

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria *failing company defense*

Márcio Gabriel Plastina Júnior²⁶⁰

Leonardo José Peixoto Leal ²⁶¹

RESUMO

As dificuldades econômicas e financeiras pelas quais passam as mais diversas empresas, em especial em tempos de crise, podem levá-las ao processo de Recuperação Judicial ou até mesmo o seu fim, por meio do processo falimentar. Ocorre que, justamente nesse período em que as empresas encontram-se fragilizadas é que se dá maior abertura ao processo de incorporação, sobretudo por suas concorrentes. Tal fato, gera o problema acerca do controle de mercado, violando diversos princípios e normas ligadas à Livre Concorrência. Questiona-se, portanto, qual a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em tais processos de incorporação e fusão? Assim, analisam-se os posicionamentos firmados pela Autarquia, por meio de decisões já existentes. Como metodologia, utiliza-se o estudo descritivo-analítico, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental. Por fim, conclui-se sugerindo a aplicação da Teoria Failing Company Defense para a resolução de processos da mesma natureza.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Fragilidade. Incorporação. CADE. Teoria Failing Company Defense.

ABSTRACT

The economic and financial difficulties experienced by the most diverse companies, especially in times of crisis, can lead them to the process of Judicial Recovery or even their end, through the bankruptcy process. It happens that, precisely in this period when companies are fragile, there is greater openness to the incorporation process, especially by its competitors. This fact, generates the problem about the control of the market, violating several principles and norms related to the Free Competition. So, what is the performance of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in such incorporation and fusion processes? Thus, the positions established by the Autarchy, through existing decisions, will be analyzed. As a methodology, the descriptive-analytical study is used, through bibliographical, legislative and documentary research. Finally, it concludes by suggesting the application of Failing Company Defense Theory for the resolution of processes of the same nature.

Keywords: Judicial recovery. Fragility. Incorporation. CADE. Theory Failing Company Defense.

²⁶⁰ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (2016). Pós graduado em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2018). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. É membro da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE, bem como da Comissão de Estudos de Empresa e Societário, também da OAB/CE..

²⁶¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2017). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2010). Professor dos cursos de Direito da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Sócio do Conselho Nacional de Pesquisa Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Presidente da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Ceará - OAB/CE. Parecerista da Revista Pensar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: Análise econômica do Direito, Direito da Concorrência, Direito do Consumidor, Direito Industrial, Direito Empresarial, Políticas Públicas, Direito Processual Civil, Prática Cível e Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os fundamentos da recuperação judicial e os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência; 3. Teoria Failing Company Defense e sua aplicabilidade; 4. O posicionamento firmado pelo conselho administrativo de defesa econômica – casos práticos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Função Social²⁶² exercida pelas mais diversas empresas trazem consigo grandes impactos para toda a sociedade: geração de empregos, renda, produção, fortalecimento de setores, além do desenvolvimento da economia local.

Dessa forma, preservá-las em momentos de dificuldades torna-se de extrema valia para o bem-estar social/local, além da economia como um todo. Ocorre que, em tais momentos de crises, traduzidos no âmbito jurídico empresarial pelos institutos da Recuperação Judicial e da Falência (Lei nº 11.101/2005), as empresas tornam-se mais fragilizadas, facilitando a aquisição destas por outras concorrentes.

Verifica-se que tal ação pode parecer, a priori, uma solução positiva para o soerguimento da empresa, pois passando seus passivos, bens e serviços àquela que pretende incorporar ou fundir, os seus problemas financeiros estariam solucionados. No entanto, o referido ato acaba gerando impacto em outro ponto, o mercado.

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11) visa resguardar o desenvolvimento econômico, com a garantia da distribuição eficiente na economia brasileira, gerando diversos impactos positivos no âmbito mercadológico, sobretudo em combate ao controle de mercado.

Para tanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a Autarquia Federal criada para “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável,

²⁶² O Princípio da Função Social é tema bastante polêmico no âmbito doutrinário empresarial, tornando-se um conceito eivado de grande complexidades. Para o presente artigo, a Função Social da Empresa é justamente aquela estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXIII, além do artigo 182,§2º, do mesmo Ordenamento. Nessa toada, a Função Social “é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. [...] É nessas hipóteses que se deve falar em função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando atais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos (COMPARATO, 1990, p. 65). Vale ressaltar que a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASCEVICIUS FILHO, 2003, p. 40). Assim, é nítido que “função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais, cabendo apenas conciliar os interesses da empresa com os da sociedade” (MAGALHÃES, 2009, p. 11).

no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar, mas também por decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial”²⁶³.

Com isso, a função do CADE em face de tais práticas é de extrema importância, pois tais transações podem resultar em um monopólio, gerando certos prejuízos à sociedade, sobretudo ao consumidor.

Em contrapartida, encontra-se uma empresa com grandes dificuldades financeiras e administrativas que podem resultar no seu pedido de falência. O que geraria perdas significativas no âmbito social econômico, ante o fechamento da empresa e a demissão em larga escala.

Tal situação ocorre não só Brasil, mas também nos mais diversos países, onde a disputa pelo mercado consumidor torna-se cada vez mais agressiva. Desta forma, a busca pela solução de tal impasse, sem comprometer a economia de mercado, vem desenvolvendo doutrinas e teorias, como a americana *Failing Company Defense*, aqui traduzida para “teoria da empresa em crise” ou “defesa da empresa em crise”, que vem ganhando força e espaço em meios aos julgados nacionais e estrangeiros.

Desta forma, utilizar-se-ão os diplomas legais, sobretudo a Lei nº 12.529/2011, denominada como Lei Antitruste, e a Lei nº 11.101/2005, conhecida como Lei de Recuperação Judicial e Falências, pois possuem normas que facilitarão o entendimento dos julgados promovidos pelo CADE e para a análise das doutrinas internacionais.

Assim, o presente artigo iniciará por meio dos fundamentos (Tópico 2) que regem uma Recuperação Judicial, fazendo uma análise em paralelo com os princípios norteadores da mesma e a questão econômica, por meio do princípio da Livre Concorrência.

Em um segundo momento (Tópico 3), abordar-se-á de forma mais direta a Teoria da *Failing Company Defense*, trazendo doutrinas e ordenamentos em que a mesma é aplicada. Além disso, traz-se a aplicabilidade da referida Teoria em outros países, como a Austrália e o Canadá, demonstrando os posicionamentos firmados em todas as jurisdições.

No Tópico 4, aborda-se a atuação do CADE juntamente aos processos de incorporação e fusão das empresas, de maneira a verificar o entendimento firmado pelo Órgão, por meio de *cases* que ajudarão o leitor a compreender o posicionamento firmado pelo Conselho em face da Teoria mencionada.

²⁶³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

Por fim, conclui-se (Tópico 5) em defesa da utilização da Teoria *Failing Company Defense*, como sendo o meio mais adequado para situações de difícil recuperação econômica, financeira e administrativa das empresas em graves insolvências, preservando a empresa em detrimento da Livre Concorrência.

2. OS FUNDAMENTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Em tempos de crises, as dificuldades financeiras e econômicas de algumas empresas podem vir a levá-las a passarem por momentos tenebrosos, de maneira tal que a utilização de recursos jurídicos, tais como a Recuperação Judicial e a própria Falência, são os meios disponibilizados para a sobrevivência empresarial.

Para isso, alguns requisitos merecem ser preenchidos, conforme o artigo 48, da Lei 11.101/2005, tais como não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial, nem há menos de 8 (oito) anos, obtido com base no plano especial; além de não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Denota-se que a característica em comum às empresas denominadas Recuperandas (Aqueles que se submetem ao processo de Recuperação Judicial) é justamente a insolvência (“crise financeira, a crise econômica e a crise patrimonial”²⁶⁴), o que dificulta o seu soerguimento:

Insolvência deve ser aqui entendida como a consequência da crise econômico-financeira da empresa que não lhe permite quitar as obrigações existentes e que, portanto, afeta de maneira grave seu equilíbrio financeiro, ou seja, “a sua capacidade de pagar os compromissos nas datas dos respectivos vencimentos” (SOBRAL; PECCI, 2008, p. 382).²⁶⁵

²⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 22-24.

²⁶⁵ JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **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**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 121.

Assim, diante da incapacidade empresarial em cumprir suas obrigações, em especial, as obrigações financeiras, deve-se buscar medidas urgentes a fim de evitar uma futura falência e por conseguinte, o encerramento das atividades ali exercidas.

No entanto, antes de chegar ao ponto da insolvência completa, cabe à empresa a busca pela sua recuperação. Nesse sentido, urge o amparo estatal para a manutenção da empresa a fim de assegurar toda a função social exercida por ela:

Note-se que não se trata de preservar, a qualquer custo, toda sorte de empresas, mas de lutar pela manutenção daquelas que, apesar do estado de crise, mostrem-se viáveis economicamente e, consequentemente, capazes de representar benefícios à coletividade.²⁶⁶ (FERREIRA; SANCHES, 2014, [on line])

Com isso, a Recuperação Judicial torna-se uma via extremamente necessária e vital para o soerguimento e manutenção da empresa insolvente, pois devido à grande importância social exercida pela mesma, torna-se de extrema valia para o Estado a busca pela sua manutenção, sobretudo, para assegurar a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores:

“O giro dos negócios na sua complexidade (fornecedores, clientes, empregados etc.), mesmo perante as relações com não comerciantes, significa ligações, sobre as quais, dado um tropeço de qualquer relevo, podem resultar reações de cadeia que levem a uma desarmonia orgânica-funcional, com reflexos na economia em geral” (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 6)²⁶⁷.

Desta forma, servindo como “uma tentativa de saneamento/ reorganização da empresa em crise, a fim de evitar o processo falimentar” (COELHO, 2008, p.381)²⁶⁸, a Lei de Recuperação Judicial e Falência²⁶⁹, norteadas pela preservação da mesma e prestigiando a ‘função social da empresa (unidade econômica básica da livre iniciativa, considerada um dos

²⁶⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁶⁷ FRANCO, Vera Helena de Melo; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3. p. 381.

²⁶⁹ BRASIL. Lei nº 11.101 (2005). Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

pilares da economia), que representa uma fonte geradora de empregos e riquezas”. (DALSENTER, 2011, [on line])²⁷⁰ prevê o instituto da Recuperação Judicial:

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.

Observa-se, portanto, que o artigo 47 encontra sua base em três grandes pilares principiológicos: “1. A preservação da empresa; 2. A proteção aos trabalhadores e 3. O interesse dos credores”²⁷¹.

No presente artigo, abordar-se-á apenas o Princípio da Preservação da Empresa e da Livre Concorrência, pois se analisará a teoria da *Failing Company Defense* e para tanto se faz de suma importância a análise desses dois princípios.

O Princípio da Preservação da Empresa é “um desses outros valores que devem ser considerados pelo direito da concorrência, sobretudo quando existir uma situação de grave crise que possa acarretar a saída do agente econômico do mercado”²⁷².

Nesse sentido, a busca para revitalizar e renascer uma empresa passa a ser o objetivo, com o intuito de assegurar a função social exercida:

O princípio da preservação da empresa, na verdade, representa uma das importantes consequências do princípio da função social da empresa, que é propiciar a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. O interesse social é fator imprescindível e pressuposto da formulação da preservação da empresa, por representar a gama de interesses que sobre a atividade empresarial se projetam (FRAZÃO, 2011, pp. 214-215)²⁷³.

²⁷⁰ DALSENTER, Thiago. Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária. **Migalhas**. Artigo publicado em 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

²⁷¹ ABUD, Hugo Martins. Os três princípios fundamentais da recuperação judicial. **Direito Net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁷² JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **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**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 53.

²⁷³ [*Idem*], p. 57.

Com isso, a busca pela preservação da empresa surgiu, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988 em que trouxe à tona “uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano”.

Diante disso, desenvolveu-se o princípio da Livre Iniciativa como forma de “construir uma sociedade aberta, justa e solidária”²⁷⁴ (CRETELLA JUNIOR, 2001, p.248), promovendo a competição e a concorrência no cenário comercial, trazendo à tona um novo conceito de empresa, como sendo aquela com uma função social a desenvolver perante toda a coletividade, conforme a Carta Magna de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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: [...]

Ocorre que essa concorrência deveria ser regulada e, assim, por meio do Princípio da Livre Concorrência e da legislação Antitruste (Lei nº 12.529/11), desenvolveu-se o estudo e a análise regulatória no âmbito concorrencial²⁷⁵.

Assim, visando à correção e a prevenção de excessos do poder econômico a fim de atingir o livre mercado “a repressão ao abuso de poder [...] mostrou-se necessária não como algo contraposto ao liberalismo econômico, mas sim como uma forma de preservá-lo”²⁷⁶ (FRAZÃO, 2006, p. 304).

²⁷⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 248.

²⁷⁵ Na Constituição de 1934, fala-se, pela primeira vez, em liberdade econômica em seu art. 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*” (BRASIL, 1934). Após, pouco se desenvolveu sobre a matéria passando a voltar à tona com a Constituição de 1988, em seu artigo 173, §4º: “*reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (BRASIL, 1988)

²⁷⁶ FRAZÃO, Ana. **Propriedade e empresa -função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

A proteção à concorrência, tende a ser a forma na qual é conciliada a liberdade econômica individual e o interesse público, uma vez que, ao se preservar a competição dos agentes econômicos, 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 ²⁷⁷(FORGIONI, 2012, pp. 58-59).

Assim, a busca pela Livre Concorrência passou a ter alta relevância, sobretudo por proteger o maior interessado, qual seja, o consumidor, impedindo o enriquecimento ilícito de certas empresas por meio de práticas desleais e anti concorrenciais:

“As preocupações, tais como as de proteger os consumidores de transferências de riqueza (causada por práticas eficientes ou ineficientes), e até mesmo mais profanas, como proteger outros grupos de interesse que o Congresso estava determinado a proteger, simplesmente não podem ser ignoradas. Se forem, então não estamos vivendo em uma sociedade democrática” (HOVENKAMP, 2011, p. 77, tradução nossa)²⁷⁸.

Desta forma, recuperar a empresa antes que a mesma tenha decretada a sua falência, tornou-se um norte para o Direito Empresarial, sobretudo pela importância social conferida à mesma.

No mesmo sentido, Mario Ghidini²⁷⁹: “a empresa é um organismo produtivo de fundamental importância social; essa deve ser salvaguardada e defendida, enquanto: constitui o único instrumento de produção de (efetiva) riqueza; constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza; constitui um centro de propulsão do progresso, também cultural, da sociedade”.

No entanto, o processo de Recuperação Judicial também pode revelar certa fragilidade da empresa Recuperanda que, guiada por enormes passivos e poucas quantidades de bens e serviços, pode ceder à incorporação ou fusão de outras empresas em melhores condições financeiras.

Chega-se, portanto, ao problema central deste artigo, pois diante de tal situação, empresas concorrentes podem vir a adquirir tais empresas fragilizadas e, assim, controlarem o mercado

²⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁷⁸ HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; DEN BERGH, Roger Van (Org.). **Post-Chicago developments in antitrust law**. Estados Unidos: Edward Elgar, 2002, pp. 01 –33.

²⁷⁹ *apud* Perin Jr, Ecio. Preservação da Empresa na lei de Falências. Saraiva, 2009, p. 34

econômico, colocando em risco um dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a Livre Concorrência:

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; [...]

Assim, para evitar uma prevalência de uma empresa sobre a outra, o princípio da Livre Concorrência fora instituído de maneira que possa “manter condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro” (GABAN; DOMINGUES, 2012, p.53/54)²⁸⁰.

Soma-se a isso, a necessidade de “haver certas restrições impostas pelo Estado, inclusive para que se mantenha a lealdade empresarial sob pena de caracterização da concorrência desleal ou de infração à ordem econômica.” (FERREIRA, 2017, [on line])²⁸¹

Dessa forma, atos de concentração empresarial como as fusões e incorporações apesar de trazerem inúmeros benefícios para a empresa em Recuperação, também podem estar ofuscando uma tentativa de concentração mercadológica, convergindo para a formação dos monopólios, o que de imediato deve ser combatido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Saliente-se que a própria Lei de Falência e Recuperação de Empresas autoriza a prática de atos de concentração como mecanismo de recuperação da empresa²⁸², na medida em que o legislador parece querer prestigiar a continuidade da atividade empresarial, em prol do princípio da preservação da empresa, ainda que seja de modo indireto, via ato de concentração.

Os atos de concentração de empresas que se enquadram nos requisitos da lei de defesa da concorrência²⁸³ precisam da prévia apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que verificará os possíveis impactos negativos e positivos do ponto de vista

²⁸⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁸¹ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. **Publica Direito**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁸² Nesse sentido o art. 50, II da Lei 11.101/2005.

²⁸³ Nos termos do art. 88 da Lei 12.529/11 e da portaria conjunta 994 de 2012 o ato de concentração deverá ser obrigatoriamente submetido ao órgão sempre que pelo menos uma empresa envolvida na operação tenha faturamento bruto anual ou volume de negócios total no ano anterior a operação igual ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), e, pelo menos outra, faturamento ou volume de negócios igual ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

concorrencial para aquele ato específico. Dentre diversos elementos, um dos mais importantes e recorrentemente analisados pelo órgão é a existência de barreiras a entrada²⁸⁴ no mercado específico vez que a partir da lógica da Livre Iniciativa prevista na Ordem Econômica Constitucional é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Quanto maiores as barreiras, em regra, pior será para um mercado em que o ato de concentração se perfaça, enquanto que quanto menores forem as barreiras, maior a facilidade de o mercado se readaptar do ponto de vista concorrencial àquela medida concentradora, sendo mais difícil, portanto, a formação de monopólios ou altas concentrações de poder de mercado.

Nos tópicos a seguir tratar-se-á em específico da teoria do *Failing Company Defense* e como tal aspecto tem sido aplicado no Brasil quando da análise de atos de concentração pelo CADE.

3. TEORIA FAILING COMPANY DEFENSE E SUA APLICABILIDADE.

Surgida, sobretudo, nos Estados Unidos da América²⁸⁵, a Teoria *Failing Company Defense* vem adquirindo espaço no âmbito administrativo concorrencial brasileiro, surgindo como uma solução em face dos atos de concentração horizontal, em especial, quando há a existência de empresas em dificuldade financeira buscando sua reestruturação.

Assim, urge como uma “forma de proteção às firmas insolventes ao aprovar sua fusão, aquisição ou incorporação por empresas mais fortes do mesmo mercado”²⁸⁶, pois tendo em vista a dificuldade pela qual se encontra a empresa insolvente, o seu destino futuro provavelmente seria uma decretação da falência, o que poderia gerar inúmeros prejuízos nos

²⁸⁴ Para fins antitruste, barreiras à entrada é um fator no mercado que permite empresas que já estão no mercado ganhar lucros monopolistas, enquanto desestimula empresas de fora a entrar no negócio. Mais formalmente, barreiras à entrada medem a medida que, a longo prazo, as empresas já estabelecidas podem elevar seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição” sem induzir entrantes potenciais a entrar no setor. Entre economistas não tem sido unânime a aceitação da definição de barreiras à entrada acima exposta, a qual as vezes é chamada Bainian nomeada em homenagem ao economista Joe S. Bain que a desenvolveu. Muitos preferem a definição Stiglerian de que barreiras à entrada são custos que um concorrente em potencial deve incorrer na entrada ou após a entrada, que aqueles que já estavam no mercado não tiveram que incorrer no momento que entraram. Mais tecnicamente, uma barreira à entrada sob esta definição é um custo de produção (em algumas ou todas as taxas de produção) que deve ser suportado por uma empresa que visa entrar em uma indústria, mas não pode ser suportada por empresas pertencem a essa indústria. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: THOMSON, 2005. P. 39-40)

²⁸⁵ 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?. Lex **Magister**. Disponível: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teorias_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

²⁸⁶ 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.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%2020033.pdf>>. Acesso em 02 de jan. 2018.

mais diversos setores, em especial, o social e o econômico.

No entanto, a concentração de mercado por uma única empresa é justamente um ponto de alerta emitido pelas Autoridades Administrativas Concorrenciais, tendo em vista o impacto mercadológico gerado pela mesma.

Nesse sentido, a Teoria em debate vem sendo cada vez mais analisada não só no âmbito nacional, mas também em caráter internacional²⁸⁷, promovendo assim a difusão da mesma perante a doutrina concorrencial, influenciando os julgados do Conselho Administrativo.

Para tanto, utilizar-se-á de ponto de partida a influência americana, por meio de seu *Horizontal Merger Guidelines*²⁸⁸ do *Justice Department* e da *Federal Trade Commission* dos EUA, de 1997, em que trazia quatro requisitos para a aprovação da Teoria, em si (tradução nossa):

- a) A firma a ser adquirida está impossibilitada de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo.
- b) A firma deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa;
- c) A firma deve empreender esforços 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;
- d) Deve-se comprovar que, no caso de não ocorrência da fusão notificada, os ativos da firma sairão do mercado, prejudicando os consumidores.

Todavia, tal entendimento sofreu certa modificação em 2010²⁸⁹ indicando apenas três requisitos para que uma empresa pudesse se enquadrar na teoria em questão (tradução nossa):

- a) A firma a ser adquirida está impossibilitada de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo.
- b) A firma deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa;
- c) A firma deve empreender esforços 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.

Desta forma observa-se que a “*A failing firm* adota como pressuposto que a firma enfrente

²⁸⁷ LOW, Richard E. **The Failing Company Doctrine Revisited**, *Fordham Law Review*. Vol. 38, pp. 23. 1969.

²⁸⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Revised April 8, 1997, p. 33).

²⁸⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Issued in August 19, 2010, p. 35

uma crise financeira ou patrimonial, ou seja, que apresente uma insolvência econômica ou uma crise de liquidez”²⁹⁰.

Sendo assim, aquela empresa que possui passivos já em estado de insolvência seria autorizada pelos órgão de defesa da Concorrência a serem adquiridas ou incorporadas por outras, mesmo que houvesse um certo controle mercadológico, visando não apenas a eficiência do procedimento, mas sim os outros fins como os empregos, os direitos dos acionistas e dos credores.

Enfim, existe um claro ganho líquido de eficiência caso se compare a concentração à sua alternativa, a pura e simples saída da empresa do mercado. A razão para isso é simples. Comparada à sua alternativa, a concentração é eficiente e benéfica ao consumidor. Se é verdade que a concentração implica aumento do poder no mercado, ela proporciona eficiência decorrente dos ganhos de escala produtiva. Já a saída da empresa do mercado proporciona às empresas remanescentes o mesmo aumento do poder no mercado (seu poder aumenta, ao menos em um primeiro momento, na mesma proporção em que o volume de produção diminui) A concentração é, portanto, necessária e suficiente para o alcance dos objetivos visados, cumprindo-se os requisitos do art. 54, §1º, da lei concorrencial.²⁹¹

Denota-se que a referida teoria possui fundamento no estado de falência da empresa, permitindo a aprovação de fusões, que seriam ordinariamente consideradas ilegais, quando comprovado serem os efeitos decorrentes da falência da empresa mais negativos à sociedade do que aqueles advindos de uma concentração de mercado.

Tratado de maneira pioneira no *International Shoe Company Case*²⁹², de 1930, a teoria em questão foi incorporada aos guias de análise, prevendo-se os requisitos já expostos anteriormente.

A partir de então, a defesa foi adotada por diversas outras jurisdições, tratando-se de conceito bastante difundido no direito concorrencial internacional. Exemplo disso, é a utilização do *The Merger Enforcement Guideline*, no Canadá e o *Guia Concorrencial da Comunidade Europeia*.

²⁹⁰ 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.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%200033.pdf>>. Acesso em 02 de jan. 2018.

²⁹¹ FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁹² JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **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**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 53.

Desta forma, sendo objetivo do direito antitruste a maximização do bem-estar, é inevitável fazer-se a ponderação entre as perdas sociais decorrentes da concentração econômica e os benefícios sociais proporcionados ao se evitar a destruição de riquezas (ativos tangíveis e intangíveis que se perderiam com a falência)

Com isso a *Failing Company Defense* surge como uma maneira de se “evitar os substanciais custos de transação que a falência de uma empresa envolve”²⁹³, pois os trabalhadores são demitidos, os credores ficam a receber, além dos clientes e fornecedores que quebram um laço de confiança existente entre eles e a insolvente.

Logo, nesse sentido, a Teoria privilegia o princípio do bem estar social em conjunto com o princípio da preservação da empresa em face do princípio da livre concorrência, pois diante de um cenário de extrema dificuldade de soerguimento empresarial, a *Failing Firm* apoia a incorporação ou a fusão daquela empresa, mesmo ocasionando certos prejuízos mercadológicos, protegendo os trabalhadores, os credores e todas as relações jurídicas envolvidas junto àquela Recuperanda.

4. O POSICIONAMENTO FIRMADO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CASOS PRÁTICOS.

De extrema importância para a análise do presente artigo, o estudo de casos práticos revela o entendimento firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em face de situações em que se confrontam incorporações de empresas em situações de Recuperação Judicial ou em Falência, e a análise de mercado.

Conforme já debatido anteriormente, alguns princípios merecem ser levados em consideração para quaisquer julgados da Autarquia, pois, albergados pela Constituição Federal de 1988, norteiam o mercado comercial brasileiro, bem como a sobrevivência e a preservação das empresas.

Para isso, traz-se à tona um primeiro caso acerca do tema aqui já exposto, em que figuraram nos polos as empresas *Matlinpatterson Global Opportunities Partners* e *NRG*. *In casu*, observa-se pela decisão promulgada pelo CADE que a operação não resultaria em

²⁹³CRAVO, 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?. *Lex Magister*. Disponível: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teorica_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

concentração²⁹⁴ de mercado e, por conseguinte, não violaria a legislação concorrencial. Abordaram-se os conceitos de integração vertical²⁹⁵ e concentração horizontal²⁹⁶, como pontos relevantes para a concessão da incorporação suscitada (Processo 08012.009708/2003-50):

De acordo com os pareceres da Procuradoria Geral do CADE e do Ministério Público Federal, ambos em consonância com os pareceres técnicos da SEAE/MF e SDE/MJ, a operação não é passível de provocar dano ao mercado nacional e não resulta em concentração, tendo em vista que não existe integração vertical ou concentração horizontal, inviabilizando, assim, o exercício de poder de mercado. Ou seja, existem condições favoráveis a realização desta operação. Em seu parecer técnico, a SEAE/MF afirma que o ato de concentração em tela é resultado direto de um processo de falência na qual a Matlinpatterson é credora da NRG e que, após a operação, o grupo passará a deter 21,5% das ações com direito a voto da NRG.

Em particular, destaca-se que a decisão foi prolatada com origem em sentença norte-americana, em função da iminência do processo de falência por parte da NRG, empresa que se encontrava em Recuperação Judicial, demonstrando uma aceitação pelo Conselho do entendimento firmado pela doutrina estrangeira.

Outrossim, é interessante observar a atuação da empresa *Matlinpatterson Global Opportunities Partners*, empresa essa especialista em adquirir participações acionárias de outras empresas que se encontram em dificuldades financeiras, para depois revendê-las. Desta forma, ela capitaliza essas empresas, com base nas experiências de seus profissionais, no processo de reestruturação, para depois vir a negociá-las.

Observa-se, ainda, que os princípios trazidos neste artigo não foram levados em consideração, haja vista, não haver sequer qualquer ameaça à ordem concorrencial pelo fato da dificuldade financeira vivenciada pela empresa NRG.

Outro caso interessante, em que fora julgado procedente o pedido de incorporação, foi a questão das empresas Votorantim Metais Zinco S/A e Massa Falida de Mineração Areense S/A. Nessa incorporação, vale trazer à tona a discussão que existiu acerca da aplicabilidade da Teoria *Failing Company Defense* (Processo 08012.014340/2007-75):

²⁹⁴ O processo de extinção de uma ou algumas empresas, com o surgimento de uma nova sociedade ou a permanência de apenas uma delas, insere-se no fenômeno da concentração de empresas.

²⁹⁵ No momento em que uma indústria concentra todas as fases da produção de uma matéria-prima, da extração até a colocação do produto final no mercado, trata-se de uma concentração vertical.

²⁹⁶ A concentração horizontal ocorre pela fusão ou absorção de empresas que trabalham com o mesmo tipo de produção industrial.

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.** (Grifo nosso)

Nessa situação, cabe trazer à tona alguns pontos. Primeiramente, tratava-se de empresa já declarada falida (Proc. 0710.01.000578-7, julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 1999), ou seja, não exercia mais qualquer atividade econômica.

O segundo ponto é acerca da utilização da Teoria *Failing Company Defense*. No processo analisado, foram trazidos como requisitos para a aplicação da mesma, quatro itens:

a) a empresa alegadamente insolvente não seria capaz de honrar seus compromissos financeiros no futuro próximo; b) que a empresa não tinha condições de se reorganizar com sucesso de acordo com as normas da Lei de Falências norte-americana; c) que a empresa teria feito, de boa-fé, esforços mal sucedidos para viabilizar ofertas alternativas razoáveis para a aquisição de seus ativos tangíveis e intangíveis; d) que inexistindo o ato de concentração, os ativos da empresa deixem o mercado relevante.

Assim, analisadas as documentações, entendeu a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes era baixa, dada as condições de entrada no mercado, a rivalidade entre os participantes e a possibilidade de importação. Além disso, a Secretaria entendeu que havia forte poder de barganha das siderúrgicas, setor que mais absorve o zinco como matéria-prima.

Nesse sentido, somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa já em fase de liquidação (Teoria da *Failing Company*), não houve outro entendimento do Órgão, senão a concessão da incorporação almejada.

Denota-se pelo julgado exposto que o Conselho Administrativo ainda resiste quanto à aplicabilidade da Teoria em si, sendo aplicada apenas em casos de específicos em que os

requisitos utilizados pela doutrina estrangeira encontram-se totalmente preenchidos.

Por fim, o Processo nº 08012.000304/1998-81 já traz um julgado contrário à Teoria em comento:

Como se observa, não há nos autos elementos que comprovem a existência dos requisitos exigidos para a aplicação da failing company defense. Os demonstrativos contábeis da Rossi (fls. 607/610) não conduzem à conclusão do estado falimentar da empresa, nem há comprovação de que os ativos da Rossi inevitavelmente sairiam do mercado, caso não houvesse o ato de concentração. A propósito, convém salientar que a Rossi continua explorando a atividade econômica, embora não mais atue no mercado de armas curtas. Diante dos fundamentos aduzidos, é impossível concluir, neste momento, que a concentração não provocou alterações de mercado, fazendo-se necessário prosseguir com o exame das demais etapas do Guia de Análise da SEAE/SDE, inclusive com o estudo acerca das eficiências líquidas decorrentes aquisição societária. Desta feita, caso ausentes as justificativas que porventura legitimem o poder de mercado adquirido pela Taurus, esta Procuradoria não enxerga possibilidade de aprovar a operação. (Grifo nosso)

Conclui-se pela importância da análise contábil das empresas submetidas aos processos de incorporação e fusão, pois têm que demonstrar eficazmente ao Conselho, o seu estado falimentar, ou de difícil Recuperação, além da comprovação de que os ativos sairiam de mercado, caso não houvesse o ato de Concentração.

Assim sendo, torna-se de extrema importância a análise e o debate acerca da Teoria *Failing Company Defense*, por meio de julgados e aporte doutrinários, a fim de compreendê-la e aplicá-la perante situações de extrema fragilidade da empresa em recuperação, pois, conforme se observa, a mesma se mostra como uma forma viável de preservação empresarial.

5. CONCLUSÃO

Diante do artigo desenvolvido, observa-se que a busca pela Preservação da empresa, simbolizada pelo artigo 47, da Lei 11.101/2005, é um importante meio para efetivação da ordem econômica e social prevista na Constituição, tendo em vista a relevância das atividades geradas em relação aos trabalhadores, aos sócios, aos consumidores, aos fornecedores, enfim, a todos aqueles envolvidos na atividade empresarial.

Outrossim, observa-se também que com as dificuldades e fragilidades expostas por aquelas empresas em Recuperação Judicial (Recuperandas), a sua aquisição, por meio de

incorporações e fusões por outras empresas do mesmo mercado, sobretudo suas concorrentes, pode gerar uma monopolização mercadológica o que geraria um impacto sobre o Princípio da Livre Concorrência, sobretudo em mercados de forte barreiras à entrada para novos concorrentes.

Desta forma, observou-se o papel exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no intuito de impedir e até mesmo coibir certas práticas de concentrações econômicas (horizontal e vertical), como meio de defesa da Livre Concorrência.

Assim, em meio a esse cenário, urge a *Teoria da Failing Company Defense* como forma de preservar aquela empresa que não possui mais condições de cumprir com as suas obrigações financeiras, sendo incapaz de se organizar por meio da Recuperação Judicial e pela Falência. Além disso, a Teoria possui um viés social, numa busca pela preservação dos postos de trabalhos, dos valores devidos aos credores daquela Recuperanda e, principalmente, preservar todas as relações jurídicas envolvidas junto àquela empresa em dificuldade.

Constata-se, ainda, que a referida doutrina possui tímido desenvolvimento no âmbito nacional, sendo necessária a busca por fontes estrangeiras, em especial, a norte americana, por meio de seu *Horizontal Merger Guidelines*.

Vale ressaltar que o Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontal (2016) trouxe à tona pela primeira vez a previsão de aplicabilidade pelo Órgão da Teoria em estudo.

Sob forte influência norte-americana, ficou estabelecido a obrigatoriedade do preenchimento dos requisitos de efeitos líquidos não-negativos, ou seja, deve-se demonstrar que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação seriam piores do que a concentração gerada pela operação.

Assim, mostrou-se relevante a inserção de novos entendimentos e até mesmo normatizações no presente Artigo, a fim de suprir a ausência no ordenamento jurídico brasileiro da referida Teoria o que poderia contribuir para o desenvolvimento econômico de empresas em dificuldades de reestruturação.

Por fim, observou-se que a aplicação da *failing firm* não afetaria a concorrência estabelecida no Art. 88, da Lei 12.529/2011, pois resguardados estariam os princípios da Livre Concorrência e da Preservação da Empresa.

Cabe ressaltar que compete ao CADE decidir acerca da aprovação dos atos de concentração econômica para a melhor sobrevivência mercadológica concorrencial, daí a motivação do presente artigo, trazendo julgados e posicionamentos do próprio Conselho e

abordando uma Teoria que vem sendo aplicada, sobretudo nos EUA e Europa²⁹⁷ e que contribuiria para a resolução de casos similares, preservando a empresa e a sua função social.

²⁹⁷ JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **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.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 148.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUD, Hugo Martins. Os três princípios fundamentais da recuperação judicial. Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

apud Perin Jr, Ecio. Preservação da Empresa na lei de Falências. Saraiva, 2009, p. 34.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.009708/2003-50. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.014340/2007-75. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.000304/1998-81. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 22/24.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3. p. 381.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. São Paulo: RT, 1996. p. 38-46.

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?. Lex Magister. Disponível: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teorias_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 248.

DALSENTER, Thiago. Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária. Migalhas. Artigo publicado em 06/09/2011. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

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.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%20033.pdf>>. Acesso em 02 de jan. 2018.

FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. *Publica Direito*. Disponível em:< <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

FRANCO, Vera Helena de Melo; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: THOMSON, 2005

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; DEN BERGH, Roger Van (Org.). *Post-Chicago developments in antitrust law*. Estados Unidos: Edward Elgar, 2002, pp. 01 –33.

JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. *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*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 121.

LOW, Richard E. *The Failing Company Doctrine Revisited*, *Fordham Law Review*. Vol. 38, pp. 23. 1969.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *A função social da empresa*. *Revista Magister de Direito Empresarial*, Porto Alegre, ano 5, n. 28, p. 5-12, 2009.

TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função social da empresa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Revised April 8, 1997.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger*

Guidelines. Issued in August 19, 2010.