pelos consumidores, que são os que recebem reflexos diretos das eventuais concentrações de mercado. Isso acontece porque os agentes concentradores passam a fornecer os produtos e serviços com os preços, condições e qualidade de acordo com seus interesses, agindo, em geral, de forma abusiva. Porém, os consumidores não são os únicos a suportarem os prejuízos da concentração de mercado. Através de um efeito “dominó”, outros seguimentos também recebem reflexos da concentração abusiva de mercado. Ora, outros empresários terão dificuldades para empreender, deixando, por consequência, de empregar funcionários, de arrecadas tributos, de desenvolverem tecnologia etc.

¹³⁶ MEDA, Renata Vieira; SOLA, Diogo Diniz Lopes. Defesa da concorrência: atos de concentração sob a nova Lei nº 2.529/11. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 203-218, set./dez. 2013.

¹³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. tomo 17 (pt. especial). p. 179.

Sob essa perspectiva, não obstante o princípio da livre iniciativa se apresentar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a atuação livre e desmedida a ponto de impedir a concorrência em contexto de desequilíbrio econômico, exige que o Estado atue intervindo e controlando os excessos, evitando essa aglutinação de poder e o consequente prejuízo à coletividade.

Apesar de o foco do presente trabalho ser as concentrações advindas de proposta apresentada em plano de recuperação judicial, antes de tratar especificamente do assunto, há que se conhecer como a legislação brasileira trata do controle dessas concentrações. É sobre isso que se passará a abordar.

4.1 A concorrência, a concentração de mercado e o Direito Antitruste

O mercado é o instrumento ideal para a organização da economia e o universo apto a propiciar a concorrência entre os diversos agentes econômicos. É certo que, a despeito de as várias organizações de mercado não serem da mesma maneira eficientes sob o prisma social, não há como negar que nenhuma outra forma de organização da economia conseguiu proporcionar resultados análogos aos que as economias atuais e prósperas conseguiram através do mercado¹³⁸. Daí a sua relevância para o desenvolvimento da sociedade contemporânea.

Conquanto inúmeros conceitos de mercado sejam admitidos, para o presente trabalho, o foco será o posto pela economia e acolhido pelo direito. O conceito de mercado se suporta de elementos econômicos, podendo ser entendido como

um modo de operar que propicia aos agentes econômicos, a realização das trocas e, consequentemente, propicia à economia precificar os fatores, como bens e serviços, pois sem o intercâmbio mencionado não há mensuração, não existiriam parâmetros negociais para tanto¹³⁹.

Apesar de na acepção primitiva o conceito de mercado se restringir ao local específico que os agentes desenvolviam suas negociações, atualmente o conceito está mais amplo¹⁴⁰. O mercado - através de um significado abstrato - pode ser identificado quando da existência e pelo embate de poderes à primeira vista distintos, os da oferta e os da procura¹⁴¹.

¹³⁸ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.412.

¹³⁹ TAKADA, Thalles Alexandre. Instituições, mercado e consumo. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13/2016, p. 301–314, jan. – fev. 2016.

¹⁴⁰ SIDOU, J. M. Othon; [et.al]. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 400.

¹⁴¹ GALBRAITH, John Kenneth. **A economia ao alcance de quase todos**. São Paulo: Guazzelli, 1980.

O acesso ao mercado de maneira justa e equilibrada - tanto para os consumidores como por aqueles que querem se manter e iniciar como empresários - só é possível quando há uma concorrência também equilibrada. Celso Ribeiro Bastos assevera que

os consumidores veem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. E, de outra parte, para quem se lança à atividade econômica é uma forma de obter uma recompensa pela sua maior capacidade, dedicação e empenho, prosperando mais que os concorrentes¹⁴².

Quando isso acontece, tem-se o amplo acesso à atividade econômica e, por via de consequência, a garantia de que vários agentes econômicos se apresentam aptos a competir pela distribuição de melhores ofertas.

Esse mercado que interessa à concorrência é chamado de mercado relevante. Sua delimitação é importante a fim de que se faça a análise dos atores de importância econômica, como também, a fim de que se observe se a atuação de alguns agentes pode ou não causar a elisão da concorrência, a dominação do mercado e o abuso na precificação¹⁴³. A identificação e delimitação do mercado relevante tem o condão de buscar informações acerca da utilização dos bens e serviços pelos consumidores e a possibilidade de sua substituição por outros, caso houvesse aumento de preços diante de mudanças no mercado¹⁴⁴. Tal fenômeno interessa, pois, à concorrência.

A concorrência é tida como imperfeita quando agentes econômicos passam a comandar o mercado de produto ou serviço, instituindo suas vontades e determinando a forma de atuar aos demais, isto é, no instante em que “as decisões dos agentes econômicos são capazes de afetar as decisões de outros agentes assim como as variáveis do mercado, como preço e quantidade produzida”¹⁴⁵. Quando isso acontece, tem-se o efeito da concentração de mercado que, em algumas situações, pode gerar a incapacidade de inúmeros agentes ofertarem seus bens produzidos, ocasionando, por consequência, a falsa impressão de escassez dos produtos e serviços.

Ora, em um ambiente de concentração, poucos agentes controlam a fixação de preços, fazendo de acordo com os próprios interesses e vontades, para aumentar a própria capacidade lucrativa. Há uma visível desigualdade entre os concorrentes, situação em que os mais

¹⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004. p. 144.

¹⁴³ MEDA, Renata Vieira; SOLA, Diogo Diniz Lopes. Defesa da concorrência: atos de concentração sob a nova Lei nº 2.529/11. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 203-218, set./dez. 2013.

¹⁴⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139.

¹⁴⁵ PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 9, p. 51-74, jan. / 2002.

habilidosos e astuciosos encontram maneiras para seu fortalecimento no mercado com superioridade em face dos outros¹⁴⁶. Nessas circunstâncias, é comum adotar-se manobras na intenção de deturpar a realidade, com ausência de transparência nas informações passadas aos que são direta e indiretamente interessados¹⁴⁷. Com isso, alija-se a atuação dos demais agentes econômicos, impedindo, inclusive, o ingresso de novos concorrentes (barreiras de entrada) e a permanência dos que já existiam.

Mas nem toda concorrência imperfeita é necessariamente ruim. Esse raciocínio decorre do fato de que até mesmo os mercados não tão perfeitos podem gerar resultados benéficos de interesse social, especialmente no instante em que estão em processo de desenvolvimento para melhoramento de condições coletivas, tentando alcançar a maximização do bem-estar social diante das condições que se apresentam¹⁴⁸.

De outro lado, sob o viés econômico, a concorrência pode ser considerada perfeita no instante em se verifica um número considerável de ofertantes e interessados em produtos análogos, não havendo influência na precificação, equiparando-a ao custo marginal por produtores maximizadores de lucro a curto prazo¹⁴⁹. Para os economistas, em situações como essas, o empresário não possui nenhum tipo de poder de condução na economia, sendo apenas um “escravo do mercado”¹⁵⁰ e tendo seu lucro econômico totalmente inexistente, isto é, igual a zero. Isso acontece porque “os preços são menores (iguais aos custos médios), numa maior eficiência distributiva”¹⁵¹.

Nessa forma de concorrência, todos os integrantes terão a liberdade de determinar os mecanismos que pretendem adotar para conduzir seus negócios, estabelecendo a sua maneira de atuar e os preços que conseguem utilizar, visto um agente ser irrelevante para o outro¹⁵². Em tal contexto economicamente perfeito, nenhum agente econômico seria capaz de interferir

¹⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 60, p. 257 – 275, ou - de 2014.

¹⁴⁷ GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 11, p. 83– 106, jan. 2004.

¹⁴⁸ POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 16/2009, p. 235 – 272, jan /2009.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

¹⁵¹ SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 9, p. 161–177, jan. 2002.

¹⁵² MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

na atuação mercadológica dos demais, como pode ocorrer quando existem concentrações de mercado, através de monopólios ou oligopólios¹⁵³.

Todavia, sabe-se que, de um lado, a concorrência perfeita é utópica e, de outro, a totalmente imperfeita é reprovável. Então, como seria a concorrência possível de ser adotada?

Para encontrar-se essa resposta, há que se detectarem as razões para tais imperfeições e se tentar alcançar um estágio que, a despeito de imperfeito, seja equilibrado e apto a satisfazer à coletividade e aos demais agentes econômicos¹⁵⁴. O ideal é ponderar, diante da relevância da concorrência nas relações econômicas e sociais.

Daí, quando não há o equilíbrio natural para se encontrar essa concorrência factível, surge a necessidade da intervenção do Estado para tentar estabilizar o meio mercadológico, mediante garantia de uma proteção a todos os envolvidos, direta ou indiretamente, como fornecedores, consumidores, o Fisco e até mesmo as gerações futuras. Nesse contexto, Ana Frazão assevera que “o controle do poder econômico é uma solução construída pelos Estados contemporâneos para evitar que o poder econômico seja o fundamento principal da integração social”¹⁵⁵; afinal a sociedade não pode se sustentar apenas em aspectos econômicos. Por isso, a necessidade de um conjunto de regras que oferte ao Estado esse controle de mercado.

O atual direito antitruste brasileiro tem forte influência da legislação norte-americana, mais especificamente do *Sherman Act*¹⁵⁶. Mas não foi apenas com a legislação da concorrência moderna que os norte-americanos contribuíram para alicerçar o antitruste dos dias hodiernos. Além disso, foi nos Estados Unidos que duas grandes escolas passaram a se dedicar a explicar as funções do Direito da Concorrência para a sociedade: as Escolas de Harvard e de Chicago.

A Escola de Harvard passou a se destacar em meados do século passado e é conhecida como estruturalista, por ter suas ideias voltadas para a organização dos grupos econômicos. Os teóricos dessa Escola alicerçaram seu pensamento na observação e no controle das estruturas, sob o argumento de que a concentração exagerada do mercado comandado por poucos agentes econômicos ocasionaria o inevitável abuso de poder de mercado; isso porque,

¹⁵³ A análise do conceito de monopólio e oligopólio passa pelo filtro da economia, sendo ambos “o poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 106.

¹⁵⁴ POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 16, p. 235 – 272, jan. 2009.

¹⁵⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24

¹⁵⁶ O contexto histórico do surgimento do *Sherman Act* será descrito no capítulo seguinte.

as forças naturais do mercado seriam insuficientes para sobrestar os monopólios e oligopólios, por conta de barreiras de entrada¹⁵⁷. Para esta Escola, olha-se, tão somente, a estrutura.

Os que se curvam às ideias de Harvard preferem “uma estrutura mais pulverizada, evitando-se disfunções do mercado”¹⁵⁸. O pensamento difundido foi o de que a estrutura de mercado concentrada nas mãos de poucos, intervém no comportamento dos demais agentes econômicos, permitindo que poucos controlem o mercado e possibilitando o abuso de poder. Impedir a concentração evita prejuízos à economia.

Como rechaço às ideias postas pela Escola de Harvard, a Escola de Chicago passou a ser notada com mais solidez, a partir década de 1980¹⁵⁹. Tendo, inicialmente, como um de seus expoentes Richard Posner¹⁶⁰, a Escola de Chicago passou a criticar a de Harvard no sentido de que havia uma utilização errônea dos fundamentos econômicos, haja vista observar que apenas a estrutura não garante benefícios coletivos¹⁶¹. Além disso, passou a defender a utilização da legislação antitruste para verificar a consecução de eficiência, sustentando a menor interferência na economia pelo Estado¹⁶².

Os difusores dos ideários da Escola de Chicago propagaram a utilização da análise econômica na tomada de decisões. Tinham a intenção de dar ênfase à eficiência alocativa que, inevitavelmente, traria benefícios para o consumidor (na forma de redução de preços)¹⁶³, admitindo, inclusive, a possibilidade de aceitação de monopólios ou de mitigação da concorrência, caso ficasse evidente a maximização da eficiência¹⁶⁴.

¹⁵⁷ FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, p. 133–151, jan.2003.

¹⁵⁸ FOGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 173.

¹⁵⁹ MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de defesa da concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 20.

¹⁶⁰ Richard Posner, que foi um dos grandes expoentes da Escola de Chicago, passou a fazer críticas aos pensamentos por ela difundidos, afirmando que nem tudo pode se suportar na economia, afinal, o interesse comportamental vem ganhando força e fez progresso. Fê-las no livro *The crisis of capitalista democracy* e as ratificou em entrevista publicada no site The New Yorker, em 13 de janeiro de 2010. POSNER, Richard. **The New Yorker**, em 13 de janeiro de 2010. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner>>. Acesso em 28 de março de 2017.

¹⁶¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44.

¹⁶² ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic doctrines and approaches to antitrust. **Research Paper Series**. n. 2011-01-02. Bloomington: Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011. Disponível em: <<http://www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁶³ STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. 2012. Disponível em: <http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 563.

¹⁶⁴ FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo 10, p. 133 – 151, jan.2003.

Malgrado esses contornos fornecidos pelos americanos, o direito brasileiro “bebeu” da fonte das duas Escolas e traçou suas próprias características, que vão além do simples controle de estrutura ou apenas a eficiência alocativa.

No Brasil, o Direito da Concorrência ou Direito Antitruste¹⁶⁵ se põe disponível como mecanismo para tentar equilibrar as relações de competição no mercado e, com isso, conseguir cumprir os preceitos postos na Constituição Federal de 1988¹⁶⁶. Serve, portanto, para regulamentar a intervenção estatal sobre a economia mercadológica, na intenção de verificar e combater a ação excessiva e abusiva do poderio econômico, estimulando a busca pelo equilíbrio do mercado e bem-estar social¹⁶⁷, serve como instrumento, ferramenta.

Paula Forgioni¹⁶⁸ afirma que o Direito da Concorrência se presta, no Brasil, a ser o instrumento utilizado pelo Estado para criar políticas públicas na intenção de reprimir abuso do poder econômico e proteger a livre competição dos agentes econômicos, é dizer, o sistema de proteção brasileiro, como se verá adiante, assume um caráter instrumental, objetivando um bem-estar social, que vai além da eficiência econômica.

Ademais, é importante clarificar que o Direito Concorrencial não se ocupa com as operações societárias, com os ajustes dos empresários, mas sim com as consequências que podem surgir desses ajustes, dessas operações, caso haja alguma dominação que prejudique a coletividade. Preocupa-se, conseqüentemente, com o poder de influência de determinado agente no respectivo segmento da atividade mercadológica e os reflexos que a coletividade irá suportar¹⁶⁹.

Outrossim, vai além. O controle do poder econômico tem relação direta com o exercício de direitos e garantias fundamentais, com a proteção do bem-estar, com o cumprimento dos valores sociais estatuídos na Constituição Federal de 1988. Com isso, o controle do exercício do poder econômico não deve se limitar apenas a critérios econômicos

¹⁶⁵ Para o presente trabalho a expressão Direito da Concorrência e Direito Antitruste serão utilizados como sinônimos, a despeito de alguns autores considerarem de maneira diversa. Carlos Jacques Vieira Gomes, por exemplo, afirma que a expressão correta deveria ser Direito Antitruste, vez que a expressão concorrência traz a ideia de a única intenção da legislação seria proteger tão somente a concorrência e não a coletividade. GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2004, p. 67.

¹⁶⁶ O conteúdo posto na Constituição Federal de 1988 será delineado adiante.

¹⁶⁷ PEREIRA, Viviane de Freitas. Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração: a questão do controle de concentrações. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, p. 85 – 99, jan .2003.

¹⁶⁸ FOGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,. p. 194-199.

¹⁶⁹ MEDA, Renata Vieira; SOLA, Diogo Diniz Lopes. Defesa da concorrência: atos de concentração sob a nova Lei nº 2.529/11. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 203-218, set./dez. 2013.

ou análise de consequências¹⁷⁰, deve ter caráter diretivo para indicar e direcionar as políticas públicas nas diversas áreas, além da mercadológica e de consumo.

Ora, como assevera Maurice Stucke¹⁷¹, em Estados Democráticos, a proteção à concorrência deve ir além, devendo ser pautada em aspectos políticos, morais, sociais e econômicos. É a intervenção do Estado nas relações econômicas privadas para o bem de todos.

Como já mencionado em outras passagens deste trabalho, a República Federativa do Brasil traz a livre iniciativa como um instituto que a fundamenta e, nessa condição, não pode ser vista com um viés individualista, mas enquanto expressão socialmente valiosa¹⁷². Assim, a livre iniciativa dos dias atuais não é mais apresentada como aquela que foi em tempos outrora, reflexo de uma liberdade formal na qual fundamentava a abstenção do Estado nas relações particulares. Essa posição excessivamente abstencionista do Estado não foi capaz de satisfazer os interesses coletivos e promover a igualdade material, razão pela qual perdeu forças e não se sustenta nos dias atuais.

Em linhas anteriores, foi feita uma ponderação entre a liberdade de iniciativa e a função social da propriedade. No presente, outro valor será utilizado como forma de limitação e/ou corolário¹⁷³ da livre iniciativa, qual seja, a livre concorrência. E a livre concorrência só acontece quando o mercado não possui máculas.

4.2 O princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988

A atual Constituição Federal brasileira se apresenta como uma Constituição Econômica¹⁷⁴, isto é, traz um arcabouço de comandos e institutos jurídicos que, ao delimitar os parâmetros de um sistema econômico específico, cria balizas para contornar a organização e o funcionamento da economia, constituindo uma determinada Ordem Econômica¹⁷⁵.

¹⁷⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

¹⁷¹ STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. 2012. Disponível em: <http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017, p. 563.

¹⁷² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 202.

¹⁷³ Eros Grau entende que a livre concorrência é corolário da livre iniciativa, no sentido de que ambas a primeira é consequência direta da atuação da segunda, dispensando, inclusive a diferenciação na Constituição Federal. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Em sentido contrário, a livre concorrência só aparece no instante em que há falhas na livre iniciativa, por tal razão se apresenta como balizador de exageros, como assevera Ana Maria de Oliveira Nusdeo. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros. 2002.

¹⁷⁴ DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 1999.

¹⁷⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 60, p. 257 – 275, out.–dez. 2014.

Calixto Salomão Filho, ao tentar explicar o conceito de Constituição Econômica, afirma ser o “conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômico”¹⁷⁶, prescrição de instruções que controlam as relações economicizadas.

A identificação de uma Constituição Econômica extrapola a existência de preceitos de uma Ordem Econômica já existente, porquanto perpassa um ideário de encontrar mecanismos para solucionar, no caso concreto, as máculas no sistema econômico que eventualmente estejam mitigando a promoção do bem-estar social, além de prever a possibilidade de adoção de políticas para contornar tais transtornos. Trata-se, pois, de algo feito para administrar o presente e o futuro¹⁷⁷.

Diante da necessidade de criação de políticas protetivas e preventivas para o sistema econômico, pode-se afirmar que a Constituição brasileira é programática, ou seja, é aquela que, sendo a base do Estado Democrático de Direito, aponta diretrizes que devem ser perseguidas. O Estado Democrático de Direito, no dizer de JJ. Gomes Canotilho¹⁷⁸, é visto como “uma ordem de domínio legitimada pelo povo”. Tem-se, portanto, que o Brasil é uma nação composta de ordens criadas pelo povo e para o povo, no intento de permitir a consecução de alguns objetivos influenciados pela Revolução Francesa de 1789, também esposados no corpo constitucional, como a busca do bem-estar social, desenvolvimento nacional e de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ora, para se atingir equilíbrio social, há que se pensar na tentativa de uma vida econômica também equilibrada, na qual não existam excessos ou abusos. No anseio de tal propósito, a CF/88 apresentou um plexo de regras norteadoras do fator econômico, tendo sido inspiradas pela ideia da livre iniciativa e valorização do trabalho humano, que possuem, em seu bojo, o escopo de preservar e garantir a dignidade da pessoa humana – que, de tão importante, é tratada por Humberto Ávila¹⁷⁹ como um sobreprincípio, possuindo a função de atribuir unidade de razão aos demais princípios constitucionais.

O legislador, ao querer frenar o abuso no exercício da livre iniciativa capaz de maleficar a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a justiça social, instituiu algumas diretrizes que devem ser analisadas sistematicamente. Ora, a dignidade da pessoa humana é envolta pela polissemia e se apresenta como condutor não só para a atividade econômica, mas também para a elevação dos direitos fundamentais e de toda ordem jurídica.

¹⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

¹⁷⁷ MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. p. 20.

¹⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 98.

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **A Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 98.

Ingo Sarlet¹⁸⁰, ao cuidar do assunto, atribui a qualquer pessoa uma valoração *sui generis*, particular e impossível de disposição. Por esta razão, a proteção à Ordem Econômica é, por consequência, a proteção à dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a organização das normas constitucionais no Brasil não reflete apenas a criação de um documento para balizar o governo, vai além, sendo uma declaração de competência e organizador de processos, renunciando diretrizes, fins e programas a serem conquistados por todos: Estado e sociedade¹⁸¹. Eis que a Constituição Federal de 1988 apresentou um arcabouço de regras sobre Ordem Econômica. Estas podem ser entendidas como disposições constitucionais que foram apresentadas para nortear o processo de interferência do Ente Estatal na administração da vida econômica da nação, mormente em relação às atividades geradoras de riquezas e renda¹⁸².

Fazendo cumprir sua característica de Constituição Econômica e programática, a Constituição Federal de 1988, no capítulo I, do título VII, apresentou, como já visto em linhas anteriores, os princípios gerais que norteiam e embasam toda a atividade econômica no Brasil, dentre eles o da função social da propriedade, da soberania nacional, da defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e da livre concorrência. Tudo isto para assegurar a todos existência digna.

A Ordem Econômica constitucional brasileira persegue a compatibilização de diversos princípios que não podem ser analisados e utilizados de forma fragmentada, não obstante parecerem valores contrapostos¹⁸³. Tais princípios estão postos a partir do artigo 170 do texto constitucional, os quais, como dito, mostram-se como uma série de comandos na intenção de delimitar a intervenção do Estado na busca pelo equilíbrio econômico, pautando-se na valorização do trabalho humano, na defesa da livre iniciativa e com a finalidade de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

E, como mencionam Vinícius Marques de Carvalho e Ticiane Nogueira da Cruz Lima, “é em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os princípios expressos no art. 170, dentre os quais está o

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 26-28.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 365.

¹⁸² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 80.

¹⁸³ CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 27.

princípio da livre concorrência”¹⁸⁴. Ou seja, a Ordem Econômica - inclusive a proteção à livre concorrência - deve sempre estar atrelada ao ideário de função social.

Por oportuno, é válido realçar que, a despeito de o já citado artigo 170 da CF/88 trazer de forma expressa os dispositivos principiológicos que norteiam a Ordem Econômica, é perceptível, ao se mergulhar no restante corpo do texto constitucional, a visualização de diversas regras que tratam da circulação de riquezas e rendas, desde os seus artigos 1º e 3º, que complementam ou ratificam os aspectos econômicos¹⁸⁵. Há que se fazer, então, um estudo sistemático.

Vê-se que, de um lado, há a defesa da livre iniciativa e do outro a possibilidade de intervenção do Estado à busca do bem-estar social ao permitir uma existência digna a todos. Tal interferência estatal deve sempre acontecer na medida exata da real necessidade, quando indispensável para a consecução do desenvolvimento econômico e social; afinal, condutas intervencionistas em excesso não são compatíveis com Estados capitalistas, como é o caso do Brasil. Assim, quando feita dentro dos limites insculpidos pela Constituição, “a intervenção não visa assim a eliminação do regime capitalista, mas a sua harmonia com valores para-econômicos - valores sociais, numa palavra”¹⁸⁶. Pode o Estado intervir para garantir, inclusive, a livre concorrência.

A garantia de proteção à liberdade de iniciativa está intimamente relacionada à ideia de livre concorrência, ambas jungidas à liberdade de atuação na seara econômica¹⁸⁷. Tal assertiva está fundada no fato de que a concorrência surge quando há disputa entre agentes econômicos, sendo requisito indissociável do sistema de economia de mercado¹⁸⁸, como já delineado em linhas anteriores.

Assim, “só pode existir livre concorrência onde há livre iniciativa”¹⁸⁹. De um lado, a livre iniciativa é mais abrangente e oferta a possibilidade dos particulares ingressarem livremente no mercado; de outro lado, a livre concorrência é mais contida, tendo em vista que

¹⁸⁴CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania Nogueira da Cruz. Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. **Publicações da Escola da AGU** – A nova lei no CADE, ano 4, n. 19, p. 9-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 174.

¹⁸⁶ SILVA FILHO, Walter Rodrigues da. Constituição Econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, p. 209-223, abr.-jun. 1995.

¹⁸⁷ TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem Econômica e Financeira. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2 p. 358.

¹⁸⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 144.

¹⁸⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito constitucional: estudos e pareceres**. São Paulo: Edições CEJUP, 1998. p.455.

tende a pretender a paridade de mecanismos de competição dos agentes envolvidos. Todavia, as duas se entrelaçam.

A proteção da livre concorrência pelo poder estatal ultrapassa a ideia de garantia da livre iniciativa, assegurando não apenas o acesso ao mercado de agentes econômicos, como também o poder decisório sobre seu funcionamento e permanência no mercado. As duas liberdades – de iniciativa e de concorrência –, quando bem compatibilizadas, permitem a consecução de uma ordem econômica equilibrada e não onerosa para os agentes normalmente vulneráveis da economia, garantindo-se uma existência digna. À luz desse aspecto, a liberdade de atuar no mercado deve observar a já comentada função social e a dignidade da pessoa humana.

A propósito, a livre concorrência é apresentada como um dos princípios balizadores da atual Ordem Econômica e tem o condão de assegurar a distribuição dos fatores de produção disponíveis de maneira eficiente. Com isso, age beneficentemente e estimula o incremento das condições de empregabilidade, aumento na renda da população e crescimento econômico, além de obstaculizar a movimentação inapropriada de renda entre fornecedores e consumidores, como também a exclusão do mercado de consumo de parcela da população. Consoante assevera Fábio Ulhoa Coelho,

Ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riqueza e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral¹⁹⁰.

A salvaguarda à concorrência, portanto, transcende a conveniência para as partes intimamente “embrulhadas”, sendo a população a verdadeira interessada na proteção dos seus bens jurídicos.

É certo que a liberdade de iniciativa, no dizer de Leonardo Figueiredo, “é corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, que se faz presente nos textos constitucionais, ainda que de forma bastante mitigada”¹⁹¹. Adam Smith pregava que a total liberdade para o exercício da atividade econômica em seu interesse exclusivo, sem qualquer intervenção estatal, traria o bem à sociedade, vez que a consequência lógica para a busca de benefícios pessoais acarretaria, automaticamente, a atuação mais benéfica para a sociedade¹⁹².

¹⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 5.

¹⁹¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 83.

¹⁹² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 17.

Sucedeu que foi insustentável a manutenção da ideia absoluta do liberalismo econômico, porquanto a gana de dominar o mercado estimulou atos de concentrações empresariais através da ideia de que quanto maior a atividade econômica desenvolvida, mais solidez teria, acarretando, por vezes, um domínio irracional e desequilibrado no mercado. Foi necessária, então, a intervenção estatal no intento de alcançar um equilíbrio social, mesmo com algumas características de economia capitalista inseridas no texto constitucional¹⁹³.

Com isso, tem-se que o Estado não deve ser um obstáculo à atividade empresarial, senão no propósito de manter a própria disputa econômica saudável. Vê-se, de maneira hialina, que se garante “a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”¹⁹⁴.

É importante ressaltar, contudo, que quando da análise dos casos concretos, para a verificação da consecução dos princípios estatuidos no art. 170 da Constituição Federal, a autoridade antitruste o faça de modo a não frustrar a ideia de lucratividade do empresário. Em vista disso, ainda que seja possível a intervenção do Estado para mitigar o lucro do empresário em prol da coletividade, há que se ter cuidado para não restringir a ponto de deixar os agentes econômicos com saldos negativos e impossibilitar a manutenção do negócio¹⁹⁵.

Com isso, a ponderação é indispensável para que se encontre a melhor condição em prol da coletividade. Ao cuidar do assunto, Washington Albino de Souza desenvolveu a teoria da “regra de equilíbrio” asseverando que “para toda relação de direito econômico há sempre um ‘ponto de equilíbrio’ ou uma zona de ‘equilíbrio’ que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada”¹⁹⁶.

A fim de que se ratificasse a proteção às competições de mercado equilibradas, o texto constitucional estabeleceu no §4º, do artigo 173 a determinação expressa de que o poder público deve combater a dominação de mercado, no instante em que esta ocasiona a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros¹⁹⁷. Assim, na intenção de que

¹⁹³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014., p. 14.

¹⁹⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.,p. 94.

¹⁹⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 116.

¹⁹⁶ SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003. p. 122-123.

¹⁹⁷ Constituição Federal de 1988 – “Art. 173. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

se cumpra a defesa da livre concorrência, compete ao Poder Público o repúdio à concentração de mercado que acarrete lucratividade abusiva.

Ora, a prática de atos na intenção de aumentar a participação de mercado e a lucratividade não é, por si só, algo gravoso ou prejudicial à economia¹⁹⁸. O que não pode, todavia, é haver excessos. Implica, com isso, a intervenção estatal para deixar os agentes econômicos na condição de praticar atos de acordo com a sua vontade e se consagrar em algum ramo da economia, sem que a ele se imponha pelos demais atores uma postura diversa da pretendida¹⁹⁹.

Para Ana Frazão, “a repressão ao abuso de poder econômico mostrou-se necessária não como algo contraposto ao liberalismo econômico, mas sim como uma forma de preservá-lo”²⁰⁰, vale dizer, é uma “arma” para a defesa da liberdade de iniciativa. Desse modo, é importante salientar que o legítimo uso do poder econômico não é renegado pela Constituição Federal de 1988. Ao contrário, é posto através da defesa da livre iniciativa. O que se deve obstar é a utilização abusiva desse poder, quando a atuação dos atores econômicos não estiver fundamentada no interesse maior da coletividade²⁰¹.

O uso abusivo do poder acontece quando

o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) da parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica²⁰².

Nesse sentido, considera-se abusiva a utilização do poder no instante em que a organização mercadológica adota condutas na intenção de desvirtuar a atuação natural do mercado, objetivando o domínio do mercado para alijamento da concorrência e a lucratividade desmedida.

Por outro lado, há que atentar para o fato de que o combate à utilização abusiva do poder econômico não tem o enfoque puramente voltado para eficiência alocativa. Ao tratar

¹⁹⁸ CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 38.

¹⁹⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 40.

²⁰⁰ FRAZÃO, Ana. **Propriedade e empresa - função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 304.

²⁰¹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 262.

²⁰² BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso de seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199., p. 168.

sobre repressão ao abuso de poder econômico, Isabel Vaz afirma que “empresa e empresário estão convocados a participar de uma ação positiva, o exercício das atividades econômicas, agora impregnadas da natureza teleológica definida pelo constituinte: ‘assegurar a todos uma existência digna’, observando os princípios gerais enumerados”²⁰³.

Vê-se, conseqüentemente, que os valores humanos e sociais devem estar interligados à utilização adequada do poder econômico. A Ordem Econômica constitucional atual preza pelos aspectos sociais e pela proteção à dignidade de todos os atores.

4.3 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o controle dos atos de concentração

A proteção à concorrência é, como visto, o mecanismo de que se vale o Estado para harmonizar a liberdade econômica individual com o interesse da coletividade²⁰⁴. Atualmente, para tanto, há, na legislação brasileira, um microsistema legal que se propõe a tal mister, determinando que, quando da existência de atos que possibilitem a concentração de mercado, o Estado deve ser informado para que se verifique o eventual risco de prejuízo social.

Esse microsistema legislativo é a principal lei de proteção à concorrência, qual seja, a Lei ordinária federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, criada com o objetivo de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Conhecida como a “Lei do Super CADE”, é, para alguns, um símbolo histórico e fundamental para o desenvolvimento da política brasileira em defesa do mercado para permitir uma competição equilibrada entre seus agentes²⁰⁵. Esta lei veio para substituir a antiga Lei nº 8.884/1994 (até então chamada de Lei Antitruste), remodelando as formas de controle das estruturas, os poderes de fiscalização e determinando a realização do controle prévio para os atos de concentração, sendo esta a sua principal inovação²⁰⁶.

²⁰³ VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da lei antitruste. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (org). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 297-314, p. 283.

²⁰⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da *failing firm defense* e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 27.

²⁰⁵ CORDOVIL, L. et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

²⁰⁶ TODOROV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of Competition Policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, v. 57, p. 234-257, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327925>. Acesso em: 21 ago. 2017.

Esclarece-se, no entanto, que essas não foram as primeiras leis que tiveram a intenção de tentar coibir a concorrência. Desde a década de 1940²⁰⁷, já se percebia uma tentativa de introdução da política de defesa da concorrência no Brasil. Ocorre que a política antitruste era pouco expressiva até meados dos anos 1980, tendo em vista o fato de o ambiente econômico e o modelo de desenvolvimento do país, fundamentalmente intervencionista, não estimularem a consecução efetiva da defesa da concorrência²⁰⁸. Assim, apesar de haver normas dantes insculpidas no ordenamento jurídico brasileiro, estas não conseguiram impedir a proliferação e organização de um contexto com excessivas concentrações econômicas²⁰⁹.

O SBDC é composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. O CADE - atualmente se reveste de natureza autárquica - está vinculado ao Ministério da Justiça e exerce fundamentalmente três missões: educar, prevenir, e reprimir a sociedade concernente à prática de atos violadores da Ordem Econômica²¹⁰. Assim, como principal fiscalizador da concorrência no Brasil, deve investigar as operações que possam gerar prejuízos ao mercado, de forma preventiva ou repressiva, vale dizer, exercendo o controle de estruturas ou o controle de condutas.

O papel educacional do CADE se dá no instante em que, por meio de ações informativas, difunde as regras e os limites de ação no âmbito concorrencial, conscientizando o público²¹¹. Essa atuação de caráter informativo tem o condão de inibir as eventuais negociações que pretendam mitigar a concorrência.

Também cabe à autarquia antitruste apenar aqueles que excedem a legislação brasileira: trata-se do chamado controle de condutas - a mais remota forma de atuação do CADE. O controle de condutas é “aquele que tem forte viés punitivo e tem por finalidade aplicar sanções aos agentes econômicos que descumprirem as normas concorrenciais”²¹², penalidades estas previstas na legislação concorrencial. Com isso, quando da verificação, em

²⁰⁷ O Decreto-Lei nº 7.666/1945, além de criar o CADE, cuidava sobre atos contrários à ordem moral e econômica. BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666/1945**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em :21 ago. 2017.

²⁰⁸ CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração**: uma análise da prática do CADE. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público – MESP). Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2014. p. 17-18.

²⁰⁹ FRADE, Eduardo Silveira; BARACHO, Hertha Urquiza. A nova definição de atos de concentração e sua relevância na consecução dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 412-432, jul.-dez, 2013.

²¹⁰ BUZATTO, Raiane. Os atos de concentração no processo recuperacional e a necessidade de notificação do CADE para exercício do controle prévio de estruturas. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 87-101, mar./ago. 2017.

²¹¹ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 40.

²¹² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 247.

casos concretos, de abusos no poder econômico, adotam-se medidas punitivas em relação aos atores econômicos que ultrapassam os limites do adequado manejo da concorrência.

De outro lado, sendo a mais recente atribuição do CADE, tem-se o chamado controle de estrutura, que se apresenta de maneira preventiva. Essa forma de controle acontece no instante em que o Estado, diante de cada solicitação concreta, analisa se o ato concentração posto ao seu crivo deve ser aprovado ou rejeitado; de outro lado, o controle de condutas se presta a identificar e evitar as condutas anticompetitivas que são descritas na lei como infrações à Ordem Econômica²¹³. Diante dessa nova realidade, passa a inibir as condutas que exorbitem o exercício adequado do poder.

A doutrina majoritária entende que essa nova modalidade de controle – de forma prévia - é essencialmente eficaz para o controle de estruturas anticompetitivas²¹⁴. Porém, Ramsés Maciel de Castro traz um pensamento diverso, asseverando que “a mudança advinda com a nova lei, em permitir apenas notificação prévia ao CADE (necessidade do CADE autorizar a concentração antes da sua efetivação) foi desnecessária e piorou a condição mercadológica das empresas atuantes no Brasil”²¹⁵. Isso porque torna mais dispendioso para os empresários o processo administrativo de natureza preventiva. Discorda-se deste autor, em virtude de o bem maior a ser perseguido não ser o interesse dos empresários, mas o interesse público.

Há ainda aqueles que advogam contrários a qualquer tipo de controle de estruturas. André Luiz Santa Cruz Ramos, por exemplo, com um pensamento totalmente liberal, assevera que “leis antitruste atentam contra a livre concorrência, ao impedirem atos de concentração empresarial que criam empresas mais eficientes e, conseqüentemente, mais capazes de ofertar bens e serviços com maior qualidade e menor preço”²¹⁶.

A hodierna lei aponta de maneira objetiva as situações que devem ser submetidas previamente à autarquia antitruste, vinculando a sua consecução à aprovação pelo CADE. Caso ocorram sem essa formalidade, os envolvidos estão sujeitos a multas que variam entre

²¹³ TONELLATTI, Norma Antônia Gavilân. Controle de concentrações econômicas: a (im)possibilidade de criação de monopólios sob a perspectiva da Lei nº 12.529/2011. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 187-200, jan./abr. 2014.

²¹⁴ Nesse sentido: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017; FOGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 418.

²¹⁵ CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 216.

²¹⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 106.

R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões reais)²¹⁷, inibindo as práticas conhecidas por *gun jumping*²¹⁸.

Em que pese existir opinião de ser o controle prévio mais oneroso (como visto em linhas anteriores), é certo que tentar reorganizar a economia depois de desestabilizada é bem mais difícil, porquanto as despesas para se desfazer situações já concretizadas podem, inclusive, ser superiores aos possíveis reflexos negativos desse ato²¹⁹.

A instauração do procedimento administrativo para a averiguação dos atos de concentração tem o condão de analisar o contexto em que se põe a operação pretendida. Durante o trâmite, far-se-á a delimitação do mercado relevante pela autoridade antitruste, a análise dos atores envolvidos, o estudo do grau de concentração, a existência de barreiras de entrada e a avaliação da eficiência alocativa. Após a sua instauração, a autarquia antitruste possui o prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias para a consecução da investigação através de decisão concessória ou denegatória das operações pretendidas. Este prazo pode ser prorrogado por até 60 (sessenta) dias, diante de solicitação das partes envolvidas, ou mediante decisão fundamentada do Tribunal Administrativo, por até 90 (noventa) dias²²⁰. Ultrapassado o período legal previsto e silente a autarquia, a operação estará tacitamente autorizada.

Não obstante a eventual autorização para as concentrações de mercado, é relevante esclarecer que, após a finalização do processo administrativo, se houver constatação de prática de infração que viole a Ordem Econômica, os responsáveis podem ser punidos com as penas da legislação²²¹. Ou seja: o fato de se admitirem as operações societárias que concentrem mercados não significa afirmar que os agentes estão livres para as atividades

²¹⁷ Lei nº 12.529/2011 – “Art. 88. [...] §3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei”. BRASIL. **Lei nº 12.529/11**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago.2017.

²¹⁸ *Gun jumping* nada mais é do que a consecução de atos de concentração sem que haja uma decisão definitiva pela autoridade competente. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124.

²¹⁹ SALGADO, L. H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. (org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003. p. 30.

²²⁰ Lei nº 12.529/2011 – “Art. 88. [...] §9º - O prazo mencionado no §2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo”. BRASIL. **Lei nº 12.529/11**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²²¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 217–236.

desmedidas e práticas anticompetitivas não autorizadas. O controle de condutas pode e deve ocorrer.

Vale repisar que toda atividade desenvolvida pelo CADE deve estar sempre compatibilizada com a política econômica do governo. Nesse sentido, é indispensável atentar para o fato de que algumas ações praticadas pelos agentes econômicos, que normalmente seriam repudiadas, podem repercutir beneficemente em outros aspectos econômico-sociais. Dessa forma, a autarquia antitruste, no instante de análise de cada situação específica, deve tentar ponderar os possíveis reflexos benéficos das operações em detrimento dos maléficis, ou seja, agir de maneira proporcional face à realidade local²²².

4.4 O controle de estruturas e a os atos de concentração autorizados pela Lei nº 12.529/2011

Para que se realize o controle de estruturas pelo CADE, não basta apenas a identificação de um eventual domínio de mercado relevante²²³. A atuação prévia pela autoridade antitruste só é admissível no momento em que se identificam negociações visando à consecução de atos de concentração descritos na legislação brasileira, sob pena de afronta ao princípio da livre iniciativa. Assim, quando o domínio de mercado acontecer decorrente de situações diversas das descritas na lei, não há que falar em controle de estruturas.

Esse controle prévio feito pelo CADE se limita aos atos de concentração descritos no artigo 90 da Lei nº 12.529/11. Trata-se de um rol objetivo que os define de maneira direta:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

- I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture²²⁴.

²²² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. p. 191. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade: céleres considerações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p.179-193, jul – set, 2001.

²²³ Nesse sentido, no instante em que domínio de mercado acontecer independentemente de relação de atos de concentração, não há que falar em controle de estruturas.

²²⁴ BRASIL. **Lei nº 12.529/11**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

Assim, fusões, incorporações, aquisições de quantidade significativa de ações, contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* podem ser considerados, pela lei, atos de concentração passíveis de controle preventivo pelo CADE.

Nessa perspectiva, a legislação antitruste atual pôs fim às discussões de como identificar os atos que deveriam ser objetos de verificação pelo CADE, obstáculo que ocorria na legislação antitruste anterior, mesmo quando se tratava de controle de estrutura. Outrora, a linguagem com conceitos indeterminados exigia a análise dos “atos sob qualquer forma manifestados que possam prejudicar a livre concorrência”, e exigia a comunicação de qualquer forma de concentração econômica²²⁵.

Deve-se ter cuidado na hora de descrever a concentração, seja no controle prévio ou repressivo.

Identificar fusões e incorporações é tarefa relativamente fácil: as primeiras podem ser reconhecidas no instante em há concentração de duas ou mais sociedades constituindo uma nova que irá suceder todos os direitos e obrigações; já as incorporações surgem quando ocorre a absorção de uma sociedade por outra, que deixa de existir, sendo sucedida pela incorporadora em todos os direitos e obrigações²²⁶.

Ocorre que identificar as demais formas de atos de concentração, especialmente quando não passam oficialmente pelo requerimento de controle prévio do CADE, exige maior capacidade de investigação. Isso porque, muitas vezes, dois empresários podem estar diretamente envolvidos sem, contudo, criarem uma nova pessoa jurídica, organizando-se, tão somente, através de uma relação contratual.

Os contratos associativos são considerados aqueles em que grupos de empresários o firmam no interesse de compartilharem “informações, infraestrutura, pesquisa e desenvolvimento, marketing, que afetam o comportamento das partes no mercado ou entre as partes e terceiros, sem relação de propriedade ou relação de subordinação econômica”²²⁷. Ou seja: empresários juntam forças a fim de cada um se fortalecer, podendo fragilizar terceiros. Esse tipo de contrato pode, por vezes, acontecer de forma secreta, dificultando o poder de investigação e controle do CADE.

²²⁵ Essas expressões foram retiradas do artigo 54 da antiga lei antitruste, nº 8.884/94. BRASIL. **Lei nº 8.884/1994**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²²⁶ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**. v. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017, p. 632 – 634.

²²⁷ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. [et al.]. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 300.

Os consórcios, por outro lado, podem ser identificados no momento em que há junção de empresários para “a realização de certas transações individuais, geralmente de fins transitórios, podendo ser também permanentes, quando o seu prazo de duração é bastante longo”²²⁸, é dizer, tem caráter de especificidade do objeto. Nessa modalidade de ajuste, os empresários se comprometem contratualmente e obedecem aos requisitos formais elencados no artigo 279 da Lei das Sociedades Anônimas²²⁹.

Já as *joint-ventures*, conhecidas como “empresas comuns”, apresentam-se como modalidade contratual em que dois ou mais empresários, malgrado de mantenham sua independência e autonomia, reúnem-se para o exercício de uma atividade empresarial comum, sem que, com isso, precisem criar uma nova pessoa jurídica²³⁰. Cria-se um novo agente econômico informal, sem a extinção da personalidade dos seus membros, para que eles congreguem ações para o exercício de uma atividade comum, sob o risco de todos os participantes.

A depender de como se procedem e do impacto no mercado, as formas de concentrações podem ser classificadas de três maneiras distintas, quais sejam: horizontais, verticais e conglomeradas.

Paula Forgioni²³¹ explica que a primeira modalidade de concentração pode ser identificada no instante em que os atores envolvidos estão no mesmo mercado relevante, agindo de modo a dificultar ou aniquilar o poder de ação de concorrentes diretos. Existe, portanto, uma vinculação direta de concorrência no mesmo segmento produtivo. Essa prática vai permitir que os agentes dominadores consigam ditar as regras mercadológicas através do comando da precificação, fazendo com que os outros integrantes não consigam participar da disputa econômica²³². Para exemplificar, imaginam-se dois grandes grupos educacionais que

²²⁸ BULGARELLI, Waldírio. **O direito dos grupos e a concentração de empresas**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975. p. 103.

²²⁹ Lei nº 6.404/76 – “Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver. Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada”. BRASIL. **Lei nº 6.404/76**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

²³⁰ TOMAZZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1, p. 654.

²³¹ FOGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 418.

²³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 259.

pretendem se fundir, dominando, por consequência, o seguimento e podendo ditar a precificação que entenderem capaz de aniquilar os concorrentes.

De outro lado, a segunda modalidade de concentração acontece quando os atores envolvidos não estão em situação de concorrência direta, mas dentro da cadeia produtiva de determinado segmento, como empresários e fornecedores²³³. Trata-se de uma forma de obstáculo indireto. Nesse tipo de concentração, há uma conexão entre agentes no processo de produtivo ou distributivo do produto ou serviço, obstaculizando o acesso dos concorrentes aos itens indispensáveis à consecução da sua atividade.

Por fim, quando as operações de concentração não forem classificadas como horizontais ou verticais, serão tidas como conglomeradas, através de uma identificação residual²³⁴. Para a configuração desse tipo de concentração, os agentes econômicos se apresentam em segmentos completamente distintos e desvinculados, mas que se unem para dominar determinado mercado relevante²³⁵. Pode ter como intenção a expansão de mercado, de produto ou de diversificação.

Vale salientar que esses tipos de concentrações não são excludentes, vale dizer, o mesmo ato de concentração pode ser classificado de mais de uma dessas maneiras²³⁶. Identificar o tipo de concentração a ser pretendido é essencial para se visualizar a repercussão econômico-social que eventualmente causará no mercado relevante.

Todavia, não são todos os atos concentrativos de mercado que se submetem ao controle do Estado de maneira prévia, tendo em vista que, diante a quantidade de operações societárias que acontecem no País, tal missão seria impossível²³⁷. Nessa perspectiva, a legislação aponta critérios com valores que definem quais as hipóteses que devem ser verificadas previamente pelo Estado.

De acordo com a lei, submeter-se-ão ao prévio crivo do CADE os atos de concentração que dizem respeito a agentes econômicos que tiveram faturamento anual bruto ou volumes de negócios, registrados no ano anterior ao requerimento, de valores consideravelmente elevados. O artigo 88²³⁸ da atual Lei Antitruste aponta esses limites: a)

²³³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²³⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 120.

²³⁵ TONELLATTI, Norma Antônia Gavilán. Controle de concentrações econômicas: a (im)possibilidade de criação de monopólios sob a perspectiva da Lei nº 12.529/2011. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 187-200, jan./abr. 2014.

²³⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 117.

²³⁷ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015. p. 155.

²³⁸ Lei nº 12.529/11 – “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha

pelo menos um dos envolvidos, o registro deve ser equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); b) o outro envolvido deve ter registro equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Não obstante, a manutenção de tais valores na lei (ausência de alteração pelo processo legislativo ordinário), o Ministério da Justiça, através da Portaria nº 994/2012 alterou o montante posto. Com isso, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passaram a ser de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) em relação a, pelo menos, um dos envolvidos, e de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para o outro agente da operação²³⁹.

Desse modo, atualmente, apenas o faturamento ou o volume de negócios são parâmetros utilizados para definir quando da obrigatoriedade da notificação diante de ato de concentração, deixando para trás um viés subjetivista de análise de participação no mercado²⁴⁰.

Entretanto, nem todas as concentrações analisadas pelo CADE serão por ele proibidas. Há autorização legislativa para sua admissão, desde que preenchidos requisitos objetivos exigidos pela lei, especificamente no §6º, do art. 88²⁴¹ da Lei nº 12.529/11. Ao CADE compete fazer essa análise, observando o contexto das modificações na organização das empresas, que poderá acarretar no domínio de mercado. Ao exercer o poder decisório, ao CADE é permitido aprovar as concentrações sem restrições, aprovar com restrições e, também, reprová-las, quando se impede a consecução das operações inicialmente pretendidas pelos atores econômicos.

De acordo com a lei, os atos de concentração anticompetitivos poderão ser autorizados se houver a demonstração das seguintes exigências: aumento da produtividade ou da

registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)". BRASIL. **Lei nº 12.529/11**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

²³⁹ BRASIL. **Portaria Interministerial nº 994**, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

²⁴⁰ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU – A nova lei no CADE**, ano IV, n. 19, p. 9-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁴¹ Lei nº 12.529/11 – “Art. 88. [...]§ 6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”. BRASIL. **Lei nº 12.529/11**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago.2017.

competitividade; melhoria na qualidade de bens ou serviços ou otimização a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e, indispensavelmente, sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. Ocorre que, na prática, as análises acerca das eficiências são consideravelmente imprecisas e de espinhosa comprovação²⁴².

Diante dos casos concretos, é necessário que se pondere se haverá realmente aumento da produtividade ou competitividade, como também melhoria na qualidade dos bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, e, por fim, que os consumidores recebam os benefícios da concentração. Ora, a preocupação em proteger os consumidores e os demais interessados não pode ser ignorada, sob pena de não se configurar uma sociedade democrática²⁴³.

Essa análise dos bens que serão sacrificados para a consecução de vantagens em detrimento outros bens ou valores é chamada pelos economistas de *trade-off*, ou seja, abdica-se de algo para conseguir outras coisas²⁴⁴. Fazem-se ponderações de interesses; afinal, a política antitruste, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser minimizada a único interesse, devendo pretender a promoção do bem-estar, equilibrando os diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos²⁴⁵. Ao tratar da possibilidade de se permitirem as concentrações, João Bosco Leopoldino da Fonseca aduz que

Nos casos de aquisições, fusões e junções econômicas de qualquer tipo, é de prioridade máxima para a apreciação desses casos a verificação pelas agências responsáveis de defesa da concorrência e do bem estar econômico, da geração de eficiências em cada caso. É de suma importância que se demonstrem os benefícios econômico-sociais que compensem um iminente provável dano à concorrência que, a princípio, é como se apresenta a maioria dos casos desse tipo²⁴⁶.

É importante salientar que apenas a situação concreta trará os elementos para a verificação da possibilidade de concentração de estruturas; afinal, as normas antitrustes não conseguem ser aplicadas em tese. Há necessidade de verificação da realidade econômico-social no momento de cada tentativa de operações, que pode ser modificada rapidamente e de maneira imprevisível²⁴⁷.

²⁴²ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. [et al.]. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 284.

²⁴³HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 2011, p. 77.

²⁴⁴GREMAUD, Amaury Patrick [et al.]. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

²⁴⁵STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. 2012. Disponível em: <http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf>. Acesso em : 15 abr. 2017. p. 563.

²⁴⁶FONSECA, João Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 93.

²⁴⁷CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 53.

O que a lei não previu foi a situação de atos de concentrações inseridos em processos de recuperação judicial, como ajuste firmado entre devedor e credores para a tentativa de reerguimento da atividade empresarial. Vale rememorar que a Lei nº 11.101/2005, ao tratar dos meios de soerguimento, sugestiona inclusive a prática de atos de concentração para recuperação dos empresários em crise. Diante dessa omissão legislativa, como proceder?

O direito antitruste norte-americano desenvolveu a teoria da *Failing Company Defense*, no sentido de compatibilizar situações em que as condutas anticompetitivas decorrentes de atos de concentração são as únicas formas de recuperar a atividade em crise. Como é possível essa compatibilização com o direito brasileiro?

Diante desse contexto, resta necessário conhecer quais os parâmetros utilizados pelo ordenamento estadunidense para admitir concentrações de mercado no intento de recuperar atividades empresariais em crises reversíveis e após analisar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

5 A TEORIA DA FAILING COMPANY DEFENSE

A teoria norte-americana *Failing Company Defense* (FCD) – também conhecido por *Failing Firm Theory*, *Failing Firm Defense* (FFD), *Failing Company Theory*, *Rescue Merger* e Teoria da Empresa em Crise - foi desenvolvida nos Estados Unidos. Atualmente, é utilizada em diversos outros países como solução para a crise empresarial, que possui como única alternativa para reerguimento a adoção de operações negociais capazes de dominar o mercado relevante e possibilitar a mitigação da concorrência.

Em outras palavras, esta teoria se apresenta como maneira de proteger as atividades empresariais que estão vivenciando dificuldades econômico-financeiras ainda reversíveis e que veem oportunidade de soerguimento através de alguma ação concentrante.

De modo geral, os atos de concentração monopolizadores não são bem quistos pela maioria dos ordenamentos jurídicos, haja vista a ideia do liberalismo absoluto não ser aceita por boa parte dos Estados. Nessa perspectiva, o escopo dessa teoria é delimitar os critérios que deverão ser utilizados no instante de ponderar a livre iniciativa, a função social da empresa e, como seu “tentáculo”, a livre concorrência, em prol de maiores benefícios para a coletividade.

Para entender-se qual o fundamento de sua aplicação nos dias hodiernos, necessário se faz compreender como foi construído o Direito Antitruste nos Estados Unidos e o desenvolvimento para a criação da teoria em análise.

5.1 O surgimento do Direito Antitruste e da *Failing Company Defense* nos Estados Unidos

Não obstante existirem correntes que afirmem que o Direito Antitruste já podia ser visualizado na Antiguidade, especificamente na Grécia, onde o governo controlava mercado na intenção de evitar monopólios²⁴⁸, atribui-se o nascimento do Direito Antitruste contemporâneo aos Estados Unidos, através do *Sherman Act*, promulgado em 1890 e de iniciativa do senador John Sherman²⁴⁹. Isto porque apenas em uma sociedade capitalista pode-

²⁴⁸ FOGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38-40.

²⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. **John Sherman**: A Featured Biography. Senado. Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Featured_Bio_Sherman.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

se falar de concorrência empresarial e de eventual legislação sobre o assunto; ao tratar da Antiguidade, não há que se falar em capitalismo.

Vale esclarecer que, antes da promulgação do *Sherman Act*, o Canadá, enquanto colônia inglesa, mais especificamente em 1889, criou a lei chamada de *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, que foi oficialmente a primeira legislação antitruste do mundo²⁵⁰. Porém, diante das limitações e da pouca efetividade dessa lei, foi atribuído ao *Sherman Act* o título de marco da legislação antitruste²⁵¹.

Nos Estados Unidos, a necessidade de intervenção estatal nas relações econômicas particulares começou a ser sentida a partir da segunda metade do século XIX. Isso aconteceu em decorrência das modificações e expansão ocorridas no mercado americano, por conta do desenvolvimento do transporte ferroviário e do setor de telecomunicação²⁵².

Na esfera ferroviária, o avanço se deu através da implantação das linhas férreas, a qual permitia a interligação dos diversos estados do país; no setor de telecomunicação o desenvolvimento ocorreu no sentido de implantação e melhoramento dos serviços de telefonia e telegrafia²⁵³. Com essa evolução e facilitação da distribuição dos bens produzidos, os empresários se sentiram incentivados a produzir em maior quantidade, proliferando suas atividades com significativa redução de custos.

A competitividade aumentou e, junto com ela, a instabilidade dos preços surgiu. Isso em razão de que, diante da modificação no cenário econômico, era comum a ocorrência de disputa de preços entre os empresários, especialmente os grandes, acarretando uma inevitável diminuição da precificação²⁵⁴. Nesse contexto, fortaleceu-se a formação de cartéis e, por esse motivo, os pequenos empreendedores passaram a ter dificuldade de concorrer com aqueles que estavam produzindo em escala, conseguindo oferecer preços melhores.

Diante desse obstáculo, os pequenos empresários pressionaram o Congresso Americano para a adoção de medidas no sentido de combater essa concorrência

²⁵⁰ NIELSEN-JONES, Ian. Canadian antitrust enforcement. *Antitrust Law Journal*. v. 57, n. 3, *Developments*, 1988, p. 923-933. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40841149?seq=11#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 13 ago. 2017.

²⁵¹ DUHAIME, Lloyd. *Canadian Legal History: 1889 - Canada Wheels Out World's First Competition Statute*. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LawMuseum/CanadianLegalHistory/LawArticle-1420/1889-Canada-Wheels-Out-Worlds-First-Competition-Statute.aspx>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

²⁵² MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 2.

²⁵³ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West Group, 2011, p. 40.

²⁵⁴ DILORENZO, Thomas. The origins of antitrust: an interest-group perspective. *International Review of Law and Economics*, n. 5, p. 73-90, jun. 1985. Disponível em: <<http://www.ucis.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

desproporcional, impedindo a chance de formação de monopólios ou oligopólios²⁵⁵. Ou seja: a intenção não era necessariamente a proteção dos consumidores, mas sim a proteção dos pequenos agentes econômicos - que não tinham condições de competir paritariamente com os demais grandes agentes²⁵⁶.

Foi nessa conjuntura que foi promulgado o marco do Direito Antitruste moderno, a despeito de não ter sido a primeira lei oficialmente registrada no mundo²⁵⁷. O *Sherman Act* passou a tornar ilegal o conluio de empresários independentes com objetivos de restringir a atuação concorrencial, como também as movimentações desses empresários independentes²⁵⁸, que ocasionassem as práticas de monopólio e derivações²⁵⁹. Outrossim, a verificação só era feita após a prática dos atos.

Acontece que a aplicação dos ideários defendidos no *Sherman Act* pelo Poder Judiciário americano não aconteceu inicialmente de maneira adequada, visto uma interpretação exclusivamente literal da lei acarretar a proibição de todas as ações que limitavam o comércio, não apenas os cartéis. Houve, ao princípio, uma proibição, inclusive, de organização sindical²⁶⁰. Com o passar dos anos, a aplicação do *Sherman Act* passou a condizer com a real intenção de salvaguarda da competição.

Todavia, não havia qualquer menção acerca de eventual impedimento na realização de concentrações, que eram tidas como lícitas²⁶¹. Massimo Motta²⁶² assevera que o fato de o *Sherman Act* cuidar apenas do controle de preços e ações entre empresários independentes que tinham a intenção de monopolizar, incentivou que os agentes econômicos se fundissem em único agente para afastar a aplicação da então legislação concorrencial.

Assim, apesar da melhora na compreensão, pelo Poder Judiciário, acerca do significado do *Sherman Act*, notou-se sua insuficiência no que se refere ao controle de estruturas. Nessa perspectiva, a livre concorrência no território norte-americano ainda

²⁵⁵ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 2011. p. 57.

²⁵⁶ DILORENZO, Thomas. The origins of antitrust: an interest-group perspective. **International Review of Law and Economics**, n. 5, p. 73-90, jun/1985. Disponível em: <<http://www.ucis.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

²⁵⁷ MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 3.

²⁵⁸ Ou seja, não se analisava a possibilidade de operações societárias, apenas atuação de agentes independentes.

²⁵⁹ ESTADOS UNIDOS. **Sherman Act**. Disponível em: <http://www.linfo.org/sherman_txt.html>. Acesso em: 23 set. 2017.

²⁶⁰ PERITZ, Rudolph J. R. **Competition policy in America: history, rhetoric, law**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 29.

²⁶¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 24.

²⁶² MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 5.

permanecia fragilizada, tendo em vista o fato de que operações societárias, como fusão e incorporação, podiam ser feitas sem qualquer controle estatal.

Diante de tal omissão e na intenção de controlar as concentrações, algumas décadas depois, outro instrumento normativo foi criado, o chamado *Clayton Act*, de 1914²⁶³, como resposta ao clamor popular para o controle das fusões que estavam acontecendo. No mesmo ano, também foi publicado o *Federal Trade Commission Act*, que cuidava da criação de uma agência independente que tinha o escopo de vigiar e de aplicar as leis antitrustes norte-americanas, qual seja o *Federal Trade Commission* (FTC), que passou a agir junto com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) na proteção à concorrência²⁶⁴.

Vale ressaltar que ambos os órgãos existem até hoje e continuam responsáveis diretamente pela proteção à concorrência. O DOJ possui uma subdivisão especializada na proteção antitruste, especificamente a *Antitrust Division*, que tem como missão a promoção da concorrência econômica, através de orientação sobre as leis e os princípios de defesa da concorrência²⁶⁵. Já o FTC tem por finalidade o controle dos atos concorrenciais, para evitar práticas de negócios anticoncorrenciais, enganosos ou desleais contra os consumidores, aumentar as opções de escolha do consumidor informado acerca do processo competitivo e proteger a atividade comercial legítima²⁶⁶.

No final da década de 1920, uma grande crise econômica se instaurou nos Estados Unidos e desencadeou uma das grandes recessões na história do capitalismo²⁶⁷. Como forma de tentar melhorar e recuperar a economia, o Presidente Franklin Roosevelt suspendeu todas as políticas de defesa da concorrência, através do *New Deal*, que correspondia a um conjunto de medidas para tentar minimizar a crise²⁶⁸. Inserido no *New Deal*, estava o *National Industrial Recovery Act* (NIRA), um ato legal que trazia a previsão expressa de que todas as

²⁶³ ESTADOS UNIDOS. **Federal Trade Commission**. Disponível em: < <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁶⁴ SCHULTZ, H.W. *Federal Trade Commission Act*. **Food Law Handbook**. Springer, Dordrecht: The AVI Publishing Company, p 320-327, 1981. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-011-7373-5_21#citeas>. Acesso em: 24 ago. 2017.

²⁶⁵ ESTADOS UNIDOS. **The United States Department of Justice**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/mission>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. **Federal Trade Commission**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/about-ftc>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²⁶⁷ ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.841.

²⁶⁸ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 2011. p. 55.

concentrações estariam autorizadas se feitas de acordo com os objetivos do NIRA, não haveria controle do Direito Concorrencial²⁶⁹.

Ocorre que, essa suspensão da política de proteção à concorrência agravou toda atividade econômica no início da década de 1930, tendo em vista que incentivou as práticas colusivas. Isso porque a existência de normas de proteção à concorrência torna mais onerosas as tentativas de condutas anticompetitivas, especialmente no instante em que se ponderam vantagens a serem recebidas com a possibilidade de punição. Sem tais normas, não há que se ponderar custo-benefício. As condutas colusivas não correm riscos de ser punidas.

Diante dos diversos problemas surgidos com essa suspensão, a Suprema Corte analisou e decidiu pela inconstitucionalidade da suspensão das políticas antitrustes. Após essa decisão, o DOJ passou a adotar posturas mais severas e agressivas contra as concentrações, cartéis, monopólios e oligopólios²⁷⁰. Tal medida foi alicerçada pelo pensamento estruturalista da Escola de Harvard, que defendia que o controle de estrutura impediria práticas anticompetitivas, como já mencionado em passagem no capítulo anterior. É dizer: a política adotada passou a ser a de que os efeitos anticompetitivos eram reflexos das excessivas concentrações de mercado.

Assim, ante a rigidez no que se refere às práticas de concentrações, o governo americano passou a não autorizar qualquer ato que demonstrasse o mínimo de domínio mercadológico sem, contudo, analisar os casos de forma concreta. Com a crise, vários empresários iniciaram, também, uma depressão econômico-financeira, apresentando-se na iminência de cessar suas atividades. A solução que alguns encontraram foi a união com outros agentes econômicos, através de fusões que, para o governo, era algo não permitido.

Nesse contexto, a Suprema Corte americana se deparou com um pedido de flexibilização da rígida política antitruste, no sentido de permitir a incorporação da *McElwain Company* pela *International Shoe*, estando a primeira vivenciando uma crise na iminência de falir. Trata-se do precedente conhecido como *International Shoe Co. v. FTC, 280, US 291 (1930)*, referente a um pedido de incorporação de produtores do ramo de sapataria, que foi reprovado pelo FTC sob o argumento que haveria uma grande concentração de mercado, prejudicando, por consequência, a competitividade dos demais agentes²⁷¹.

²⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. **Our documents.** Disponível em: <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=66&page=transcript>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

²⁷⁰ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust.** St. Paul: West Group, 2011. p. 57.

²⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Justia US. U.S. Supreme Court. **International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).** n. 42. Argued December 2, 3, 1929. Decided January 6, 1930. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>> . Acesso em: 22 ago.2017.

Ao analisar o pedido, restou evidente que a *McElwain Company* estava vivenciando dificuldades financeiras que a tornava incapaz de honrar seus compromissos e, caso não fosse aprovada a operação pretendida, certamente, ela deixaria de existir. Com isso, na intenção de salvar os ativos, como também, sob o argumento de manutenção dos empregos dos trabalhadores e proteção aos acionistas, de uma empresa à beira da falência, beneficiando empregados, empregadores e acionistas, a Corte concluiu pela ausência de reflexos anticompetitivos²⁷². Tal decisão não foi unânime, havendo um julgador que entendeu que a crise suportada pela *McElwain Company* nada mais era do que algo natural do mercado afetado, não podendo ser argumento para modificar a decisão do FTC²⁷³.

Com isso, pela primeira vez foi levada em consideração a possibilidade de flexibilizar normas de Direito Concorrencial para permitir concentração econômica diante de empresários que estão na iminência de falir. Apesar de em nenhum momento ter sido utilizada a expressão *Failing Company Defense* ou seus sinônimos, como instituto do Direito Antitruste, tem-se identificada a “semente” dela na decisão acima mencionada. Trata-se de uma construção jurisprudencial no sentido de levar em consideração as crises individuais na análise dos casos concretos.

Alguns anos depois, após a substituição do *Clayton Act* pelo *Celler-Kefauver Act*, o instituto FCD passou a se solidificar, no instante em que, em uma das alterações ao *Celler-Kefauver Act* - mais especificamente na década de 1950 - o Congresso norte-americano afirmou a possibilidade de flexibilização das normas concorrenciais para os empresários que estavam na iminência de falir²⁷⁴ sem, no entanto, apontar quais os requisitos para a aprovação dos atos de concentração monopolizadores²⁷⁵.

Porém, foi no caso *Citizen Publishing Co. v. United States - 394 U.S. 131 (1969)*, que, pela primeira vez, traçaram-se os parâmetros para a mitigação das normas concorrenciais para as operações que envolviam alguma atividade próxima de falir. Para a flexibilização do

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ FARREL, Joseph; SHAPIRO, Carl. *Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis*. **The American Economic Review**, v. 80, n. 1, p. 107–126, 1990. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2006737>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁷⁵ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial:** atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

Direito Antitruste, seria necessário a comprovação: da iminência da falência; da não provável reorganização; e, da inexistência de outras soluções com efeitos menos anticompetitivos²⁷⁶.

Apenas na década de 1970, a teoria *Failing Company Defense* foi oficialmente utilizada nas decisões judiciais. Isso ocorreu quando a Suprema Corte americana se deparou, em grau de recurso, com o caso intitulado *United States v. General Dynamics Corp.* - 415 U.S. 486 (1974), no qual a Corte Distrital do Distrito Norte de Illinois manteve a decisão do governo em não autorizar a aquisição de controle da *United Electric Coal Companies* pela *General Dynamics Corp.* Nesse caso, a *United Electric* ainda não estava vivenciando uma crise econômico-financeira grave, apesar de ter alegado que sua manutenção no mercado de maneira independente seria quase impossível por não conseguir efetivamente concorrer com as demais, diante da escassez de sua matéria-prima, qual seja, carvão²⁷⁷. Por tal razão, a Suprema Corte negou o pedido de concentração, sob o argumento do não preenchimento dos requisitos necessários para a aplicação da FCD²⁷⁸.

A Suprema Corte, pela primeira vez, utilizou a expressão “*failing company defense*” para as hipóteses de casos em que há empresário em grave crise e a operação concentrante seria a única maneira de mantê-lo no mercado.

Diante da construção jurisprudencial americana, em 1984, a FCD foi textualmente aceita como uma maneira de defesa a ser utilizada quando da tentativa de consecução de atos concentrantes. Isso se deu através da confecção de um guia de análise de atos de concentração horizontal, feito pela FTC e pelo DOJ²⁷⁹. Ademais, o *Newspaper Preservation Act*, norma que

²⁷⁶ ESTADOS UNIDOS. Justia US. U.S. Supreme Court. **Citizen Publishing Co. v. United States**, 394 U.S. 131 (1969). n° 243. Argued January 15, 1969. Decided March 10, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>> . Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁷⁷ ESTADOS UNIDOS. Justia US. U.S. Supreme Court. **United States v. General Dynamics Corp.**, 415 U.S. 486 (1974). n. 72-402. Argued December 5, 1973. Decided March 19, 1974. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/486/case.html>> . Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁷⁸ “United Electric’s weak reserves position, rather than establishing a “failing company” defense by showing that the company would have gone out of business but for the merger, went to the heart of the Government’s statistical prima facie case and substantiated the District Court’s conclusion that United Electric, even if it remained in the market, did not have sufficient reserves to compete effectively for long-term contracts, and therefore appellees’ failure to meet the prerequisites of a failing company defense did not detract from the validity of the District Court’s analysis. Pp. 415 U. S. 506-508”. ESTADOS UNIDOS. Justia US. U.S. Supreme Court. **United States v. General Dynamics Corp.**, 415 U.S. 486 (1974). n. 72-402. Argued December 5, 1973. Decided March 19, 1974. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/486/case.html>> . Acesso em: 22 ago. 2017. Tradução nossa: As limitadas reservas da United Electric, ao invés de estimularem a aplicação da failing company defense com a demonstração de que a empresa iria sair do mercado caso não houvesse o ato de concentração, fundamentaram para que a Corte Distrital concluísse que a empresa iria permanecer no mercado, ainda que não tivesse reservas para competir de forma concreta a longo prazo. Com isso, a impossibilidade do recorrente de comprovar os requisitos da failing company defense não invalida a decisão da Corte Distrital.

²⁷⁹ ESTADOS UNIDOS. **The United States Department of Justice**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>>. Acesso em :12 ago. 2017.

trata da preservação de empresários do ramo jornalístico, também reconheceu expressamente a utilização da FCD, traçando critérios para a sua aplicação²⁸⁰.

5.2 Os contornos para a aplicação da *Failing Company Defense* nos Estados Unidos

Como mencionado, a teoria da *Failing Company Defense* foi construída ao longo do século passado pela jurisprudência norte-americana e, nas últimas décadas, foi solidificada através dos guias de análise de atos de concentração horizontal, confeccionados pela FTC e pelo DOJ.

Ambos os setores governamentais estadunidenses se ocupam especialmente em cuidar dos problemas surgidos por eventuais práticas que podem desestabilizar o mercado concorrencial, inclusive em relação a atos de concentração não recomendados. Para tanto, os mencionados órgãos criaram um documento que tem o condão de orientar os casos de atos de concentração americanos, chamado *Horizontal Merger Guidelines*.

O *Horizontal Merger Guidelines*, na última versão publicada, em 2010, reorganizou os requisitos indispensáveis para a aprovação de operações societárias geradoras de atos de concentração capazes de dominar o mercado relevante, apontando apenas três exigências para a utilização da *Failing Company Defense*, quais sejam: a) a empresa a ser adquirida deve ser reconhecidamente insolvente e incapaz de cumprir as suas obrigações financeiras no futuro próximo, no caso de reprovação da concentração; b) sem a concentração, o empresário não será capaz de se reorganizar com êxito nos termos do Capítulo 11 da Lei de Falências; c) o empresário, amparado pela boa-fé, não envidou em obter outras ofertas razoáveis para aquisição de seus ativos e, diante do insucesso, a operação concentrante se mostra como única alternativa para os ativos da empresa não saírem do mercado relevante, representando um prejuízo maior para a concorrência²⁸¹.

O primeiro requisito exigido pelo mencionado guia aponta o dever de se demonstrar de maneira hialina que a crise suportada por um dos agentes da concentração é de extrema gravidade. Isso significa que simples prognósticos sobre uma possível dificuldade econômico-financeira não são suficientes para permitir que a concentração seja aprovada pelas

²⁸⁰ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul: West Group, 2011.

²⁸¹ “(1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; (2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act; and (3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger”. ESTADOS UNIDOS. **Federal Trade Comission**. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804291/100819hmg.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

autoridades antitrustes. Igualmente, a simples dificuldade em honrar as obrigações assumidas, o mero inadimplemento de credores ou um eventual balanço negativo não são suficientes para ensejar o cumprimento do primeiro pressuposto exigido²⁸². Sugestiona a jurisprudência estadunidense que sejam avaliados aspectos como “possibilidade de obtenção de novas receitas, fluxo de caixa, produtividade, origem da crise, entre outros”²⁸³.

Ademais, há que se demonstrar que o empresário em crise não consegue se organizar de outra maneira senão mediante a concentração, malgrado ter tentado as outras soluções postas à disposição pela legislação falimentar norte-americana. Significa dizer que, se houver a possibilidade de renegociação com os credores do empresário em crise ou alguma outra forma de reerguimento, a *Failing Company Defense* não será admitida. Isso porque a teoria em análise só pode ser utilizada de forma excepcional, quando não existirem outras maneiras de soerguimento empresarial, uma vez que admitirá condutas prejudiciais ao aspecto concorrencial de determinado seguimento.

Por fim, a última exigência trata acerca da necessidade de comprovação de que os empresários envolvidos estão sustentados pela boa-fé objetiva, apresentando medidas que podem ser menos agressivas à concorrência. Exige-se que o empresário em crise ofereça a outros possíveis compradores os seus ativos financeiros e, apenas se houver insucesso nessa tentativa, admite-se a autorização da *Failing Company Defense*. Para Geraldo Alves de Lima Filho, pode ser considerada “uma alternativa viável aquela que supera o valor de liquidação, compreendida como o valor mais alto que os ativos podem alcançar para utilização fora do mercado relevante”²⁸⁴.

Para realizar essa análise, as autoridades antitrustes precisam delimitar o mercado relevante dos produtos relacionados à atividade desenvolvida pelos agentes econômicos da concentração, o mercado geográfico referente à percepção dos reflexos da concentração e os efeitos prováveis da transação em relação ao aspecto concorrencial²⁸⁵. É relevante esclarecer que, não obstante o *Horizontal Merger Guidelines* ter deixado de, expressamente, mencionar a necessidade de análise dos reflexos em relação aos consumidores, é certo que tal verificação deve ocorrer.

²⁸² LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 409-430, maio-ago. 2017.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ FAHIM, Mostafa. **Failing firm doctrine an exemption not a rule in merger control legislation**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito).- Lund University, Suécia, 2012.

O escopo da FCD nos Estados Unidos, portanto, é o de tentar impedir consideráveis prejuízos causados quando de uma decretação de falência, especialmente os sociais, já que não se pode limitar a análise ao aspecto econômico. Ora, os reflexos de uma falência podem atingir os trabalhadores, os outros concorrentes, os sócios, a arrecadação de tributos, os consumidores; enfim, é algo que só deve acontecer no momento em que não há, realmente, possibilidade da manutenção da atividade empresarial.

Nessa perspectiva, a realização de operações cujo efeito seja concentrante, apesar de mitigar a concorrência, pode ser a solução de menor prejuízo coletivo, tendo em vista a minimização do desgaste financeiro e social dos agentes envolvidos e de toda sociedade. Dessa forma, a aplicação das políticas antitrustes deve ser delineada no sentido de minorar o sofrimento daqueles que não colaboraram para a existência de uma crise empresarial. Desse modo, a despeito de uma concentração ser substancialmente ruim para a concorrência, caso esta seja a única alternativa para apoucar maiores prejuízos sociais, a aplicação da teoria da FCD deve ser feita.

Entretanto, essa teoria não é bem quista por todos. Ao tratar do assunto, Herbert Hovenkamp assevera que a utilização da teoria é extremamente arriscada, tendo em vista que os atos de concentração provocam danos aos concorrentes, muitas vezes irreversíveis, podendo ocasionar a falência deles²⁸⁶ e, por consequência, prejuízo nas relações de consumo. Desse modo, a teoria não conseguiria colocar em prática os seus objetivos benéficos, quais sejam, a proteção do bem-estar social, dos consumidores e dos concorrentes vulneráveis.

Ademais, outro argumento que pode ser utilizado para contrariar a aplicação da FCD é o fato de que, diante da ausência de delimitação mais objetiva, há possibilidade de existirem justificativas que não conseguem, de fato, demonstrar vantagens realmente competitivas que podem ser levantadas para permitir condutas anticoncorrenciais²⁸⁷. O raciocínio se baseia no fato de que esses atos concentrantes apenas trazem vantagens para os sócios e empregados, deixando de lado os outros concorrentes e a sociedade²⁸⁸.

Outrossim, há mais um argumento que fragiliza a aplicação da teoria em análise: o grande risco de existir um monopólio ou oligopólio de difícil desfazimento em determinado

²⁸⁶ HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 2011.

²⁸⁷ SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S.; SAGERS, Christopher L. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. 3. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016. p. 450.

²⁸⁸ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial**: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

segmento, desestabilizando os demais agentes econômicos²⁸⁹. Nesse sentido, deve-se observar se a concentração, apesar de evitar a quebra de uma atividade empresarial, não vai ocasionar um prejuízo significativo aos demais concorrentes, capaz de fazê-los sair do mercado. Caso contrário, evitar-se-ão a falência de um empresário e a quebras dos demais. Todos esses reflexos na esfera concorrencial geram consequências diretas nas relações de consumo.

O ideal é que a FCD seja utilizada apenas como última forma de solução, isto é, “depois de serem esgotadas todas as diligências para encontrar uma solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira é que a teoria poderá ser aplicada”²⁹⁰. A teoria da *Failing Company Defense* deve se sustentar na verificação de todos os perigos concorrenciais, observando os efeitos que podem surgir com e sem a concentração, para então se fazer a ponderação da melhor decisão a ser tomada. Isso porque, por vezes, a quebra de um empresário que não pode se juntar a outros pode ser muito mais prejudicial à sociedade quando comparada ao risco de monopolização²⁹¹. Deve-se, utilizá-la de forma bastante cautelosa.

5.3 A aplicação da teoria da *Failing Company Defense* na União Europeia

O Direito Antitruste na Europa foi construído com ideários completamente diferentes daqueles postos nos Estados Unidos, dentre eles a intenção de construir uma comunidade com um mercado comum e evitar maiores conflitos entre os países. A ideia era a integração, união de forças para o fortalecimento.

Atribui-se à chamada Declaração Schuman, assinada pela França e Alemanha, o marco do Direito Concorrencial na Europa. Isso ocorreu depois da II Guerra Mundial, diante de toda devastação pós-guerra e na intenção de proteger as relações entre ambos os países; foi realizado um acordo, determinando que as regras e a organização da produção de produtos no mercado de carvão e aço fossem submetidas a uma autoridade comum²⁹².

²⁸⁹ DIGANGI, Kyle. Cutting the financial fat from the failing firm defense: refocusing the failing firm defense on antitrust law. *St. John's Law Review*. v. 86, n 1, article 8, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol86/iss1/8>>, Acesso em: 12 set.2017.

²⁹⁰ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar?** Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set.2017.

²⁹¹ FAHIM, Mostafa. **Failing firm doctrine an exemption not a rule in merger control legislation**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Lund University, Suécia, 2012.

²⁹² UNIÃO EUROPEIA. **The Schuman Declaration – 9 may de 1950**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en>. Acesso em :13 jul. 2017.

Em seguidas, com o mesmo escopo, foi assinado, em 1951, o Tratado de Paris, unindo os dois países, a Bélgica, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, demonstrando uma verdadeira política antitruste comunitária ao trazer regras protetivas à livre concorrência²⁹³. O Tratado de Paris, além de cuidar acerca de práticas discriminatórias, também tratou das concentrações de mercados. Asseverava esse tratado que todas as operações economicamente concentrantes deveriam ser informadas à autoridade competente para que fosse realizada uma análise para a aprovação ou reprovação, com base no potencial domínio de mercado²⁹⁴.

Em 1989, foi criada a chamada *Council Regulation* (EC) nº 4.064/89, que passou a tratar expressamente do controle dos atos de concentração que deveria ser realizado pelas autoridades antitrustes da Comissão Europeia²⁹⁵. Oficializou-se, então, o controle prévio de estruturas.

Hodiernamente, o controle de estruturas está previsto na *Council Regulation* (EC) nº 139/2004²⁹⁶. Porém, é no *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings*, de 2004, que se encontra expressamente a delimitação para a utilização da teoria da *Failing Company Defense*, que é conhecida como *Rescue Merger*.

A definição de *Rescue Merger* já havia sido desenvolvida antes, quando da existência de processos que foram submetidos à Comissão Europeia que tratava de atos de concentração de empresários em crise. Entretanto, não nos moldes postos atualmente, em que há delimitação expressa acerca do assunto. Outrora, a utilização do instituto era possível bastando que se demonstrasse que a concentração seria irrelevante para o mercado. Como afirma Fernando de Oliveira Júnior,

Para a autoridade antitruste da União Europeia, era importante que a operação não fosse considerada como a causa da deterioração da estrutura competitiva do mercado. Ou seja, a Comissão aprovaria a operação se restasse demonstrado que, mesmo sem o ato de concentração, a posição dominante do agente líder seria, semelhantemente, fortalecida²⁹⁷.

²⁹³ UNIÃO EUROPEIA. **The history of the European Union - 1951**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1946-1959/1951_en>. Acesso em 13 de julho de 2017.

²⁹⁴ MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 12-13.

²⁹⁵ EURO-LEX. **Council Regulation EC n. 4064/89**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31989R4064>>. Acesso em: 11 out. 2017.

²⁹⁶ EURO-LEX. **Council Regulation EC n. 139/2004**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139>>. Acesso em: 11 out. 2017.

²⁹⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 111.

A construção dessa teoria na Europa se deu alicerçada na construção jurisprudencial, depois da análise das diversas decisões proferidas pela Comissão Europeia e pela Corte Europeia de Justiça²⁹⁸. Diante dos precedentes, atualmente, com base no item VIII, do guia de concentração horizontal confeccionado pela União Europeia, a teoria da FCD pode ser aplicada quando se verificar que um dos agentes está vivenciando uma crise extremamente grave a ponto de estar na iminência de falir, tendo como única saída para a não retirada de ativos e atividade do mercado, a possibilidade de união com outro agente em condições melhores²⁹⁹. Isso sempre diante da situação concretamente provada.

O foco da aplicação da teoria na Europa gira em torno do fato de que a mitigação da concorrência do mercado, após a operação, não pode ser causada exclusivamente pela concentração ocorrida. Nota-se, com isso, que ainda há preocupação com o fato de que a operação concentrante não seja a única razão para o comprometimento da concorrência no mercado.

Para tanto, três são os requisitos a serem observados. Em primeiro lugar, o risco provável da saída do mercado da atividade empresarial em crise devido a dificuldades financeiras; em segundo lugar, a inexistência de qualquer outra alternativa viável para sanar as dificuldades do empresário em crise; e, por fim, o fato de que, caso não seja autorizada a concentração, os ativos da atividade empresarial em crise inevitavelmente sairão do mercado³⁰⁰.

Ocorre, porém, que a aplicação da *Failing Company Defense* é altamente controversa. Há um risco de que a concentração autorizada seja o elemento motriz para a criação de monopólios e oligopólios, especialmente porque isso pode não ser identificado imediatamente quando da análise dos fundamentos para autorização das operações³⁰¹.

Essa preocupação decorre do fato de a Comissão Europeia vir admitindo a utilização da *Failing Company Defense* de uma maneira mais flexível, quando posta alicerçada em

²⁹⁸ ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise** – perspectiva para a realidade brasileira. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

²⁹⁹ EURO-LEX. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers**. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l26107>>. Acesso em 13 de setembro de 2017.

³⁰⁰ “90. The Commission considers the following three criteria to be especially relevant for the application of a "failing firm defence". First, the allegedly failing firm would in the near future be forced out of the market because of financial difficulties if not taken over by another undertaking. Second, there is no less anti-competitive alternative purchase than the notified merger. Third, in the absence of a merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the Market”. EURO-LEX. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. Disponível em: < [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205(02))>. Acesso em: 13 set.2017.

³⁰¹ KOKKORIS, Ioannis. Failing firm defence in European Union. A panacea for mergers?. **European Competition Law Review**, v. 27(9), p. 494–509, 2006.

documentos que demonstram as suas vantagens para a coletividade, através de análises bem fundamentadas³⁰². Aa legislação antitruste, ao levar em consideração o fenômeno e as consequências das empresas em crise na avaliação de transações, é importante para salvaguardar os objetivos do Direito da Concorrência³⁰³.

³⁰² LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 409-430, mai.-ago. 2017.

³⁰³ RANTA, Pontus. **The Failing Firm Defence in EU Merger Control and the Effects of the Economic Crisis on its Development**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculty of Law da University of Helsinki, Finlândia, 2016.

6 CONTORNOS PARA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA TEORIA DA FAILING COMPANY DEFENSE NOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

A discussão acerca da possibilidade ou não da utilização da teoria da FCD no Brasil perpassa pela necessidade de solucionar o entrave entre duas normas infraconstitucionais. Isso porque, além de não haver comando legal expresso que autorize a *Failing Company Defense*, ainda existe um dissenso entre a Lei Recuperacional e a Lei Antitruste no que se refere à realização de atos concentrantes, fato esse que gera a necessidade de utilização da Constituição Federal de 1988 para indicar qual a maneira adequada para resolver a presente problemática.

Como mencionado no capítulo 3, a Lei nº 11.101/2005 apresenta um rol de sugestões para confecção do plano de recuperação judicial e, expressamente entre elas está a realização de operações societárias e a possibilidade de contrato de *trespasse* - negócios jurídicos que podem acarretar domínio de mercado. É certo que esses não são os únicos meios de recuperação que podem concentrar o mercado; afinal, há uma liberdade para que o empresário idealize e apresente proposta que entenda capaz que permitir o seu soerguimento, mesmo que não esteja descrita na lei. Nesse sentido, a criatividade empresarial pode suggestionar diversas ofertas que acarretem a consecução de atos de concentração, tanto de maneira direta como também de forma disfarçada. A norma prima pela preservação da atividade empresarial que desempenhe a sua função social.

De outro lado, a Lei Antitruste cuidou das formas de concentração de mercado e, como visto no capítulo 4, trouxe comandos legais para a realização do controle prévio de estruturas. Com isso, fusões, incorporações, aquisições de quantidade significativa de ações, contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* são considerados, pela lei, atos de concentração passíveis de controle preventivo pelo CADE para sua consecução, quando envolve grande atividade empresarial. Tal ordem se presta a averiguar os riscos à concorrência e seus reflexos na sociedade. Nesse contexto, a Lei de Defesa da Concorrência apresentou requisitos para a permissão desses negócios jurídicos de efeitos concentrantes, quais sejam: a demonstração do aumento da produtividade ou da competitividade; melhora na qualidade de bens ou serviços ou otimização a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e, indispensavelmente, que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes da negociação.

Vê-se que, de um lado, a norma recuperacional sugestiona a realização de negócios jurídicos de efeito concentrante; de outro lado, a norma antitruste tenta limitar a realização desses, apresentando exigências para sua excepcional aprovação. Contudo, a legislação antitruste cuidou do assunto sem especificar as situações em que a concentração é utilizada para soerguer empresários em crise e tentar manter em funcionamento atividade empresarial de relevância para coletividade, apta a desempenhar sua função social.

Diante desse impasse, imagine-se, por exemplo, que um grande empresário - responsável pela empregabilidade de boa parte da população de determinada cidade - esteja suportando uma grande crise empresarial (seja ela econômica, financeira ou patrimonial) e resolve buscar auxílio de seus credores para sanear essa dificuldade. Nessa situação, tendo em vista a necessidade de negociar com uma quantidade significativa de credores, inclusive os trabalhistas, opta pela recuperação judicial e vê que há possibilidade de soerguimento se, além do auxílio dos credores, realizar uma fusão com outro grande empresário. Essa possível fusão, por outro lado, pode caracterizar um ato de concentração de mercado passível de controle do Estado. Entretanto, ao analisar os requisitos legais para admissão desse negócio jurídico, esbarra na impossibilidade de cumprir alguma das exigências insculpidas na lei para sua realização, como comprovar que haverá repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorrentes da negociação, ou melhora na qualidade de bens ou serviços, ou otimização a eficiência. Enfim, esse empresário em crise apenas consegue demonstrar que a operação societária pode permitir a manutenção dos empregos, da fonte produtora, da arrecadação do tributo e todos os outros reflexos de uma atividade empresarial que desempenha sua função social.

Nesse caso, é possível a flexibilização das normas do Direito da Concorrência para incentivar a recuperação da atividade empresarial em crise? Em outras palavras, é possível utilizar a teoria da *Failing Company Defense* no Brasil?

A atual Lei Antitruste brasileira é silente acerca da utilização da FCD. Apesar dessa omissão, o CADE, através de seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, conhecido como Guia H, fez menção expressa acerca do permissivo para utilização da teoria em análise, utilizando, porém a expressão *Failing Firm Defense* (FFD).

O foco do presente trabalho é justamente verificar se há possibilidade de aplicar a teoria da FCD em sede de processamento de recuperação judicial. Caso seja possível, quais os parâmetros que devem ser observados?

6.1 A construção da teoria da *Failing Company Defense* no Brasil através do desenvolvimento jurisprudencial do CADE

A menção da possibilidade de utilização da FCD foi feita expressamente no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, conhecido como Guia H, que nada mais é do que um documento que se presta a indicar a diretriz para o próprio CADE quando da verificação de casos envolvendo concentração de mercado. Trata-se de uma espécie de cartilha confeccionada pela própria autarquia antitruste e tem o condão de

- (i) dotar de maior transparência a análise empreendida pelo CADE;
- (ii) orientar os membros do CADE a empregar as melhores práticas de análise econômica de ACs que produzam concentração horizontal; e
- (iii) auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados nas análises realizadas pelo CADE³⁰⁴.

Esta cartilha não tem força normativa, tendo o escopo apenas de tornar mais transparente a forma de agir empreendida pela autoridade antitruste, de orientar os seus membros a adotar as melhores práticas de análise econômica de atos concentrantes e de colaborar com os agentes de mercado a entender as atividades desenvolvidas pelo CADE. É apenas uma cartilha de orientação.

Nesse sentido, vale esclarecer que o Guia H possui um caráter apenas de indicar uma possível postura adotada pela autoridade antitruste, não havendo qualquer força obrigatória ou vinculante, nem tampouco se põe de forma exaustiva. Com isso, ainda que o Guia H faça menção a algum tipo de conduta, admite-se que o CADE adote uma postura e entendimento diferentes em determinadas situações concretas³⁰⁵.

Essa cartilha de orientação - especialmente no que se refere à flexibilização da legislação antitruste para agentes econômicos em crise - foi construída com base nas decisões proferidas pelo CADE, nas últimas décadas. Uma das novidades trazidas para a discussão concorrencial brasileira foi justamente a indicação de que é possível a utilização da teoria da FCD no Brasil.

³⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

³⁰⁵ Ibid.

Pouco se fala sobre o assunto, talvez pelo fato de, na prática, tal discussão não ser corriqueira no campo da atividade empresarial e econômica. Contudo, apesar de não ser tão frequente, possui relevância diante dos reflexos que situações concretas podem ocasionar.

A doutrina aponta que a discussão acerca da utilização da teoria da FCD aconteceu pela primeira vez no Brasil, na década de 1990, após a transformação do CADE em autarquia - mais especificamente através do Ato de Concentração nº 0016/1994³⁰⁶. Nesse processo, dentre os tantos argumentos postos para tentar convencer o CADE da viabilidade da operação solicitada, estava justificativa da crise empresarial suportada pelo requerente e a consequente possibilidade de insolvência do empresário caso a negociação não fosse admitida - o que traria reflexos negativos para a coletividade, especialmente com a extinção de empregos diretos e indiretos³⁰⁷. Vale dizer: utilizou-se o fundamento da função da empresa em crise para buscar a admissão da concentração.

A teoria foi novamente discutida em alguns outros processos³⁰⁸. Como exemplo, tem-se os autos dos Atos de concentração nº 0044/1995³⁰⁹, nº 0092/1996³¹⁰, nº 0084/1996³¹¹, nº 08012.007374/1997-34³¹², nº 08012.005205/1999-68³¹³; nº 08012.000304/1998-81³¹⁴; nº 08012.007520/2009-62³¹⁵; nº 08012.014340/2007-75³¹⁶.

³⁰⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 138.

³⁰⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 0016/1994**. Relator José Matias Pereira. Julgado em 22 de março de 1995. vol. 02, p. 555. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?BgBhoWPXLvAFiw-94kl9AhFEKjyHikeO7KCCschYztjROdQ5UJYa4kh1iFrlxIJenGhgfriStTN6XKzvnQTsw,>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³⁰⁸ A identificação desses processos foi feita através do sistema de busca colocado à disposição no sítio do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

³⁰⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 0044/1995**. Relator Renault de Freitas Castro. Julgado em 17 de dezembro de 1997. vol. 02, p. 732. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?20Kh7V0UHHdpAQO9oQLn_XfoMSYFOZV3Y4xnaXJ9-qZEF6NLe4U686N7IHp0sjUD5byXBQW49vMjDvVhbbaHIQ,>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³¹⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 0092/1996**. Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15 de abril de 1998. vol. 01, p. 322. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?CR9kVe3TmhQ1sqlzJDfaFuxi-ZaDahGxSOLQeI0wNKlcqy3oJoA03n8SFj1x3VShMSYP4Jyb6AVGCL2qXE5IxA,>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 0084/1996**. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12 de agosto de 1998. vol. 05, p. 2.003. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?rDbnAPRw4aRKD_0HwIehu26lMzNTjEdVklPP63otv1z-JrFPbheVi8b6tiuZpVeT5SFdiv1t6SarDPw7qP-Y_lw,>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³¹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.007374/1997-34**. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30 de setembro de 1998. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

³¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.005205/1999-68**. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 01 de junho de 2005. Disponível em:

O que há de comum em todos esses processos é a utilização dos requisitos idênticos aos utilizados pelos Estados Unidos quando da análise de atos de concentração de empresários em crise empresarial. É dizer: a base teórica foi construída com os mesmos requisitos indicados no Direito Antitruste norte-americano.

Em razão dessa recorrente utilização, na intenção uniformizar o seu entendimento, o CADE confeccionou o Guia H e trouxe os parâmetros sugestivos para a análise de atos de concentração quando da existência de agentes com crises econômico-financeiras no Brasil. Nesse sentido, para a aplicação da FCD, devem ser analisados os seguintes pontos:

- (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras;
 - (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico; e
 - (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.
- Igualmente, aqui, o requisito de efeitos líquidos não-negativos deve ser preenchido. É dizer que o Cade deve concluir que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação (e da, acredita-se, provável falência da empresa) seriam piores que a concentração gerada pela operação³¹⁷.

Esses requisitos, como já mencionado, não possuem qualquer força vinculante, porém, já indicam aos interessados o que será verificado quando da análise dos pedidos direcionados à autoridade antitruste. O que o Guia H não especificou foi a análise desses requisitos em sede de recuperação judicial. Assim, se a operação societária concentrante ocorrer em sede de recuperação, é possível a aplicação da teoria da FCD?

<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

³¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.000304/1998-81**. Relator Luís Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.007520/2009-62**. Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 23 de julho de 2008. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

³¹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.014340/2007-75**. Relator Luís Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 25 de janeiro de 2011. p. 176. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mh7hbqSye1YZGaX8QgRJt_qVF0o-fL9IXmWhxzhxOsjHw,,>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

³¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. p. 54. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acao-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

6.2 A interação entre normas de defesa da concorrência e a legislação acerca da recuperação judicial no Brasil

A análise da possibilidade de se utilizar a teoria da *Failing Company Defense* em processos de recuperação judicial exige, inicialmente, uma averiguação acerca da compatibilidade dessa teoria com os ideários desenhados pela legislação recuperacional brasileira. Separadamente consideradas, tanto a legislação antitruste como a de recuperação de empresas encontram lastros na Constituição Federal de 1998, envolvendo os princípios da livre iniciativa e função social da empresa, que tem como “tentáculo” a proteção da livre concorrência e a busca pelo bem-estar coletivo.

Sendo assim, a análise dos princípios constitucionais de forma sistemática é indispensável para resolver a problemática posta na presente pesquisa. Eros Grau afirma que

Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendemos discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico. A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços. Será de todo conveniente, destarte, deitarmos atenção a esse conjunto, o que, não obstante, importará o exame de cada qual de tais princípios, separadamente³¹⁸.

Além da interpretação sistemática, há espaço, inclusive, para a interpretação teleológica, isto é, para que se busque a real finalidade da lei, ou seja, dando real sentido ao comando legal. Então, como interpretar ambas as leis infraconstitucionais, compatibilizando-as com os princípios da Constituição Federal de 1988?

A orientação posta no Guia H acerca da teoria em discussão, inevitavelmente, conduz o intérprete a identificar que a pretensão da FCD é justamente a preservação da empresa, admitindo, inclusive, a possibilidade de consecução de negócios jurídicos que acarretem concentração de mercado. Deve-se, contudo, avaliar riscos e benefícios.

Os possíveis benefícios gerados por tal autorização de concentração perpassam pela ideia da observância da função social que a atividade empresarial pode desempenhar, que envolve a geração de empregos, a arrecadação de tributos, expansão de crédito, desenvolvimento regional, desenvolvimento tecnológico, estímulo à cadeia produtiva, dentre outros, como já visto nos capítulos 2 e 3. Ao tratar da função social, Ana Frazão assevera que

³¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. rev. atual. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196.

“o que verdadeiramente importa é a distribuição social dos benefícios gerados pela empresa, diante da finalidade da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna”³¹⁹.

É justamente esse ideário que alicerça a Lei de Recuperação de Falência: estímulo à manutenção das atividades empresariais que cumprem sua função social; afinal, quando não a cumpre, impõe-se a falência.

Os contornos dados à recuperação de empresas pela Lei nº 11.101/2005, estimulando o seu soerguimento e a permanência no mercado tem o escopo de evitar o inconveniente que um processo falimentar pode ocasionar, inclusive com a possibilidade de não haver a satisfação de todos os créditos. Vale reforçar que o escopo do Direito Recuperacional vai muito além da ideia de simples reerguimento e da obediência a comandos formais postos na Lei nº 11.101/2005; o Direito Recuperacional se suporta na função social que a atividade empresarial pode desempenhar³²⁰.

Assim, não se defende a manutenção da empresa pela simples manutenção. A preservação da empresa só deve ser estimulada quando cumpre sua função social, inclusive devendo haver a demonstração de que essa atividade adota práticas que não abusam do poder econômico.

Ocorre que, por vezes, a concentração de atividades econômicas pode ser a única maneira de permitir que uma atividade empresarial permaneça no mercado cumprindo a sua função social, através da empregabilidade, arrecadação de tributos, desenvolvimento tecnológico etc, como já afirmado. Com isso, para a análise de atos de concentração que envolvam empresas em crises, há que se fazer uma leitura do caso concreto sistematizando os Direitos Recuperacional e Concorrencial, através do filtro axiológico da Constituição Federal de 1988.

Sobre essa leitura sistematizada, Ramsés Maciel de Castro afirma que “a nova lei de defesa da concorrência ‘dá as mãos’ a outras normas, a exemplo da lei de recuperação de empresas, para que sejam efetivados os vários princípios anteriormente destacados, tais com o pleno emprego, favorecimento a pequenas empresas, defesa do consumidor”³²¹.

Nessa perspectiva, a teoria em questão faz funcionar em conjunto os princípios da preservação da empresa e de defesa da concorrência, ambos com arrimo na função social da

³¹⁹ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Obcursos, 2009. p. 11 – 42.

³²⁰ LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 409-430, maio-ago. 2017.

³²¹ CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014. p. 61.

empresa. Apesar de não existir qualquer menção à possibilidade de utilização da teoria em processos recuperacionais, nenhum impedimento existe, especialmente porque a Lei nº 11.101/2005 e a Lei 12.529/2011 se curvam ao princípio da função social da empresa. Ou seja, ambas as normas foram confeccionadas para proteger a livre iniciativa, o trabalho humano, a existência digna de todos, o bem-estar social, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente e os demais valores apresentados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, no momento em que se analisam os efeitos dos atos de concentração para soerguer uma atividade empresarial, é importante verificar a sua possível eficiência, que vai além do aspecto meramente econômico. Ana Frazão³²², ao tratar da análise dessa eficiência em atos de concentração, afirma que há que se ter em mente que a proteção à concorrência deve ser orientada tanto pelo princípio da proporcionalidade, como pelo princípio retributivo.

Pelo primeiro, o da proporcionalidade, tem-se a ideia de que os limites à liberdade de iniciativa devem estar atrelados à análise da razoabilidade feita entre os fins e os meios escolhidos, com o escopo de evitar prejuízos excessivos à coletividade³²³. Ou seja, deve-se averiguar todas as consequências que podem surgir com e sem a prática da concentração, buscando encontrar qual o caminho que ofereça menos prejuízo social. Essa análise deve ter como parâmetro os princípios constitucionais – especialmente, mas não apenas, os que fundamentam toda Ordem Econômica brasileira.

De outro lado, a retributividade se baseia na necessidade de, diante dos riscos iminentes que a coletividade pode sofrer, deverá haver uma grande perspectiva de receber várias vantagens com a operação³²⁴. Devem-se levar em consideração as reais vantagens que podem surgir com a operação que se pretende realizar.

Nesse sentido, é importante identificar quais os valores imediatos e mediatos que se pretende proteger. Como exemplo, suponha-se que um conjunto de grandes empresários de determinada base territorial esteja vivenciando uma crise econômico-financeira e que a atividade desenvolvida por eles é o que dá suporte à empregabilidade da região (com seus reflexos sociais). Uma situação de crise grave acarreta um efeito prejudicial incalculável para a região, podendo gerar desemprego, sobrecarga nos serviços públicos, diminuição na arrecadação de tributos, escassez de produtos no mercado de consumo etc. Na intenção de minimizar o problema, alguns desses empresários em crise optam pela recuperação judicial e

³²² FRAZÃO, Ana. A análise de eficiência em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. In: CARVALHO, Vinícius Marques (Org). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 181 – 199.

³²³ Ibid.

³²⁴ Ibid.

recebem como oferta de auxílio o suporte financeiro de um investidor que solicita, em contrapartida, a realização de uma fusão. Trata-se de um ato de concentração em sede de recuperação judicial. Nessa senda, é certo que, se a fusão não acontecer a probabilidade de reerguimento empresarial cai consideravelmente; entretanto, havendo a operação societária, haverá uma chance grande de superação da dificuldade empresarial e uma “oxigenação” na economia local.

No exemplo acima descrito, se a fusão não acontecer, de maneira imediata, pode surgir um caos na região. A grande probabilidade é a de que valores como o trabalho humano, vida digna e o bem-estar social podem ser rapidamente mitigados; pode existir até a súbita diminuição na concorrência através da saída de ativos financeiros desses empresários em crise. Por outro lado, a realização da fusão poderá evitar todo esse caos imediato.

Ora, a benesse da realização da concentração, mormente se a empresa estiver em crise, é a possibilidade de saneamento dos seus problemas econômicos financeiros, acarretando a realocação de seus ativos no mercado, com provável diminuição dos custos de produção e a sua manutenção no mercado com potencial competitividade³²⁵. Não se trata necessariamente do reerguimento do empresário, mas da atividade empresarial.

No entanto, a utilização da FCD também perpassa por riscos, que podem envolver prejuízos até irreversíveis. Com o domínio de determinado mercado, o agente econômico pode passar a ditar as suas regras e induzir o andamento de atuação em determinado segmento, prejudicando os consumidores, a circulação de riquezas, a livre concorrência e todos os demais danos que uma concentração de mercado pode acarretar.

Nesse panorama, na apreciação dos atos de concentração em processo de recuperação judicial, há que se levar em consideração se a autorização para a operação sugestionada no plano gerará mais efeitos positivos quando comparado com os eventuais prejuízos que poderão surgir quando do domínio de mercado. Por tal razão, há que se ponderar os benefícios e os prejuízos, sob pena de causar maiores danos à coletividade³²⁶.

Não se defende a utilização da FCD em todas as situações, mas apenas quando for a melhor solução. Como já mencionado, é importante verificar quais os valores que se pretende proteger de maneira mediata e imediata. Não são apenas reflexos econômicos que devem ser

³²⁵ BUZATTO, Raiane. Os atos de concentração no processo recuperacional e a necessidade de notificação do CADE para exercício do controle prévio de estruturas. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 87-101, mar./ago. 2017.

³²⁶ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar?** Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em; 27 set. 2017.

levados em consideração. Também - e especialmente - valores constitucionais como trabalho humano, bem-estar social e dignidade humana devem dar suporte na análise da situação concreta.

É relevante salientar que essa análise é feita através de prospecções. Isso acontece diante da impossibilidade de dar certeza em relação aos reflexos que podem surgir, inclusive os economicamente negativos; afinal, a “análise das eficiências é essencialmente pautada em projeções de cenários futuros, o que inerentemente implica em certo grau de incerteza”³²⁷. Assim, a ponderação deve ocorrer através de perspectivas positivas e negativas, sem, contudo, ter o poder de certeza, especialmente no que concerne aos danos concorrenciais que podem surgir.

O CADE organizou alguns requisitos que entende necessários no instante da verificação da aplicação da FCD, seja em sede de processamento de recuperação judicial ou não.

Ao elaborar o Guia H, o primeiro requisito posto pela autarquia antitruste se baseia na necessária existência de crise capaz de ocasionar uma incapacidade de adimplemento das obrigações assumidas. Essa primeira exigência é inerente às ações postas na Lei nº 11.101/2005, já que esta norma foi idealizada justamente para cuidar das atividades empresariais que estão vivenciando dificuldades empresariais. Além de ter sido idealizada para sanar as crises empresariais, esta lei traz, expressamente, como sugestão para o saneamento das dificuldades, a possibilidade de realização de negócios jurídicos de efeitos concentrantes - como operações societárias e contratos de *trespasse*³²⁸. Com isso, é perceptível que a legislação brasileira que cuida da recuperação judicial indica a possível compatibilidade com a FCD³²⁹.

Diante desse cenário e sobre esse primeiro aspecto descrito no Guia H, é adequado afirmar que é possível a utilização da teoria *Failing Company Defense* no momento em que a não realização do ato concentrante sugestionado no plano de recuperação judicial ocasione a provável perpetuação da inadimplência e, por consequência, a insatisfação dos credores. Isto

³²⁷ COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela Mafra da. Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise dos atos de concentração. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 26, p. 93 – 111, jul-dez /2014.

³²⁸ De acordo com o que já foi esposado, são apenas sugestões apontadas pela lei, admitindo que o empresário apresente diversos outros meios de recuperação não descritos na lei e que podem, também, ser caracterizados como atos de concentração passíveis de averiguação pelo Estado.

³²⁹ OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A *failing company defense* e do direito antitruste**: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

é, para a aplicação da teoria há que demonstrar que, caso não se admita a operação pretendida, a falência restará inevitável³³⁰.

O segundo requisito indicado pelo CADE trata da necessidade de verificação do risco da saída do mercado em relação aos ativos do empresário em crise - o que poderá acarretar uma significativa redução da oferta de produtos e, por consequência, um maior nível de concentração do mercado. No que respeita a essa exigência, também, há total compatibilidade com o processamento da recuperação judicial. Isso acontece porque, quando da confecção do plano de recuperação judicial, há necessidade de se demonstrar a viabilidade da empresa e, aqui, é possível descrever todo o risco de saída dos ativos do mercado. No plano de recuperação, poderá haver a demonstração dos possíveis danos caso a concentração não seja admitida, como também a minimização destes com a autorização da operação concentrante.

Deve-se, entretanto, ter informações suficientes para que seja analisado o grau de concentração com ou sem a aprovação do ato. Isso uma vez que a saída dos ativos da empresa em crise pode ocasionar concentração de mercado em relação aos outros concorrentes que ali eventualmente irão permanecer, causando prejuízos aos consumidores. De igual modo, também, a saída de ativos, caso não haja nenhum outro empresário do mesmo segmento, pode retirar do mercado produtos ou serviços de relevância para a sociedade³³¹.

Especialmente, nesse viés, a boa-fé objetiva é indispensável e relevante para a confecção do plano de recuperação judicial, como já visto no capítulo 3 do presente trabalho. Apesar de a atividade empresarial ser sustentada pelo ideário de lucratividade, toda atuação negocial e proposta apresentada no plano de recuperação judicial devem ser pautados nos princípios da função social, equilíbrio material e boa-fé objetiva; a eticidade, moralidade, dever de confiança, lealdade e cooperação são indissociáveis da atuação no processo de recuperação judicial e da eventual flexibilização da legislação antitruste.

Nesse sentido, ao atuar com boa-fé objetiva para a construção do plano de recuperação judicial, deve-se sugerir aos credores medidas que realmente viabilizem a superação da crise e sejam factíveis, não devendo se apresentar apenas como uma mera formalidade no processo de recuperação ou até mesmo como objeto de disfarce para atuação ilegal.

³³⁰ MATIAS, João Luiz Nogueira; MENDES, Davi Guimarães. A crise como oportunidade de negócios: análise da concentração de mercado na aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial à luz da teoria da *failing firm defense*. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 14, n. 2, p. 77-95, maio/ago. 2017.

³³¹ FERNANDES, Roberta Figueira. *Failing firm defense*: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viiiipremio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1>>. Acesso em: 14 nov.2015.

Nesse sentido, é relevante afirmar que a boa-fé – por meio da sua função de integração - deve ser observada e respeitada antes, durante e depois do plano de recuperação judicial, especialmente quando se pretende realizar negócios jurídicos de efeitos concentrantes que podem acarretar possíveis reflexos negativos para a coletividade. Com isso, diante do dever de boa-fé do empresário, recomenda-se a descrição, no plano de recuperação judicial, de todos os reflexos que podem surgir com o ato de concentração sugerido.

No instante em que o art. 50 da Lei nº 11.101/2005 sugere as operações societárias ou admite a adoção de qualquer outro meio de recuperação que pode ter efeito concentrante, há que se ter cuidado com os efeitos anticoncorrenciais que podem surgir tanto diante da concentração, como também, sem ela. Deve-se, portanto, analisar qual é a melhor opção, sob pena de implicar diminuição do bem-estar econômico-social.

Por vezes, diante da situação de desequilíbrio econômico-financeiro, o remédio para estabilizar o caso é justamente o auxílio de outro agente econômico do mesmo segmento com que se pretende unir forças para melhorar sua atividade. Trata-se, pois, da função individual da empresa, que nada mais é do que a lucratividade pretendida com a utilização dos bens de produção.

Porém, “os bens de produção, antes da sua função individual, devem cumprir a sua função social”³³². Por tal razão, para a análise da aplicação da teoria em questão, não basta observar apenas a intenção de reerguimento dos agentes econômicos, há que verificar, antes, todos os reflexos sociais que da operação poderão surgir.

Nesse sentido, não apenas a função social da empresa deve ser levada em consideração, senão a função social do contrato, como já aduzido em linhas anteriores. Assim, a consecução do negócio jurídico de efeito concentrante não deve se contrapor aos interesses sociais, afinal estes estão em patamar de prevalência em face dos interesses individuais. Não se trata de desmerecer o interesse individual do empresário em crises, mas verificar se esse interesse é compatível com o interesse social. E este último deve prevalecer.

A terceira exigência apresentada no Guia H diz respeito à necessidade de comprovação de que o empresário insolvente tentou, de boa-fé, conseguir outra forma de reerguimento com efeitos menos danosos ao ambiente concorrencial. Significa dizer que o empresário deveria - antes de sugerir as operações societárias como meio de recuperação judicial - tentar esgotar as outras maneiras de reerguimento, especialmente as especificadas no art. 50 da Lei nº 11.101/2005 ou procurar contratante menos prejudicial à concorrência.

³³² CORREIA JÚNIOR, José Barros. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

Trata-se da já mencionada boa-fé objetiva, que impõe limites de conduta aos agentes econômicos, exigindo deles a abstenção de práticas abusivas³³³. A boa-fé será visualizada exatamente na transparência em que as negociações ocorrerão, inclusive com a apresentação de todas as vantagens e desvantagens que poderão ser suportadas por todos. O dever de boa-fé tem como reflexo a transparência.

Roberta Figueira Fernandes afirma que tal requisito deve ser perseguido através da ampla divulgação de propostas para renegociação, defendendo que

[...] a firma insolvente deve comprovar que fez esforços fortes e afirmativos para atrair outros prospectivos compradores, ou seja, requer, também, tenha sido dada publicidade da oferta para a aquisição da firma insolvente ou que haja sido ofertada a mais de um possível interessado.

Estes esforços devem ser feitos independentemente dos efeitos negativos que isto possa gerar para os futuros negócios da firma, suas possibilidades de vendas e deste dispêndio de esforço se mostrar infrutífero³³⁴.

Ocorre que, em sede de recuperação judicial, nem sempre há tempo para o empresário sondar os interessados acerca de outras possibilidades de ajustes. Ademais, é extremamente dispendioso fazer tal procura, especialmente porque pode gerar um descrédito junto à coletividade. Ora, estar em crise empresarial é correr contra o tempo para tentar o soerguimento de maneira menos gravosa possível. Às vezes, a procura por outras possibilidades de reerguimento ou outros interessados em realizar investimentos na empresa em crise pode acarretar uma variação considerável nos valores dos ativos - que podem ser desvalorizados em questão de horas, especialmente quando já tem uma ação de recuperação judicial em curso.

Nesse sentido, quando se mostrar realmente viável e a melhor opção, a realização de atos concentrantes deve ser aprovada, independentemente de demonstração de que se esgotaram as demais tentativas de meios de recuperação ou de outros contratantes, para que não se corra o risco de diminuir a valoração patrimonial.

Ora, o controle de concentrações não pode ser rígido, inflexível. Malgrado os requisitos postos pelo CADE, em seu Guia H, é importante esclarecer que eles não podem engessar e limitar a análise de cada caso concreto. Isso porque apenas o caso concreto irá indicar se a operação será melhor para o cumprimento da função social e de todos os princípios de que dela se ramificam e que com ela estão atrelados.

³³³ FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense**: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viiiipremio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

³³⁴ Ibid.

Não se pode dificultar a melhora coletiva. A função do direito é conduzir os agentes para a produção de benefícios sociais. Norberto Bobbio afirma que o direito deve se preocupar em traçar metas para o desenvolvimento da sociedade, pois

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático³³⁵.

Mais adiante, ao tratar da função do direito, Norberto Bobbio assevera que afirma que o direito não se presta apenas a reger condutas e impor sanções àqueles que descumprem os comandos legais, tendo o dever de promover o bem-estar da coletividade, passando a atuar de maneira ativa no estímulo ao desenvolvimento da sociedade³³⁶. Nesse panorama,

metodologia econômica do antitruste, além de não ser um fim em si mesma, estando necessariamente sujeita a flexibilizações e adaptações, só pode fazer sentido diante de uma reflexão mais coerente em torno dos objetivos que justificam o controle do poder econômico³³⁷.

Então, se em determinado processamento de recuperação judicial fica comprovado que o ato de concentração é a melhor maneira de permitir que a empresa cumpra a sua função social, exigir o cumprimento dos requisitos, como um *checklist*, pode trazer malefícios para a coletividade. Ou seja, é a função social e a análise de todos os princípios constitucionais que dela decorrem que vai servir de filtro axiológico para a admissão de atos de concentração em processos de recuperação judicial. Deve-se sempre buscar a efetividade das normas constitucionais, que

em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social³³⁸.

Um forte argumento que pode ser apresentado para se contrapor à utilização da FCD é o dano que o ato de concentração pode acarretar para os consumidores, em decorrência do prejuízo à concorrência. Porém, na prática, é impossível afirmar com exatidão se existirá ou não reais prejuízos aos consumidores. Isso decorre do fato de que quando se trabalha com

³³⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. p. 71.

³³⁶ Ibid, p. 208.

³³⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 24.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** – limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 290

controle de estruturas, os contornos são feitos através de prospecção e não de certezas, como já mencionado. De fato, o que tenta “captar é o dimensionamento do poder de mercado das empresas e se as condições estruturais são mais ou menos propícias ao exercício unilateral ou coordenado de tal posição dominante”³³⁹, porém não há como se definirem, com exatidão, esses reflexos.

Então, diante da certeza de que a extinção da empresa acarretará prejuízos imediatos para a sociedade e da não definição com exatidão dos eventuais prejuízos, por vezes, é necessário arriscar a concentração. Afinal, a Ordem Econômica não se presta apenas a cuidar das relações consumeristas, senão das trabalhistas e outras tantas. Não se está desmerecendo o consumidor ou diminuindo a preocupação com sua condição. O que se está a fazer é recomendar a ponderação dos diversos valores da Ordem Econômica constitucional diante do caso concreto.

Os princípios que estão postos no artigo 170 do texto constitucional se mostram como uma série de comandos na intenção de delimitar a intervenção do Estado na busca pelo equilíbrio econômico, pautando-se na valorização do trabalho humano, na defesa da livre iniciativa e com a finalidade de garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social. Por vezes, a prática de um ato de concentração pode estar atrelado à necessidade imediata de garantir o trabalho humano, a existência digna e a justiça social. Só o caso concreto irá apresentar os argumentos para a realização da ponderação.

Salienta-se que, acaso ocorram prejuízos aos consumidores após o ato concentrante, o Direito Antitruste também traz o remédio para o abuso de poder econômico, que é chamado de controle de condutas, com viés essencialmente punitivo, como tratado no capítulo 4 do presente trabalho. Nesse caso, quando da existência, em casos concretos, de abusos no poder econômico, é possível a adoção de medidas punitivas em relação aos atores econômicos que ultrapassarem os limites do adequado manejo da concorrência. Ademais, a proteção do consumidor não deixará de existir, podendo acontecer tanto de maneira individual, de modo coletivo e de forma difusa.

Com isso, em não tendo sido preenchido todos os pressupostos estabelecidos pelo CADE, em seu Guia H, a ausência de algum deles poderia ser relevada se demonstrada que a operação concentrante trará benefícios relevantes à sociedade, sempre levando em

³³⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Controle de concentrações e proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, . v. 100, p. 329 – 357, jul - ago/2015.

consideração os reflexos que podem advir da concentração de mercado³⁴⁰. Nesse mesmo viés, ainda que os requisitos para utilização da *Failing Company Defense* sejam cumpridos, deve-se reprovar a concentração quando estiver diante de afronta ao cumprimento da função social da empresa. Ora, o controle do poder econômico tem relação direta com o exercício de direitos e garantias fundamentais, com a proteção do bem-estar, com o cumprimento dos valores sociais postos na Constituição Federal de 1988. Não pode ser uma simples cartilha o instrumento que vai definir as regras para o controle da concorrência.

Então, não é um *checklist* que deve indicar pela aprovação ou não do ato concentrante, senão a análise dos princípios constitucionais que viabilizem o cumprimento da função social da empresa, admitindo a manutenção da atividade através da solidariedade econômica.

6.3 A competência para avaliar a utilização da *Failing Company Defense* no Brasil em sede juízo de recuperação judicial

Ultrapassada a discussão acerca da possibilidade da utilização da teoria da FCD nos processos de recuperação judicial, outro ponto que merece ser discutido, diz respeito à indicação da autoridade competente para a aprovação dos atos de concentração em sede de recuperação judicial, quando postos no plano de recuperação oferecido pelo empresário.

Ora, de um lado a legislação antitruste, Lei nº 12.529/2011, como visto em passagens anteriores, determina que ao CADE pertence a competência para apreciar as operações com efeitos concentrantes realizadas no Brasil. Por outro lado, todos os atos praticados em sede de recuperação judicial serão analisados e resolvidos pelo juízo recuperacional. Diante dessa divergência de competência, como identificar aquele que deverá analisar os atos de concentração sugeridos em sede de recuperação judicial?

Na pouca experiência brasileira, a verificação de tais situações vem sendo feita pela autoridade administrativa antitruste³⁴¹. Nesse sentido, o juízo recuperacional, após receber o plano de recuperação judicial, determina a suspensão do feito e remete as informações para o CADE avaliar e se posicionar acerca da aprovação ou reprovação da proposta feita pelo empresário³⁴². A despeito de tal prática, não há consenso na doutrina, como se verá adiante,

³⁴⁰ LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, pp. 409-430, mai.-ago. 2017.

³⁴¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. p. 833.

³⁴² OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A failing company defense e do direito antitruste: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

sobre o fato de essa ser a conduta correta a ser adotada, tendo em vista a divergência doutrinária acerca da competência para análise de tais atos.

Autores como Daniela Copetti Cravo³⁴³, Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Júnior³⁴⁴, Luiz Roberto Ayoub e Cássio Cavalli³⁴⁵, Geraldo Alves de Lima Filho³⁴⁶, Fernando Guimarães de Oliveria³⁴⁷ e Roberta Figueira Fernandes³⁴⁸, apontam que a medida adotada na prática é a correta. Ou seja, para esses autores, em sede de processamento de recuperação judicial, a competência para analisar as operações pertente ao CADE.

De outro lado, autores como Sérgio Campinho³⁴⁹ e Marlon Tomazette³⁵⁰ apresentam um pensamento contraposto. No entender desses doutrinadores, a autoridade competente para a análise de atos de concentração em discussão no plano de recuperação judicial é o juízo recuperacional, diante da sua atribuição jurisdicional para analisar todos os atos praticados em sede de recuperação judicial. Entretanto, trata-se de uma corrente minoritária, a qual parece ser a mais adequada.

Aqueles que advogam no sentido de ofertar ao CADE a competência para aprovar ou reprovar os atos concentrantes surgidos em juízo de recuperação judicial apontam uma série de argumentos no sentido de que o Poder Judiciário não teria condições para analisar as situações em apreço. Todavia, esses fundamentos são frágeis e podem ser rebatidos em sua totalidade, como se verá adiante.

O primeiro argumento apresentado para tentar fundamentar a impossibilidade de o juízo recuperacional julgar a utilização da FCD - e remeter a matéria para decisão pela

³⁴³ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial**: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

³⁴⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil**. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁴⁵ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 233.

³⁴⁶ LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da failing firm defense no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, pp. 409-430, maio-ago. 2017.

³⁴⁷ OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A failing company defense e do direito antitruste**: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em: 18 nov.2017.

³⁴⁸ FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense**: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viiipremio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

³⁴⁹ CAMPINHO, Sérgio. Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do CADE. **Revista de Direito Empresarial e Recuperacional**, Florianópolis, Editora Conceito Editorial, v. 0, n. 1 (2010), p. 103 – 124, 2010.

³⁵⁰ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas. v. 3. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 198.

autoridade administrativa antitruste - é o fato de não haver na lei recuperacional tratamento específico acerca da tutela preventiva da livre concorrência. Daniela Cravo afirma que

Destarte, por não haver na Lei nº 11.101/05 qualquer disciplina acerca da tutela preventiva da livre-concorrência, e por ser esta Lei especial apenas no que se refere à recuperação da empresa, as disposições da Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94 e/ou Lei nº 12.529/2011) continuam válidas, e, por tal razão, deverão ser observadas, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade³⁵¹.

Vê-se que, para autora, o fato de não existir qualquer menção específica de proteção à concorrência deixaria o juízo recuperacional limitado apenas a decidir acerca de recuperação de empresas, como se o ato de concentração posto no plano de recuperação judicial pudesse ser dissociado da matéria recuperacional. O ato de concentração está intrinsecamente ligado à recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/2005 não cuida apenas da possibilidade de recuperar empresas. Ela cuida de analisar, diante de casos concretos, se a atividade empresarial é viável ou não e, não sendo recomendada, inclusive, a decretação da falência³⁵².

De maneira equivocada, Fernando Guimarães de Oliveira também refuta a análise dos atos de concentração pelo juízo recuperacional, asseverando que “a análise do ato de concentração pelo juiz da recuperação, essa sim, comportaria verdadeira excrescência, já que seria uma decisão prolatada por quem não possui competência material para tal desiderato”³⁵³. Porém, o juiz da recuperação tem competência material para decidir acerca das matérias postas na recuperação judicial, especialmente, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade e legalidade dos atos ali praticados.

Tanto é verdade que, a própria Lei nº 11.101/2005 expressamente excetuou as matérias que não poderiam ser objeto de discussão em sede de recuperação judicial, restando, residualmente, todos os outros assuntos atinentes à recuperação para a competência do juízo recuperacional.

³⁵¹ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial:** atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017, p. 22.

³⁵² RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017. p. 783.

³⁵³ OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A failing company defense e do direito antitruste:** o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em; 18 nov.2017.

A Lei de Recuperação, taxativamente, apontou as matérias que não se submetem ao juízo recuperacional - como as obrigações que demandam quantias ilíquidas³⁵⁴ e as reclamações trabalhistas até a apuração do respectivo crédito³⁵⁵. Além dessas hipóteses, o artigo 49 da lei de Falência e Recuperação de Empresas, também elencou alguns créditos que não participam do juízo recuperacional, quais sejam

credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial³⁵⁶.

Por fim, ainda no rol de ações que não são atraídas para o juízo recuperacional, estão as execuções fiscais, que, diante do interesse público não se sujeitam a concurso de credores³⁵⁷.

Vê-se, portanto, que a legislação recuperacional deixou claro quais as matérias devem ser excluídas de apreciação pelo juízo concursal. Nessa perspectiva, se não quisesse o legislador que as operações concentrantes fossem analisadas pelo juiz da recuperação judicial, também, mencionaria de forma expressa tal exceção.

Nesse contexto, o juízo de recuperação é universal para os atos não excetuados pela lei. Isso quer dizer que as ações relacionadas aos bens, interesses e negócios do empresário em recuperação devem ser processados e julgados pelo juízo perante o qual tramita o processo de recuperação judicial. Trata-se da capacidade atrativa do juízo recuperacional, também

³⁵⁴ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 6º (...) §1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

³⁵⁵ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 6º (...) § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

³⁵⁶ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 49 (...) §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

³⁵⁷ Código Tributário Nacional – “Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. BRASIL. **Código de Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

chamada de *vis atractiva*, o qual recebeu a competência para conhecer e julgar todas³⁵⁸ as ações de caráter patrimonial referentes à recuperanda.

Tanto é verdade que a interpretação acerca da exclusão das matérias da competência do juízo recuperacional é tratada pelo Superior Tribunal de Justiça de modo a indicar a máxima atração para o juízo concursal. Veja-se o caso das execuções fiscais: malgrado as execuções fiscais mantenham seu trâmite no juízo de origem, no momento em que há necessidade de constrição de bens da recuperanda, tal procedimento é atribuído ao juízo de recuperação³⁵⁹. O Superior Tribunal de Justiça

tem perfilhado entendimento no sentido de que os atos de constrição ou de alienação, destinados à satisfação de créditos fiscais, devem ser confiados ao juízo universal, para que esse possa exercer o respectivo controle, aquilatando a essencialidade do bem envolvido à atividade empresarial e, por conseguinte, ao processo de soerguimento³⁶⁰.

Conquanto o trecho acima transcrito não trate especificamente de atos de concentração em processos de recuperação judicial, demonstra a intenção de que as matérias relacionadas à tentativa de reerguimento devam ser conhecidas e julgadas pelo juízo recuperacional. Com isso, nota-se que a atração para o juízo concursal sempre deve prevalecer, exceto quando a lei textualmente impedir.

Além do mais, no instante em que o juízo recuperacional é competente para solucionar toda a matéria descrita na Lei nº 11.101/2005, passa, também, a ter competência para cuidar dos aspectos descritos no art. 50 deste comando legal. O artigo em comento, como já mencionado em passagens anteriores, cuida dos meios de recuperação judicial, ou seja, das propostas que podem ser ofertadas aos credores como auxílio para soerguimento da empresa, inclusive propostas como operações societárias e contrato de trespasse - expressamente sugeridas pela lei.

A despeito de pertencer aos credores a legitimidade de anuir ou não, ao Poder Judiciário pertence o controle de legalidade e constitucionalidade das propostas lançadas. A verificação de legalidade e constitucionalidade do ato de concentração em sede de recuperação judicial perpassa pela possibilidade de averiguação dos requisitos estatuídos na lei infraconstitucional e na observância da função social da empresa.

³⁵⁸ Exceto as excepcionadas pela Lei nº 11.101/2005.

³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Conflito de Competência nº 153.006/PE**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 2ª Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 27/02/2018.

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Conflito de Competência nº 152.742/RJ**. Relator Ministro Marco Buzzi, 2ª Seção, julgado em 14/03/2018, DJe 21/03/2018.

Como visto, a função social da empresa deve ser entendida como um princípio que abarca tantos outros - especialmente os elencados no já comentado artigo 170 da Constituição Federal de 1988. Falar em função social da empresa e nos benefícios que ela pode proporcionar, é verificar se a atividade econômica permite a consecução da dignidade das pessoas, do seu bem-estar, da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, da proteção à soberania nacional e da propriedade privada; da salvaguarda da livre concorrência, da guarda ao consumidor, da defesa do meio ambiente, da tentativa de reduzir as desigualdades regionais e sociais, da geração de empregos, enfim, do bem estar coletivo. Ora, nas palavras de Judith Martins Costa, o princípio da função social "indica um caminho a seguir, oposto ao do individualismo predatório"³⁶¹. O juiz concursal pode analisar a prática de atos com base na verificação de obediência aos princípios postos na CF/88.

Tanto é verdade que, ao elencar os escopos da recuperação judicial, como já descrito antes, a Lei nº 11.101/2005 afirma que a intenção de reerguer a atividade empresarial é alicerçada na “na manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”³⁶². Gladston Mamede, ao tratar do estímulo à atividade econômica, afirma que a lei se curva aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais³⁶³.

Então, malgrado a lei não traga expressamente que tem o escopo de, também, proteger a livre concorrência – não como política pública, mas como verificação, no caso concreto, de obediência os princípios constitucionais -, tal entendimento é inevitável, tendo em vista que um dos alicerces da recuperação judicial é a observância da função social desempenhada pelo empresário dentro de um mercado concorrencial. A livre concorrência é um “tentáculo” da função social da empresa. Por tal motivo, não se deve limitar a função da Lei Recuperacional à defesa da preservação da empresa. O Direito Recuperacional se presta à defesa do bem coletivo e não se limita a valores benéficos específicos.

³⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, p. 41-66, maio de 2005.

³⁶² Lei nº 11.101/2005 – “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. BRASIL. **Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

³⁶³ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 8, p. 122.

É certo que não há na Lei nº 11.101/2005 a possibilidade expressa do controle de estruturas. No entanto, nela também não há qualquer impedimento. Nesse caso, através de um entrelaçamento de ideários insculpidos na Lei Antitruste e na Lei Recuperacional, pode-se entender pela possibilidade de averiguação dos meios de recuperação judicial disponibilizados aos credores pelo juízo de recuperação, após a manifestação do CADE no processo³⁶⁴, e isso só é possível em razão da competência do juízo concursal de fazer o controle de legalidade e constitucionalidade.

À luz dessa perspectiva, pode-se afirmar que, diante da competência do juízo recuperacional de analisar a legalidade e constitucionalidade dos meios de recuperação, nada o impede que também faça o controle de proteção à concorrência, independentemente de prévio processo administrativo junto ao CADE. Trata-se, pois, de uma exceção à competência do CADE para apreciar os atos de concentração.

O segundo argumento apresentado pela doutrina para contrariar a apreciação pelo Poder Judiciário dos atos de concentração ocorridos em sede de recuperação judicial, é o de que a proteção à concorrência se trata de política pública de competência pertence ao CADE, aduzindo que

Essa função do CADE como "órgão judicante" do Poder Executivo é legitimada constitucionalmente e ganha relevo com o novo papel do Estado, que deixa de ser protagonista na execução da atividade econômica e passa a assumir o papel de agente regulador. A regulação, que nada mais é que a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, representa, segundo Eros Grau (2006) e Paula Forgioni (2008), um instrumento de implementação de políticas públicas.

E, tratando-se de política pública, não poderá o Poder Judiciário usurpar ou suprimir tal atribuição do CADE, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes. Isso não quer dizer, por outro lado, que a decisão proferida pelo CADE não esteja sujeita ao controle jurisdicional³⁶⁵.

Acontece que a proteção à concorrência não se trata apenas de política pública de cumprimento exclusivo pelo CADE ou pelo Poder Executivo. É, ademais, uma política pública, mas não apenas isso.

Nesse sentido, a defesa da concorrência deve ser feita pelo Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e por todos que compõem a coletividade. E essa defesa da concorrência não deve ser feita apenas através de políticas públicas, devendo acontecer,

³⁶⁴ A participação do CADE no processo de recuperação judicial será tratada adiante.

³⁶⁵ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial:** atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017. p. 23.

também diante, em face de situações concreta, de forma preventiva ou repressiva. Por isso que não cabe exclusivamente ao Poder Executivo tal mister.

O Poder Judiciário, no momento em que analisa a possibilidade e legalidade dos atos de concentração sugeridos no plano de recuperação, tem o dever de verificar se há abuso de poder econômico também. Apesar de não poder substituir os credores em relação à anuência ou não das propostas, pode fazer o controle de legalidade e constitucionalidade dos atos ali praticados e postos ao seu crivo.

Ademais, a defesa da concorrência não se limita à consecução de políticas públicas pelo Poder Executivo. Vai além: a defesa da concorrência é ordem constitucional que deve ser feita pelo Estado, mediante todos os seus Poderes. O fato de a legislação antitruste atribuir ao CADE o dever de controle prévio dos atos de concentração não traz nenhum impedimento de que o Poder Judiciário também o faça em sede de recuperação judicial. Na verdade, deve o juiz recuperacional fazê-la, sempre se pautando na consecução de todos os deveres postos na Constituição Federal de 1988, sejam eles de cunho econômico ou não³⁶⁶.

Ademais, não deve ser a defesa da concorrência pela simples defesa da concorrência, mas sim, por meio da análise de todos os valores postos no sistema, especialmente para a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil. Paula Forgioni assevera que

Os princípios veiculados em seu art. 170 e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação³⁶⁷.

Será que apenas o CADE teria competência para fazer o controle do cumprimento da proteção à concorrência dentro de todo o sistema concorrencial? Acredita-se que não. Todos os Poderes de Estado devem se curvar aos valores instituídos na Constituição Federal e, diante de situações postas ao seu crivo, devem cumprir os ditames constitucionais. Sendo assim, a autoridade administrativa antitruste não é o único agente fiscalizador da concorrência, conquanto seja o principal, como mencionado em linhas anteriores.

Nesse contexto, no instante em que se admite a análise dos atos de concentração pelo juízo recuperacional não se está usurpando a competência do CADE, apenas está sendo exercida por outro Poder de Estado, que também tem o dever de zelar por todos os princípios que envolvem a Ordem Econômica constitucional. Afinal, compete ao Estado tal atribuição.

³⁶⁶ CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 167–170.

³⁶⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 193.

E mais: em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 ou a Lei Antitruste deu competência exclusiva ao Poder Executivo para reprimir ou combater o abuso de poder econômico, devendo assim todos fazerem. Ora, se a legislação antitruste quisesse que a competência do CADE fosse exclusiva para apreciar os atos de concentração, também teria atribuído tal exclusividade do texto legal.

Ainda na defesa da competência exclusiva pela autoridade antitruste, Daniela Cravo, ao apontar as suas justificativas para defender que o CADE deve decidir sobre concentrações em sede de recuperação judicial, aduz que, no máximo, o que o Poder Judiciário poder fazer, nessas situações, é

[...] se manifestar acerca da decisão proferida pelo CADE, verificando se esta atende ou não aos princípios de legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade. No entanto, a manifestação do CADE constitui-se como *conditio sine qua non* para a provocação da jurisdição, uma vez que sem essa, não que há se falar em lide e, por conseguinte, em interesse e legitimidade processual.

Ora, se o Poder Judiciário pode rever uma decisão, por que não poderia tomá-la? É imperioso salientar que a celeridade processual é um dos princípios que deve reger toda processualística recuperacional. Tanto é verdade que, ao tratar da recuperação judicial, a assembleia-geral para discussão do plano de recuperação judicial deve ser marcada no prazo máximo de 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial³⁶⁸.

A lei não colocou esse prazo à toa; afinal, a intenção da lei direcionar para que as negociações sejam realizadas no menor tempo possível, para que se ampliem a possibilidade de se reerguer a atividade e maximizar o pagamento dos credores³⁶⁹. É certo que o pedido de recuperação judicial pode ocasionar a qualquer empresário uma desestabilização dos seus negócios e, nesse sentido, alguns contratantes podem ficar receosos com a crise e acabar reduzindo seus investimentos na atividade empresarial que está vivenciando uma dificuldade econômico-financeira.

É nessa perspectiva que o jargão “tempo é dinheiro” pode ser trazido para justificar uma celeridade no trâmite processual. Quanto mais rápidas as decisões forem tomadas, menor prejuízo terá a empresa, menor prejuízo para a coletividade que pode receber reflexos negativos da crise.

³⁶⁸ Lei nº 11.101/2005 – “Art. 55. (...) § 1º A data designada para a realização da assembleia-geral não excederá 150 (cento e cinquenta) dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial”. (BRASIL. Lei nº 11.101/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago.2017.

³⁶⁹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 270.

Ora, acaso seja admitida a suspensão do processo de recuperação judicial para averiguação extrajudicial do assunto, a crise empresarial pode aumentar, podendo existir um descrédito na atividade que, a despeito de não estar falida, pode passar a essa condição em decorrência do decurso do tempo sem solucionar seu problema. Os negócios com a recuperanda podem ser restringidos diante do receio de se investir em atividade empresarial que está na delongada pendência de tentativa de reestruturação. Sabe-se que o CADE possui um prazo máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para fazer tal verificação, mas são 240 (duzentos e quarenta) dias a mais para a recuperação judicial.

Para minimizar essa arriscada delonga, diante da possibilidade de o Poder Judiciário rever os atos do CADE, por que não, de maneira, atípica, permitir que o próprio juízo recuperacional faça a avaliação prévia acerca de eventual abuso de poder econômico e do cumprimento dos demais ideários postos na Constituição Federal de 1988?

Marlon Tomazette traz a resposta para essa pergunta, afirmando que ao Poder Judiciário compete decidir sobre situações como essas, tendo em vista a sua competência para rever os atos praticados pelo CADE. Veja-se:

Todavia, a excepcionalidade da situação do devedor em recuperação judicial, os princípios que regem tal processo e o respaldo judicial nos levam à conclusão de que os atos de concentração praticados não precisam ser submetidos ao crivo do CADE. A possibilidade de análise judicial das decisões do CADE corrobora a desnecessidade de submissão a ele. Obviamente, em razão disso, deve-se reconhecer que o juiz deverá avaliar o ato, também à luz da defesa da concorrência, evitando violações injustificáveis a esse princípio³⁷⁰.

No que tange ao dever de provocação como condição para o Poder Judiciário analisar os atos de concentração, esta acontece quando o próprio empresário apresenta como meio de recuperação a sugestão da prática de operações societárias concentrantes. Não há qualquer impedimento legal acerca do controle de estrutura previamente realizado pelo Poder Judiciário e sua provocação acontece diante da apresentação da proposta pelo empresário.

Outrossim, a exigência de decisão administrativa prévia para apreciação pelo Poder Judiciário apenas ocorre quando a existência de litígio entre a Administração Pública e o administrado, o que não se aplica ao caso em questão. Não se trata de lide entre o empresário e o CADE, senão de um processamento de recuperação judicial de determinado empresário junto com seus credores.

³⁷⁰ TOMAZETTE, Tomazette. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3, p. 198.

Daniela Cravo continua seus fundamentos, afirmando que o juiz no processamento da recuperação judicial tem “um papel meramente formal, que se resume, na maioria das vezes, à simples homologação da aprovação do plano pelos credores”³⁷¹. Equivoca-se a autora.

Sobre o papel do juiz na homologação do plano, Ricardo José Negrão Nogueira aduz que

[...] o juiz desempenha importante papel no exame da legalidade dos atos e cumprimento dos princípios abraçados pela legislação concursal, impondo a ele, em cada caso sob seu exame, verificar a perfeita adequação do plano à legalidade, o que abrange, ainda, a compreensão do escopo diretivo previsto no art. 47 e a aplicação de outros princípios [...]³⁷²

Ora, o papel do juiz no processo de recuperação judicial não é secundário e, tampouco se apresenta no sentido de apenas homologar o interesse dos credores. Tanto é verdade que, ao tratar do assunto, o Enunciado nº 44, da 1ª Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal assevera que “a homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade”³⁷³.

Vale esclarecer que, quando o Poder Judiciário exerce seu controle da legalidade, não se restringe aos dispositivos postos apenas na Lei nº 11.101/2005. Aspectos constitucionais como vedação ao abuso do poder econômico, função social da empresa, geração de empregos, dignidade humana, dentre outros, devem ser também considerados; afinal, são alicerces postos na Constituição Federal de 1988.

Ricardo Negrão, quando trata da função social e estímulo à atividade econômica no processo de recuperação judicial, traz o seguinte questionamento: “Se o Estado-juiz não pode realizar o direito objetivo, zelando pela obediência à lei, a quem se atribuirá este encargo no processo recuperatório e falimentar? Às partes que muitas vezes litigam em sentidos opostos?”³⁷⁴.

³⁷¹ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial:** atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set.2017. p. 25

³⁷² NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. *In*: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005):** retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 117.

³⁷³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial:** “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade”. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/69>>. Acesso em :18 nov. 2017.

³⁷⁴ NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136

Esse questionamento tem intenção de demonstrar que ao juiz não é dado apenas o papel de homologador de decisões, sendo indispensável sua participação concreta como agente guardião das normas jurídicas, especialmente, as constitucionais.

Ademais, o juízo recuperacional ainda conta com a participação obrigatória do Ministério Público, que não funciona como parte, mas como interveniente, fiscalizando o cumprimento da lei, bem como o interesse público³⁷⁵. Ou seja: reforça a ideia de que as decisões postas no processo não são de maneira aleatória e apenas para ratificar o exclusivo interesse dos credores.

O último argumento posto por Daniela Cravo (também posto por Fernando Guimarães de Oliveira³⁷⁶) foi no sentido de que a matéria a ser discutida acerca de concentração de mercado é de extrema tecnicidade, a ponto de despertar uma “despreensão do juízo falimentar no tocante à tutela da concorrência [...] bem como a possível dificuldade dos magistrados ao utilizar conceitos econômicos em sua atividade jurisdicional.”³⁷⁷. Nesse mesmo sentido, Geraldo Alves de Lima Filho afirma que “nem o magistrado e nem os credores avaliam os efeitos anticoncorrenciais do ato de concentração”³⁷⁸.

Frágeis, porém, esses argumentos. Ora, por óbvio que nenhum juiz terá conhecimento técnico suficiente para, sozinho, fundamentar todas as decisões que lhes são submetidas. Quando ele se depara com informações no processo que foge do seu conhecimento técnico, nada mais comum do que a nomeação de peritos na área para o auxílio em tais assuntos. Então, cai por terra o argumento de que a ausência de conhecimento econômico faria do juiz um ator irrelevante na defesa da concorrência. Ele é protagonista, especialmente no que se refere à proteção dos preceitos constitucionais, razão pela não se pode subestimar suas decisões com base no argumento de que não teria conhecimento técnico para tanto.

³⁷⁵ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 4, p. 27.

³⁷⁶ OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A failing company defense e do direito antitruste: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em 18 de novembro de 2017.

³⁷⁷ CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar?** Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017, p. 26-27.

³⁷⁸ LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 2, pp. 409-430, maio-ago. 2017.

Ademais, não se pode deixar de lado a participação no CADE, como assistente, em processos de recuperação judicial. Ora, o artigo 118³⁷⁹ da lei antitruste assevera que a intimação do CADE é obrigatória nos processos judiciais que tenha qualquer discussão acerca dos preceitos postos na Lei nº 12.529/2011.

Entretanto, Daniel Roque assevera que, diante dessa intimação a participação do CADE é facultativa³⁸⁰, tendo em vista a utilização pela lei da expressão “querendo”. Assim, no entender do autor, não haveria qualquer garantia de que o CADE iria acompanhar *pari passu* o andamento do feito. Equivoca-se.

Acontece que a expressão “querendo” não se apresenta como uma faculdade, mas uma obrigação. Isso ocorre porque “havendo um dever legal (‘zelar pelo cumprimento desta Lei’), não cabe ao CADE querer ou não querer intervir: a autarquia tem o dever legal de intervir como assistente se houver ‘o interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas [das partes]’³⁸¹. A ausência do CADE gera nulidade dos atos práticos.

Nesse sentido, em todos os processos de recuperação judicial que tratem de atos de concentração, a participação do CADE deve acontecer e, assim, poderá haver um suprimento no que refere à mencionada ausência de conhecimento técnico-econômico que poderia ter o juiz. Isso porque

[...] um julgamento adequado não poderá se esquivar da realidade dos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, interesses esses plurais e muitas vezes conflitantes. Assim, para cumprir corretamente o seu papel, o Poder Judiciário, em processamento de determinadas causas de relevo nacional, não poderá abrir mão de ouvir um verdadeiro representante desses interesses³⁸².

O CADE se apresenta como um *amicus curiae*, tendo sua atuação pautada na apresentação de informações e esclarecimentos acerca da proteção da concorrência, devendo apresentar um parecer técnico de natureza não vinculante³⁸³.

³⁷⁹ Lei nº 12.529/2011 – “Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. BRASIL. Lei nº 12.529/11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

³⁸⁰ ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, Pós-Graduação (Direito Público – Eixos Processual Civil e Tributário) – UnB, v. 34, n. 4, pp. 37 – 76, 2014. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1270/933>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

³⁸¹ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. [et al.]. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 346.

³⁸² SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus curiae* no Brasil: um terceiro necessário. In: **Doutrinas essenciais – Novo Processo Civil**. vol. 2/2018. São Paulo: RT, 2018. p. 797 - 815.

³⁸³ Ibid.

Sua participação no processo deverá acontecer através de intimação tão logo seja apresentada no processo a intenção de prática de atos concentrantes, seja no plano de recuperação judicial, seja em assembleia-geral dos credores. Com isso, o CADE deverá acompanhar o passo a passo das negociações e dar suporte técnico acerca da matéria objeto de discussão.

Assim, além de o Estado-juiz receber as informações necessárias para tomar sua decisão com respaldo técnico, os credores passam a ter acesso a todas as informações e riscos da eventual novação através de atos concentrantes em sede de recuperação judicial. É uma forma de democratizar a participação de todos os envolvidos e interessados no soerguimento da empresa e permitir o cumprimento do devido processo legal, através do contraditório.

Vale esclarecer que, ao tratar acerca da competência para processamento das ações, a atual legislação processual civil, ao contrário da anterior, não admite a remessa dos autos para a Justiça Federal quando, em processo de recuperação houver interesse da União e suas autarquias. O artigo 45, inciso I, do Novo Código de Processo Civil³⁸⁴, como hipótese de exceção, assevera que os autos devem ser mantidos no juízo concursal ainda que autarquia federal intervenha no processo.

Assim, a intervenção do CADE como *amicus curiae*, nos processos de recuperação judicial, deve ser feita com o trâmite na vara concursal de origem, de acordo com os preceitos processuais postos na Lei de Falência e Recuperação de Empresas.

Então, não há motivos para afirmar que o juízo recuperacional não seria capaz de fazer uma espécie de controle de estruturas, afinal, eventual ausência saber técnico pode ser suprido tanto por perito, como pelo CADE, como interveniente processual.

Tem-se, pois, possível a utilização da teoria da *Failing Company Defense* nos processos de recuperação judicial e será o juízo recuperacional a autoridade competente para proferir a autorização dos atos concentrantes eventualmente postos no plano de recuperação.

³⁸⁴ Código de Processo Civil – “Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os autos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações: I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho”. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

7 CONCLUSÃO

O intento da pesquisa proposta foi de tentar descortinar o sentido teleológico da norma constitucional, quando trata do princípio da livre iniciativa (que tem também *status* de fundamento da República Federativa do Brasil), da função social da empresa e da livre concorrência. Tal esboço teve o condão de verificar se há possibilidade de aplicar a *Failing Company Defense* nos casos brasileiros de atos de concentração monopolizadores, inseridos em processos de recuperação judicial como meio de reerguimento.

Ao iniciar a Constituição Federal de 1998, o constituinte originário considerou por bem apontar um rol que atua como fundamento da República Federativa do Brasil, a exemplo da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da, acima mencionada, livre iniciativa, dentre outros. Tais fundamentos se apresentam como princípios que alicerçam, fundamentam, orientam, valoraram a aplicação das demais normas estabelecidas ao longo de toda a Constituição Federal de 1988.

Estes fundamentos caminham juntos para demonstrar a existência de um Estado Democrático de Direito, é dizer, um Estado do povo e para o povo, o qual deve promover a consecução de alguns objetivos como a busca do bem-estar social, desenvolvimento nacional e de uma sociedade livre, justa e solidária. Entretanto, para atingir equilíbrio social, há que se pensar na tentativa de uma vida econômica, também, equilibrada, na qual não existam excessos ou abusos. No anseio de tal propósito, a Constituição Federal de 1988 apresentou um plexo de regras norteadoras do fator econômico, tendo sido inspiradas pela ideia da valoração social livre iniciativa e do trabalho humano, que possuem, em seu bojo, o escopo de preservar e garantir a dignidade da pessoa humana.

O legislador - ao querer frenar o abuso no exercício da livre iniciativa capaz de maleficar a dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a justiça social - instituiu algumas diretrizes que devem ser analisadas sistematicamente. Ora, a dignidade da pessoa humana se apresenta como condutor não só para a atividade econômica, mas também para a elevação dos direitos fundamentais e de toda ordem jurídica. Por esta razão, a proteção à Ordem Econômica é também, por consequência, a proteção à dignidade da pessoa humana.

Eis que a Constituição Federal de 1988 apresentou um arcabouço de regras sobre Ordem Econômica. Estas podem ser entendidas como disposições constitucionais que foram apresentadas para nortear o processo de interferência do Ente estatal na administração da vida econômica da nação, mormente em relação às atividades geradoras de riquezas e renda.

Ao cuidar acerca da Ordem Econômica, o primeiro instituto que há de ser examinado é o da liberdade de iniciativa. No Brasil, atualmente, a livre iniciativa é o alicerce do sistema econômico, não se admitindo porém, um liberalismo econômico desmedido e inconsequente. A intervenção estatal deve acontecer exatamente para frenar esses excessos, nos limites constitucionais e de acordo com as reais necessidades. A liberdade de iniciativa engloba, dentre outros aspectos, a prática da empresa que, por via de consequência, estimula o desenvolvimento social e possibilita o cumprimento dos direitos fundamentais ao permitir o desenvolvimento do Estado Democrático do Direito.

Mesmo aqueles que abraçam cegamente e com todas as forças o socialismo, em algum momento, pegam-se afirmando, ainda que timidamente, que a atividade empresarial é importante para o seio social. Isto acontece porque, malgrado a principal característica da atividade empresarial ser, indiscutivelmente, lucratividade para o empresário, atualmente, sabe-se acerca de outra característica da ação empreendedora tão latente quanto a busca pelo lucro, qual seja, a importante função que desempenha junto ao grupo social, capaz de colaborar com a proteção dos direitos fundamentais do homem.

Em verdade, a Constituição Federal, em diversos momentos, emoldurou alguns valores sociais dando a nomenclatura de princípios e deu a alguns institutos do direito privado uma função social, evitando que o capitalismo exacerbado dominasse as relações negociais. Dentre esses princípios está o da função social da empresa.

Ora, o princípio da função social, ao ser limitador das relações privadas, não tem apenas uma face contraproducente que algeme sobremaneira o proprietário da empresa. Tal refrenamento é necessário nos limites a evitar a prática de atos abusivos e que causem prejuízos à coletividade, evitando, por via de consequência, um prejuízo à unidade social. Isto se dá pela importância da atividade empresarial ao coletivo.

Corolário do princípio da função social da empresa, eis que surge o princípio da preservação da empresa que se apresenta em função dos já citados benefícios que esta pode trazer à coletividade. Dessarte, a manutenção da fonte produtora reflete interesse social. É inegável o influxo que o mundo econômico desempenha no universo fático-social. No momento em que a atividade empresarial desempenha seu papel de forma adequada, toda a coletividade ganha. Doutra banda, quando há uma crise econômico-financeira no seio empresarial, todos sofrem os reflexos da desventura saboreada pelo empreendedor.

Entretanto, malgrado a fiel tentativa de preservação da empresa, o ideal é que tal preservação só deve ocorrer enquanto efetivamente venha cumprir seu papel social. Nesta senda, não se pode admitir a sua manutenção de forma desmedida, abusiva e que vá de

encontro com a Ordem Econômica constitucional. Há que se atentar que, em alguns casos, o encerramento da atividade empresarial trará mais benefícios que malefícios.

No desiderato de cumprir os ditames programáticos da Constituição Federal e com o escopo fulcral de estimular a conservação da atividade econômica, os membros do Poder Legislativo trouxeram para o sistema jurídico brasileiro o instituto da recuperação de empresas - que veio substituir a antiga concordata, através da Lei nº 11.101/2005. A lei em apreço tentou modificar o tratamento dado aos empresários em crise, no momento em que apresenta instrumentos incentivadores da manutenção da atividade viável.

Diferentemente da antiga norma que tratava acerca da crise empresarial, a atual legislação, ao permitir a tentativa de reerguimento exigiu do empresário a apresentação do chamado plano de recuperação - documento que traz os chamados meios de recuperação judicial, que são as propostas levadas aos credores, inclusive que podem gerar concentração de mercado.

Ora, a incorporação e a fusão, por exemplo, são manobras societárias que se apresentam como episódios concentracionistas, oportunizando o eventual surgimento de um ente dotado de força monopolizadora do mercado; a cisão também está inserida na lista de artifícios permissivos de atos de concentração, principalmente quando ocorre no intento de fazer surgir uma consequente incorporação da parte cindida. E tantos outros atos concentrantes podem surgir.

Porém, é necessário frisar que, em algumas situações, os atos de concentração podem trazer consequências benéficas para os membros da base territorial envolvida. As concentrações, por vezes, podem garantir a manutenção do emprego, estimular o crescimento tecnológico, possibilitar economias de escala, permitindo a melhor fruição dos recursos disponíveis, a manutenção da fonte produtora, dentre outros.

Doutra banda, os atos de concentração são repudiados pela legislação brasileira quando impedem a irrestrita liberdade de concorrência e o abuso do poder econômico. Em outras palavras, os excessos do poder econômico, que almejem a aniquilação da concorrência devem ser comedidos pelas políticas econômicas predatórias.

A propósito, a livre concorrência, apresentada como princípio pelos constituintes, intenta assegurar a distribuição dos fatores de produção disponíveis de maneira eficiente, estimulando o incremento das condições de empregabilidade, aumento na renda da população e crescimento econômico e obstaculizando a movimentação inapropriada de renda entre fornecedores e consumidores, como também, a exclusão do mercado de consumo de parcela da população. A salvaguarda à concorrência, portanto, vai muito além da conveniência para as

partes intimamente embrulhadas, sendo a população a verdadeira interessada na proteção dos seus bens jurídicos.

Em regra, o Estado não deve ser um obstáculo à atividade empresarial, senão no propósito de manter a própria disputa econômica saudável. Nos dias atuais, a principal norma infraconstitucional brasileira que trata da limitação da livre concorrência é a Lei nº 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste, que descreve e repudia os atos de coalizão praticados por empresários que visam à supressão da concorrência, asseverando a um agente ou grupo econômico uma colocação monopolizadora.

Para tanto, no intento de fazer valer o princípio da livre concorrência, foi concedido ao CADE, principal autoridade antitruste nacional, a função de decidir administrativamente acerca dos casos que, eventualmente, pudessem gerar riscos para a economia brasileira, em especial as situações de condutas e de concentração econômica capazes de ultrajar a livre concorrência. A legislação em comento traz a proibição de alguns atos de concentração, especialmente quando a concentração empresarial fizer acontecer, por qualquer motivo, a cessação ou diminuição considerável da concorrência de mercado relevante, ou, ainda, o surgimento de dominação ou potencial de mercado relevante de bens ou serviços.

Não obstante tal repressão, há a possibilidade de manutenção dos atos de concentração que causem monopólio mercantil quando for possível verificar um aumento na produtividade ou competitividade, melhoria nas características de bens ou serviços e o estímulo ao desenvolvimento tecnológico, como também, desde que haja repasse aos consumidores montante relevante dos benefícios ocasionados pela concentração empresarial.

A realização da gerência de estruturas, geralmente, assenta-se numa verificação de conjunturas, que permitem a comparação das realidades dos mercados relevantes antes e um provável depois. Verifica-se se a operação permite um caminhar para a extrapolação das relações concorrenciais a ponto de que o risco de monopolização e/ou surgimento de atos colusórios sejam latentes. Caso se chegue a essa conclusão, o Estado pode ordenar aos agentes econômicos limitações à atuação ou, simplesmente, brecá-lo.

Ocorre que não raras são as chances de julgadores se depararem com a situação de terem que escolher entre o impedimento de atos de concentração - com o risco da cessação automática da atividade empresarial, trazendo consigo todos os reflexos prejudiciais à sociedade - e a permissividade de atos de concentração visivelmente maléficos à concorrência - donde se infere, também, todos os riscos de um mercado monopolizado. Isso pode acontecer, especialmente em processos de recuperação judicial, que tem textualmente previsão em lei da prática de atos concentrantes como meios de soerguimento.

Para a solução de tal querela, os Estados Unidos adotaram uma teoria que possui a promoção da livre concorrência quando se trata de controle de estruturas, teoria esta conhecida, conforme mencionado alhures, como *Failing Company Defense*, que apresenta a primazia do princípio da preservação da empresa em relação ao princípio da livre concorrência, desde que preenchidos certos requisitos.

A teoria em apreço pode ser aplicada no instante em que, diante de uma situação concreta na qual uma operação de concentração societária não seria recomendada – em razão da potencial ameaça à estabilidade concorrencial –, acaba sendo totalmente aceita. O guia para análise de atos de concentração americano trouxe como requisitos a serem preenchidos os seguintes tópicos: a) a empresa a ser adquirida é reconhecidamente insolvente e incapaz de cumprir as suas obrigações financeiras no futuro próximo, no caso de reprovação da concentração; b) sem a concentração, o empresário não seria capaz de se reorganizar com êxito nos termos do Capítulo 11 da Lei de Falências; c) o empresário, amparado pela boa-fé, não envidou em obter outras ofertas razoáveis para aquisição de seus ativos e, diante do insucesso, a operação concentrante se mostra como única alternativa para os ativos da empresa não saírem do mercado relevante, representando um prejuízo maior para a concorrência.

O Brasil, inicialmente, passou a decidir casos semelhantes com bases nos parâmetros traçados pelo direito antitruste americano. Isso porque inexistente, no ordenamento legal nacional, previsão expressa. Por outro lado, a *Failing Company Defense* encontra sustentação no Guia H - documento de caráter informativo confeccionado pelo CADE -, que traz os seguintes pressupostos para a utilização da teoria no Brasil: a) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; b) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico; e c) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.

Esses requisitos se fundamentam nos princípios da livre concorrência e da preservação da empresa, realizando a ponderação e razoabilidade como forma para resolver a situação concreta, na busca do bem-estar coletivo. São totalmente compatíveis com o juízo de recuperação judicial, especialmente porque o mesmo ideário da *Failing Company Defense* é o

pretendido pelo direito recuperacional brasileiro, qual seja, manter a atividade empresarial que faz bem à coletividade.

Defende-se, porém, que haja uma flexibilização na análise desses pressupostos apresentados pelo CADE, tendo em vista que apenas o caso concreto poderá apresentar os fundamentos de qual será a melhor decisão para que seja cumprida a função social da empresa.

Por fim, entende-se que, em sede de recuperação judicial o juízo recuperacional é a autoridade competente para decidir acerca da aprovação ou a reprovação dos atos de concentração econômica, em virtude da *vis attractiva* que o juízo concursal possui. Tal assertiva deriva do fato de que, além de ter competência para exercer controle de legalidade e constitucionalidade em todos os atos praticados no processo, a competência para proteção à livre iniciativa não é exclusiva da autoridade administrativa.

Tem-se a competência do juízo concursal para processar e julgar os atos de concentração em sede de recuperação judicial, com participação do CADE como *amicus curiae*, que deverá fazer um parecer técnico sobre o ato concentrante de natureza jurídica não vinculante. A utilização da FCD é possível no direito brasileiro e em sede de recuperação, o juízo concursal deverá fazer sua avaliação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso do direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ANDERS, Eduardo Caminati et al. (Coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. In: WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 1, p. 387-395.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. O empresário. Tradução Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano 36, n. 109, p. 183-189, jan./mar. 1998.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa (*Profili dell'impresa*). Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial e Financeiro**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez, 1996.

ATKINSON, R. D.; AUDRETSCH, D. B. Economic doctrines and approaches to antitrust. Bloomington: Indiana University-Bloomington: School Of Public & Environmental, 2011. (Research Paper Series. n. 2011-01-02.). Disponível em: <<http://www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ÁVILA, Humberto. **A Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (triumfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 9, março-maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico.** São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

_____. **Direito constitucional: estudos e pareceres.** São Paulo: Edições CEJUP, 1998.

_____; MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1990. v.7.

BENETI, Sidnei Agostinho. O processo de recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Org.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 223-243.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial.** 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência.** 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Código civil de 2002.** Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 ago. 2017.

_____. **Código de processo civil.** Brasília, DF, Senado Federal, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. **Código de tributário nacional.** Brasília, DF, Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 0016/1994.** Relator José Matias Pereira. Julgado em 22 de março de 1995. v. 2, p. 555. Brasília, DF, 1994. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?BgBhoWPXLvAFiw-94kl9AhFEKjyHikeO7KCCeSchYztjROdQ5UJYa4kh1iFrlxIJenGhgfriStTN6XKzvnQTsw>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 0044/1995.** Relator Renault de Freitas Castro. Julgado em 17 de dezembro de 1997. v. 2, p. 732. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?20Kh7V0UHHdpAQO9oQLn_XfoMSYFOZV3Y4xnaXJ9-qZEF6NLe4U686N7IHp0sjUD5byXBQW49vMjDvVhbbaHIQ>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 0092/1996.** Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15 de abril de 1998. v. 1, p. 322. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/>>

documento_consulta_externa.php?CR9kVe3TmhQ1sqlzJDfaFuxi-ZaDahGxSOLQeI0wN Klcqy3oJoA03n8SFj1x3VShMSYP4Jyb6AVGCL2qXE5IxA,,>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 0084/1996**. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12 de agosto de 1998. v. 5, p. 2.003. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?rDbnAPRw4aRKD_0HwIehu26lMzNTjEdVkJPP63otv1z-JrFPbheVi8b6tiuZpVeT5SFdiv1t6SarDPw7qP-Y_lw>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.007374/1997-34**. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30 de setembro de 1998. Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 08012.005205/1999-68**. Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer. Julgado em 01 de junho de 2005. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 de nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 08012.000304/1998-81**. Relator Luís Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 23 de julho de 2008. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração 08012.007520/2009-62**. Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgado em 23 de julho de 2008. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de concentração 08012.014340/2007-75**. Relator Luís Fernando Rigato Vasconcelos. Julgado em 25 de janeiro de 2011. Brasília, DF, 2007. p. 176. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mh7hbqSye1YZGaX8QgRjt_qVF0o-fl9IXmWhxzhxOsjHw,,>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 11 nov. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 44 da I Jornada de Direito Comercial**: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial da legalidade”. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/69>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 52 da I Jornada de Direito Comercial**: “a decisão que defere o processamento da recuperação judicial desafia agravo de instrumento”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/125>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 53 da I Jornada de Direito Civil**: “Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa” Brasília, DF, [200-?]. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/754>>. Acesso em: 21 maio 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 77**: “As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença”. Brasília, DF, [200-?]. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/791>>. Acesso em: 23 set. 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, [1943]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

_____. Lei nº 11.101, 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as sociedades por ações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 dez, 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

_____. **Lei nº 8.884, 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.** Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no conflito de competência nº 153.006/PE.** Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 2ª Seção, julgado em 22/02/2018 Diário de Justiça, 27 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no conflito de competência nº 152.742/RJ.** Relator Ministro Marco Buzzi, 2ª Seção, julgado em 14/03/2018, Diário de Justiça, 21 mar. 2018.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **O direito dos grupos e a concentração de empresas.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1975.

BUZATTO, Raiane. Os atos de concentração no processo recuperacional e a necessidade de notificação do CADE para exercício do controle prévio de estruturas. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 87-101, mar./ago. 2017.

CABRAL, Patrícia Semensato. **Remédios antitruste em atos de concentração:** uma análise da prática do CADE. 2014. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia do Setor Público – MESP) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014.

CAMPINHO, Sérgio. Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do CADE. **Revista de Direito Empresarial e Recuperacional**, Florianópolis, Editora Conceito Editorial, v. 0, n. 1, p. 103-124, 2010.

_____. **Curso de direito comercial:** falência e recuperação de empresa. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Jorge Gomes. **Direito constitucional e teoria constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTO, Jorge Luiz Lopes do. A convolação da recuperação em falência. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005)**: retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223-243.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. Introdução: Direito da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro. **Publicações da Escola da AGU**: a nova lei no CADE, ano 4, n. 19, p. 9-34, 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. Princípios da Nova Lei de Falências. **Gazeta Mercantil**, Recife, 16 jun. 2005, Caderno “A”, Opinião, p. 3. Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/newart/mostrar_materia.asp?cd_noticia=9676>. Acesso em: 26 maio 2016.

CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, Gustavo Flausino; SILVA, Ricardo Vilela Mafra da. Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise dos atos de concentração. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 26, p. 93-111, jul./dez. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 50, p. 57-74, abr./jun. 1983.

_____. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Estado, empresa e função social. In: Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 2, p. 69-75.

CORDOVIL, L. et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORREIA JUNIOR, José Barros. (Re)personalização do Direito Empresarial pela função e atividade social. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 99-122, set./dez. 2012.

_____. **A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial:** atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar? Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130426155426.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. Curitiba: Juruá, 1999.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. Da ordem econômica e financeira. In: TANAKA, Sônia Kanashiro (Coord). **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 552-578.

_____. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2007.

DIGANGI, Kyle. Cutting the financial fat from the failing firm defense: refocusing the failing firm defense on antitrust law. **St. John's Law Review**. v. 86, n. 1, article 8, 2012. Disponível em: <<http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol86/iss1/8>>, Acesso em: 12 set. 2017.

DILORENZO, Thomas. The origins of antitrust: an interest-group perspective. **International Review of Law and Economics**, n. 5, p. 73-90, jun/1985. Disponível em: <<http://www.ucis.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

DORNELAS, José Carlos Assis. **Empreendedorismo: transformando ideias em negócios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DUHAIME, Lloyd. **Canadian Legal History: 1889**. Canada: Canada Wheels Out World's First Competition Statute. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LawMuseum/CanadianLegalHistory/LawArticle-1420/1889-Canada-Wheels-Out-Worlds-First-Competition-Statute.aspx>>. Acesso em: 13 ago.2017.

ESTADOS UNIDOS. **Federal Trade Commission**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Federal Trade Commission**. Horizontal Merger Guidelines. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804291/100819hmg.pdf>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. **John Sherman: A featured biography**. Senado. Disponível em: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Featured_Bio_Sherman.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

_____. Justia US. U.S. Supreme Court. **Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969)**. nº 243. Argued January 15, 1969. Decided March 10, 1969. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

ESTADOS UNIDOS. Justia US. U.S. Supreme Court. **International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930)**. n. 42. Argued December 2, 3, 1929. Decided January 6, 1930. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/280/291/case.html>> . Acesso em 22 de agosto de 2017.

_____. Justia US. U.S. Supreme Court. **United States v. General Dynamics Corp.**, 415 U.S. 486 (1974). n. 72-402. Argued December 5, 1973. Decided March 19, 1974. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/486/case.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. Justia US. U.S. Supreme Court. **United States v. General Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974)**. n. 72-402. Argued December 5, 1973. Decided March 19, 1974. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/486/case.html>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Our documents**. Disponível em: <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=false&doc=66&page=transcript>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. **Sherman Act**. Disponível em: <http://www.linfo.org/sherman_txt.html>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **The United States Department of Justice**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/mission>>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. **The United States Department of Justice**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

EURO-LEX. **Council Regulation EC n. 139/2004**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. **Council Regulation EC n. 4064/89**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31989R4064>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004XC0205(02))>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l26107>>. Acesso em: 13 set. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FAGUNDES, Jorge. Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, p. 133-151, jan. 2003.

FAHIM, Mostafa. **Failing firm doctrine an exemption not a rule in merger control legislation**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Lund University, Suécia, 2012.

FARREL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Horizontal mergers: an equilibrium analysis. **The American Economic Review**, v. 80, n. 1, p. 107-126, 1990. Disponível em: <www.jstor.org/stable/2006737>. Acesso em: 11 set. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense**: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/premios/premios-1/premios/viiipremio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORNARI, Homero José Nardim. A função social da empresa: elemento decisivo na recuperação judicial. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 12, n. 2, p. 139-156, maio/ago. 2015.

FRADE, Eduardo Silveira; BARACHO, Hertha Urquiza. A nova definição de atos de concentração e sua relevância na consecução dos princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 412-432, jul./dez. 2013.

FRAZÃO, Ana. A análise de eficiência em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. In: CARVALHO, Vinícius Marques (Org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 181-199.

_____. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: VIEGAS, Frederico (Org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Brasília: Obscurus, 2009. p. 11-42.

_____. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**: função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GABAN, Eduardo Molan. Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 11, p. 83-106, jan. 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 60, p. 257-275, out./dez. 2014.

_____; BARTHOLO, Bruno Paiva. Função social da empresa. In: **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010, v. 2, p. 101-124.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

GREMAUD, Amaury Patrick et al. **Introdução à economia**. São Paulo: Atlas, 2007.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

HOLCOMBE, R. G. **Entrepreneurship and economic progress**. New York: Routledge, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust**. St. Paul: West Group, 2011.

IRTI, Natalino. **L'età della Decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffré, 1999.

KOKKORIS, Ioannis. Failing firm defence in European Union. A panacea for mergers? **European Competition Law Review**, v. 27, n. 9, p. 494-509, 2006.

LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *failing firm defense* no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum – RA**, Marília, v. 18, n. 2, p. 409-430, maio/ago. 2017.

LÔBO, Jorge. A crise da empresa: a busca de soluções. In: **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6.

_____. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Jorge. Direito da crise econômica da empresa. In: Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6.

_____. Soluções para a crise das empresas e a constituição econômica do Brasil. In: Arnoldo (Org.). **Doutrinas essenciais de direito empresarial**. São Paulo: RT, 2010. v. 6, p. 101-107.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 42, dez. 1995.

_____. Constitucionalização do direito civil: novas perspectivas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3754, 11 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25361>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Princípios contratuais. Princípios sociais dos contratos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3750, 7 out. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25359>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

LONGENENECKER, J. G.; MOORE, C. W.; PETTY, J. W. **Administração de pequenas empresas: ênfase na gerência empresarial**. São Paulo: Pearson, 2004.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

_____. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 8.

_____. **Direito empresarial brasileiro: teoria geral dos contratos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **Direito internacional da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, p. 41-66, maio 2005.

MARZAGÃO, Lídia Valério. A Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MATIAS, João Luiz Nogueira; MENDES, Davi Guimarães. A crise como oportunidade de negócios: análise da concentração de mercado na aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial à luz da teoria da *failing firm defense*. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 14, n. 2, p. 77-95, maio/ago. 2017.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de defesa da concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira**. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDA, Renata Vieira; SOLA, Diogo Diniz Lopes. Defesa da concorrência: atos de concentração sob a nova Lei nº 2.529/11. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 203-218, set./dez. 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Campinas: Russel Editores, 2005. v. 5.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.11.100963-5/001**. Relator: Desembargadora Sandra Fonseca. 6ª Câmara Cível, julgamento em 31/01/2012, publicação da súmula em 10/02/2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. tomo 17 (pt. especial).

MOREIRA, Alberto Caminha. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2009.

MUNIZ, Tânia Lobo; TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira. Da livre iniciativa e da confiança na relação empresa e consumidor. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 167-184, jun. 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de direito comercial e de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

NIELSEN-JONES, Ian. Canadian antitrust enforcement. **Antitrust Law Journal**. v. 57, n. 3, Developments, 1988, p. 923-933. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40841149?seq=11#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 13 ago. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade: céleres considerações. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 179-193, jul./set. 2001.

NOGUEIRA, Ricardo José Negrão. O papel do judiciário na homologação do plano. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle de concentração de empresas.** São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Fernando Guimarães. **A failing company defense e do direito antitruste: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A teoria da failing firm defense e sua aplicação no Brasil.** Salvador: Juspodivm, 2016.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PAJARDI, Piero; PALUCHOWSKI, Alida. **Manuale di diritto fallimentare.** 7. ed. Milano: Giuffrè, 2008.

PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. Preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 9, p. 51-74, jan. 2002.

PEREIRA, Viviane de Freitas. Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração: a questão do controle de concentrações. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 10, p. 85-99, jan. 2003.

PEREZ, Marcelo Monteiro. **Uma contribuição ao estudo do processo de recuperação de empresas em dificuldades financeiras no Brasil.** 2007. Tese (Doutorado em Administração) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PERITZ, Rudolph J. R. **Competition policy in America: history, rethoric, law.** Oxford: Oxford University Press, 2000.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Controle de concentrações e proteção dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 100, p. 329-357, jul./ago. 2015.

POSNER, Richard. **The New Yorker.** 2010. Disponível em: <<https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/interview-with-richard-posner>>. Acesso em: 28 mar.2017.

POSSAS, Mário Luiz. Limites normativos da análise econômica antitruste. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 16, p. 235-272, jan. 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101/2005**. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RANTA, Pontus. **The failing firm defence in eu merger control and the effects of the economic crisis on its development**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculty of Law da University of Helsinki, Finlândia, 2016.

REQUIÃO, Rubens. A função social da empresa no estado e no direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 19, p. 263-280, 1979.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de empresas**. Barueri: Manole, 2008.

ROMANIELO, Enrico Spini. **Direito antitruste e crise: perspectiva para a realidade brasileira**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU – A nova lei no CADE**, ano 4, n. 19, p. 9-34, 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245097>. Acesso em : 25 jun. 2017.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SALGADO, L. H. O caso Kolynos-colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 9, p. 161-177, jan. 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula 56**. Na recuperação judicial, ao determinar a complementação da inicial, o juiz deve individualizar os elementos faltantes. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>>. Acesso em 29 de junho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCHULTZ, H.W. Federal Trade Commission Act. **Food Law Handbook**. Springer, Dordrecht: The AVI Publishing Company, p 320-327, 1981. Disponível em: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-94-011-7373-5_21#citeas>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SIDOU, J. M. Othon J. M. **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA FILHO, Walter Rodrigues da. Constituição econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, 1995, p. 209-223, abr./jun. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SLATTER, Stuart; LOVETT, David. **Como recuperar uma empresa**: a gestão da recuperação do valor e da performance. São Paulo: Atlas, 2009.

SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. Amicus curiae no Brasil: um terceiro necessário. In: **Doutrinas essenciais**: novo Processo Civil. São Paulo: RT, 2018, v. 2, p. 797-815.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2003.

STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. 2012. Disponível em: <http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

STÜRMER, Gilberto. **Direito constitucional do trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S; SAGERS, Christopher L. **The Law of antitrust**: an integrated handbook. 3. ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016.

SZTAJN, Rachel. Recuperação de empresa em crise: incompletude contratual e reputação. **Revista de Direito Empresarial – ReDE**. São Paulo, v. 13, n. 4, p. 113-118, jul./ago. 2014.

_____; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**. São Paulo: Campus, 2008.

TAKADA, Thalles Alexandre. Instituições, mercado e consumo. **Revista de Direito Empresarial - ReDE**, São Paulo, v. 13, p. 301-314, jan./fev. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito constitucional econômico** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

TODOROV, Francisco; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, v. 57, p. 234-257, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327925>. Acesso em: 21 ago. 2017.

TOLEDO, Gastão Alves de. Ordem econômica e financeira. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 3.

_____. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

TONELLATTI, Norma Antônia Gavilân. Controle de concentrações econômicas: a (im)possibilidade de criação de monopólios sob a perspectiva da Lei nº 12.529/2011. **Revista de Direito Empresarial - RDE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 1, p. 187-200, jan./abr. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **The history of the European Union - 1951**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1946-1959/1951_en>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. **The Schuman Declaration – 9 may de 1950**. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en>. Acesso em: 13 jul. 2017.

VAZ, Isabel. O poder judiciário e a aplicação da lei antitruste. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Org.). **Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 297-314.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de direito comercial**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.