

**A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL COMO UM INSTRUMENTO DE
PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA:
A TEORIA FAILING FIRMS DEFENSE COMO SOLUÇÃO PARA EMPRESAS
BRASILEIRAS EM CRISE¹**

Ellen Bianca Lima da Conceição²
Alisson Menezes dos Santos³

RESUMO: Nos últimos anos, o Brasil esteve diante de consideráveis crises financeiras que abalaram fortemente os mais diversos setores da economia, em sua maioria representados por empresas que assumiam funções diversas nos mais distintos ramos da atividade econômica. Diante disto, o presente artigo visa abordar a questão da concentração empresarial como um instrumento de preservação da atividade econômica, analisando, a partir daí, a teoria *Failing Firms Defense* como possível solução para empresas brasileiras em crise, considerando sobretudo a aplicabilidade dos princípios constitucionais da ordem econômica, com ênfase nos princípios da livre concorrência, da função social e da preservação da empresa.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito Econômico. Legislação antitruste. Teoria *Failing Firm Defense*.

ABSTRACT: Over the past few years, Brazil has faced considerable financial crisis that strongly shook the most diverse sectors of the economy, in its majority represented by companies that took charge of diverse functions in the most distinct branches of the economic activity. In face of that, the present article aims to approach the situation of the concentration of firms as an instrument of preservation of the economic activity, analyzing, from that point, the Failing Firms Defense Theory as a possible solution for the Brazilian firms in crisis, considering most importantly the applicability of the constitutional principles of the economic order with emphasis on the principles of free competition, social function and company preservation.

Keyword: Business Law. Economic Law. Antitrust legislation. Failing Firm Defense Theory.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 O INSTITUTO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE ECONÔMICA 2.1 A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS 2.2 A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL SOB A PERSPECTIVA A LEI N. 12.529/11 (ATUAL

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

² Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL.

³ Professor da Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Discente do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL.

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA) 2.3 CONCEITO DE ATIVIDADE ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO ECONÔMICO 3 ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE REGÊNCIA DA ATIVIDADE ECONÔMICA, O INSTITUTO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E A ATUAÇÃO DO CADE 3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA 3.2 OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO CADE 4 ANÁLISE DA TEORIA *FAILING FIRMS DEFENSE* E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO À SITUAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS EM CRISE 4.1 A TEORIA *FAILING FIRMS DEFENSE*: CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA 4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO CADE ACERCA DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *FAILING FIRMS DEFENSE* NO BRASIL 4.3 A APLICAÇÃO DA *FAILING FIRMS DEFENSE* E SUA POSSÍVEL EFICIÊNCIA NA AMENIZAÇÃO DOS IMPACTOS DAS CRISES EMPRESARIAIS NO BRASIL E NA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Segundo as informações apresentadas em 2019 pelo Jornal do Comércio, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou no ano de 2017 que 22.932 empresas encerraram suas atividades e que, nos 4 (quatro) anos anteriores, 316.680 haviam deixado de ter atuação no mercado, fato que acabou por gerar diversos outros impactos econômicos e sociais acessórios, a exemplo do considerável crescimento no número de despedida de empregados (BRASIL fechou mais de 316 mil empresas em quatro anos, diz IBGE, 2019).

Diante de tal situação, surgem diversos estudos e análises acadêmicas que objetivam encontrar a solução que se mostre mais adequada e eficiente para garantir a recuperação da economia e evitar que um número ainda maior de agentes da atividade econômica encerrem suas operações, diminuindo, assim, um reflexo potencialmente negativo nas relações econômico-sociais.

Dentre as possíveis soluções à economia atualmente estudadas no Brasil, encontra-se a análise da Teoria norte-americana *Failing Firm Defense* (FFD), que tem por objetivo atuar nos casos em que há conflito entre o Princípio da Livre Concorrência e o Princípio da

Manutenção da Empresa, tendo esta última primazia sobre a primeira quando esgotadas todas as possibilidades de encontrar uma solução que se mostre menos anticompetitiva à empresa que se encontra em crise financeira (GONÇALVES; DE QUEIROZ, 2019).

O tema da presente pesquisa versa sobre a concentração empresarial como um instrumento de preservação da atividade econômica, analisando a teoria *Failing Firms Defense* como possível solução para empresas brasileiras em crise.

A pesquisa parte do seguinte problema: como o instituto da concentração empresarial pode servir como um instrumento de preservação da atividade econômica brasileira por meio da aplicação da teoria *Failing Firm Defense* às empresas brasileiras em crise?

A pesquisa em questão tem como objetivo geral identificar como a concentração empresarial pode ser um meio de preservação da atividade econômica brasileira através da aplicação da teoria *Failing Firm Defense* às empresas brasileiras em crise.

Os objetivos específicos da presente pesquisa são: a) analisar o instituto da concentração empresarial e sua possível relação com a atividade econômica; b) analisar a relação entre os princípios constitucionais de regência da atividade econômica, o instituto da concentração empresarial e a atuação do CADE; e c) analisar a teoria *Failing Firm Defense* e refletir acerca da possibilidade de sua aplicação às empresas brasileiras em crise como forma de solução desta situação e consequente preservação da atividade econômica.

A pesquisa parte da hipótese de que a concentração empresarial é um instrumento eficaz na preservação da atividade econômica quando aplicada por meio da teoria *Failing Firms Defense*, uma vez que deriva do fundamento constitucional da livre iniciativa e do princípio da preservação da empresa, sendo esta uma forma de solução para as empresas brasileiras em estado de crise e de evitar a falência de atividades empresariais e consequentes prejuízos à economia brasileira.

Para a execução da pesquisa será adotada como metodologia a pesquisa exploratória, com base no método da revisão bibliográfica com ampla utilização de consulta a livros relacionados com os assuntos centrais da pesquisa, a saber, o Direito Empresarial e o Direito Econômico, além de consultas a sites, artigos e periódicos de referência na área de exploração do conteúdo, tendo por base a leitura, análise e resumos de textos relevantes da área de estudo.

Sendo assim, para atingir cada um dos objetivos específicos ora apresentados, o presente trabalho será dividido em três seções, tendo a primeira a finalidade apresentar o conceito de concentração empresarial e suas espécies, uma breve abordagem sobre a concentração empresarial sob a perspectiva da Lei n. 12.529/11 (Lei de Defesa da

Concorrência) e apresentação do conceito de atividade econômica e sua relação com o Direito Econômico.

Na segunda seção, serão expostos os princípios constitucionais da ordem econômica, quais dentre esses princípios guardam maior relação com a concentração empresarial, além de uma apresentação sobre a atuação do CADE no direito brasileiro.

E, finalmente, na terceira seção, será apresentada a teoria *Failing Firm Defense*, seu conceito e contextualização histórica, uma análise de julgados do CADE relacionados à teoria em questão e, por fim, uma verificação acerca da viabilidade legal e jurisprudencial da teoria no ordenamento jurídico brasileiro e sua possível eficiência na amenização dos impactos das crises empresariais e a consequente preservação da atividade econômica.

Ao final, conclui-se que os objetivos geral e específicos são atendidos e a pergunta orientadora é respondida, confirmando, assim, a hipótese, indicando a possibilidade de aplicação da teoria *Failing Firm Defense* no ordenamento jurídico brasileiro e a sua eficácia na preservação da atividade econômica e empresarial de empresas brasileiras em crise.

2 O INSTITUTO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E SUA RELAÇÃO COM A ATIVIDADE ECONÔMICA

2.1 A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

A concentração empresarial pode ser compreendida como todo fenômeno que tem por finalidade formar um “liame econômico entre empresas”, gerando, a partir daí, uma maior ou menor unidade econômica (TOMAZETTE, 2020, p. 661). Entende o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior que a concentração empresarial é um fato típico da economia de mercado, visto que, por intermédio da busca do lucro, condiciona e possibilita a acumulação de capitais, fato que explica, portanto, o aumento da dimensão da empresa. Nessa compreensão, afirma o autor que “nos quadros da livre concorrência, este aumento pode exigir, entre empresas, ajustes ou coalizões, fusões, incorporações ou integrações”, todos concebidos como instrumentos de competição entre as empresas envolvidas (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 65).

A partir desse entendimento, a concentração empresarial pode ser vista tanto como um fator praticamente inevitável, quanto como um instrumento altamente estratégico de poder econômico. Segundo entendimento da professora Renata Rivelli Martins dos Santos, as razões da concentração são extensas e variadas, visto que, a título de exemplo, poderão se dar em razão da viabilização de economias de escala, além de melhor aproveitamento dos recursos, meio de

investimento de capital, atração de crédito no âmbito do mercado e até mesmo como forma de preservação da empresa (SANTOS, 2008).

Em complementação, é possível citar, ainda, como motivo incentivador da concentração empresarial a busca pelo aumento da eficiência das empresas envolvidas, visto que, mediante a padronização da produção, essas empresas podem obter, como resultado, um preço unitário menor e uma qualidade maior em sua produção (TOMAZETTE, 2020, p. 662).

Outro fator que incentiva a prática da concentração no meio empresarial é o progresso tecnológico decorrente do intercâmbio de técnicas de produção ou de pesquisa. É possível, ainda, mencionar a busca pela discriminação de mercados e pela diferenciação de produtos, uma vez que, o prejuízo de um determinado ramo pode ser compensado por outro ramo, contribuindo, assim, para a formação de empresas altamente capacitadas nas mais diversas áreas do mercado (TOMAZETTE, 2020, p. 662).

Em suma, o professor Marlon Tomazette, em citação a Giampaolo Dalle Vedove, afirma que “um dos motivos da concentração empresarial é ‘crescer em poder, para adquirir uma dimensão comunitária e se possível mundial’.” (TOMAZETTE, 2020, p. 662).

As modalidades de concentração empresarial mais difundidas são as fusões, a incorporação, a cisão, a aquisição de controle, a formação de grupos, a constituição de joint ventures, a formação de consórcio, a constituição de subsidiárias integrais, a cessão de ativo e todos os demais acordos empresariais que se utilizem de características semelhantes.

Já o conceito legal de concentração empresarial é atribuído pelo artigo 90 da Lei Antitruste brasileira (Lei n. 12.529/11), segundo a qual realiza-se um ato de concentração quando: a) duas ou mais empresas se fundem; b) uma ou mais empresas adquirem o controle ou partes de outra, nos moldes do inciso II; c) uma ou mais empresas incorporam outra; e d) duas ou mais empresas firmam contrato de associação, consórcio ou *joint venture*.

Ainda no âmbito da compreensão do fenômeno da concentração empresarial, importa considerar quais sejam as classificações atualmente consideradas. Nesse caso, é possível citar a concentração horizontal, a concentração vertical e o conglomerado. Por concentração empresarial horizontal entende-se a junção dos denominados concorrentes diretos, isto é, daqueles que vendem o mesmo produto, no mesmo mercado e, ainda, no mesmo espaço geográfico. Por outro lado, a concentração vertical envolve empresas que são atuantes na própria cadeia de produção de determinada atividade. Exemplo disto, afirma o professor Marlon Tomazette, é a fusão entre uma indústria e sua fornecedora de matéria-prima. O conglomerado, por sua vez, abrange todas as demais concentrações que não se comportam nem na modalidade horizontal nem na vertical. Logo, serão compreendidas aí as atividades de

mercados distintos e de cadeias de produção diversas (TOMAZETTE, 2020, p. 664). Na conceituação de Renata Rivelli, o conglomerado consiste na união de empresas que “não possuem qualquer relação de concorrência ou complementaridade” (SANTOS, 2008).

A fim de contextualizar historicamente o surgimento e a difusão da concentração empresarial ao longo dos anos, cita-se o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, em análise dessas questões, afirma que o surgimento das primeiras formas de concentração se deu nos Estados Unidos, nos idos do século XIX, como expressão da liberdade empresarial até então vivenciada, apresentando-se de forma ilimitada e livre de impedimentos quanto às quantidades e à qualidade dos bens e dos serviços desejados, bem como quanto à entrada e saída das empresas desse tipo de sistemas. (FERRAZ JÚNIOR, 1993).

No Brasil imperial, afirma a professora Renata Rivelli (SANTOS, 2008), no período de vigência das Constituições de 1824 e 1891, também vigorava o fundamento liberal econômico, motivo pelo qual não se aplicava qualquer intervenção estatal como agente normativo nem regulador. Em 1945, em reação ao poder estrangeiro e com caráter fortemente nacionalista, o Decreto-lei n. 7.666 tipificou os atos econômicos considerados abuso de poder econômico e produtores de efeitos anticoncorrenciais. Insta salientar que, também por meio desse Decreto, foi criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica. Essa legislação, contudo, foi revogada posteriormente pelo Decreto-lei n. 8.167/45, com o fim do Estado novo de Getúlio Vargas.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a concentração empresarial passou a ser concebida consolidadamente de forma diferente das anteriormente adotadas, sendo compreendida como fator ainda mais positivo para o mercado e até mesmo como um modo de regulação da estrutura mercadológica (FERRAZ JÚNIOR, 1993). De modo a confirmar essa recente concepção do que viria a ser a concentração empresarial, o artigo 170 da Constituição Federal, ao instituir como balizador da ordem econômica o princípio da livre concorrência, autoriza que essa prática seja vista e praticada como um fato normal à economia de mercado e como fundamento da busca pelo lucro e pela acumulação de capitais.

Sendo assim, a partir da interpretação emanada pela Constituição Federal, a exigência de registros nos atos de concentração empresarial passaram a ser observados como necessários apenas em razão das eventuais consequências prejudiciais que essa prática poderá originar, e não mais em virtude dos “ajustes, acordos ou convenções em si” (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 68). Alinhado a essa afirmação está o entendimento de Renata Rivelli ao afirmar que o interesse do Estado sobre os atos de concentração de empresas destina-se tão somente às

hipóteses em que tais atos proporcionem efeitos negativos sobre terceiros ou mesmo sobre a coletividade (SANTOS, 2008).

2.2 A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL SOB A PERSPECTIVA DA LEI N. 12.529/11 (ATUAL LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA)

Diante da burocracia de que se revestia a Lei n. 8.884 de 1994, afirma Adriana Feliciano Pereira Souza, que observou-se ser necessária a adoção de uma nova legislação de regulação da atividade econômica que pudesse estar em maior alinhamento com as novas acepções relativas à intervenção do Estado na economia (SOUZA, 2013). Com fundamento nesse entendimento, foi criada a Lei n. 12.529, tendo por finalidade a regulamentação do cenário concorrencial sob uma perspectiva mais contemporânea da realidade econômica. Por esse motivo é que, atualmente, essa legislação é percebida como um meio para se alcançar outras finalidades mais eficientes. Logo, a lei não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se visa combater o denominado *abuso do poder econômico* como forma de garantia da livre concorrência (SOUZA, 2013).

A partir da criação da atual Lei de Defesa da Concorrência também foi criado um novo sistema de atuação, que, conforme preconizado pelo artigo 3º da referida legislação, intitula-se Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e, atualmente, pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) que, no ano de 2019, deixou de integrar o Ministério da Fazenda e passou a compor a Secretaria Especial da Fazenda, como parte do atual Ministério da Economia. Nesse sentido, além das mudanças e novas diretrizes impostas ao CADE, conforme se verá adiante, a Lei n. 12.529 de 2011 também implementou significativas alterações âmbito procedimental de atuação do órgão.

Atualmente, as operações de concentração que envolverem em que uma empresa possua faturamento mínimo de R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e a outra de R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) devem, necessariamente, ser submetidas à avaliação do CADE. Importa evidenciar, aqui, que, a diferença entre os valores ora apresentados e os constantes no artigo 88 da Lei n. 12.529/11 se dá em razão da alteração imposta pela Portaria Interministerial n. 994 de 2012, introduzida no regulamento legal logo após a entrada em vigor da Lei Antitruste (SCHAPIRO; BACCHI, 2013).

2.3 CONCEITO DE ATIVIDADE ECONÔMICA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO ECONÔMICO

Para fins de contextualização da matéria em discussão, é de fundamental importância tratar, agora, das questões relativas à atividade econômica, suas influências e relações com o Direito Econômico e de ambos com a atividade empresarial. A atividade econômica é a ação humana voltada para o seu próprio sustento e para as satisfações de suas ilimitadas necessidades, caracterizada pela produção de bens e serviços. Nesse sentido, a atividade econômica está intimamente relacionada à noção de escassez, isto é, à questão da impossibilidade de satisfação de todas as necessidades humanas existentes. (DEL MASSO, 2007, p. 1). Inicialmente, a ação para satisfação das necessidades humanas se revestia de um caráter de individualidade. Contudo, no decorrer dos anos, essa preocupação atingiu maiores proporções, chegando ao que se observa atualmente, isto é, o envolvimento de múltiplos agentes econômicos interessados no desenvolvimento da atividade econômica, a exemplo dos municípios, empresas, famílias, o próprio Estado, dentre tantos outros (DEL MASSO, 2007, p. 2).

Sobre essas questões, Fabiano Del Masso (2007, p. 2) analisa que as questões relativas à produção e ao consumo interferem e sofrem interferência direta da atividade econômica, exemplo disto é a decisão de uma empresa de grande porte em comprar um de seus fornecedores de matéria-prima. Esse fato, ressalva o autor, poderá implicar no efeito negativo de dificultar a entrada de novas empresas no mercado. Porém, não se pode ignorar que esse mesmo fato que poderá resultar em consideráveis benefícios para o sistema econômico, como, por exemplo, a diminuição de preço do produto dessa atividade empresarial e a consequente elevação do número de pessoas que poderão ter acesso a ele. Partindo desse entendimento, necessário se faz compreender que os fatos econômicos, relacionados às variáveis da economia, atribuem às atividades econômicas um grau de instabilidade capaz de proporcionar riqueza ou empobrecimento a uma empresa ou a um país, por exemplo, num curto lapso de tempo. Como forma de remediar e amenizar os impactos da ocorrência desse evento, os agentes econômicos do mercado se utilizam dos denominados “mecanismos de autossustentação do sistema econômico” como forma de compensação frente a eventuais prejuízos.

Em análise a todos os aspectos até então pontuados, compreende-se que a prática dos atos econômicos, em si, não está adstrita à prévia disciplina legal. Contudo, em razão dos desequilíbrios que possivelmente possam decorrer da total liberdade de prática desses atos, a exemplo da concentração de mercado e da deslealdade competitiva, é que foram criadas normas

jurídicas que têm por objetivo disciplinar a atividade econômica e, de certo modo, restringir os interesses individuais dos agentes econômicos aos interesses de caráter coletivo (DEL MASSO, 2007, p. 19). É a partir desse entendimento que, conforme entendimento do autor, o Direito Econômico surge como um ramo do Direito Público, que, dentro dos limites da intervenção estatal na ordem econômica, disciplina a vida econômica do País e tem por finalidade estudar, disciplinar e harmonizar as relações jurídicas entre os entes públicos e os agentes privados, sendo estes últimos os detentores dos fatores de produção. Sendo assim, o Direito Econômico pode ser entendido como ramo que não se limita somente à análise econômica do Direito, antes busca analisar e estudar a influência que a Economia exerce sobre os negócios jurídicos, tanto nas relações privadas quanto no âmbito do próprio Estado (FIGUEIREDO, 2019, p. 2).

Em suma e nessa visão, o Direito Econômico, nesse contexto, tem por objeto o estudo da disciplina jurídico-econômica, bem como o planejamento da ordem econômica por parte do Poder Público que, por sua vez, em razão do princípio constitucional da livre-iniciativa, apenas poderá interferir nas relações socioeconômicas quando houver interesse coletivo, momento em que este interesse se sobrepõe à autonomia das partes.

A título de acréscimo à análise em questão, importa trazer a lume o pensamento do professor Jorge Lobo sobre esse assunto. Para ele, a própria recuperação judicial da empresa é um instituto do Direito da Economia, em razão dela estar mais pautada na eficácia da técnica do que na justiça propriamente dita, uma vez que, por vezes, sobretudo nos casos de empresa em situação de crise, o próprio Estado, se utiliza de política legislativa para dispor e regular a atividade econômica privada, com o fundamento de atender aos interesses sociais, mesmo que em detrimento dos individuais, intangíveis e inalienáveis (LOBO, 2007).

É esse entendimento, inclusive, que, fundado no princípio da função social e da preservação da empresa (conforme será abordado em capítulo posterior), viabiliza que determinadas operações, em princípio consideradas prejudiciais à atividade concorrencial, sejam autorizadas, uma vez que, dentro do contexto econômico e social, podem se mostrar mais benéficas ao mercado do que a falência de uma das empresas envolvidas.

3 ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE REGÊNCIA DA ATIVIDADE ECONÔMICA, O INSTITUTO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E ATUAÇÃO DO CADE

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica compreende os ditames constitucionalmente estabelecidos a fim de disciplinar o processo de interferência do Estado na vida econômica na Nação, com ênfase nas atividades geradoras de rendas e riquezas. A ideia de implementação de uma ordem econômica é fruto das novas correntes de pensamento surgidas no Direito, positivadas, em sua maioria, no século XX, e que tiveram por finalidade disseminar ideias relacionadas à defesa do interesse social e coletivo, sob o fundamento principal de assegurar a proteção da dignidade da pessoa humana (FIGUEIREDO, 2019, p. 44).

Nessa compreensão, a intervenção estatal na atividade econômica poderá ser direta, consistindo na ação do Estado em tomar para si a exploração da atividade econômica, ou indireta, por meio da qual o Estado atua de forma a monitorar a atividade realizada pelos particulares, limitando-se somente a intervir em questões pontuais, quando necessário, por meio de normas, regulamentos e correções de falhas do mercado interno, sendo esta última forma de intervenção a adotada como regra no Brasil pela Constituição Federal de 1988.

A ordem econômica do estado brasileiro está prevista no Título VII da Constituição Federal, e, conforme informações constantes no artigo 170 do texto constitucional, essa ordem tem por fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa e, como objetivo, a garantia da existência digna a todos, baseado nos ditames da justiça social e na observância dos princípios ali elencados.

Considerando o conteúdo discutido no presente trabalho, importa, desde logo, evidenciar o fundamento econômico da livre iniciativa, que se constitui justamente pela obrigatoriedade imposta ao Estado de, em regra, não restringir o exercício da atividade econômica, mas somente nas hipóteses em que isto for necessário, “para fins de proteção do consumidor e de toda a sociedade”, estabelecendo requisitos mínimos e indispensáveis à condução dessa esfera (FIGUEIREDO, 2019, p. 47).

De modo a não deixar qualquer dúvida acerca do assunto, o parágrafo único do artigo 170 é incisivo ao afirmar que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”, sem necessidade de prévia autorização dos órgãos públicos, exceto nas hipóteses legalmente previstas (BRASIL, 1988).

O fundamento da livre iniciativa tem por base o liberalismo econômico de Adam Smith e traduz a liberdade garantida aos indivíduos, pessoas naturais ou jurídicas, de “entrar, permanecer e sair do mercado, sem interferências externas” (FIGUEIREDO, 2019, p. 47). Em suma, afirma Leonardo Vizeu Figueiredo: “nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de interferência do Poder Público, o mercado se autorregulará” (FIGUEIREDO, 2019, p. 47).

A Constituição Federal apresenta nos incisos de seu artigo 170 os princípios gerais explícitos aplicados à ordem econômica, quais sejam: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, nos moldes do inciso VI; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, na forma do inciso IX (BRASIL, 1988). Dentre esses princípios, importa, aqui, enfatizar o princípio da livre concorrência, que por sua vez, é decorre inteiramente do fundamento da livre iniciativa, sendo assim, apenas haverá livre concorrência onde a livre iniciativa for garantida.

A concorrência consiste na atuação livre e racional dos agentes econômicos que atuam no mercado de forma competitiva, dentro de um mesmo ciclo econômico de produção, circulação e consumo. Nesse ponto em específico, o Estado tem intervindo sob o fundamento de garantir a competição entre esses agentes econômicos, por meio da repressão aos monopólios, oligopólios, trustes, cartéis, dentre outros. Sendo esta também uma forma de assegurar a todos os interessados em participar da atividade econômica a sua livre entrada, permanência e saída do mercado, sem interferências de interesses que lhe sejam prejudiciais (FIGUEIREDO, 2019, p. 2019).

Não se pode olvidar, ainda, que um dos princípios implícitos da ordem econômica brasileira é a liberdade econômica. Esse princípio “consiste na manifestação da liberdade no ciclo econômico (produção, circulação/distribuição e consumo)”, na qual se inclui tanto a liberdade de empresa como a liberdade de concorrência (FIGUEIREDO, 2019, p. 57).

A liberdade econômica também é princípio que decorre diretamente do fundamento da livre iniciativa, muito embora também seja mitigado pelo interesse público, traduzido pelos requisitos legais de entrada e participação em determinados mercados, conforme visto na parte final do parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO CADE

Em atenção às questões relativas à ordem econômica já mencionadas no presente trabalho, importa trazer, ainda, a esta discussão o entendimento de Marlon Tomazette acerca da livre iniciativa, que se constitui um princípio de garantia de acesso às atividades e o respectivo exercício destas.

Contudo, o pensamento constitucional indica que a livre iniciativa não poderá ser exercida de forma absoluta, mas relacionada a outros princípios constitucionais de modo a

cumprir a sua função social. Dentre esses outros princípios está o da livre concorrência, que, por sua vez, exprime o ditame constitucional da justiça social.

Nesse sentido, afirma o referido autor que os atos de concentração empresarial, em princípio, são lícitos, mas, eventualmente, poderão apresentar ameaça à livre concorrência, em razão de possível diminuição do número de concorrentes, prefixação de preços ou, ainda, obstáculos ao ingresso de novos agentes econômicos no mercado. Desta forma, sob o fundamento de assegurar a prática da livre concorrência é que, em 30 de novembro de 2011, foi criado o órgão responsável pela fiscalização da atividade concorrencial no Brasil, a saber, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) (TOMAZETTE, 2020, p. 666).

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, conforme art. 5º da Lei n. 12.529 de 2011, é composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A Cartilha de Promoção à Concorrência, formulada pelo SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) no ano de 2016, informa que o CADE, conselho integrante do SBDC, “é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce tanto atividade preventiva como atividade repressiva na defesa da concorrência”.

Na prática da atividade preventiva, o CADE atua em processos administrativos de atos de concentração e tem por função aprovar, proibir ou impor as restrições que entender necessárias. De outro modo, quando de sua atuação repressiva, o Conselho também atua em processos administrativos, mas, agora, com os de caráter sancionador e tem por função aplicar (ou não) multas e outras sanções que entenda ser cabível no caso concreto. O CADE possui, ainda, papel pedagógico, que consiste na atividade de difusão da cultura da livre concorrência.

Perante o CADE atua, ainda, o Ministério Público Federal que, nos moldes do art. 20 da Lei da Concorrência, designará, por meio do Procurador-Geral da República, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator, membro do órgão ministerial para emitir parecer em processos administrativos para imposição de sanção em casos de infração à ordem econômica.

4 ANÁLISE DA TEORIA *FAILING FIRMS DEFENSE* E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO À SITUAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS EM CRISE

4.1 A TEORIA *FAILING FIRMS DEFENSE*: CONCEITO E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A Teoria *Failing Firm Defense* (FFD), Teoria da Empresa Insolvente ou Defesa da Empresa em Crise é um instrumento utilizado nos casos em que há situação de conflito de interesses entre Princípio da Livre Concorrência, fundamental na aplicabilidade do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, alicerce da Lei Falimentar. Nesses casos, segundo essa teoria, havendo esse tipo de conflito em torno de uma empresa em situação de crise, será possível dar-se primazia ao Princípio da Preservação da Empresa, desde que atendidos os devidos quesitos pré-estabelecidos e esgotadas todas as demais possibilidades de solucionar a situação de forma menos anticompetitiva (GONÇALVES; QUEIROZ, 2019).

Acerca do Princípio da Manutenção da Empresa, importa tecer aqui breve comentário acerca de sua aplicação e fundamentação no ordenamento jurídico brasileiro. A questão da preservação da empresa ganhou espaço no Brasil a partir da promulgação da Nova Lei de Falências em 2005 (Lei n. 11.101/05), mais especificamente no que estabelece o seu artigo 47. O referido princípio, segundo a doutrina, tem sua origem no princípio da função social da empresa que, por sua vez, consiste num desdobramento do princípio da função social da propriedade.

O interesse estatal na preservação da empresa é justificado por interesses sociais e econômicos ligados à atividade empresarial, tais como a arrecadação fiscal, emprego de trabalhadores, venda de produtos e prestação de serviços a consumidores, dentre outros fatores que direta ou indiretamente exercem influência na atividade econômica do País.

Como mencionado anteriormente, o princípio da preservação da empresa tem sua previsão legal no artigo 47 da Lei de Falências, que, por sua vez, o estabeleceu como sendo uma das mais expressivas mudanças apresentadas às empresas em situação de crise. Foi nesse contexto que o instituto da Recuperação Judicial e Extrajudicial substituiu a denominada “concordata”, anteriormente aplicada apenas em casos extremos, emergenciais e avançados de crise empresarial, ação esta que, por vezes, não se apresentou tão eficaz à proteção almejada.

É com base nessa colocação que pode-se considerar ser o princípio da função social um instrumento por meio do qual se estabeleceu uma maior amplitude à concepção do que é a empresa e da sua relevância econômico-social. Prova disto é que o próprio princípio da preservação da empresa, decorrente do princípio da função social da empresa (artigo 170, CF/88), foi o meio específico que possibilitou a ampliação do conceito de empresa.

É nesse contexto e com base nesses fundamentos e princípios que a Teoria da Empresa em Crise pode vir a ser aplicada, uma vez que tem por objetivo permitir a realização de determinados atos de concentração que, em princípio seriam reprovados ou restringidos pelo órgão responsável pela defesa da concorrência, mas que, diante da situação de grave crise

econômica da empresa, poderão ser autorizados e praticados, com fundamento na preservação da empresa e dos princípios a ela relacionados.

Bruna Pamplona de Queiroz e Everton das Neves Gonçalves (2019), fazem importante observação acerca da Teoria da *Failing Firm* ao afirmar que a resistência à sua aplicação, sob a justificativa de proteção à concorrência, poderá, em última análise e diante da extinção de determinada empresa, ocasionar a própria concentração de poder de mercado nas mãos dos agentes empresariais que permanecerem em atividade. Contudo, ressalta que, paralelamente, a permanência dos ativos da empresa poderão vir a ser ineficientes e custosos, o que leva a concluir que a análise da possibilidade (ou não) de aplicação da teoria deve ser feita diante do caso concreto, tendo sempre em vista o desenvolvimento e a preservação da atividade econômica, bem como os benefícios dela decorrentes.

O surgimento da Teoria *Failing Firm Defense* se deu em 1930, nos Estados Unidos, no julgamento do caso *International Shoe v. FTC*. Nesse julgamento, inicialmente, a FTC (Federal Trade Commission) havia entendido que a transação realizada entre a *Internacional Shoe* e a HW McElwain se constituía prejudicial à atividade concorrencial e violadora dos parâmetros estabelecidos na lei antitruste americana (*Clayton Act*). Contudo, posteriormente, essa decisão foi revertida em razão da comprovação de insucesso empresarial enfrentado e pela falta de comprador alternativo daquela empresa, oportunidade em que foram, pela primeira vez, utilizados os parâmetros da Teoria da *Failing Firm*.

Depois de algumas mudanças nos requisitos de aplicação da teoria, o *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 estabeleceu para ela os seguintes parâmetros de incidência no caso concreto: a) impossibilidade da empresa de cumprir com suas obrigações financeiras num futuro próximo; b) impossibilidade de reorganização da empresa por meio da falência ou da recuperação; e c) existência prévia de tentativas de boa-fé para alcançar ofertas alternativas que mantenham os ativos da empresa no mercado e ofereçam menos danos à competição do que a prática da concentração empresarial (GONÇALVES; QUEIROZ, 2019).

Na Europa, a primeira aplicação da teoria se deu em 1993 quando a Kali & Salz alcançou o monopólio do mercado de carbonato de potássio após adquirir a MdK. Essa operação veio a ser aprovada após constatação de que atendia a todos os requisitos trazidos pela *Failing Firm*, uma vez que a reprovação do ato resultaria na própria falência da empresa adquirida. Atualmente, a aplicação da *Failing Company Defense* na União Europeia se dá com base no Guia de Concentrações Horizontais do ano de 2004, que estabelece como requisitos de sua aplicação: a) impossibilidade de cumprimento das obrigações financeiras; b) inexistência

de alternativa menos prejudicial ao ambiente econômico concorrencial; e c) provável saída dos ativos do mercado no caso de negativa de efetivação do ato (FILHO, 2017).

O Brasil, atualmente, ainda não possui um sistema organizado de aplicação da teoria, nem no âmbito da legislação nem na jurisprudência. Por isso, por vezes, o País tem recorrido aos parâmetros da doutrina norte-americana, fato este que leva a perceber que, apesar de determinada resistência por parte dos órgãos brasileiros de defesa da concorrência à aplicação da teoria, já é possível vislumbrar tímida utilização de seus parâmetros no contexto brasileiro, conforme se verá adiante.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO CADE ACERCA DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *FAILING FIRMS DEFENSE* NO BRASIL

A primeira análise da Teoria *Failing Firm* no Brasil ocorreu em 1995, através do Ato de Concentração nº 44/1995, julgado em 1997, tendo como relator o Conselheiro Renault de Freitas Castro. O processo envolvia as empresas Mendes Júnior Siderurgia S.A (MJS) e a Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, Belgo-Mineira Participação, Indústria e Comércio Ltda., em que a primeira, diante de sua situação de insolvência, realizou ato de transação com a segunda, e, por isso, o caso veio a ser submetido à análise do CADE. Contudo, quando da análise do caso concreto, o relator entendeu que a teoria não poderia ser aplicada àquela situação, uma vez que, em atenção aos critérios de sua aplicabilidade, as empresas envolvidas não teriam demonstrado que o arrendamento da MJS para a Belgo-Mineira teria sido a única opção razoável para a preservação da empresa.

Depois desse caso, muito embora a aplicabilidade da teoria tenha sido suscitada por algumas vezes, sua efetiva aplicação ocorreu apenas em janeiro de 2008, no julgamento do Ato de Concentração número 08012.014340/2007-7551, que teve por relator o Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos. A discussão desse caso dizia respeito à possibilidade de aquisição da Massa Falida da Mineração Areiense S/A pela Votorantim Metais Zinco S/A. Após apurada análise por parte do Conselho Administrativo, o Ato de Concentração foi aprovado, pautado na Teoria da Empresa Insolvente, tendo sido essa a primeira vez de sua utilização na jurisprudência do CADE.

De acordo com as ponderações de Oliveira Júnior (2011), a Votorantim foi tida nos autos como uma monopolista e a efetivação daquela operação poderia aumentar seu poder de mercado. Contudo, o ato foi aprovado por unanimidade e sem restrições, sob o fundamento de que os efeitos dele decorrentes eram pouco nocivos ao mercado e com baixa probabilidade de

criar barreiras à entrada e à concorrência no setor, sobretudo em razão do fato de que a empresa adquirida era um agente inoperante, isto é, já estava falida. Além do mais, restaram comprovadas as tentativas feitas pela empresa falida de alcançar uma alternativa menos anticompetitiva que se deram por meio da realização de leilão judicial.

Por fim, o CADE, na decisão final desse caso, em trecho transcrito por Oliveira Filho (2011), expôs que a aplicação da teoria da *failing company* seria aplicável ao caso em questão pela razão de que as consequências da aprovação do ato de concentração seriam mais benéficas ao mercado do que a manutenção da massa falida e a consequente inutilização dos ativos minerários.

Desta forma, e diante de tais demandas, em junho de 2016 o CADE, por meio de seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, afirmou que a prática internacional, bem como a jurisprudência do CADE têm adotado extrema cautela para aplicar a Teoria da *Failing Firm*. Conforme entendimento de Geraldo Filho (2017), essa postura cautelosa do CADE se dá em razão da necessária identificação das eficiências econômicas decorrentes da manutenção dos ativos, bem como da dificuldade de se projetar quais seriam os cenários resultantes da realização de um ato de concentração.

Desta forma, o órgão administrativo estabeleceu em seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal que, no âmbito brasileiro, a aplicação da teoria fica condicionada à comprovação satisfatória e cumulativa dos seguintes requisitos: a) em caso de reprovação da operação, a empresa sairia do mercado ou não conseguiria cumprir com suas obrigações financeiras em virtude das dificuldades econômico-financeiras; b) em caso de reprovação da operação, os ativos da empresa não permaneceriam no mercado, fazendo com que houvesse redução na oferta, maior nível de concentração do mercado e diminuição do bem-estar econômico; e c) demonstração, por parte da empresa, de que empreendeu esforços para buscar alternativas de menor dano concorrencial (como compradores alternativos ou processo de recuperação judicial) e que, ainda assim, não restou outra opção para a preservação de suas atividades além da aprovação da operação de concentração.

Segundo afirma Fernandes, citada por Gonçalves e Queiroz (2019), a doutrina complementa tais requisitos ao estabelecer que a empresa interessada na aquisição deve ter proposto pagamento de valor superior ao da liquidação dos ativos da empresa insolvente, assegurando a manutenção desses ativos em operação no mercado. Contudo, ressalta que o tempo e o custo para encontrar uma empresa que atenda a esses requisitos são altos. Ademais, o CADE ressalta que a operação poderá ser aprovada se o órgão chegar à conclusão de que os efeitos de sua reprovação se mostrarão mais prejudiciais ao antitruste do que a realização do

ato de concentração. Conclui afirmando que o ônus probatório dos requisitos ora elencados é das empresas requerentes.

4.3 A APLICAÇÃO DA *FAILING FIRMS DEFENSE* E SUA POSSÍVEL EFICIÊNCIA NA AMENIZAÇÃO DOS IMPACTOS DAS CRISES EMPRESARIAIS NO BRASIL E NA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Como ponderado anteriormente no presente trabalho, vigoram no cenário do ordenamento jurídico brasileiro princípios e fundamentos que têm por objetivo a orientação e organização da ordem econômico-financeira do País, a exemplo do fundamento da livre iniciativa, do princípio da livre concorrência, bem como o princípio da preservação da empresa, todos derivados direta ou indiretamente dos preceitos dispostos na Constituição Federal de 1988. Não há como negar a intrínseca relação existente entre esses princípios e o grande impacto que exercem na atividade econômica e, por consequência, em todas as demais áreas a ela relacionadas. Contudo, em determinados momentos esses princípios poderão entrar em colisão entre si. Sobre isso, pode-se utilizar a expressão de Luiz Otávio Fontana Baldin (2016), ao afirmar que esse tipo de colisão ocorre nos casos em que, diante de uma situação de crise, a única possibilidade de preservação de um agente econômico é a sua aquisição por empresa concorrente, fato este que refletirá diretamente na questão concorrencial, visto de tratar de um ato de concentração.

Desta forma, como resposta às demandas do mercado, é possível apontar a utilização da Teoria da Empresa em Crise, que, embora já seja consideravelmente aplicada no âmbito internacional, ainda encontra limitações no direito concorrencial brasileiro. Acerca disto, entende Oliveira Filho (2011) que, muito embora ainda não haja no Brasil uma sistematização legal de aplicação da teoria, não se pode desconsiderar o fato de que, por vezes, o CADE a discutiu de forma aprofundada nos diversos julgados em que fora suscitada, utilizando como parâmetro as bases e critérios adotados no território norte-americano.

Nesse sentido, FILHO (2017) afirma que, dentre os benefícios da teoria, pode ser citada a sua eficiência em compatibilizar a preservação da empresa e a proteção da concorrência através dos seus parâmetros de aplicação, permitindo assim também a manutenção dos benefícios dela decorrentes, como a produtividade econômica e a consequente geração de emprego, renda, pagamento de tributos, dentre outros fatores, sobretudo ao se considerar que a saída de determinada empresa do mercado econômico, por si só, pode representar uma ineficiência econômica. Nas palavras de BALDIN (2016), compreender a relevância da *Failing*

Firm Defense para o ordenamento jurídico brasileiro significa entendê-la como “um ótimo mecanismo a ser adotado para evitar-se falências desnecessárias e maiores prejuízos sociais”.

Não se pode, ainda, deixar de considerar que, segundo afirma Geraldo Alves de Lima Filho (2017), o art. 88, §6º da Lei 12.529/11 é o único dispositivo legal, até então, que dá alguma margem para uma análise diferenciada dos atos de concentração no direito brasileiro. De acordo com a redação desse artigo, os atos de concentração que implicarem em eliminação de parte substancial da concorrência, criarem ou reforçarem uma posição dominante da empresa ou sua dominação do mercado relevante poderão ser excepcionalmente autorizados se se mostrarem estritamente necessários ao aumento da produtividade ou competitividade, ao aprimoramento da qualidade de bens ou serviços ou, ainda, para contribuição com a eficiência e com o desenvolvimento da tecnologia ou da economia, exigindo, para tanto, que a parte relevante dos benefícios obtidos pelas empresas envolvidas deverá ser repassada aos consumidores. A doutrina tem entendido que o aludido artigo é uma autorização legal excepcional para a aprovação de determinado ato de concentração “em virtude do ganho líquido de eficiência e dos benefícios ao consumidor” (FILHO, 2017, p. 415).

Por fim, insta trazer a lume que, segundo entendimento de BALDIN (2016), a incorporação da Teoria da *Failing Firm* pelo ordenamento jurídico brasileiro pode vir a possibilitar a flexibilização da legislação antitruste e, assim, evitar a falência de empresas brasileiras e as más consequências econômicas dela decorrentes. Sendo assim, considerando a previsão legal do art. 88, §6º, da Lei Antitruste brasileira e a ampliação do entendimento do CADE acerca da aplicação da Teoria no contexto brasileiro, como expressado em alguns dos seus julgados anteriores e mesmo no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, onde estabeleceu os parâmetros e requisitos para a incidência da teoria no caso concreto, é possível concluir que, atualmente, a *Failing Firm Company* já encontra espaço jurisprudencial e legal de aplicabilidade nos casos concretos de empresas brasileiras em situação de crise econômico-financeira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da presente pesquisa, constatou-se que havia uma necessidade de maior aprofundamento dos estudos acadêmicos sobre a relação entre a concentração empresarial e a preservação da atividade econômica e a possível relação de ambos com a teoria norte-americana da *Failing Firms Defense*, tudo isso como forma de permitir um maior avanço nas discussões

práticas e administrativas que envolvem essas questões, fazendo entender, por isso mesmo, a importância de se estudar sobre o tema “A concentração empresarial como um instrumento de preservação da atividade econômica: a teoria *Failing Firms Defense* como solução para empresas brasileiras em crise”.

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral identificar como a concentração empresarial pode ser um meio de preservação da atividade econômica brasileira através da aplicação da teoria *Failing Firms Defense* às empresas brasileiras em crise. Constatou-se, a partir disso, que o objetivo geral foi atendido, uma vez que, por meio deste trabalho, identificou-se que a concentração empresarial, quando utilizada de forma específica e sob cuidadosa análise, poderá vir a ser um meio eficaz na preservação da atividade econômica, prática que se dará por intermédio da aplicação da Teoria da Empresa Insolvente.

A partir de então, o primeiro objetivo específico foi analisar o instituto da concentração empresarial e sua possível relação com a atividade econômica. Este objetivo foi atendido por meio da apresentação do conceito de concentração empresarial, seus aspectos conceituais e históricos, e também por meio da explanação da concentração empresarial sob a perspectiva da Lei n. 12.529/11 e do conceito de atividade econômica e sua relação com o direito econômico.

O segundo objetivo específico versou sobre a análise da relação entre os princípios constitucionais de regência da atividade econômica, o instituto da concentração empresarial e a atuação do CADE. Da mesma forma, esse objetivo específico foi atendido no trabalho em estudo, visto que foram apresentados os princípios constitucionais da ordem econômica e analisados os que, dentre esses, se relacionam com a concentração empresarial e com os fundamentos da atuação do CADE.

Finalmente, o terceiro objetivo específico da pesquisa era analisar a teoria *Failing Firms Defense* e refletir acerca da possibilidade de sua aplicação às empresas brasileiras em crise como forma de solução desta situação e consequente preservação da atividade econômica. Afirma-se que esse objetivo também foi atendido por meio da apresentação do conceito e do histórico da teoria, análise da situação legal e jurisprudencial brasileira relacionadas à sua utilização, bem como a demonstração dos impactos de sua aplicação às empresas em situação de crise e consequente preservação da atividade econômica.

A pesquisa partiu da hipótese de que a concentração empresarial é um instrumento eficaz na preservação da atividade econômica quando aplicada por meio da teoria *Failing Firms Defense*, uma vez que deriva do fundamento constitucional da livre iniciativa e do princípio da preservação da empresa, sendo esta uma forma de solução para as empresas brasileiras em

estado de crise e de evitar a falência de atividades empresariais e consequentes prejuízos à economia brasileira.

Durante a execução do trabalho, observou-se que, embora ainda seja necessária a realização de um aprofundamento ainda maior sobre o estudo do tema, e diante das informações ora coletadas e apresentadas, a hipótese utilizada foi confirmada por se constatar que, apesar das restrições ainda existentes, a teoria *Failing Company Defense* encontra espaço de aplicabilidade no direito brasileiro e pode servir como meio para preservação da atividade econômico-empresarial e de todas as demais que dela decorrem, tendo como base a livre iniciativa e o princípio da preservação da empresa, sendo esta uma forma evitar a falência de empresas e os consequentes prejuízos causados à economia brasileira.

Nesse mesmo sentido, o trabalho partiu da pergunta de pesquisa “como o instituto da concentração empresarial pode servir como um instrumento de preservação da atividade econômica brasileira por meio da aplicação da *failing firms defense* às empresas brasileiras em crise?”, tendo como problema de pesquisa a discussão acerca da situação das empresas que entram nesse estado de crise e como essa situação pode afetar a atividade econômica do país. A partir do que fora analisado ao longo da pesquisa, chega-se à consideração de que, por meio da Teoria da Empresa Insolvente, a concentração empresarial poderá ser utilizada como meio de se preservar a atividade econômica e empresarial de empresas brasileiras em estado de crise.

Neste trabalho, foi adotada como metodologia a pesquisa exploratória, com base no método da revisão bibliográfica com ampla utilização de consulta a livros relacionados com os assuntos centrais da pesquisa, a saber, o Direito Empresarial e o Direito Econômico, além de consultas a sites, artigos e periódicos de referência na área de exploração do conteúdo, tendo por base a leitura, análise e resumos de textos relevantes da área de estudo.

Diante da metodologia proposta, percebe-se que o trabalho poderia ter sido realizado com uma pesquisa bibliográfica mais ampla para aprofundar os conhecimentos relacionados à atividade econômica e à concepção da Ciência Econômica sobre a concentração empresarial e seus impactos sobre a atividade financeira, bem como poderia ser realizada uma análise mais apurada sobre a compreensão do CADE, emitida em seus julgados, acerca da teoria *Failing Firms Defense* e o entendimento deste órgão sobre o significado da referida teoria no direito brasileiro. Considera-se isto, aqui, em razão do fato de que, diante da limitação de tempo e de espaço para escrita e desenvolvimento do tema do presente trabalho, não foi possível esgotar toda a discussão já existente hoje no meio acadêmico e jurisprudencial.

Portanto, recomenda-se que, para esse aprofundamento, sejam utilizadas doutrinas e artigos de referência no tema do Direito Econômico e das Ciências Econômicas, que versem

sobre os impactos da concentração empresarial na atividade econômica, e o estudo dos julgados do CADE que discutiram a teoria da Empresa Insolvente para empresas brasileiras.

REFERÊNCIAS

BALDIN, Luiz Otávio Fontana. A APLICAÇÃO DA FAILING FIRM DEFENSE COMO SOLUÇÃO PARA EMPRESAS BRASILEIRAS EM CRISE. **Empório do Direito**, 2016. Disponível em <

BRASIL fechou mais de 316 mil empresas em quatro anos, diz IBGE. **Jornal do Comércio. Economia**. Porto Alegre. [S.I] 2019. Disponível em

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 out. de 1988. Brasília, DF, out 1988.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 fev. de 2005. **Lei de Falências**. Brasília, DF, fev 2005.

BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de nov. de 2011. **Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Brasília, DF, nov 2011.

Cartilha de Promoção à Concorrência. **SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico**. Brasília/DF, 2016.

CHAPIRO, Mario Gomes; BACCHI, Fabiana Mesquita. ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL: FORMA FUNÇÃO E O INCREMENTALISMO REFORMISTA DO CADE. **Direito Econômico Concorrencial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 49-96.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, DF. 2016. Disponível em

DEL MASSO, Fabiano. DIREITO ECONÔMICO. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. **Revista de Direito Administrativo**, v. 193, [S.I] p. 66-78, [S.I] 1993. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45773>>. Acesso em 31 out 2020.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. DIREITO ECONÔMICO. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FILHO, Geraldo Alves de Lima. A JURIDICIDADE E OS PARÂMETROS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FAILING FIRM DEFENSE NO DIREITO

CONCORRENCIAL BRASILEIRO. **Revista Argumentum - Argumentum Journal of Law**, v. 18, n. 2, p. 409-430, Mai-Ago. 2017. Disponível em <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/142>>. Acesso em 6 nov 2020.

GABINETE do Ministro. **Portaria nº 994**, de 30 de maio de 2012. Brasília, 2012.

GONÇALVES, Everton das Neves; QUEIROZ, Bruna Pamplona de. **A APLICAÇÃO DA TEORIA DA FAILING FIRM DEFENSE NO BRASIL**. Percurso - Anais do VIII CONBRADEC (Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania), vol. 02, nº 29, Curitiba, 2019. pp. 1-27. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/3486>>. Acesso em 9 abr 2020.

LOBO, Jorge Joaquim. RESPONSABILIDADE POR OBRIGAÇÕES E DÍVIDAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA NA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E NA FALÊNCIA. **Revista EMERJ Online**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 189-201, 2007. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista39/Revista39_189.pdf>. Acesso em 02 dez 2020.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM CRISE: UMA BREVE ANÁLISE DE JULGADOS SOBRE A TEORIA DA FAILING FIRM. **Publicações da Escola da AGU. Debates em Direito da Concorrência**. n. 07, p. 197-207. 2011. Disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1833/1503>>. Acesso em 05 nov 2020.

PERGUNTAS GERAIS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **CADE**. [S.I.]. Publicado em 29 jan 2016, última modificação em 07 mai 2020. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em 09 nov 2020.

Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. **SEPRAC**. [S.I.]. Disponível em <<https://www.gov.br/fazenda/ptbr/orgaos/seprac#:~:text=Secretaria%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Produtividade%20e%20Advocacia%20da%20Concorr%C3%Aancia%20D%20Seprac,-Info>>. Acesso em 09 nov 2020

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. DIREITO EMPRESARIAL: VOLUME ÚNICO. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL. CARACTERIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO. **BUSINESS CENTRALIZATION. THE FEATURES OF THE CENTRALIZATION PROCESS**. **Revista de Direito da Unimep | ISSN Eletrônico: 2238-1228**, v. 8, n. 15 (2008). Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/456>>. 31 out 2020.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. LEI 12.529/2011 E OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2013. Disponível em <<http://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/5>>. Acesso em 31 out 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **TEORIA GERAL E DIREITO SOCIETÁRIO**. Coleção Curso de Direito Empresarial, vol. 1, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.