



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

***A FAILING FIRM THEORY* COMO COROLÁRIO PARA O PRINCÍPIO DA
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

ORIENTANDA – LUDIMILLA PEREIRA LEAL
ORIENTADORA – PROF. DR. MARIA CRISTINA VIDOTTE B. TARREGA

GOIÂNIA
2020

LUDIMILLA PEREIRA LEAL

***A FAILING FIRM THEORY* COMO COROLÁRIO PARA O PRINCÍPIO DA
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II,
da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de
Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC -
GOIÁS).

Prof.^a Orientadora – Dr.^a Maria Cristina Vidotte B. Tarrega

GOIÂNIA
2020

LUDIMILLA PEREIRA LEAL

***A FAILING FIRM THEORY* COMO COROLÁRIO PARA O PRINCÍPIO DA
PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Examinador Convidado: Prof.^a Dr.^a Helena Beatriz de Moura Belle

Prof.^a Orientadora: Dr.^a Maria Cristina Vidotte B. Tarrega

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, que me permitiu chegar até aqui; à minha família, pelo apoio de toda a vida; mas em especial aos meus amigos: Franco Pereira, que despertou em mim a sede de conhecimento pelo tema ora abordado, e Lara Alves e Amanda Soares, que sempre me auxiliaram e acreditaram em mim, mesmo quando eu mesma não acreditava.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 – DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A APLICAÇÃO DA <i>FAILING FIRM THEORY</i>	8
1.1 - DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA	8
1.2 - DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	13
1.3 - DOS PRINCÍPIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	16
2 – DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	17
3 – DA <i>FAILING FIRM THEORY</i>: ORIGEM, CONCEITO E APLICAÇÃO	22
4 – DA ATUAÇÃO DO CADE E DA LEGALIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA <i>FAILING FIRM THEORY</i>	24
CONCLUSÃO	28
REFERÊNCIAS	31

A FAILING FIRM THEORY COMO COROLÁRIO PARA O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Ludimilla Pereira Leal

O presente trabalho de conclusão de curso de tema *A Failing Firm Theory* como Corolário para o Princípio da Preservação da Empresa tem por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria de origem Estadunidense no ordenamento brasileiro. Foi utilizada como metodologia de pesquisa a dedutiva, para argumentar e contra argumentar sobre o tema ora abordado. Assim é possível concluir, baseando-se por casos já resolvidos, que a teoria, pode ter também aqui, grande valia em sua correta aplicação.

Palavras-chave: *Failing Firm Theory*; Recuperação Judicial; empresa em crise.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso é um artigo científico que tem como objetivo demonstrar, em termos teóricos e práticos, a possibilidade de aplicação da *Failing Firm Theory* no Brasil como objeto de auxílio nas decisões sobre atos de concentração.

Esta pesquisa se justifica na premissa de que a aplicação da teoria preza pela manutenção da fonte produtora, pois a falência de uma empresa que tem grande domínio social afeta direta e indiretamente todo o núcleo de uma sociedade (de forma econômica e social), além de poder interferir em uma competitividade essencial no âmbito comercial.

Entretanto, não há na legislação brasileira amparos para a aplicação de tal teoria. Assim, o objetivo desta pesquisa foi responder ao seguinte questionamento: **Há possibilidades de aplicação da *Failing Firm Theory* caso surja algum ato de concentração por meio de aquisição de empresas no Brasil?**

Para que este objetivo fosse alcançado a metodologia utilizada foi a pesquisa dedutiva, que possibilita a argumentação e a contra argumentação. Desse modo, foram explorados os dois princípios que se contra posicionam a respeito da atividade empresarial e possibilidade de aplicação da referida teoria.

Como métodos auxiliares de pesquisa, foram utilizados o método histórico, que analisa a evolução do objeto no decorrer da história, e o método comparativo, que buscou analisar como os princípios basilares da teoria da empresa em crise agem na decisão de aplicação ou não desta.

Quanto às técnicas de pesquisa, estas foram a documentais, com uma análise dos aspectos históricos do surgimento e efetividade dos princípios que norteiam a *Failing Firm Theory* e desta última; e bibliográfica, com análise de obras jurídicas sobre direito empresarial e econômico, além de artigos sobre o objeto em estudo e as formas de interpretação e análise de casos concretos.

Como bibliografia básica foram usados os seguintes autores: André Santa Cruz Ramos, Fabio Ulhoa Coelho, Gladston Mamede, entre outros autores que serão citados oportunamente, nas referências bibliográficas da presente monografia.

Por fim, entende-se como satisfatórios os resultados alcançados com a presente pesquisa, quais sejam: profunda análise do conceito dos princípios da livre concorrência, preservação da empresa e função social da empresa, análise da atuação do CADE, análise da legislação, se esta comporta aplicação da *Failing Firm Theory*, análise dos casos concretos propostos no capítulo quatro, com fim de observar as possíveis aplicações da teoria no Brasil.

1 – DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A APLICAÇÃO DA *FAILING FIRM THEORY*.

Antes de se trabalhar a *Failing Firm Theory*, se faz necessário trazer à luz os princípios que primordialmente foram base de discussão para o surgimento e aplicação desta. São eles os Princípios da Livre Concorrência, da Preservação da Empresa, e, subsidiariamente, o Princípio da Função Social da Empresa.

1.1 - DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Tem surgimento no final do século XIX e início do século XX, em contraposição ao liberalismo pregado nos textos constitucionais de 1824 e 1891, em que era garantido o pleno direito de propriedade, época em que também imperava o mercantilismo.

Não havia preocupação com as possíveis consequências de um mercado livre, sem proteção ao consumidor ou, até mesmo, de uns para com os outros. É de reflexo a um mercado instável, onde as preocupações se limitavam a maior competição e maior angariação de lucros possíveis.

Neste cenário, o mercado Estadunidense ganhava grandes expansões e modificações em sua economia, tanto nacional quanto internacionalmente. Os empresários que já tinham sua participação garantida no mercado, se dedicavam a expandir e ganhar mais espaço de forma anticompetitiva, organizando-se em cartéis ou em truste, prejudicando, principalmente, os pequenos produtores.

A prática do cartel consiste em uma associação entre empresas do mesmo ramo de produção com o objetivo de dominar o mercado, disciplinar a concorrência e maximizar seus lucros, combinando preços, ofertas, distribuição, etc., uniformizando a conduta de mercado. A Lei 12.529/11, em seu artigo 36, parágrafo terceiro, inciso I, alínea “a”, exemplifica:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

Portanto, o cartel tem por finalidade eliminar a concorrência indesejada. Nasce de uma prática de acordos clandestinos, elevando os preços ao consumidor, visando a maximização de lucro, o que reflete diretamente nas estruturas de mercado. Segundo Fabiano Del Masso,

O cartel é uma das formas de concentração em que as empresas não se unem, mas atuam como se unidas fossem, dividindo mercados, impondo preços concertados. Enfim, as empresas cartelizadas procuram buscar estratégias de exploração da atividade econômica de forma a beneficiá-las. (2013, p. 205)

Já a prática do truste, consiste em uma formação de oligopólio, onde empresas de um mesmo ramo, através de fusão, por exemplo, constituem uma única organização, com o objetivo de dominar a oferta de produtos ou serviços. Nesta, a problemática é que as grandes empresas dominam todas as etapas de produção, desde a matéria prima até a distribuição.

Segundo Fabiano Del Masso (2013), o truste vai consistir em “uma forma de transferir a uma direção única o controle de várias sociedades”, e deve ter como a consequência de um ato ilícito “efeitos negativos no mercado”, a exemplo da prática predatória de preços.

A livre concorrência de forma anticompetitiva era, e ainda é, tão prejudicial para o consumidor, que ficava à mercê de ser explorado através de preços exacerbados, não poder de escolha, dentre outros, quanto para os próprios investidores, que demandavam de grande investimento para ganhar espaço no mercado, estando seu negócio em constante ameaça.

É contra essas práticas anticompetitivas que as pequenas indústrias e fazendeiros pressionam o Congresso Norte Americano, surgindo daí a primeira legislação antitruste americana, proposta pelo senador Sherman, em 1890. Houveram outras antes desta, de diversos países, porém, esta foi a mais efetiva.

Segundo Fabiano Del Masso,

Embora os ideólogos dessa época acreditassem que as próprias forças de mercado se equivaleriam, o que na verdade ocorreu foi uma concorrência inicial que, contudo, precedeu uma economia concentrada, culminando em mercados oligopolizados. A força das grandes empresas emergiu espontaneamente diante da livre exploração do mercado, entretanto, o empresário descobriu que destruir concorrentes, ter poder econômico e dominar mercados são condições eficientes para o desenvolvimento de suas atividades, o que não deixa de ser verdadeiro, de modo a fazer com que os

estudiosos das leis antitrustes refletissem sobre a intervenção ou não do Estado no domínio econômico. (2013, p. 31)

Bem diferente do que acontecia no Brasil, que, enquanto colônia portuguesa, tinha um comércio quase inexistente, voltado exclusivamente para alimentar os cofres de Portugal. Um maior desenvolvimento econômico ocorreu quando da transferência da corte portuguesa para o Brasil em 1808, em que os portos foram abertos e foi fundado o Banco do Brasil. A liberdade econômica foi tratada pela primeira vez somente na Constituição de 1934.

Segundo João Bosco L. da Fonseca, o mercado brasileiro frente às Constituições se evoluiu da seguinte forma:

Num primeiro momento acreditava-se num funcionamento natural do mercado, atuando todos os seus participantes de forma a propiciar aos demais um comportamento absolutamente livre de injunções. Ao Estado estava reservado somente o papel de garantidor desse funcionamento, não lhe sendo permitida qualquer atuação naquele contexto. Num segundo momento, após perceber-se que o funcionamento naturalmente livre do mercado não almejava o ideal de equilíbrio, passou-se a admitir a necessidade de interferência de um elemento que patrocinasse a consecução do equilíbrio. Num terceiro estágio, aquele elemento que seria o fiel da balança, passou também, e de maneira intensa, a atuar como um participante do mercado. Nessa fase, acumula as duas funções. Num quarto estágio, percebe-se a tendência de redução da participação, para limitar-se a atuação do Estado somente ao papel de agente normativo e regulador (2017, p.280).

O Princípio da Livre Concorrência foi então introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através de leis ordinárias, a exemplo das Leis nº 8.884/94 e 9.279/96, mas o posicionamento era de prevenção e repressão a esse instituto, ao contrário do incentivado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170.

A livre concorrência, portanto, se torna instrumento do Estado, por meio do qual promove a dignidade humana, garantindo uma distribuição eficiente da economia. Assim, dispõe a 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:

IV - livre concorrência;

[...]

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às

punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Sendo assim, a Constituição adota a opção de seguir a economia de mercado, a qual preza por um mercado competitivo. Tal princípio impõe uma ordem econômica fundada na rivalidade entre quem pratica a atividade econômica e explora o mercado. Segundo Fabiano Del Masso,

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado (BASTOS apud MASSO, 2013, p. 78).

Masso (2013) acrescenta ainda que não se exige, para a exploração de mercado, que o número de agentes seja grande, mas que o Direito deve ser garantidor da entrada e da capacidade de concorrência de quem queira explorá-lo. Não se resume, portanto, apenas à liberdade ou possibilidade de se construir uma empresa, mas da possibilidade que o agente possui de exercer a atividade econômica, submetendo-se unicamente à legislação.

João Bosco L. da Fonseca assinala que, quando o constituinte opta pelo aspecto positivo ao adotar o referido princípio,

Garante-se 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 (2017, p.98).

Infere-se, portanto, que tal princípio é peso e contrapeso, pois à medida que garante aos agentes a participação no mercado, impõe limites a estes, objetivando que todos tenham uma atuação justa e iguais oportunidades de crescimento. É almejando essa justa atuação que a livre concorrência se torna um dos princípios norteadores da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), visando a prevenção e a repressão às infrações contra o abuso do poder econômico.

Para que uma conduta se caracterize como infração da ordem econômica é necessário que tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos delineados no artigo 36 da Lei 12.529: a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços;

c) aumentar arbitrariamente os lucros; d) exercer de forma abusiva posição dominante.

A Lei Antitruste é o instrumento que o Estado se vale para intervir na ordem econômica, através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com o intuito de coibir atos de concorrência desleal e infrações contra a ordem econômica. Vê-se, então, que o Princípio da livre concorrência tenta encontrar um equilíbrio entre a intervenção no domínio econômico e a livre distribuição de bens e serviços.

Porém, como nos alerta André Santa Cruz Ramos quanto aos limites da intervenção do Estado,

A regra de ouro da competição é a seguinte: quem acerta, ganha (obtem lucros); quem erra, perde (sofre prejuízos). O Estado não pode interferir nessa equação, sob pena de desvirtuar toda a lógica do mercado (COELHO apud RAMOS, 2017, p. 49).

É preciso frisar que a concorrência é fundamental, pois um mercado concentrado gera consequências negativas, principalmente para o consumidor, a exemplo da imposição de altos preços, redução da melhoria da qualidade de produção, não impulsiona o agente a inovar tecnologicamente, dentre outros, impedindo que o consumidor adquira aquilo que melhor lhe convém. A concorrência, portanto, impulsiona a eficiência de mercado. É como assinala Masso:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição, como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É esse elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base de formação dos preços, o que supõe livre-iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Nesse sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. Do ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais para todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantias de uma sociedade mais equilibrada (FERRAZ JÚNIOR apud MASSO, 2013, p.78).

Conclui-se, portanto, que o ordenamento incentiva e quer que a atuação no mercado seja ampla, de livre iniciativa do empresário e livre concorrência de mercado, que o empresário invista em tecnologia tanto para melhora do produto/serviço quanto para venda deste, como por exemplo, o marketing empreendido para alcançar maior

público alvo. Porém, ele estipula regras para que essa livre concorrência não seja responsável por excluir outro empreendimento do mercado, para que todos tenham iguais oportunidades de desenvolvimento e contribuam positivamente para o crescimento econômico do país.

1.2 - DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Princípio da Preservação da Empresa ganha força com a Constituição Federal de 1988, com forte influência do princípio da livre concorrência, mas fundado na valorização do trabalho. Visa, portanto, promover a concorrência, mas com a preocupação com a função social que a empresa deve desenvolver perante a sociedade, praticando a justiça e a solidariedade.

Tal princípio tem fundamental aplicação no direito falimentar, principalmente nos pedidos de recuperação, pois os tribunais pátrios tem real preocupação com as consequências que o encerramento de uma empresa traria para a coletividade. Segundo André Santa Cruz Ramos,

A grande preocupação do direito falimentar atual é a preservação da empresa, razão pela qual a legislação tenta fornecer ao devedor em crise todos os instrumentos necessários à sua recuperação, reservando a falência apenas para os devedores realmente irrecuperáveis. (2017, p. 1018)

Conforme o desenvolvimento econômico e o processo de globalização foram ganhando grandes proporções, e sobretudo, após a Revolução Industrial, ficou claro que as atividades econômicas também exerciam grande peso sobre o desenvolvimento social, pois destas advinham a geração de empregos, avanço tecnológico, etc., dando impulso ao surgimento dos institutos aqui discorridos.

Logo, tal instituto preza pela preservação das atividades econômicas que a empresa desenvolve em detrimento de um processo falimentar, pois é mais caro o progresso social que esta estimula. Segundo Tarcísio Teixeira,

O princípio da preservação da empresa objetiva recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores. (2019, p.173)

Já o Princípio da Função Social da Empresa surge desta indispensável preocupação com os reflexos que uma empresa pode vir causar na sociedade. Este decorre da Função Social da Propriedade, previsto no artigo 170, inciso III em consonância com o artigo 5º, inciso XXIII do texto Constitucional, *in verbis*:

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

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

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:

III - função social da propriedade;

A função social da propriedade será interpretada, doutrinariamente, conforme o ordenamento a que for inserido, e no âmbito do Direito Empresarial, à empresa em si, pois parte-se da ideia de que os bens de produção possuem função social. Pode-se inferir então que o Princípio da Função Social da Empresa desdobra-se do Princípio da Preservação da Empresa, e esta abrange àquela em sua aplicação.

O Princípio da Função Social representa um dos mecanismos de promoção da dignidade humana, a exemplo da manutenção de empregos, proteção do mercado de crédito, constituição de tributos, etc., portanto, também norteador da Lei Antitruste.

Assim sendo, em tempos de crise financeira, um dos recursos jurídicos utilizados pela empresa para seu soerguimento é a Recuperação Judicial. A incapacidade empresarial de cumprir com suas obrigações, em especial as obrigações fiscais, trabalhistas e para com seus credores, obriga o Estado a encontrar uma solução para a manutenção e preservação da fonte produtora.

Ponderar-se-á então se é interessante para o mercado que esta empresa continue exercendo sua atividade econômica, se esta tem uma função social importante a cumprir e se o encerramento desta causará mais prejuízos que benefícios à sociedade.

Questiona-se o porquê do Estado se preocupar na manutenção de uma empresa que pode vir a prejudicar o mercado e, logo, a arrecadação do mesmo, quando adotando a livre concorrência, seria mais simples promover a falência deste.

Como já foi aqui mencionado, o Estado também usa da livre concorrência para promoção da sociedade, como o desenvolvimento econômico de todas as classes, por isso é importante que as empresas cumpram sua função social, pois na falta desta, o Estado teria que suprir a necessidade da população, o que o obriga a optar pela recuperação judicial.

A Lei nº 11.101/205 regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, definindo:

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.

Todavia, a recuperação só deve ser facultada aos devedores se esta tiver real intenção em se recuperar, pois dela dependerão credores que também tem obrigações a cumprir, não podendo restar prejudicados, e por isso deve ser requerida antes de a crise se tornar irreversível, quando dela já não mais terá o efeito pretendido.

Grande defensor do instituto da falência, André Santa Cruz Ramos é crítico quanto a aplicação desse princípio da preservação da empresa e da recuperação judicial, e disserta que:

É preciso ter muito cuidado para que a aplicação excessiva e sem critério do princípio não provoque a sua banalização. Muitas vezes atividades empresariais devem mesmo ser encerradas, e nesses casos impedir a falência do empresário ou da sociedade empresária contraria a ordem espontânea do mercado, sobretudo quando a manutenção de tais atividades é conseguida com os famigerados “pacotes de socorro” baixados pelo governo. O capitalismo é um sistema no qual os empresários auferem lucros privados e sofrem prejuízos privados. Os “pacotes de socorro”, pois, desvirtuam a lógica natural do capitalismo, criando um sistema no qual os empresários bem relacionados auferem lucros privados, mas solidarizam suas perdas com a população. Em suma: o princípio da preservação da empresa não pode, jamais, conferir a certos empresários um “direito de não falir”, algo que infelizmente vem acontecendo com empresários que se dizem “grandes demais para quebrar” (too big to fail). O princípio da preservação da empresa é uma construção importante, mas sua aplicação deve limitar-se às situações em que o próprio mercado, espontaneamente, encontra soluções para a crise de um agente econômico, em bases consensuais. Infelizmente, não é o que temos visto ultimamente. (2017, p. 92)

Neste diapasão, conclui-se que a Lei Antitruste preocupa-se em promover a livre concorrência, mas limitando-a a fim de promover também a justiça social através do Princípio da Função Social da Empresa, razão pela qual se opta pela

manutenção do empreendimento através do instituto da Recuperação Judicial, que tem como base o Princípio da Preservação da Empresa.

Como se pode notar, todo esse jogo de mercado é fundado em princípios, que são apenas norteadores para o um bom seguimento social e econômico, donde há que se admitir que é tênue a linha entre a Recuperação Judicial e a Falência, tendo que haver todo um cuidado no momento de aplicação de tais institutos. A manutenção da empresa não pode prejudicar o mercado assim como a extinção desta não deve lesar a sociedade. Há que se encontrar um equilíbrio.

1.3 - DOS PRINCÍPIOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Da aplicação dos princípios até aqui estudados, cabe questionar até que ponto é legítima a interferência estatal, visto que este opta por seguir a economia de mercado.

O Estado deve estar atento às proporções do seu exercício de poder, pois quando intervém em prol de uma exacerbada ideia de manutenção da empresa, pode estar deixando de cumprir o princípio da Livre Concorrência, agindo quase que com favoritismo a uns que a outros.

Porém, essencial que se faça cumprir os princípios de fundamentos sociais acima estudados, pois o não cumprimento destes podem levar o mercado à prática incisiva de cartéis e trustes, ocasionando um não desenvolvimento da comunidade, inclusive a nível mundial, que refletem diretamente no não cumprimento de outras legislações, exemplo do direito do consumidor.

Os princípios que exercem funções sociais não visam anular a livre iniciativa. Estes se apresentam como meios aptos a sustentar que o Direito Empresarial seja compatível com os demais ordenamentos jurídicos, promovendo a justiça social.

Nota-se que deve haver uma especial dedicação na ponderação e posterior aplicação dos institutos. O Estado não pode interferir a ponto de desvirtuar a lógica de mercado. Neste sentido, disserta André Santa Cruz Ramos:

Dentro de uma atividade de desenvolvimento econômico, a livre iniciativa, concorrência, preservação da empresa, não podem ser considerados fim em si mesmos. Assim, ao se aplicar os dispositivos da Lei 12.529/2011 e ocorrendo conflito entre o princípio da livre concorrência e outros concernentes à ordem econômica, não necessariamente há de prevalecer o primeiro. Assim, ocorrido o conflito, a própria Constituição em seu artigo 170 oferece o caminho de saída, deixando claro que a atividade econômica deve assegurar a todos a existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, resta claro, então, a fundamental importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa, com o fito de se solucionar a questão. (2015, p.15)

2 – DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

De acordo com o já explanado no capítulo anterior, percebe-se que os institutos da Recuperação Judicial e Extrajudicial e da Falência são essenciais para determinarmos o campo de aplicação da *Failing Firm Theory*, porém, a teoria vai incidir principalmente no primeiro, razão da necessidade de aprofundamento neste.

Quando uma empresa está passando por crises econômicas, na qual se torna insolvente para com suas obrigações financeiras, ela procura meios para seu soerguimento, a fim de garantir a sobrevivência empresarial. Esses meios se apresentam na forma da Recuperação Judicial e Extrajudicial.

Estar insolvente, historicamente, trazia ao empresário verdadeira vergonha para sua honra e de sua família. Antigamente, a insolvência, ou seja, a incapacidade de adimplir as obrigações, era motivo de repreensão social, e frequentemente ligado à desonestidade.

No entanto, passou-se a reconhecer que o mercado é instável, o que acarreta riscos ao empreendimento, tornando-se comum que a empresa se torne insolvente em algum momento de sua atuação. É em reconhecimento a essa posição de vulnerabilidade que se institui a Lei de Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial, no intuito de, estabelecidos mecanismos, dar oportunidade à empresa de se reerguer economicamente, ou, caso contrário, encerrar de maneira menos prejudicial ao mercado e à sociedade, decretando sua falência.

O principal intuito de se fazer com que a empresa volte à sua atuação regular de mercado é a preocupação com o cumprimento do Princípio da Função

Social da Empresa e é por isso que o Princípio da Preservação da Empresa se tornou um mecanismo tão importante. Para tanto o amparo estatal se dará por meio da Recuperação judicial.

As medidas protetivas das quais a empresa pode se valer para seu soerguimento estão reguladas na Lei nº 11.101 de 2005. Segundo o artigo 47 da referida Lei, *in verbis*:

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.

Essencial frisar que a interferência do Estado só se dará quando a empresa não conseguir se reorganizar através da chamada “solução de mercado”, que é quando o próprio mercado, no seu desdobrar, encontra meios de soerguimento.

A solução de mercado poderia vir, por exemplo, através de novos investidores para o empreendimento. O investimento, a recapitalização e a reorganização do negócio podem ser medidas de saneamento administrativas que vão promover a estabilização do negócio.

O momento em que a empresa deve se valer da recuperação judicial é quando a solução de mercado não ocorre. Haverá então um ponderamento quanto a aplicação ou não do Princípio da Preservação da Empresa, pois o empreendimento tem que se mostrar viável de soerguimento.

Para Fabio Ulhoa Coelho “a recuperação da empresa por intervenção do aparato estatal (Executivo ou Judiciário) é justificável apenas se a solução de mercado não pôde concretizar-se por disfunção do sistema de liberdade de iniciativa”. Acrescenta ainda que “o instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico, e não para substituir a iniciativa privada” (2018, p. 227).

Permitir que uma empresa se valha da Recuperação Judicial mesmo não vendo nela possibilidades de soerguimento é colocar em risco outras empresas que estão contribuindo regularmente para com o mercado, assim como decretar a falência de uma empresa quando ela demonstra capacidade para se reerguer é atuar contra a manutenção da fonte produtora.

Neste sentido, corrobora André Santa Cruz quando diz que:

O dispositivo deixa claro a sua finalidade: permitir a recuperação dos empresários individuais e das sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Perceba-se, todavia, que a recuperação só deve ser facultada aos devedores que realmente se mostrarem em condições de se recuperar. A recuperação é medida, enfim, que se destina aos devedores viáveis. Se a situação de crise que acomete o devedor é de tal monta que se mostra insuperável, o caminho da recuperação lhe deve ser negado, não restando outra alternativa a não ser a decretação de sua falência. (2020, p.841)

Todavia, o pedido de Recuperação Judicial deverá ser requerido antes que a situação do empresário se torne irreversível. Assim, cumprido os requisitos legais e sendo apresentado o plano de recuperação judicial pelos credores contendo os mecanismos dos quais este se valerá, o Estado, em conjunto com os credores, o aprovará ou não. Dentre os diversos mecanismos previstos na Lei 11.101/2005, destacam-se as elencadas no artigo 50, *in verbis*:

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.

§ 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

§ 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser

afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

Vale ressaltar que este é um rol exemplificativo, podendo o Estado se valer de outros meios de estímulo à economia. A título de exemplificação, no cenário de pandemia do vírus COVID-19, o Estado “afrouxou” os contratos empregatícios por um certo período de tempo através de redução da jornada de trabalho, adiantamento de férias trabalhistas e etc., no intuito da manutenção tanto empregatícia quanto das empresas, que não conseguiam manter seus contratos.

Nota-se que se trata sempre de uma situação transitória. A empresa, ao se soerguer, volta a cumprir normalmente com suas obrigações financeiro-econômicas. Uma empresa que não consegue superar uma situação de crise é mais prejudicial que benéfica ao Estado e ao mercado.

Como já exaustivamente explanado neste capítulo, o objetivo principal da Recuperação Judicial é auxiliar, contribuir para o soerguimento da empresa em crise. No entanto, a empresa pode revelar-se muito frágil, tendo que ceder à cisão, incorporação, fusão ou transformação, que podem vir a configurar atos de concentração.

Pela cisão, a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, na qual a companhia cindida será extinguida total ou parcialmente, pela versão de todo o patrimônio ou divisão de seu capital.

O art. 229 da Lei 6.404/1976 disserta que:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no Art. 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão, no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º. Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembleia geral da companhia a vista de justificação que incluíra as informações de que tratam os números do Art. 224, a assembleia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia.

§ 3º. A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (Art. 227).

§ 4º. Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação, na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º. As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam, a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

Já na transformação, ocorre a operação pela qual a legislação societária permite que a sociedade mude, altere ou modifique o seu tipo societário; os bens serão absorvidos pela nova empresa, que assumirá também os direitos e as obrigações da extinta, legislada pelo art. 220, § único da Lei 6.404/1976 que diz:

Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade.

Pela incorporação empresarial, uma empresa já existente absorve outra. A primeira não perderá a sua identidade. As que foram incorporadas deixam de existir. A empresa incorporadora continuará com a sua personalidade jurídica, absorvendo todo o patrimônio e dívidas existentes da empresa incorporada, ou seja, todo os direitos e obrigações, e esta última desaparece juridicamente.

É regida pelo art. 227 da Lei 6.404/1976 que define:

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

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

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

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

Por fim, a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. Na fusão, todas as sociedades fusionadas se extinguem para dar lugar à formação de nova sociedade com personalidade jurídica distinta das que foram extintas, que assumirá todas as obrigações ativas e passivas das sociedades fusionadas.

Segundo o art. 228 da Lei 6.404/1976:

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

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

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

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

Porém, para que o plano de recuperação judicial possa se valer destes atos de concentração, deverá passar, portanto, pelo crivo do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois é dele a responsabilidade pelo controle anticoncorrencial, tendo em vista que atos de concentração empresarial trazem consigo tanto benefícios para a empresa em Recuperação, como os malefícios da concentração mercadológica, convergindo para a formação dos monopólios anteriormente estudados.

É quando a empresa quer se valer destas operações societárias que podem vir constituir concentração de mercado, que ocorre a aplicação da *Failing Firm Theory*. Portanto, o CADE atuará como órgão fiscalizador, no intuito de preservar a livre concorrência, como veremos a seguir.

3 – DA FAILING FIRM THEORY: ORIGEM, CONCEITO E APLICAÇÃO

A *Failing Firm Theory*, traduzida como Teoria da Empresa em Crise, também denominada de *Failing Firm Defense*, surgiu na década de 30, nos Estados Unidos, e tinha o intuito de evitar os malefícios de uma falência, aplicando-se um ato de concentração.

A primeira vez em que foi debatida e aplicada foi no julgamento do caso *International Shoes Co. versus FTC - Federal Trade Commission*, em que a Suprema Corte Americana considerou legítima a aquisição da maior parte do capital social da *W. H. Mc Elwain Company* pela *Internacional Shoes Co*, excepcionando a seção 7 do *Clayton act*, em virtude de a empresa se encontrar em crise

econômica. Necessário destacar que foi fundamental para esta decisão o fato de não haver outro agente interessado na aquisição da empresa em dificuldade financeira.

Nota-se que foi assumindo o risco de uma concentração de mercado no ramo dos calçados, porém, foi decidido que a aquisição não violaria a lei antitruste americana. Através dos julgados posteriores (pois nos EUA se opera o *Common Law*), foram estabelecidos como requisitos para a aplicação da teoria “o risco iminente de falência, a ausência de perspectiva de reorganização e a inexistência de alternativa com menores efeitos anticompetitivos” (LIMA FILHO, 2017, p. 412).

Atualmente, a teoria é fundamental para justificar e/ou viabilizar atos de concentração nos EUA, sendo requisitos estabelecidos tanto pelo tanto o DOJ (*Department of Justice*) quanto pela FTC (*Federal Trade Commission*), quando do julgamento do caso *Citizen Publishing Co x U.S.*:

i) a demonstração de que a companhia a ser adquirida sofre iminente perigo de falência; ii) inexistência de perspectiva realista de reorganização para a sociedade empresária em crise; e iii) inexistência de comprador alternativo viável que signifique um risco competitivo menor para o mercado. (RAMOS, 2010, p. 865)

Segundo André Santa Cruz Ramos, a aplicação da *Failing firm Theory* se dá quando:

Um ato de concentração econômica não tem sua aprovação recomendada, ou tem alguma restrição sugerida, a situação de crise da empresa alvo da operação pode permitir alguma maleabilidade em tais critérios antitruste, de maneira que a operação seja admitida (2020, p. 865).

O pesquisador Carlos Aurélio Mota de Souza também se posicionou quanto ao tema:

A teoria da *Failing Firm Defense* (FFD) 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. (2019, p. 17)

Nestes moldes, a *Failing Firm Theory* tem o propósito de balancear os princípios, analisando caso a caso as empresas, no intuito de pesar o que se tornaria mais importante: obedecer a livre concorrência, respeitando as leis do comércio, ou cumprir a função social da empresa, mantendo-a no mercado.

Carlos Aurélio Mota de Souza defende a função social da empresa, considerando ser “mais danosa à economia e às estruturas de mercado a provável

falência da empresa, com a conseqüente saída dos ativos do mercado, que a limitação à concorrência gerada pela concentração de poder econômico”. (MENDES apud SOUZA, 2019, p.20).

A *Failing Firm Theory* vai corroborar, portanto, pela fusão ou incorporação entre empresas, mesmo que isso signifique riscos ou prejuízos mercadológicos, porque preza pela manutenção da fonte produtora em razão da função social que esta exerce, pois esta se torna mais cara à sociedade.

A teoria ora estudada tem abrangência em diversos países. No Brasil, se questiona a aplicação da mesma através de pesquisas científicas que estudam casos concretos em que o CADE pode ter feito uso desta, porém, não encontra respaldos na legislação, e poucos doutrinadores se posicionam quanto ao assunto.

Porém, não está eximida de ser discutida, porque pode ser invocada nos casos potencialmente mais graves à concorrência. É sobre esses casos mais gravosos que estudaremos no capítulo a seguir se houve ou não a aplicação da *Failing Firm Theory* pelo CADE.

4 – DA ATUAÇÃO DO CADE E DA LEGALIDADE QUANTO À APLICAÇÃO DA FAILING FIRM THEORY

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é a Autarquia Federal criada para fiscalizar e fazer-se aplicar o princípio da livre concorrência no mercado. Ademais, é responsável também por investigar e, em última instância, decidir sobre a matéria concorrencial, seja porque a situação de crise surge como uma alegação dentro do pedido de autorização da operação societária ou ainda porque não é da competência do juízo da recuperação judicial decidir sobre a operação.

Como já exaustivamente estudado, a Constituição Federal vigente, em seu art. 170, institui a livre concorrência como princípio da ordem econômica brasileira e, em seu art. 173, § 4º, estabelece uma repreensão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Esse é o fundamento constitucional para a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e, sobretudo, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, regidos pela Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, que disserta:

Art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Art. 3º. O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

Analisando o cenário em que a *Failing firm Theory* se encontra, que é o de prezar pela conservação da empresa, mesmo que isso signifique um possível ato de concentração quando da aquisição de uma empresa em crise por outra através de fusão, incorporação, transformação etc., que é um mecanismo da Recuperação Judicial, diverge-se sobre a competência de julgá-la.

Alguns autores, frise-se minoritários, defendem que configuram situação excepcional, que exige da submissão prévia ao CADE. Já a doutrina majoritária entende que, cumprido os requisitos do artigo 88 da Lei 12.529/2011, o CADE será o responsável por julgar e analisar o caso, pois é ele a autoridade antitruste responsável, portanto extrapola a competência do juízo universal da Recuperação Judicial.

Presume-se que, ao invocar a referida teoria, a empresa tenha grande força econômica no mercado, razão pela qual ela ameaçaria a livre concorrência protegida pelos órgãos. Quanto ao artigo supracitado, exige que algumas operações societárias devem ser submetidas ao CADE para sua concretização, desde que cumpridos os requisitos presentes no referido artigo, *in verbis*:

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 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).

Este artigo é o único dispositivo na Lei nº 12.529/2011 que permite uma análise diferenciada dos critérios concorrenciais. Em atenção especial ao seu parágrafo 6º, que vem como uma mitigação à legislação, que rege:

§ 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.

Cabe frisar que a legislação brasileira, por si só, não pune a dominação de mercado. É necessário se atentar que todos os argumentos estão em volta do exercício abusivo da posição dominante de poder de mercado. Esta sim é passível de punição, conforme prevê o §4º da CF, pois leva aos caminhos do truste e cartel, que prejudicam negativamente o mercado e seus competidores.

Importante ressaltar a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 - Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, no qual institui 5 requisitos para examinar a conveniência de junção de empresas: a) a definição do mercado relevante; b) a determinação da parcela de mercado detida pelas empresas requerentes; c) a verificação da probabilidade do exercício de poder de mercado; d) o exame das eficiências econômicas geradas; e) uma avaliação da relação dos custos e benefícios, com elaboração do parecer final.

Depreende-se, portanto, alguma maleabilidade, que poderia abrir possibilidade, mesmo que não legislada especificamente, para a análise e aplicação da *Failing Firm Theory* no Brasil, pois sua aplicação cumpriria os requisitos exigidos, vez que se mostra eficiente economicamente, principalmente em se tratando da manutenção dos ativos no mercado relevante, que possivelmente superariam os malefícios causados à concorrência.

Ademais, em análise aos casos concretos que já passaram pelo crivo do CADE, destaca-se a aquisição dos direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S/A pela Votorantim Metais Zinco S/A, no processo de nº 08012.014340/2007-75.

Na oportunidade, foram levados em consideração a baixa probabilidade de dominação no mercado, pois as barreiras à entrada seriam pequenas e porquê o zinco, como matéria prima, abriria possibilidade de importação, além do poder de barganha entre as siderúrgicas. Assim entendeu o CADE:

O caso sob análise, todavia, merece a aprovação deste Conselho, pois se enquadra na teoria da "failing company". A teoria da "Failing Company Defense" foi desenvolvida no direito norte americano com o intuito de evitar que ativos produtivos fossem desperdiçados e perdidos. Isto porque, diante de uma situação em que uma empresa está falida ou reconhecidamente insolvente, permite-se que outra empresa adquira os ativos mesmo que se tenha como resultado uma expressiva concentração. Nota-se claramente que a referida teoria não visa primordialmente a eficiência, mas sim os outros fins, quais sejam, os empregos, os direitos dos acionistas e dos credores. Desse modo, por meio da alegação da "failing company defense", faz-se possível, sob uma análise de ponderação, admitir-se uma operação que, à primeira vista, não seria admissível dentro padrões normais que guiam as análises de concentrações.

Vale chamar atenção para o fato de que a Votorantim Metais Zinco S/A foi a única a apresentar proposta de aquisição em leilão judicial. Além do mais, foram levantados argumentos em favor da compatibilidade da teoria com o sistema concorrencial brasileiro, acrescentando a importância da ponderação entre as perdas provocadas pela concentração econômica e os benefícios decorrentes de manutenção das unidades produtivas.

Por fim, conclui-se que o CADE estabeleceu pressupostos para a possibilidade de aplicação da *Failing Firm Theory*, quais sejam: a impossibilidade da firma de cumprir com suas obrigações financeiras num futuro próximo; a incapacidade da empresa de se reorganizar por meio da recuperação ou falência; e a boa-fé nos atos de tentativa de salvar a empresa.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho de conclusão de curso possibilitou a profunda análise acerca da *Failing Firm Theory*. Foi construído o histórico a respeito do surgimento e manifestação desse instituto, tanto na esfera internacional quanto nacional.

Estabeleceu-se a análise do Princípio da Livre Concorrência como mecanismo de defesa econômica do estado, que tem como intuito preservar o mercado. Para isso, foram realizadas pesquisas doutrinárias afim de construir um histórico do referido princípio, analisando a sua aplicação.

Posteriormente, foram aprofundados os Princípios da Preservação da Empresa e da Função Social da Empresa, que têm grande valor para o Direito Empresarial, analisando-se os aspectos históricos e jurídicos por trás desses conceitos.

Dando seguimento, foi aprofundada a Lei de Recuperação Judicial e Falências, afim de demonstrar que através dela há possibilidades de se realizar um ato de concentração, como por exemplo, por meio de uma fusão ou incorporação.

Também foi analisado a *Failing Firm Theory*, objeto de principal estudo, sendo explorados seu histórico, conceito e realidade fática de aplicação, a fim de argumentar quanto a possibilidade de aplicação da mesma no ordenamento brasileiro.

Por fim, foram analisadas a Competência do CADE e a possibilidade de abertura na lei, para aplicação da referida teoria, bem como um caso já deferido pelo órgão quanto à aplicação daquela, fazendo uma mitigação da lei.

Desta análise pode-se concluir que:

Através da análise legislativa, observa-se mitigações quanto ao próprio princípio da livre concorrência, vez que a Lei 11.101/2005 permite à empresa recuperanda utilizar-se de um ato de concentração como meio de soerguimento.

Outra mitigação legislativa se dá na Lei 12.529/2011 quando estabelecida a competência de julgar casos em que ameace concorrência ao CADE, em que estabelece um valor anual bruto como parâmetros para a competência. Ora, a lei não pune de imediato tais atos de concentração, ela submete ao crivo do órgão máximo, dando possibilidades de decisão. Se sua intenção fosse evitar de imediato um ato de concentração, esta estabeleceria de plano uma vedação e seguinte punição.

Ademais, o §6º do artigo 88 da supracitada Lei é claro ao estabelecer condições que devem ser cumpridas caso seja autorizado, pelo CADE, um ato de concentração. Não haveria, portanto, razão para estes requisitos se não fosse permitido o não cumprimento, mesmo que em parte, do princípio da livre concorrência.

Por fim, da análise da decisão do CADE quanto ao caso Votorantim Metais Zinco S/A x Mineração Areiense S/A, no processo de nº 08012.014340/2007-75, resta clara a possibilidade de aplicação da *Failing Firm Theory*, vez que esta já teve aplicação prática, tratada com clareza no julgamento proferido pelo órgão.

É preciso se atentar para o fato de que, para além da livre concorrência, a Constituição Federal também preza pelo bem estar social, sendo princípio fundamental. Logo, conclui-se que as decisões do CADE coadunam com os princípios basilares da CF, vez que é de suma importância incentivar não apenas a concorrência de mercado, mas preservar a fonte produtora e as ramificações que dela são dependentes.

FAILING FIRM THEORY AS A COROLLARY FOR THE PRINCIPLE OF THE PRESERVATION OF THE COMPANY

Ludimilla Pereira Leal

This work to conclude a theme course A Failing Firm Theory as a corollary for the Principle of Company Preservation aims to demonstrate the possibility of applying the theory of American origin in the Brazilian system. It was used as a deductive research methodology to argue and against arguing about the topic now addressed. Thus, it is possible to conclude, based on already solved cases, that the theory can also have great value here in its correct application.

Key Words: Failing Firm Theory; Judicial Recovery; company in crisis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página.

BRASIL. **Lei n.º 11.101**, de 9 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, de 09 fev. 2005.

BRASIL. **Lei n.º 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 15 dez. 1976.

BRASIL. **Lei n.º 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, de 30 nov. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 3: Direito de Empresa: contratos, falência e Recuperação de Empresas**. - 18. ed. Rev. e atual. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. - 9. ed. Rev. e atual., e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LIMA FILHO, Gerardo Alves de. **Juridicidade e os parâmetros para a aplicação da Teoria da Failing Firm Defense no direito concorrencial brasileiro**. - Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 2, pp. 409-430, Mai.-Ago. 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2017/a-juridicidade-e-os-parametros-para-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defense-no-direito-concorrencial-brasileiro-gerardo-alves-de-lima-filho>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

LUCENA, Rafaela Caetano Pereira de. **A Teoria da Failing Firm diante dos Princípios da Preservação da Empresa e Livre Concorrência.** - Brasília, 2015. - Disponível em: file:///D:/2015_RafaelaCaetanoPereiradeLucena.pdf; Acesso em: 27 de setembro de 2020.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas.** - 11 ed. - São Paulo: Atlas, 2020.

MASSO, Fabiano Del. **Direito Econômico Esquemático.** - 2 ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

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.** - Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424/>; Acesso em: 27 de setembro de 2020.

PLASTINA JÚNIOR, Márcio Gabriel; PEIXOTO LEAL, Leonardo José. **A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria *Failing Company Defense*.** - Disponível em: <file:///D:/412-Texto%20do%20artigo-1647-1-10-20181120.pdf>; Acesso em: 27 de setembro de 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial.** - 7. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial: volume único.** - 10. ed. - Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2020.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **A Aplicação da Teoria da *Failing Firm Defense* no Brasil.** - Percurso – Anais do VIII CONBRADEC. vol.02, n°.29, Curitiba, 2019. Disponível em: <file:///D:/3486-371374191-1-PB%20.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.