

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA *FAILING FIRM DEFENSE* NO BRASIL

THE APPLICATION OF THE *FAILING FIRM DEFENSE* THEORY IN BRAZIL

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); *Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires* (UBA/ Bs. As.) Argentina; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiá/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS; Professor Titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC).

BRUNA PAMPLONA DE QUEIROZ

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela UFSC.

RESUMO

O presente artigo, por meio de método de abordagem dedutivo e, como auxiliar, o comparativo, bem como procedimento de análise bibliográfica e jurisprudencial, pretende demonstrar que a teoria norte-americana da *Failing Firm Defense* encontra

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

aplicação no atual cenário de crise brasileira, ao possibilitar a aprovação de certos atos de concentração, normalmente, reprováveis ou sujeitos às restrições, pelo Órgão de proteção à concorrência, em razão da função social da empresa. Para isso, são estabelecidos determinados critérios encontrados nos precedentes e no *Horizontal Merger Guidelines* dos Estados Unidos que servem de base ao CADE à utilização da teoria em seus julgados, ainda que necessária a adaptação à realidade econômica do País.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Econômico; Antitruste; Concorrência; Legislação Falimentar; Crise; *Failing Firm Defense*.

ABSTRACT

The present article, through the method of deductive approach and, as auxiliary, comparative, as well as the process of bibliographical and jurisprudential analysis, the proposals that demonstrate the American theory of the Defense of Low Companies, are in Increasing probability of competitions, normally reprehensible or subject to restrictions, by competition law, because of the social function of the company. The horizontal merger guidelines of the United States of America are not based on the United States Horizontal Fusion Guidelines.

KEYWORDS: Economic Law; Antitrust; Competition; Bankruptcy Legislation; Crisis; Failing Firm Defense.

INTRODUÇÃO

Em contexto de graves crises econômico-político-sociais nacionais, importantes princípios são colocados “em xeque”, destarte, diante de empresa em situação de

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

insolvência, são sopesados não somente os interesses individuais do empresário, mas, também, do fisco, dos fornecedores, dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade que atua e do próprio Estado na manutenção da unidade e excelência produtiva em razão de sua função social - ainda que, para isso, seja necessária a realização de atos que possam lesar a livre-concorrência. A Teoria norte-americana da *Failing Firm Defense* (FFD) é utilizada nesses casos em que há conflito entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a esse último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira. No Brasil, não há entendimento sistematizado a respeito de dita teoria na doutrina ou na jurisprudência, no entanto, há julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconhecendo a aplicação da *FFD*, seguindo padrão internacional, bem como recentes diretrizes estabelecidas pelo Guia de Concentração Horizontal, de 2016, do CADE.

Esta pesquisa pretende responder se a teoria da *Failing Firm Defense* encontra fundamento de aplicação no Brasil e sob quais critérios os atos de concentração realizados por empresas em crise econômica devem ser autorizados pela Autarquia responsável pelo controle de estruturas de mercado - CADE. Acredita-se que diretrizes pré-estabelecidas e adequadas à realidade econômica brasileira são essenciais à utilização de teoria alienígena e que a *FFD* deve manter-se restrita aos casos excepcionais que cumpram os requisitos legais – por isso, a importância do presente estudo. Sendo assim, por meio deste trabalho, objetiva-se: a) compreender a origem do Direito Econômico, em especial, do Direito Econômico Concorrencial, bem como seus principais conceitos, quais sejam: ato de concentração, posição dominante e mercado relevante; b) analisar, historicamente, as diferenças do Direito Antitruste nos Estados Unidos e no Brasil; c) compreender a estrutura do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC) e o procedimento de análise dos atos de concentração realizado

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

pelo CADE; d) verificar o conceito de FFD e os pressupostos de aplicação da teoria nos Estados Unidos, seu País de origem, por meio dos principais precedentes daquele País; e) analisar a aplicação da teoria no Brasil, em comparação ao padrão internacional, a partir dos julgados do CADE e do Guia de Concentração Horizontal e; f) estudar a (in) existência de conflito de competência entre o juízo concorrencial e falimentar, nos casos em que o plano de recuperação judicial provê a realização de atos de possam gerar efeitos anticompetitivos. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, e, como auxiliar, o comparativo, bem como procedimento de análise bibliográfica e jurisprudencial.

2 DIREITO ECONÔMICO CONCORRENCIAL

Conforme ensinamentos de Comparato (1965, p. 15), o Direito Econômico tem como nascedouro a Primeira Grande Guerra Mundial, a fim de incorporar as decisões e as atividades econômicas aos interesses bélicos. Nesse sentido, explica o doutrinador:

[...] alguns nele viam apenas a formação de um direito bélico, de natureza excepcional e transitória, outros ousaram afirmar o nascimento de uma nova forma de expressão jurídica, um ramo novo do Direito que, transcendendo o fenômeno especificamente militar que lhe dera origem, estava fadado a durar e se impor na vida social: tratar-se-ia de um direito da economia ou direito econômico, corolário indispensável da constituição do Estado pós-liberal.

No período pós-guerra, a partir da necessidade de reformar as estruturas sociais, o Direito Econômico foi o instrumental teórico utilizado para dar origem a uma nova realidade jurídico econômica. Na definição de Souza (2011, p.19):

O Direito Econômico é um conjunto de normas de conteúdo econômico que, pelo princípio da economicidade, assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Trata-se, portanto, de ramo do Direito autônomo, com regras, conceitos, institutos e métodos próprios, que busca adequar as condutas econômicas às normas jurídicas, com o fito de equilibrar interesses individuais e coletivos. Deve-se, assim, compreender que a ideologia incorporada na Política Econômica condicionará a realidade jurídico-econômica que, por sua vez, será institucionalizada na Ordem Jurídica e positivada nas Constituições. Dessa forma, são tratados juridicamente por normas típicas de Direito Econômico, atendendo aos objetivos da Política Econômica, os atos econômicos da produção, da circulação, da repartição, do consumo; bem como, a concentração de mercados e o desenvolvimento. É, ainda, dentro do Direito Econômico que se insere o Direito da Concorrência, também preocupado em conciliar a liberdade econômica individual e os interesses públicos.

As normas antitrustes são, na visão de Forgioni (2012, pp. 58-59), instrumento de implementação de políticas públicas, vez que “coíbem-se determinadas práticas prejudiciais à coletividade, tais como os cartéis, e estimulam-se outras importantes para a economia, tais como preços inferiores ao de monopólio, melhoria na qualidade dos produtos e maior nível de atividade econômica”. Além do caráter instrumental, a Lei Antitruste serve para “eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado”, através da repressão ao abuso do poder econômico, com o objetivo de manter o mercado competitivo. Busca-se, com isso, a garantia de preços justos, isto é, capazes de cobrir os custos do empresário e assegurar seu lucro, bem como incentivar os agentes econômicos a criar novas tecnologias e aperfeiçoar as já existentes.

O Direito Econômico Concorrência tem como intuito, portanto, a defesa do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, estabelecido no artigo 170¹ da Carta Magna – da qual se extrai que a livre concorrência é um dos princípios da Ordem Econômica que, por sua vez, é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

iniciativa”. Faz-se mister, então, diferenciar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, considerando sua importância:

O termo livre iniciativa é encontrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) já no seu artigo 1, inciso IV, bem como no *caput* do artigo 170 e compreende a “faculdade que o indivíduo tem de praticar atividade econômica, não se sujeitando a qualquer restrição estatal, exceto às condições previstas em lei”. (GRAU, 2010, pp. 202-204). Dessa forma, é a livre iniciativa que possibilita o empresário de iniciar seu negócio, de acordo com seus interesses, escolhendo o local do estabelecimento, o conteúdo, a forma de produção, venda e circulação do produto ou serviço que colocará no mercado, desde que atendidas as exigências legais. Já a livre concorrência encontra amparo igualmente na liberdade, não mais de iniciativa, mas de competição. Segundo este princípio, “os agentes econômicos podem adotar práticas comerciais para ampliar sua participação de mercado e aumentar seus lucros, desde que respeitadas condições impostas por lei”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.35) Nas lições de Grau (2007, p. 204), a liberdade de concorrência estaria dividida em: “(i) faculdade de conquistar clientela, desde que não através de concorrência desleal; (ii) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; (iii) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”.

Quando comparados os dois princípios, *a priori* pode soar que a livre concorrência tem a função de limitar a livre iniciativa, no entanto, Frazão (2006, p. 304) explica que “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”. Tem-se, portanto, que a livre concorrência, pelo caráter complementar e instrumental, encontra-se a serviço da livre iniciativa. Quanto à tutela da livre iniciativa, Cravo (2010, p. 01) justifica que:

A tutela da livre-concorrência visa a garantir a alocação eficiente de recursos na economia, de maneira a incentivar o aumento dos níveis gerais de emprego, da renda da população e do crescimento econômico e impedir a transferência

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

indevida de renda entre fornecedor e consumidor e a exclusão do mercado de consumo de parcela da população. A defesa da concorrência, portanto, ultrapassa o interesse das partes diretamente envolvidas, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por essa.

O Direito da Concorrência ao adotar como finalidade imediata a defesa das estruturas de mercado competitivas, deve coibir os atos de concentração econômica que possam ensejar prejuízos aos concorrentes e, conseqüentemente, aos consumidores, ou gerar acumulação de poder econômico por parte de uma única empresa. Nesse sentido, a Lei Antitruste brasileira (Lei nº. 12.529, de 30/11/2011) que estabelece, em seu artigo 90, o conceito de ato de concentração:

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 venture.

Os atos de concentração são, portanto, nas palavras de Forgioni (2010, pp.415-416), “o aumento do poder econômico de agentes do mercado, tanto pela acumulação de poder de controle em um participante daquele – pela aquisição de outros partícipes ou pela união destes em uma nova sociedade empresária –, quanto pela aquisição de ativos de uma empresa por parte de outra”. Ao abordar sobre os atos de concentração, Proença (2001, p.10) aponta as possíveis vantagens que o processo concentracional pode gerar, quais sejam: “a economicidade na produção e distribuição na economia de escala, inovação e racionalização”, dentre outras. No entanto, quando as concentrações são utilizadas como meio de supressão da concorrência, possibilitando, ao agente econômico, abusiva posição monopolista que gera prejuízos às estruturas de mercado, o Estado deve intervir, a fim de preservar o bem-estar social. A concentração

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

empresarial trata de fenômeno que ocorre de diversos modos, sendo de acordo com classificação doutrinária majoritária dividida em concentrações:

a) **horizontais** – realizadas por agentes econômicos situados no mesmo nível de uma cadeia industrial e que, portanto, guardam entre si uma relação de concorrência; b) **verticais** – realizadas entre agentes econômicos situados em níveis distintos de uma mesma cadeia industrial e; c) **colaboração ou cooperação** – realizados por agentes econômicos situados em mercados distintos. (GABAN; DOMINGUES, 2012, p.116)

Determina o §5º do artigo 88 da Lei nº 12.529/11 que “serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante (...)”. Do citado dispositivo, dois conceitos devem ser destacados e compreendidos: mercado relevante e posição dominante. Segundo Forgioni (1998, p. 200), “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. A análise comparativa de mercados relevantes *ex ante* e *ex post* é indispensável ao exercício do controle de estruturas, isso porque o resultado designa o poder de determinada empresa ou agente econômico de explorar com grande percentual de exclusividade determinado bem ou serviço. Por conseguinte, o mercado relevante pode ser dividido em três espécies: material, geográfico e temporal.

O mercado relevante material diz respeito “àquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece”, ou seja, sua delimitação parte da “identificação das relações de concorrência”. (FORGIONI, 1998, p. 207) Já “o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva”. (FORGIONI, 1998, p. 201) E o mercado relevante temporário ou temporal é “diagnosticado pela doutrina como aquele em que se estuda tanto a dimensão geográfica (espacial) quanto a dimensão material (produto ou serviço)”. (OLIVEIRA, 2014, p.8)

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Quanto à posição dominante, o art. 36, parágrafo 2º, da Lei nº 12.529/11 prescreve:

Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

A Lei Brasileira não pune a dominação de mercado *per se*, porém, o exercício abusivo de posição dominante. Trata-se, então, de abuso de posição dominante, ou abuso de poder de mercado, as condutas unilaterais que visam, ou tem por resultado, a eliminação da concorrência, o aumento arbitrário de preços e a dominação de mercados, conforme prevê o § 4º do art. 173 da CRFB/88.

Por outro lado, segundo o §6º do artigo 88, da referida Lei 12.529/11, podem, os atos de concentração, serem aprovados caso repassem parte relevante dos benefícios aos consumidores e, cumulativa 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. É o que se conhece por eficiências da concentração econômica, tão caras ao SBDC. Tem-se, portanto, que “dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa econômica está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores”. (PROENÇA, 2001, p. 98) Por isso, no regime concorrencial, busca-se a maior produção de bens e serviços de qualidade, a fim de satisfazer a necessidade dos consumidores, a partir de preços suficientes para cobrir os custos e gerar lucros ao produtor. Para se alcançar este ideal, deve-se maximizar os lucros da empresa, realocando de forma eficiente seus recursos – a chamada eficiência alocativa. Diz-se, portanto, que “a defesa da concorrência é meio de garantia do bem-estar coletivo, o que se alcança na medida em que há maior eficiência alocacional” (MENDES, 2015, p.14).

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Os economistas utilizam dois principais conceitos para explicar a eficiência: o conceito de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Ao equiparar a eficiência econômica ao bem-estar máximo do consumidor, tem-se que a eficiência paretiana seria alcançada quando nenhuma realocação possível poderia melhorar a situação de um consumidor sem que, simultaneamente, piorasse a situação econômica de outro. Nesse contexto, encontra-se o ensinamento de duas importantes escolas: Escola de Harvard e Escola de Chicago. Os economistas da Escola de Harvard, chamados “estruturalistas”, defendem que devem ser evitadas as excessivas concentrações de poder no mercado, buscando-se o modelo de *workable competition* marcado pela “manutenção de uma estrutura de mercado pulverizada e o aumento do número de agentes econômicos no mercado”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.30).

A intenção de propiciar o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) foi, inicialmente, articulada pela Escola de Chicago, entre os anos de 1950 e 1960 - ideia que, hoje, é totalmente reconhecida pela Escola de Harvard e pela Escola Pós-Chicago. Construída com fundamento na economia neoclássica, a Escola de Chicago advoga que, em longo prazo, os mercados tendem a corrigir as próprias imperfeições, bem como que a entrada de novos competidores pode resolver a maioria dos problemas de competição. Sendo assim, na visão da Escola de Chicago, o Direito da Concorrência deve se preocupar em melhorar a eficiência alocativa sem prejudicar o bem-estar do consumidor. O juiz Richard Posner (2001), um dos representantes mais expressivos da Escola de Chicago, defende que a busca por eficiência deve ser a meta primeira de toda e qualquer política antitruste, bem como justifica a política de defesa da concorrência em razão dos malefícios causados.

Maurice Stucke (2012, p. 624) é contundente ao criticar a visão de Posner, de modo que, para ele, em qualquer democracia, com razoável pluralismo, a política de defesa da concorrência que visa a promover o bem-estar deve “equilibrar múltiplos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos”. Evidente, portanto, que a Ciência Econômica possui caráter instrumental na aplicação do Direito da Concorrência, de

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

forma que não deve prevalecer o critério da eficiência sem que haja uma análise aprofundada do caso a partir de outras perspectivas, sob pena de sacrifício aos ditames da Lei.

2.1 ORIGEM DO DIREITO ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS

A partir da segunda metade do Século XIX, os Estados Unidos da América (EUA) passaram por momento de “aquecimento” na sua economia, marcado: pela expansão na produção, pela criação de estradas de ferro que permitiram melhor escoamento da produção em crescimento, pelo processo de integração vertical de pequenas empresas, pela urbanização da população que acabou por gerar mão de obra industrial, conjuntamente com a imigração europeia (mormente, a partir de 1890). Conforme Forgioni (1998, p. 67), “formava-se, assim, um mercado consumidor tipicamente urbano”. As citadas transformações foram, portanto, responsáveis pela expansão dos mercados naquele País e, conseqüentemente, por significativas reduções nos custos. Pela instabilidade dos preços encorajou-se processo de competição predatória e os agentes econômicos já estabelecidos no mercado passaram a se organizar em cartéis ou trusts, com o fito de arrefecer a concorrência e manter suas margens de lucro. Os *trusts* passaram a ser caracterizados como grupos de corporações engajados em um mesmo mercado relevante reunidos com o intuito de combinarem vantagens mútuas e eliminarem a concorrência destrutiva. (MOTTA, 2009, pp. 01-02) O *trustee*, portanto, recebia o poder derivado das ações das empresas para administrá-las centralizadamente e, em contrapartida, transferia um *trust certificate* aos acionistas – instrumento jurídico que os habilitava a receber os dividendos das operações realizadas. Nesse sentido:

Daí deriva a denominação de direito antitruste ou, no inglês, antitrust law, sinônimo de direito da concorrência, desenvolvido para combater a formação dos trusts, os quais concentravam poder econômico e promoviam práticas que, apesar de beneficiarem os seus próprios membros, seriam prejudiciais à coletividade. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.16).

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Nos EUA, com os prejuízos sofridos pelos consumidores finais, produtores rurais, trabalhadores e pequenos empresários, esses se revoltaram contra o poder concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trustes, e, então, passaram a pressionar o Congresso Norte Americano para que aprovasse iniciativa do senador Sherman. A legislação que ganhou a denominação oriunda do propositor, *Sherman Act*², foi promulgada em 1890, é considerado “o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”. (FORGIONI, 1998, p.65). Importa enfatizar que o *Sherman Act* não se tratou de oposição ao liberalismo, mas, sim, de maneira de corrigir as distorções geradas pelo próprio sistema liberal. Sendo assim, o intervencionismo Estatal era necessário para preservar a concorrência em face de sua importância para o Sistema Econômico Capitalista de Mercado.

De acordo com o *Sherman Act*, estariam proibidos contratos, combinações e conspirações que restringissem o comércio, inclusive com a prescrição de multa e de prisão aos violadores, e condenação à prática de monopólio. No entanto, as previsões apresentavam vagueza normativa e não havia regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas. Nesse contexto, em 1912, surgiu o *Clayton Act* que, por sua vez, estendeu as preocupações anticompetitivas do *Sherman Act* para os atos de concentração, além de exemplificar e condenar algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição e controle de outras companhias. Data de 1914 a criação da *Federal Trade Commission* - FTC, agência independente que poderia fiscalizar as práticas anticompetitivas e compartilhar com o *Department of Justice* - DOJ, Órgão governamental, a responsabilidade por dar efetividade à

² “Inicialmente, na primeira década de vigência, o *Sherman Act* não teria sido estritamente aplicado, pelo menos até 1897, quando a Suprema Corte Norte Americana decidiu que um *trust* formado por 18 ferrovias (*Trans-Missouri Freight Association*) era ilegal”. “O período entre as duas Grandes Guerras Mundiais foi marcado pelo relaxamento da aplicação dos dispositivos antitruste, seguido, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, pelo menos até os anos 70, por período de intenso debate e aplicação estrita dos dispositivos legais”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.20)

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Legislação Antitruste. A sistemática antitruste adotada pelos EUA inspirou várias legislações mundo afora, inclusive, a brasileira.

2.2 ORIGEM DO DIREITO ECONÔMICO CONCORRENCIAL NO BRASIL

Somente após a transferência da família real ao Brasil, em 1808, é que se iniciou a política de desenvolvimento econômico no País, marcadamente pela abertura dos portos às nações amigas, pela fundação do Banco do Brasil e pela garantia de liberdade de manufatura e indústria – mesmo com a sofrida concorrência com produtos estrangeiros. As portas ao liberalismo econômico no Brasil foram abertas, segundo Forgioni (1998, p.94-95), por Visconde de Cairu, ainda que “durante todo o período do Império, apenas é possível verificar surtos de industrialização, com destaque para a atuação do Barão de Mauá”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.21)

A Constituição de 1934, do período Republicano, apresentou, pela primeira vez, a liberdade econômica - limitada a supremacia dos interesses do Estado sob os individuais - conforme artigo 115, que assim previa: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

No mesmo sentido, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 atribuiu ao Estado a função, segundo o art. 135, de “suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação”. E, ainda, colocava como princípio, no art. 141, o fomento a economia popular.

Com o mesmo fito, adveio o Decreto-Lei nº. 869, de 18 de novembro de 1938, considerado como o primeiro Texto Legal Antitruste brasileiro, e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº. 7.666, de 22 de junho de 1945, ou Lei Malaia, que “criou a

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), Órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República, ao qual foi dada a competência de legitimar acordos em restrição da competência” (PROENÇA, 2001, p. 28). Com apenas três meses de vigência, o Decreto-lei 7.666/45 foi revogado, porém seus ideais perpetuaram-se na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em seu art. 148, ao dispor que: “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Vê-se, pois, pela primeira vez, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico de forma expressa na Constituição Brasileira.

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº. 4.137, de 1962 que tipificou, no artigo segundo, as formas de abuso do poder econômico, conforme estabelecido pela Constituição de 1946; além de criar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, “com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico” (art. 8º), e regulamentar o processo administrativo (arts. 26 ao 47) e o processo judicial (arts. 48 ao 71), estabelecendo ainda a fiscalização (arts. 72 ao 81). (PROENÇA, 2001, p. 30)

Após a instauração da CRFB/88, que previu como Princípio da Ordem Econômica a livre concorrência e estabeleceu a repressão ao abuso do poder econômico, em meio à abertura do mercado nacional e à liberalização da economia pelo Governo Collor, foram promulgados: o Decreto nº. 99.244/90, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), e a Lei nº. 8.158/1991. O tratamento legislativo antitruste foi aperfeiçoado, em 11 de junho de 1994, com a promulgação da Lei nº. 8.884 que reestruturou a política de defesa da concorrência no Brasil, transformando o CADE em autarquia, com maior autonomia administrativa e financeira, e instituindo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Por fim, em 30 de

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

novembro de 2011, foi promulgada a legislação vigente, Lei nº. 12.529/2011, conhecida por “Lei do Super CADE”, em decorrência do aumento da estrutura administrativa da autarquia.

2.2.1 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)

A citada Lei 12.529 reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, com base nos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Dessa forma, pode-se dizer que a função precípua do SBDC é combater, na esfera da Administração Pública, os casos de condutas e de concentração econômica passíveis de ofensa ao princípio da livre concorrência. Para tanto, a Defesa da Concorrência atua em três tipos de controle: preventivo, via controle de estruturas mediante a análise dos atos de concentração; repressivo, no controle de condutas e práticas anticoncorrenciais, estabelecidos no art. 36 da Lei Antitruste; e, por fim, educativo, na orientação do Poder Público e os entes privados sobre a defesa da concorrência. O SBDC é composto, atualmente, por dois órgãos: a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda (SEAE), e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, por sua vez, é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), pela Superintendência-Geral (SG) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE). O objeto de análise do CADE encontra-se descrito nos incisos I a IV do art. 90, da Lei nº. 12.529/11, sendo: as fusões empresariais (inciso I, art. 90); a aquisição, direta ou indireta, de participação em capital social ou de ativos (inciso II, art. 90), a incorporação (inciso III, art. 90); e, finalmente, contratos associativos, consórcios e *joint ventures* (inciso IV, art. 90).

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

De acordo com os parágrafos 5º e 6º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, os atos de concentração que impliquem a eliminação da concorrência em parte substancial do Mercado Relevante (MR), a criação ou reforço de uma posição dominante ou que possam resultar na dominação do MR de bens ou serviços só poderão ser autorizados se, na análise de ganhos de eficiência específica da operação, puder ser observado, (i) cumulada ou alternadamente: (a) aumentar a produtividade ou a competitividade, (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços, (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) repassar aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes do ato. Vê-se, pois, que é necessária análise casuística, ponderando-se as eficiências de cada ato vis-à-vis seus efeitos negativos, para definir se a concentração econômica afeta positiva ou negativamente, o bem-estar econômico.

Desta forma, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal do CADE estabelece “análise clássica” de verificação, de cinco etapas, quais sejam: (i) determinação do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração horizontal; (iii) probabilidade de exercício do poder de mercado, ou, análise das condições de entrada e rivalidade; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; (v) ponderação das eficiências produzidas pelas operações. Os atos de concentração, portanto, podem gerar efeitos negativos e positivos, simultaneamente, cumprindo ao CADE verificar se os efeitos negativos não superam os efeitos positivos gerados, ou seja, se o resultado líquido for não negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo – conforme §6º, do art. 88, da Lei Antitruste. Assim, na opinião de Roberta Ribeiro Fernandes (2013, p.33), poder-se-ia comparar o efeito líquido não negativo gerado pelo ato de concentração com: “(i) a saída de todos os ativos da firma do mercado; (ii) a aquisição de todos os ativos da firma insolvente por uma firma incumbente ou por um potencial entrante no mercado; (iii) a reestruturação ou recuperação judicial da firma com a venda de algum dos seus ativos”.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

A partir dessa análise, as decisões do CADE, resumidamente, podem ser divididas em três tipos: (i) aprovação sem restrições realizada pela Superintendência-Geral ou pelo Tribunal; (ii) aprovação com restrições impostas pelo Tribunal; e, finalmente, (iii) a reprovação, quando o CADE, por intermédio do seu Tribunal, determina o desfazimento do negócio. Além das decisões por imposição do CADE, há a possibilidade de realização de soluções negociadas, através dos Acordos em Controle de Concentrações (ACC), estabelecidos no artigo 165 do Regimento Interno do CADE, de junho de 2017.

3 TEORIA DA *FAILING FIRM DEFENSE*

A teoria da *Failing Firm Defense* (FFD)³ é utilizada na solução de conflito de interesses entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a este último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira.

Desde 2005, a partir da vigência da Lei 11.101/05, a manutenção da atividade empresarial alcançou *status* de papel primário, de forma expressa pelo art. 47 da legislação falimentar, em respeito ao princípio da função social da empresa que decorre “por interpretação doutrinária, da função social da propriedade”, este, sim, princípio explícito constante dos artigos 5º, XXIII e 170, III da CRFB/88. (COELHO, 2012, p.27). A empresa, assim, passa a ser vista como unidade econômica e socialmente útil, sendo importante sua preservação não somente pelos interesses individuais do empresário, mas também do fisco, dos fornecedores, dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade que atua e do próprio Estado. Em vista da importância social da empresa,

³ Sinônimos: *failing firm theory* (FFT); “teoria da empresa em crise”; “defesa da empresa em crise”; *failing company theory* (FCT); *failing company defense* (FCD); *rescue merger*, na Europa.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

a Teoria da *FFD* possibilita a aprovação de certos atos de concentração, normalmente, reprováveis ou sujeitos às restrições, pelo Órgão de proteção à concorrência, em razão de grave crise econômica empresarial, considerando ser “mais danosa à economia e às estruturas de mercado a provável falência da empresa, com a consequente saída dos ativos do mercado, que a limitação à concorrência gerada pela concentração de poder econômico”. (MENDES, 2015, p.10) Nesse sentido, adverte Roberta Ribeiro Fernandes (2013, p.30), devem ser sopesados, com base no princípio da razoabilidade, os benefícios para os consumidores com: “(i) a manutenção dos ativos da firma no seu uso atual; (ii) a realocação dos ativos para outro uso ou para uso por outra firma; ou, (iii) a completa inutilização dos ativos para produção, mediante sua saída do mercado relevante”. Importante ressaltar que o encerramento da firma, com a saída de seus ativos do mercado, resulta na redução do número de *players* atuantes, que, por si só, geraria concentração de poder aos restantes. Paralelamente a isso, a possibilidade da permanência dos ativos da firma neste mercado pode ser ineficiente e de alto custo.

Dessa forma, diante de um conflito de princípios, “a solução terá que ser analisada diante do caso concreto, sempre tendo em foco o desenvolvimento da atividade econômica e, por intermédio desta, a promoção da dignidade humana e a realização da justiça social” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.40), de maneira que o Princípio da Manutenção da Empresa sirva de amparo a outros interesses constitucionais, inclusive da Ordem Econômica, como a Livre Concorrência e a Livre Iniciativa.

3.1 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA FFD NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A *FFD* foi, pela primeira vez, reconhecida pela Suprema Corte Norte Americana, em 1930, no julgamento do caso *International Shoe Co. v. FTC*. Nesse processo, a Federal Trade Commission (FTC) entendeu que a transação - venda de

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

ações de voto da HW McElwain para a *International Shoe* – realizada havia lesado a concorrência no mercado relevante, em violação ao art. 7º do *Clayton Act*. A Suprema Corte, no entanto, reverteu a decisão, diante da grave probabilidade de insucesso empresarial enfrentada pela empresa e da falta de comprador alternativo, aplicando-se a teoria ao caso.

Apenas, em 1969, no caso *Citizen Publishing Co. v. United States (joint venture* entre duas competidoras de jornal no Arizona), que a Suprema Corte explicitou os critérios de aplicação da FFD, ao estabelecer a necessidade de comprovar: (i) que a empresa adquirida está em eminente perigo de falência; (ii) que não há probabilidade realística de que a recuperação da empresa seja bem sucedida; (iii) que não há um comprador alternativo que gere menos riscos anticompetitivos ao mercado.

Os requisitos da Suprema Corte Norte Americana foram, posteriormente, utilizados de base pela *FTC* e pelo Departamento de Justiça norte americano para a construção do *Horizontal Merger Guidelines*, de 1992 (revisado em 1997), que estipulou as seguintes diretrizes: (i) impossibilidade da companhia em dificuldades de honrar suas obrigações; (ii) impossibilidade de recuperar a situação econômica da empresa; (iii) tentativas, sem sucesso, de alienar os ativos tangíveis e intangíveis da empresa em crise, de maneira menos lesiva à concorrência; (iv) probabilidade de saída dos ativos da companhia, diante a ausência da operação pretendida.

A mais recente utilização da FFD, sob influência dos casos *International Shoe* e *Citizen Publishing*, e de versões anteriores do *Guidelines*, encontra-se no *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, que elenca três condições cumulativas para uma firma qualificar-se a este tipo de defesa: (i) impossibilidade de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) incapacidade de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa; (iii) existência de tentativas de boa-fé para obter ofertas alternativas razoáveis que mantivessem os ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que oferecessem menos danos à competição do que o ato de concentração.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

No Brasil, segundo Cravo (2010, p. 06), não há entendimento sistematizado a respeito da teoria na doutrina ou na jurisprudência, “recorrendo os operadores do direito, na maioria das vezes, à doutrina norte-americana, que, apesar de muito desenvolvida em matéria antitruste, é embasada em realidade econômica bastante diversa da brasileira”. De qualquer forma já é possível, a partir das decisões do CADE, vislumbrar a aplicação da Teoria da FFD no Brasil.

3.2 APLICAÇÃO DA TEORIA NO BRASIL: ANÁLISE DOS JULGADOS DO CADE

No Brasil, ainda que não exista previsão normativa expressa da FFD, a aplicação da defesa segue o padrão internacional. Um dos primeiros julgados do CADE em que houve a análise da FFD foi o Ato de Concentração nº 44/1995, que teve como relator o Conselheiro Renault de Freitas Castro e foi julgado em 17 de dezembro 1997. Neste processo, a Mendes Júnior Siderurgia S.A (MJS) e a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Belgo-Mineira Participação, Indústria e Comércio Ltda. realizaram transação, em vista da situação de insolvência da primeira, submetida ao CADE. No entanto, o relator, utilizando-se dos requisitos expostos no *Guideline* norte-americano, entendeu que a teoria não era aplicável ao caso, uma vez que as interessadas não lograram êxito ao demonstrar que o arrendamento da MJS para a Belgo-Mineira foi a única alternativa razoável encontrada para manter a empresa ativa.

Apesar de haver sido suscitada em alguns casos, até hoje a FFD só foi expressamente aplicada no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-7551, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 7 de janeiro de 2008, em que se discutia a aquisição, por parte da Votorantim Metais Zinco S/A, de direitos minerários da Massa Falida de Mineração Areiense S/A. O relator, em seu voto, pela primeira vez na jurisprudência do CADE, aprovou o Ato de Concentração com apoio na FFD, sob fundamento nos efeitos poucos nocivos do ato - que representavam baixas barreiras à entrada e aumento da rivalidade no setor – e da

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

comprovação dos esforços realizados pela empresa falida na busca por uma alternativa menos anticompetitiva, por meio de leilão judicial.

Por fim, um dos mais recentes precedentes envolvendo empresas em crise econômico-financeira foi o julgamento do Ato de Concentração nº 08012.000321/2010-67, julgado em 12 de agosto de 2010 e de relatoria do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, no qual se discutia a aquisição pela TAM Linhas Aéreas da totalidade das ações que compõem o capital da Pantanal Linhas Aéreas. Nesse caso, foram sopesadas a situação econômico-financeira da empresa vendedora e sua possibilidade de saída do mercado, no entanto, a operação foi aprovada diante dos benefícios aos consumidores gerados pelo ato.

De acordo com o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, de junho de 2016, “a prática internacional e a jurisprudência do CADE têm adotado extrema cautela na aplicação dessa teoria”; restringido sua validade tão somente a casos em que as requerentes comprovem, cumulativamente, a satisfação das seguintes condições:

- (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 econômico²¹; 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.

O requisito de efeitos líquidos não negativos deve ser preenchido. Todavia, como analisa Fernandes (2013, p. 28), a doutrina é omissa quanto à forma de determinar o menor efeito anticompetitivo e se é requerido preço mínimo para aquisição da firma. Sendo somente certo que o “prospectivo adquirente deve ter proposto pagar valor superior ao da liquidação dos ativos da firma insolvente e deve ter assegurado a manutenção destes ativos operando no mercado”. Além disso, o Guia estabelece que o

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

ônus da prova da existência desses elementos recai sobre as requerentes, no entanto, a autora ainda afirma que “o tempo e o custo necessários para encontrar uma firma, que apresente interesse e recursos para adquirir a firma debilitada financeiramente e mantê-la operando, são altos”. De forma que esse ônus probatório pode não ser viável a uma firma em situação de insolvência. (FERNANDES, 2013, p.29). Questão crucial que, ainda, pode ser levantada refere ao juízo de competência conforme se vê a seguir.

4 COMPETÊNCIA: JUÍZO CONCORRENCIAL OU FALIMENTAR?

A lei 11.101/05 determina, no art. 50, os meios não taxativos de recuperação judicial, dentre eles a: cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações (inciso II). Sendo esses atos passíveis de gerar efeito anticompetitivo, entende-se que quando houver previsão no plano de recuperação judicial, aprovado pela Assembleia Geral de Credores, deverá o ato de concentração ser submetido à apreciação do CADE. Na opinião de Cravo (2010, p.06), não há que se falar em antinomia ou incompatibilidade entre a Legislação Falimentar e a Lei Anticoncorrencial, isso porque cada uma regula objeto diverso; além disso, a Lei 11.101/05 “não possui força o bastante para afastar a submissão do ato de concentração ao SBDC”. E continua a autora: “o plano de recuperação judicial que adotar uma operação societária irá observar as regras pertinentes ao direito societário e, toda vez que essa configurar como um fenômeno de concentração de empresas deverá sujeitar-se às normas antitrustes”.

Compreende-se que o juízo falimentar não seria o mais adequado para analisar de forma eficiente o ato de concentração, em face do estreito rito da recuperação judicial e do papel meramente formal do juiz no controle da legalidade do processo recuperacional. Ademais, a competência definida em lei para análise e aprovação de ato de concentração é do próprio CADE (art. 13, inciso V da Lei nº 12.529/11). Nesse sentido, Oliveira (2014, p.19) defende que:

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

Apresentado o plano ao juízo da recuperação no prazo da lei, deveria então o juiz suspender o processo e remetê-lo ao CADE para aprovação ou não do ato de concentração, caso o mesmo fosse de submissão obrigatória ao sistema da prior review nos moldes do artigo 88, incisos I e II da Lei Nº 12.529/11, suspensão esta que não ultrapassaria o prazo previsto na Lei Antitruste no artigo 88, parágrafo 2º, para análise de atos de concentração, a saber, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo da petição ou de sua emenda.

Entende-se, portanto que se o plano de recuperação, aprovado pela Assembleia Geral de Credores, determina a realização de ato de concentração horizontal dentro do espectro da competência do CADE, deveria a autarquia ser notificada para análise, sob pena de “colocamos em vulnerabilidade o princípio constitucional da livre-concorrência ao permitir que o ato de concentração seja simplesmente aprovado pelos credores, em sua ânsia de receber seus pagamentos”. (CRAVO, 2010, p. 08).

Do que se expôs, inevitável é constatar, ainda segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES; GONÇALVES E STELZER, 2014) que, antes mesmo de visão estritamente econômica no sentido de se vislumbrar o possível pagamento dos quinhões de credores de empresas em dificuldades extremas, urge recupera-las e manter sua empregabilidade para bem da economia em geral até por que:

[...] enquanto a economia vislumbra a fraternidade no uso dos escassos recursos e, finalmente, a justiça visa o tratamento igualitário dos jurisdicionados. A fenomenologia social deve ser analisada segundo ampla visão, inclusive, econômico-jurídica. O Direito, analisado multi e interdisciplinarmente pela Ciência Econômica, vislumbra efetividade e eficácia, especialmente, se relevadas, no cálculo econométrico próprio da eficiente tomada de decisão normativo-jurídica, variáveis próprias para a necessária inclusão social e para o atendimento dos anseios dos jurisdicionados.

Portanto, a sobrevivência empresarial, mesmo que pela concentração de ativos se faz necessária como forma de superação do aprofundamento de crises que de outra forma se mostrariam mais nefastas. A FFD pode e deve ser adotada comum ente no Brasil como forma de manutenção da função social da empresa e o atendimento dos consumidores e trabalhadores.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

CONCLUSÃO

Por meio desta pesquisa, pode-se concluir que a teoria norte-americana da *Failing Firm Defense* pode render “bons frutos” à economia, em momentos de crise em que as empresas – principais fontes de produção e riqueza de um país – encontram dificuldades de adimplemento, ao permitir que atos com potencial de lesar o princípio da livre-concorrência sejam realizados em virtude da manutenção da empresa, justificada por sua função social.

De acordo com os julgamentos do CADE e o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, no Brasil, ainda que não exista previsão normativa expressa da FFD, a aplicação da defesa segue o padrão internacional, estabelecendo como critério a necessidade de comprovar: a saída da empresa e de seus ativos do mercado, caso reprovada a operação, e a busca de alternativas com menor dano à concorrência possível, não restando outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.

No mais, conclui-se que nos casos em que o plano de recuperação judicial prevê meios de recuperação da empresa; segundo o art. 50 da Lei Falimentar, capaz de gerarem efeitos anticoncorrenciais, a competência para aprovação ou não do ato é do CADE, em vista da maior aptidão técnica do Órgão de julgamento da autarquia para tratar de matérias específicas de Direito Econômico, do estreito rito da recuperação judicial e do papel meramente formal do juiz no controle da legalidade do processo recuperacional.

Destarte, com o desenvolvimento deste trabalho e alcançados os objetivos inicialmente propostos, confirma-se a hipótese inicial de que a Teoria da *Failing Firm Defense* encontra aplicação no Brasil.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de Novembro de 1938.** Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DE L&data=19381118&link=s>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Lei nº 4.137, de 10 de Setembro de 1962.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99244.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Lei 8.158, de 08 de Janeiro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Lei 8.884, de 11 de Junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 22/10/2018.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

_____. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.** Publicado em 2016. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guia-de-ac-horizontal.pdf>>. Acesso em 22/10/2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial.** São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **O indispensável direito econômico.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v.353, mar., pp. 14-26, 1965.

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? Publicado em 2010. Disponível em <http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FAILING_COMPANY_DEFENSE_NOS_ATOS_DE_CONCENTRACAO_DECORRENTES_DA_RECUPERACAO_JUDICIAL_ATRIBUICAO_DO_CADE_OU_COMPETENCIA_EXCLUSIVA_DO_JUIZO_FALIMENTAR.aspx>. Acesso em 22/10/2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. **Supreme Court. *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U. S. 291 (1930).** Julgado em 06.01.1930. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/280/291/>>. Acesso em 22/10/2018.

_____. **U. S. Supreme Court. *Citizen Publishing Co. v. United States* - 394 U.S. 131 (1969).** Julgado em 10.03.1969a. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>>. Acesso em 22/10/2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. ***Horizontal Mergers Guideline.*** Publicado em 1997. Disponível em:< <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>>. Acesso em 22/10/2018.

_____. ***Horizontal Mergers Guideline.*** Publicado em 2010. Disponível em:<<http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>>. Acesso em 22/10/2018.

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/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1>>. Acesso em 22/10/2018.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Carlos Aurélio Mota de Souza (Universidade Ibirapuera – UNIB)

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

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. *Principle of Social and Economic Efficiency (PSEE) at the Brazilians Law: the normative and judicial decision taking*. In **Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos**, (S. I.), v. 35, n. 68, pp. 261-290, Jun. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261/26955>. Acesso em: 22/10/2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>

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

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. 12 ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **A Failing Company Defense e o Direito Antitruste: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica**. João Pessoa: CONPEDI, 2014, p. 302-328. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>>. Acesso em 22/10/2018.

POSNER, Richard A. **Antitrust law**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós Modernidade**. São Paulo: LTR, 2011.

STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. Publicado em 2012. Disponível em: http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf. Acesso em 22/10/2018.