

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ**  
**COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS SANTA RITA**  
**COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

**ARTHUR MENDONÇA MEDEIROS**

**ATOS CONCENTRACIONAIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O FALSO**  
CONFLITO EXPOSTO PELA *FAILING FIRM DEFENSE*

**SANTA RITA**

**2018**

**ARTHUR MENDONÇA MEDEIROS**

**ATOS CONCENTRACIONAIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O FALSO  
CONFLITO EXPOSTO PELA *FAILING FIRM DEFENSE***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Mestre Alex Taveira dos Santos.

**SANTA RITA**

**2018**

**ARTHUR MENDONÇA MEDEIROS**

**ATOS CONCENTRACIONAIS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: O FALSO  
CONFLITO EXPOSTO PELA *FAILING FIRM DEFENSE***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Mestre Alex Taveira dos Santos.

**DATA DA APROVAÇÃO:**

**BANCA EXAMINADORA:**

**ORIENTADOR**

**AVALIADOR**

**AVALIADOR**

*Moderação na defesa da verdade é serviço prestado à mentira.*

*Olavo de Carvalho*

*A economia não trata de coisas ou de objetos materiais tangíveis; trata de homens,  
de suas apreciações e das ações que daí derivam.*

*Ludwig von Mises*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Nosso Senhor Jesus Cristo, Verbo Eterno e Verdade Encarnada, que dEle tudo começa e para Ele tudo termina.

À minha família, em especial à minha esposa Marcela e à minha filha Alice, sem as quais as ideias expostas neste trabalho não estariam com toda a sinceridade em busca da verdade.

Aos amigos Antônio Iranlei e André de Andrade, grandes responsáveis pelo apoio na jornada da vida intelectual, e que este singelo trabalho sirva de incentivo para que eu possa, um dia, atingir uma parcela do vosso brilhantismo.

Merecidos agradecimentos ao Professor Olavo de Carvalho, o qual fez-me buscar um novo horizonte de consciência e ter-me ajudado, milagrosamente, a retornar à Santa Igreja Católica.

Por fim, agradeço ao orientador Prof. Alex Taveira pelos apontamentos e coordenação deste trabalho, bem como à banca avaliadora pela disposição e prestígio.

## RESUMO

O presente trabalho visa assumir uma posição contrária, em grande parte, ao *mainstream* acadêmico, por demonstrar uma percepção técnica do direito empresarial que comumente é ignorada pelos operadores do direito, e até mesmo pelas entidades da administração pública. Havendo atos de concentração em planos de recuperação judicial ou recuperação de empresas, seria possível, segundo a visão de muitos, que a autoridade *antitruste* pudesse relativizar os critérios utilizados para a aprovação de atos de concentração, sejam eles representados por incorporações, fusões ou aquisições em geral, em nome do princípio da preservação da empresa. Percebe-se também uma tendência viciada de se colocar o referido princípio em oposição ao Princípio da Livre Concorrência. Conhecido conflito de tais princípios no direito anglo-saxônico recebeu a terminologia chamada de *failing firm defense*. O argumento do estudo deste trabalho é demonstrar a aplicação equivocada de ambos os princípios na forma em que são trazidos aos planos de recuperação empresarial, tendo em vista ser um falso conflito amplamente difundido. A discussão sobre a qual autoridade recairia a competência de fazer a análise de relativização dos critérios de concentração na recuperação judicial é de suma importância; se seria o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ou se haveria a possibilidade de se excluir a competência da entidade *antitruste* legalmente constituída, e determinar como competente para analisar as questões, o Poder Judiciário, mais precisamente o juízo da recuperação judicial ou o juízo universal da falência. A partir da mentalidade intervencionista na economia, a qual baseia o atual panorama jurídico do direito concorrencial, é que se pode observar a forte tendência das autoridades governamentais e acadêmicas em aceitar e incentivar os atos concentracionais em situações anômalas de mercado. Sob o argumento de atender aos princípios constitucionais da ordem econômica, em verdade, a aplicação prática das políticas *antitruste* acaba por gerar impactos totalmente contrários àqueles pretendidos e prometidos.

**Palavras-chave:** Atos concentracionais. Antitruste. *Failing firm defense*. Princípio da livre concorrência. Princípio da preservação da empresa.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2 O INTERVENCIONISMO COMO APOGEU DA CONCENTRAÇÃO DO PODER</b> .	11
2.1 INFLUÊNCIA INTERVENCIONISTA NO DIREITO CONCORRENCIAL .....	12
<b>3 O TRUSTE E O ANTITRUSTE</b> .....	15
3.1 DA HISTÓRIA CONCORRENCIAL AMERICANA .....	16
3.2 DA LEGISLAÇÃO À SUPREMA CORTE AMERICANA .....	19
<b>4 A DUALIDADE NO CONTROLE DE ESTRUTURAS</b> .....	22
4.1 A INTERVENÇÃO PARA OBSTAR AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS .	22
4.2 A INTERVENÇÃO PARA IMPOR AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS ...	23
<b>5 O ANTITRUSTE NO BRASIL</b> .....	28
<b>6 A <i>FAILING FIRM DEFENSE</i> E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE LIBERDADE NO BRASIL</b> .....	32
6.1 A <i>FAILING FIRM DEFENSE</i> E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	32
6.2 A <i>FAILING FIRM</i> E O PRINCÍPIO DA LIVRE-CONCORRÊNCIA.....	34
6.3 FALSO CONFLITO E APLICAÇÃO NO BRASIL.....	35
<b>7 O ANTITRUSTE E O PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL</b> .....	38
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	46

## 1 INTRODUÇÃO

“A noção de progresso que circula pelos debates públicos é baseada na ideia absolutamente insensata de que toda a história humana caminha em direção a uma finalidade de perfeição máxima”. É difícil atualmente encontrar no hodierno alguém que não embase, ou pelo menos não aceite, de maneira oculta a referida idéia de progresso constante da humanidade, mesmo sem restar estritamente claro o que fundamentalmente significa o progresso.

É justamente devido a esta idéia de buscar a perfeição terrestre – aquilo que Eric Voegelin chamou de “imanentização da escatologia” – que o homem se vê diante do constante progresso, rumo a algo que obscuro e ao mesmo tempo aparentemente perfeito.

Há um certo consenso de que a humanidade seguiu de maneira perene, e continua a seguir, em conquistas constantes de liberdades e “direitos”, principalmente após o surgimento do movimento renascentista que levará à revolução francesa, em 1789, ou seja, a partir da chamada modernidade.

Quando vemos uma análise mais cuidadosa da História, como feita por Bertrand de Jouvenel, em sua magnífica obra “O Poder: história natural de seu crescimento”, percebemos que a suposta constância de novas liberdades adquiridas ao longo das diversas culturas modernas, principalmente ocidentais, é em verdade um mito. A farsa de que a história humana é um progresso rumo à aquisição da liberdade ou decréscimo manente dos infortúnios da vida social, é um legado infame do pensamento iluminista francês e alemão, em parte gerado pelo filósofo da história Benedetto Croce.

O aumento incessante da concentração do poder é o que de fato pode ser percebido e tido como cerne da relativização dos critérios dos atos praticados na recuperação judicial, bem como no desenvolvimento da *failing firm defense* nos EUA, tese jurídica que viria a ser utilizada como tentativa de preservar as empresas em situações de crise, permitindo ou restringindo as concentrações entre elas, sob o pretexto da defesa da concorrência de mercado.

Poderia se falar em progresso caso estivéssemos nos referindo à história meramente jurídica das sociedades, principalmente quando a presença dos direitos subjetivos do homem ganha respaldo no meio filosófico-político-jurídico, a partir de Thomas Hobbes. Neste sentido o acúmulo de atribuições inerentes ao

sujeito – as quais são exigíveis perante a autoridade –, ou direitos subjetivos, sem dúvida faz criar uma noção mais clara de progresso da humanidade, em termos de direitos.

Quando são transportados os aspectos não mais puramente jurídicos, mas políticos, econômicos, sociológicos e militares, a História se demonstra como um verdadeiro progresso, sim, contudo um progresso em direção ao acúmulo assíduo do poder e estratificação cada vez maior da sociedade.

É neste sentido que o pensamento jurídico caminhará, influenciando toda a doutrina europeia e conseqüentemente até chegar ao direito americano, onde começaremos a ver as primeiras legislações antitruste, precursoras da *failing firm defense theory*, que foi desenvolvida pelos julgados da Suprema Corte Americana no século passado.

**É importante deixar claro que o presente trabalho não visa abordar a metafísica do progresso nos sentidos apresentados** (políticos, econômicos, sociológicos, etc), mas trazer esses apontamentos inaugurais com o intuito de frisar, timidamente, de onde vem a mentalidade que embasa o direito econômico e concorrencial atualmente, a qual atravessa pelas teorias econômicas – liberal, socialista e intervencionista – dos séculos XIX e XX e desemboca nas legislações antitruste como conhecemos, imprescindíveis para a abordagem da *failing firm doctrine*, também conhecida como *failing firm defense*.

Neste breve relato podemos vislumbrar minimamente como as doutrinas jurídicas modernas serão influenciadas, surgindo uma tendência para o intervencionismo latente da autoridade, a qual vem penetrando no tecido social dos particulares ad eternum.

O presente estudo buscou uma explicação para a relativização dos critérios de aprovação de planos de recuperação por parte da autoridade legalmente constituída, tendo como objetivo perceber se é devido à tendência intervencionista estatal que surgem teses como a da *failing firm defense*, permitindo atos de concentração que servem de causa para o fenômeno da monopolização do mercado.

A abordagem econômica prévia se tornou necessária para fazer uma abordagem sobre a *failing firm defense* e como essa teoria serve de sustentáculo para a aplicação equivocada dos princípios da livre-iniciativa e da preservação da empresa.

A consequência lógica da interpretação errônea dos princípios é o surgimento do fenômeno da monopolização de mercado, proveniente do intervencionismo estatal exagerado.

Por fim, o estudo também teve como objetivo analisar se é possível retirar a competência da autoridade antitruste e conferi-la ao juízo da recuperação judicial ou ao juízo universal de falência.

## 2 O INTERVENCIONISMO COMO APOGEU DA CONCENTRAÇÃO DO PODER

O fenômeno do intervencionismo como sucessões de medidas políticas ao longo dos últimos dois séculos provém do fascínio por parte do homem moderno pelo poder centralizado, como alavancado por Jouvenel, advindo a possuir e fixar-se nos diversos âmbitos da sociedade.

Ludwig von Mises define a intervenção do Estado de maneira simples, como uma imposição do governo que obriga o indivíduo a agir de maneira diferente da que eles normalmente agiriam, não fosse a determinação da autoridade. Nas suas palavras:

Intervenção é uma norma restritiva imposta por um órgão governamental, que força os donos dos meios de produção e empresários a empregarem estes meios de uma forma diferente da que empregariam. [...]

Devemos distinguir dois grupos dessas regras [normas restritivas]. Um deles reduz ou impede, diretamente, a produção econômica (no sentido mais amplo da palavra, inclusive a colocação dos bens de consumo). O outro procura fixar preços que diferem dos preços de mercado. Ao primeiro denominamos grupo de “restrições de produção”; ao segundo, geralmente conhecido como grupo de controles de preços, denominamos grupo de “interferência na estrutura de preços”. (VON MISES, 1990)

De maneira mais ampla e completa, o Professor Olavo de Carvalho demonstra a magnitude do intervencionismo contemporâneo, o qual toma um patamar superior em que os próprios Estados nacionais sofrem intervenções de blocos geopolíticos de atuação global, facilitadas pelo avanço tecnológico e econômico do capitalismo:

O livre mercado tornou-se o pretexto com que as forças globalistas interessadas na construção de um governo mundial controlador e despótico vão minando as soberanias nacionais e induzindo povos inteiros a abdicar de todas as demais liberdades em troca do simples poder de comprar e vender. O argumento de que a liberdade econômica traz consigo todas as demais liberdades é aí usado como pretexto para produzir o resultado oposto: suprimir todas as liberdades exceto uma. Concomitantemente, essas mesmas forças globalistas dão apoio bilionário a todas as organizações esquerdistas e revolucionárias do mundo, para jogá-las contra os Estados nacionais, daí resultando que muitos adeptos do livre mercado, imaginando-se embora homens da “direita”, acabem se juntando à rebelião esquerdista contra os tradicionalismos morais e culturais,

que para uns são obstáculos à revolução, para outros, entraves ao livre mercado. (CARVALHO, 2009)

O intervencionismo revela um governo desejoso de fazer mais. Desejoso de interferir nos fenômenos de mercado e da cultura. Quando se fala de intervencionismo, devemos pensar no desejo que experimenta o governo de fazer mais que impedir assaltos, fraudes e guerras, em sua função legítima de prover a segurança pública em face de perigos externos e domésticos. O intervencionismo significa que o governo não somente fracassa em proteger o funcionamento harmonioso da economia de mercado, como também interfere em vários aspectos da vida do homem comum: interfere nos preços, nos padrões salariais, nas taxas de juros e de lucro, na ordem moral e cultural, na livre-concorrência e na livre-iniciativa.

A partir da mentalidade intervencionista na economia, a qual baseia o atual panorama jurídico do direito concorrencial, é que se pode observar a forte tendência das autoridades governamentais e acadêmicas em aceitar e incentivar os atos concentracionais em situações anômalas de mercado.

A intervenção do Estado de maneira exagerada leva ao que se chama de estatização da economia, como demonstrava Karl Marx, a qual deveria ser um processo lento e gradual, ocorrendo através da taxaço constante, prolongando-se por décadas ou séculos e realizando-se por etapas anestésicas e não traumáticas, seja através do imposto de renda escalar ou por meio do bloqueio à herança dos indivíduos devido ao estrangulamento tributário e regulador (CARVALHO, 2008).

## 2.1 INFLUÊNCIA INTERVENCIONISTA NO DIREITO CONCORRENCIAL

Existe uma forte inclinação na doutrina do direito de dispor óbice à liberdade dos particulares, como também de inverter a ordem das coisas mesmas.

Sob o argumento de atender aos princípios constitucionais da ordem econômica, em verdade, a aplicação prática das políticas antitruste acaba por gerar impactos totalmente contrários àqueles pretendidos e prometidos.

Na verdade, é na própria natureza da expressão “ordem econômica” prevista na Carta Magna de 1988, que se depreende o intuito intervencionista do Estado na economia, em aspectos político-jurídico e ideológico, levando

propositadamente a uma compleição totalitária da Administração Pública (MELO, 2016).

Neste enfoque, José André de Andrade Melo, ao tratar do Totalitarismo Constitucional sob a ótica político-jurídica de Miguel Reale e de Ernst-Wolfgang Böckenförde, demonstra como o intervencionismo estatal se consubstancia na positivação exagerada de normas constitucionais, incluindo-se aí os aspectos econômicos:

Todo texto normativo, por óbvio, valorará fatos em normas, como Miguel Reale ensina, porém o processo de constitucionalizar valores não necessita nem ocorrer em demasia, nem pode ferir o pluralismo necessário à própria definição de democracia. Em verdade, Böckenförde se refere a determinados valores que não se encontram mais no consenso social e que, constitucionalizados, fragmentam a sociedade em facções rivais, uma conforme o “Direito”, uma por ele excluída.

Esta definição certamente encontra guarida no que Miguel Reale evoca com sua expressão problemática, especialmente quando se relembra que a solenidade intrínseca do documento jurídico-político não pode estar sujeita aos consensos de ocasião, confundindo o espírito nacional permanente com as preferências dos representantes constituintes originários, em especial se nele colocarem “tudo o que passa na cabeça”. (MELO, 2016)

Paula Forgioni, ao contrário, aduz que a mentalidade liberal de mercado é responsável por provocar falhas de mercado e conseqüentemente se autodestruir, ao passo que a regulação estatal se torna imprescindível, pois, ao seu normal funcionamento. Nas palavras da mesma:

Retomando nossa linha de evolução da concorrência, percebe-se claramente que, quando da revolução industrial, dá-se início a uma sua nova concepção (sic), correlata ao mercado liberal. Livre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprouver ao agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência.

Foi posteriormente comprovado pela história que essa livre atuação dos agentes econômicos acabou por gerar elevada concentração de capitais e poder em mãos de alguns, trazendo fatores de instabilidade que comprometiam a preservação do mercado. As concentrações e os monopólios causavam distúrbios sociais não indiferentes. Basta pensar na prática dos chamados “preços de monopólio”, que propiciam alto lucro para o produtor ou comerciante, pagos pela população. (FORGIONI, 2012)

No mesmo sentido leciona Eros Grau:

As imperfeições do liberalismo bem evidenciadas na passagem do século XIX para o século XX e nas primeiras décadas deste último, associadas à incapacidade de auto regulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado.

[...]

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a ideia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípio – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então permanece a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirparem a hegemonia dos monopólios e oligopólios. (GRAU, 2010)

As afirmações por parte de diversos escritores de que a regulamentação governamental se tornou necessária a partir do final do século XIX e início do século XX, provém, em quase sua totalidade, da incapacidade – em certos casos da perversidade – em analisar a real situação histórica que se passava a economia dos EUA, onde se iniciou as primeiras regulações antitruste ou concorrenciais.

### 3 O TRUSTE E O ANTITRUSTE

A doutrina do direito concorrencial costuma apontar que a legislação antitruste que merece destaque por seu real prestígio e pioneirismo é o *Sherman Act*, posteriormente complementado pelo *Clayton Act*, ambos promulgados pelos norte-americanos em seu país.

O que seria afinal o fenômeno do truste, o qual foi combatido por projetos legislativos?

Boa parte dos economistas e juristas classificam o truste como uma estrutura de empresários que se aglomeram, através dos mecanismos societários de fusão, incorporação, aquisições e coligações, para obter uma maior dominação do mercado em que atuam, gerando como consequência, segundo os defensores do antitruste, a subida geral dos preços ao ponto de se tornarem abusivos, ferindo os princípios basilares do direito consumerista.

Os *trusts* eram grupos de empresas no século XIX, geralmente envolvidas em um mesmo mercado relevante que combinavam estratégias em seu próprio benefício, com a intenção de eliminar o que eles chamavam de “concorrência destrutiva”. *Trust* significa confiança e era o nome dado ao instrumento jurídico que celebrava o acordo entre os acionistas (que recebiam *trusts certificates*) e os presidentes das empresas (os *trustees*) para representá-los em um comitê central e elegerem os diretores responsáveis pelo controle das empresas em conjunto (MOTTA, 2009, pp. 01 – 02).

Daí deriva a denominação de direito antitruste ou, no inglês, antitruste law, sinônimo de direito da concorrência, desenvolvido para combater a formação dos trusts, os quais concentravam poder econômico e promoviam práticas que, apesar de beneficiarem os seus próprios membros, seriam prejudiciais à coletividade, segundo os defensores do intervencionismo; hipótese essa não compartilhada pelo autor deste estudo.

Há a conceituação errônea de que o truste, ou cartel, “é uma estrutura de mercado marcada por poucos agentes econômicos no lado da produção. Essa pequena quantidade de fornecedores faz com que cada um deles tenha um grau de “poder de mercado” e todos sejam influenciados pelas decisões dos demais. Grande parte dos mercados existentes está organizada na forma de trustes ou oligopólios” (MAGGI, 2010).

O fato de um determinado mercado de bens ou serviços estar concentrado, havendo apenas uma empresa, duas empresas ou poucas empresas atuando não caracteriza necessariamente a existência de monopólios, duopólios ou oligopólios, tampouco justifica a intervenção estatal por meio de políticas antitruste. Eric Daniels chegou à conclusão de que, antes da edição do *Sherman Act*, os Estados Unidos, seguindo uma tradição de liberdade econômica, combatiam o que ele chama de “monopólios coercivos”, ou seja, mercados em que o governo impedia a concorrência mediante a concessão de privilégios legais. Em contrapartida, mercados que apresentavam concentração empresarial em decorrência da eficiência das empresas dominantes não causavam maiores preocupações. (RAMOS, 2015)

Segundo Daniels, tudo mudou após a edição do *Sherman Act*, em basicamente dois aspectos: (i) a definição de monopólio, que passou a não mais distinguir entre aquele criado pelo governo, por meio da concessão de privilégios legais, e aquele criado pela eficiência superior de um concorrente em relação aos demais (*truste*); e (ii) o tratamento jurídico dado aos monopólios, que sempre foi de restringir a intervenção do Estado na economia (já que era ele o criador dos monopólios), e passou a ser de aumentar exponencialmente a intervenção estatal por meio da regulação antitruste, a qual passou a abarcar qualquer setor do mercado e todas as decisões das empresas, desde a forma de aquisição de matérias-primas até as suas estratégias de publicidade. (RAMOS, 2015)

### 3.1 DA HISTÓRIA CONCORRENCIAL AMERICANA

No que diz respeito à evidência histórica, se a tese dos críticos do capitalismo liberal fosse verdadeira, seria preciso então esperar uma tendência mais nítida rumo a uma monopolização sob um capitalismo *laissez-faire* mais livre, sem entraves e desregulado do que sob um sistema relativamente e mais pesadamente regulado de capitalismo de “bem-estar” ou de capitalismo “social”. No entanto, a história fornece evidência de resultados precisamente opostos.

Há um consenso em relação à avaliação do período entre 1867 e a Primeira Guerra Mundial como sendo o período relativamente mais capitalista da história do Estado Unidos e o período seguinte como sendo, comparativamente, o de aumento da regulação do mercado e da legislação do estado de bem-estar social. Porém, analisando a questão, se verifica que não houve somente menos

desenvolvimento rumo à monopolização e à concentração de empresas no primeiro período em relação ao segundo, mas também que durante o primeiro período era possível observar uma tendência constante para uma concorrência mais séria com os preços de quase todos os bens caindo continuamente.

Essa tendência só foi interrompida e revertida quando no decorrer do tempo o sistema de mercado foi muito mais obstruído e destruído pela intervenção do Estado. O crescimento da monopolização só se estabeleceu quando os principais empresários conseguiram persuadir o governo a interferir no sistema de concorrência feroz e aprovar uma legislação reguladora, impondo um sistema de concorrência “ordeira” para proteger as grandes empresas da chamada concorrência cruel que nascia continuamente em torno delas (HOPPE, 2013).

Thomas DiLorenzo, coloca de maneira simples, ao tratar da legislação antitruste americana na forma do *Sherman Act*:

Assim, o Congresso reconheceu que os trustes eram na verdade responsáveis por trazer melhoras para o consumidor, baixando preços imensamente. Os congressistas faziam objeção, porém, ao fato de que empresários (“homens honestos”) menos eficientes (menores) estavam sendo retirados do mercado.

[Um dos propósitos do Sherman Act era] isolar certos grupos, especialmente pequenas empresas, dos rigores da concorrência. Se os trustes estivessem restringindo a produção (ou diminuindo sua expansão) e aumentando preços, pequenas empresas não reclamariam, pois elas se beneficiariam desse fato. Esse ponto é de considerável importância. É sabidamente reconhecido que pequenas empresas sempre iniciaram os processos antitruste contra seus concorrentes maiores (e geralmente mais eficientes) Como Armentano, Demsetz e outros têm demonstrado, esses processos servem tipicamente para proteger pequenas empresas da concorrência e inevitavelmente acarretam aumentos de preços. (DiLORENZO, 2012)

Os dados expostos no estudo de DiLorenzo, bem como nas lições sobre os fundamentos contra o antitruste de André Luiz Santa Cruz Ramos, apontam em direção completamente oposta daquela sugerida pela doutrina majoritária do direito concorrencial econômico.

Os EUA encontravam-se, na transição do século XIX ao XX, numa opulência produtiva situada em um ambiente de grande concorrência, fato este demonstrado pela pesquisa feita por DiLorenzo, visto que a abertura para entrada de novos concorrentes, sem a imposição de barreiras legais e regulamentares, permitia

uma circunstância objetiva de concorrência dinâmica e não de uma “concorrência perfeita e estática”, como alguns colocam em ideal precípua.

Entre os anos 1880 e 1890 a produção americana estava crescendo a uma média de 24%, enquanto os setores industriais em que atuavam as empresas acusadas de monopolização estavam crescendo a uma média de 175%, isto é, aproximadamente sete vezes mais.

Alguns outros setores específicos chegaram a se expandir a uma média de dez vezes mais que o mercado em geral, a exemplo do setor ferroviário e minerário (DiLORENZO, 2014).

André Ramos preceitua:

Enfim, DiLorenzo demonstra haver evidências claras de que o Sherman Act nunca teve a intenção de promover a concorrência para proteger o consumidor, como muitos acreditam, sendo na verdade uma lei editada para atender a pressões protecionistas do final do século XIX, notadamente em favor das pequenas empresas. (RAMOS, 2015)

A principal realidade política que ensejou a promulgação do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, foram os aglomerados de pequenos produtores rurais, chamados de *Farmer's Alliance* (Aliança dos Fazendeiros), sem dúvida a coalizão política mais poderosa e influente no período de discussão legislativa da lei antitruste americana (RAMOS, 2015).

Devido a não conseguirem competir com seus concorrentes maiores e mais eficientes – sendo os mesmos fazendeiros da coalizão referida denunciadores dos trustes causarem sua perda de mercado, os quais fizeram por meio de uma declaração em 1889 em St.Louis – por praticarem preços muito baixos, chegando a ficar abaixo dos seus custos de produção.

Obviamente não é necessário ser um especialista em economia para vislumbrar que a situação narrada era inteiramente benéfica para a população consumidora em geral. Dizer que a busca dos interesses privados visando a maior produtividade geral e eficiência, realizada pelos atos de concentração empresarial e fixação de preços de maneira conjunta – chamada pejorativamente de “conspiração” – destrói o interesse público jamais poderia ser uma verdade (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016).

O momento que passava os EUA durante os embates políticos da época expressa claramente que os maiores beneficiados com os trustes eram os consumidores e a coletividade, pois conforme visto, a ideia compartilhada pelos próprios economistas de renome era a de concorrência dinâmica, sinônimo de ausência de obstáculos burocráticos e legais à entrada de novos agentes no mercado, como ensinavam John Bates Clark, George Gunton, Simon N. Patten e David. A. Wells, situação que gerava a queda geral dos preços e crescimento da indústria nacional.

Tal foi a pressão advinda da *Farmer's Alliance*, que não muito tempo depois diversos outros setores econômicos seguiram o mesmo programa de *lobby* político, em busca do governo para se criar normas que impedissem os empresários mais eficientes de se concentrarem e coligarem em busca da maior produção e eficiência; contexto jurídico que viria a ser chamado de “controle de estruturas” e “controle de condutas”, através do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, respectivamente, e posteriormente com a *failing firm defense theory* criada na Suprema Corte Americana.

### 3.2 DA LEGISLAÇÃO À SUPREMA CORTE AMERICANA

O primeiro caso que se sabe no mundo, sobre o debate da aplicação da *failing firm* ocorreu nos EUA em 1930, no litígio entre a *International Shoe. Co.* e a *Federal Trade Commission (FTC)*, entidade antitruste americana.

A *International Shoe Co.* adquiriu, em maio de 1921, a quase totalidade do capital social da sua concorrente, a *W. H. Mc Elwain Company*, sociedade que estava em crise financeira.

A FTC havia entendido que a operação violava a Section 7 of the Clayton Act, porquanto iria diminuir substancialmente a competição no mercado de fabricação de sapatos. Entretanto, ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 06 de janeiro de 1930, decidiu pela possibilidade da operação, sobretudo pelo seguinte motivo:

No caso de uma corporação com recursos tão esgotados e a perspectiva de reabilitação tão remota, que enfrenta a grave probabilidade de uma falha no negócio, com a perda resultante de seus acionistas e ferimentos nas comunidades onde suas usinas são

operadas, a compra do seu capital por um concorrente (não há outro comprador em potencial), não com o objetivo de diminuir a concorrência, mas para facilitar o negócio acumulado das compras e com o efeito de mitigar conseqüências gravemente prejudiciais, provavelmente, não está em contemplação da lei prejudicial ao público e não diminui substancialmente a concorrência ou restringe o comércio dentro da intenção da Clayton Act. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1930)

É verdade que a Suprema Corte ponderou também o fato de que as sociedades apenas competiam em 5% do mercado em que atuavam, sendo considerada, pois, para 95% do mercado, uma inexistência de competição prévia à operação. De toda forma, este caso é apontado pela doutrina como o primeiro em que os argumentos favoráveis à teoria da failing firm foram sistematizados e utilizados.

Outro caso muito conhecido é o da *Standard Oil*, de John Rockefeller, que foi acusada de monopolizar a indústria de petróleo, praticar preços predatórios para destruir rivais e cobrar preços abusivos de seus consumidores. (RAMOS, 2015)

No caso *Standard Oil Co. v. United States*, datado de 1911, a Suprema Corte, dando razão ao governo, entendeu, interpretando a expressão *restraint of trade* a partir da *rule of reason*, que a combinação de 37 companhias de petróleo, administradas por intermédio de um único agente econômico, praticara condutas que violavam as seções 1 e 2 do *Sherman Act*. É do mesmo ano e igualmente importante para entender a *rule of reason* no direito antitruste americano o caso *United States v. American Tobacco*.

Dizer que o truste do petróleo teria como objetivo restringir o comércio, destruindo a livre concorrência é historicamente errôneo, se quisermos usar de eufemismos.

Durante o suposto “monopólio” da Standard Oil o preço do barril de querosene, derivado do petróleo, caiu de 30 para um pouco menos de 6 centavos de dólar.

André Ramos escreve que a Standard Oil conseguiu atingir a capacidade produtiva dominante porque aumentou drasticamente sua eficiência, não tendo, naquele momento, pedido socorro ao Estado para adquirir parcela do mercado. Em suas palavras:

A empresa de Rockefeller, que em 1870 tinha apenas 4% de participação de mercado, conseguiu tal façanha porque foi aumentando progressivamente sua eficiência e, conseqüentemente, reduzindo seus custos de refino de petróleo. E, por mais que a Standard Oil tenha aumentado expressivamente sua participação no mercado ao longo dos anos, ela jamais conseguiu ser monopolista, tanto que em 1911, ano que foi condenada pela Suprema Corte, ela tinha aproximadamente 150 concorrentes, incluindo grandes empresas como a Texaco e a Shell. (RAMOS, 2015)

Nenhum estudo até a presente data jamais demonstrou que a Standard Oil de fato tenha praticado condutas anticoncorrenciais como coligações ou concentrações de cartelização ou precificação predatória, mesmo sendo tais práticas, na vigência de uma concorrência dinâmica, materialmente impossíveis de existirem.

## 4 A DUALIDADE NO CONTROLE DE ESTRUTURAS

### 4.1 A INTERVENÇÃO PARA OBSTAR AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Por um lado, observa-se primeiramente no direito norte-americano, que a intervenção governamental, através do uso das leis antitruste, é invocada em determinada situação de mercado que grandes empresas possuem parcela significativa do mercado devido a sua grande eficiência e capacidade produtiva, em parte pelas relações feitas com outros empresários.

Com isso, baseando-se pela ideia de “concorrência perfeita” e estática, de que um número pequeno de agentes econômicos ou a dominação exagerada por uma corporação leva necessariamente um monopólio ou cartel, as autoridades antitruste obstariam a concentração empresarial, quando esta seria, em verdade, uma busca pelo tamanho ótimo da atividade empresarial.

Hans Sennholz explica com clareza, que o Poder burocrático não deve interferir nas situações de busca pela concorrência adequada, realizada pelos processos autônomos de livre escolha e interpelação das incontáveis informações trocadas a todo momento (HAYEK, 1990), não havendo como definir prévia e objetivamente, com base em modelos matemáticos e econométricos, quantas empresa um determinado mercado comporta ou qual o tamanho ideal de certa indústria. Assim preceitua:

Sobre o crescimento ótimo.

Em um sistema de liberdade econômica irrestrita, uma posição monopolística de mercado só pode ser conquistada pela eficiência. Sem intervenções governamentais, uma empresa eficiente tende a crescer até atingir seu tamanho ótimo, quando os custos por unidade produzida são menores. Esse ótimo vai depender da natureza da indústria, do produto, dos mercados de capital, da carga tributária e da capacidade administrativa da empresa. Obviamente, uma siderúrgica requer muito mais gastos de capital e uma mão de obra mais volumosa do que requer um consultório de um dentista ou uma barbearia. Da mesma forma, uma empresa gerida por um empreendedor brilhante será muito mais otimizada do que uma gerida por seus medíocres sucessores. Uma posição monopolística pode ser obtida somente se o tamanho ótimo for suficiente para suprir completamente um dado mercado.

[...] uma empresa monopolista que cresce além do ponto de otimização está flertando com o fracasso, pois seus custos unitários de produção tendem a voltar a subir. A empresa monopolista que desconsiderar este fato estará abrindo as portas para potenciais

concorrentes invadirem seu território, produzirem a custos mais baixos e, com isso, reduzirem a monopolista novamente a seu tamanho ótimo. Portanto, não há nenhuma necessidade de o governo atacar uma empresa gigante. Caso ela de fato esteja excessivamente grande, seus concorrentes irão reduzi-la utilizando o próprio mercado. (SENNHOLZ, 1985)

Não havendo barreiras à entrada no mercado de novos concorrentes (concorrência dinâmica), uma determinada empresa dita monopolista jamais precisará de correção estatal para que deixe de praticar certos atos, pois os novos agentes que irão se inserir no mercado inevitavelmente irão “punir” o agente monopolista caso ele abuse da circunstância além do tamanho ótimo, seja cobrando preços muito acima do custo de produção, seja ofertando serviços e produtos de baixa qualidade, vigorando, então, a soberania do consumidor de forma genuína, pois ele irá escolher livremente pelos novos agentes mais viáveis.

Enfim, não se pode ver uma concentração empresarial sempre como algo tendente à aquisição de “poder de mercado” para posterior “abuso de posição dominante”. É impossível antecipar os efeitos de uma fusão ou aquisição e dizer, de antemão, se ela produzirá resultados positivos ou negativos. (RAMOS, 2015)

As autoridades antitruste veem os atos de concentração empresarial com desconfiança porque se baseiam nos modelos irrealis e estáticos de concorrência perfeita, e não no verdadeiro processo concorrencial que ocorre na prática. Fusões e aquisições, como atos essencialmente concorrenciais, são apenas formas de os empreendedores descobrirem, pelo método da tentativa e erro, melhores usos dos fatores de produção, guiados pelo sistema de preços e pelos mecanismos de lucros e prejuízos.

#### 4.2 A INTERVENÇÃO PARA IMPOR AS CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS

Por outro lado, há a hipótese de circunstâncias normais de mercado que não permitiriam a aceitação de um ato de concentração entre uma ou duas empresas em crise, em atendimento ao princípio da preservação da empresa.

A autoridade antitruste convalida a possibilidade de aquisições, fusões e *joint ventures* para, contudo, salvar a sociedade empresária que de forma contrária não teria outra saída senão ter a sua falência decretada.

É aqui que surgirá a *failing firm defense* como preceito para relativizar os critérios para aprovação de atos de concentração de mercado, de maneira distinta ao exposto anteriormente, utilizando-se do conflito principiológico para determinar qual o deverá ser a etapa viável para sair da situação iminente de quebra, levantando à sustentação de que o princípio da preservação da empresa deve prevalecer, neste caso, consubstanciado em um ato de concentração.

Em síntese, para a aplicação da referida teoria, a empresa deveria ser incapaz de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo, ou seja, deveria restar caracterizada efetivamente uma situação de grave crise apta a levar a insolvência. Além disso, deveria também restar caracterizada a impossibilidade da recuperação empresarial segundo as normas falimentares aplicáveis à espécie. Em terceiro, deveria ser investigado se não existe uma alternativa menos anticompetitiva que a operação proposta. Finalmente, na ausência da operação, dever-se-ia constatar se os ativos da empresa em crise sairiam realmente do mercado relevante.

O *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission*, em 19 de agosto de 2010, publicaram uma nova edição do seu guia, com o objetivo de proporcionar maior clareza e praticidade na análise de atos de concentração. Sobre o novo documento, a doutrina ressaltou, dentre algumas das mudanças, o reconhecimento das limitações da definição de mercado, o que sugere a necessidade de as autoridades de defesa da concorrência ficarem menos atreladas a uma estreita delimitação do mercado relevante e mais focadas na análise dos efeitos prejudiciais à concorrência decorrentes da operação (TITO; ARASHIRO, 2010).

A tendência das autoridades legalmente constituídas nos EUA é, porquanto, verificar previamente se os atos a serem aprovados irão acarretar efeitos econômicos prefixados, não devendo ser dada muita atenção à circunstância estrutural do mercado, mas sim aos efeitos concorrenciais produzidos pela prática do truste, ao passo que os atos de concentração são rejeitados com base na legislação antitruste, ou aprovados, com fulcro na *failing firm theory*.

Na maioria dos casos da realidade americana, a teoria da empresa em crise foi, após turbulentos debates, rejeitada. Não obstante, isso não evitou que a Suprema Corte firmasse precedentes em casos específicos, autorizando a incidência da *failing firm defense*, julgando que a medida de concentração traria menor prejuízo ao mercado.

A *International Shoe Co.* adquiriu, em maio de 1921, a quase totalidade do capital social da sua concorrente, a *W. H. Mc Elwain Company*, sociedade que estava em crise financeira. A FTC havia entendido que a operação violava a *Section 7 of the Clayton Act*, porquanto iria diminuir substancialmente a competição no mercado de fabricação de sapatos. Entretanto, ao analisar o caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 06 de janeiro de 1930, decidiu pela possibilidade da operação, sobretudo pelo seguinte motivo:

In the case of a corporation with resources so depleted, and the prospect of rehabilitation so remote, that it faces the grave probability of a business failure, with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants are operated, the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchases and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probably, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1930).

É verdade que a Suprema Corte ponderou também o fato de que as sociedades apenas competiam em 5% do mercado em que atuavam, sendo considerada, pois, para 95% do mercado, uma inexistência de competição prévia à operação. De toda forma, este caso é apontado pela doutrina como o primeiro em que os argumentos favoráveis à teoria da *failing firm* foram sistematizados e utilizados.

Nas reformas que ocorreram na legislação concorrencial americana em 1950, a *failing firm defense* foi debatida pelo Congresso Americano, sem, contudo, ter sido expressamente prevista. Desde então, ela tem sido invocada em diversos casos (PEARLSTEIN, 2002, p. 348).

Em 1962, a Suprema Corte voltaria a discutir sobre *failing firm* no caso *United States versus Diebold*. Na oportunidade, foram mencionados como requisitos para aplicação da defesa a necessidade de que a empresa em crise esteja irremediavelmente insolvente e confrontada com a falência iminente, bem como que a empresa adquirente seja a única e autêntica potencial compradora (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1962). Por questões procedimentais, a Suprema Corte decidiu como inapropriada a decisão do tribunal *a quo* que acatou aplicação da teoria da *failing firm*.

Em 1967, a Corte Distrital de Oklahoma (*United States District Court W. D. Oklahoma*), no caso *United States v. Reed Roller Bit Company*, datado de 23 de junho de 1967, afastou a aplicação da teoria da *failing firm*. A *AMF American Iron Inc.* foi adquirida pela *Reed Roller*, gerando alta concentração no mercado norte-americano de *tool joints* e *drill collars*. A Corte, partindo das premissas adotadas no precedente *International Shoe Co.*, afastou a alegação de crise da *AMF American Iron Inc.*, bem como entendeu que não teria ficado demonstrado que *Reed Roller Bit Company* seria a única opção viável. O caso é importante, porquanto fixa e detalha os requisitos traçados no precedente *International Shoe Co.* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1967).

Em janeiro de 1969, a Suprema Corte norte-americana, no caso *Citizen Publishing Co. versus United States*, analisou a joint venture entre os dois maiores jornais de Tucson, *The Citizen* e *The Star*, que perduraria por 25 anos e continha condições extremamente restritivas à concorrência. Um dos fundamentos invocados para justificar a operação foi a *failing firm defense*, em razão da crise porque passava o *The Citizen*. Entretanto, a Suprema Corte afastou a defesa, amparada na ausência de elementos que comprovassem quaisquer dos três requisitos necessários à aplicação da tese. Esses requisitos, devidamente analisados nessa decisão, são justamente aqueles que estão hoje previstos no Guia de Concentração Horizontal da FTC e do DOJ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969).

Por fim, vale a pena mencionar alguns casos em que a defesa foi aceita pelo Poder Judiciário estadunidense:

Granader v. Public Bank, 281 F Supp. 120 (E. D. Mich. 1967), defense accepted where bank failure would injure the public and alternative offers were unacceptable; *United States v. M.P.M., Inc.*, 397 F Supp. 78, 96 (D. Colo. 1975), defense accepted where failure was almost certain and attempts to find alternative transactions had failed; *FTC v. Great Lakes Chem. Corp.*, 528 F. Supp. 84, 96-98 (N. D. Ill. 1981), approving merger that would benefit failing firm, its shareholders, and economy (HOVENKAMP, 2011, p. 602).

Deve-se atentar que, em algumas decisões prevaleceram, argumentos em favor da suposta concorrência, para legitimar a operação, como ocorreu em *United States versus M.P.M.*, em que restou detidamente analisada a probabilidade do negócio falir e a inexistência de outros potenciais compradores (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1975). No entanto, em outras, argumentos relacionados à

importância social do empreendimento também foram sopesados, como no caso *Granader versus Public Bank*, no qual, segundo os intercessores da *failing firm*, o fato de se tratar de uma instituição financeira em crise foi preponderante, já que a falência poderia causar danos consideráveis aos correntistas e ao sistema bancário. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1969)

## 5 O ANTITRUSTE NO BRASIL

“De fato, é comum encontrar, nas principais obras brasileiras sobre direito antitruste (aqui também chamado de direito concorrencial ou direito econômico), a afirmação de que o *Sherman Act* foi editado numa época em que a economia americana assistia à formação de grandes grupos monopolistas, que lucravam às custas dos consumidores praticando preços abusivos” (RAMOS, 2015).

Não é difícil constatar que a doutrina majoritária possui uma visão bastante positiva da legislação antitruste, seja em outros países ou no Brasil, por ter sido revolucionária, segundo a mesma doutrina, no sentido de barrar (alguns dirão que serviu de complemento) a autodestruição ou avanço vertiginoso do capitalismo liberal, dando uma maior estruturação ao mercado, observando-se os princípios constitucionais da livre-concorrência e livre-iniciativa – de forma paradoxal, como se verá posteriormente neste estudo –, garantindo a continuidade racional do mercado.

Neste mesmo sentido prescreve o *caput* do art. 1º da Lei Antitruste brasileira (Lei nº 12.529/2011), bem como seu parágrafo único, que assim dispõem:

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

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

O Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como *Lei Malalaia*, que criou uma Comissão Administrativa de Defesa Econômica, trouxe também em seu art. 148 os mesmos fundamentos importados da legislação americana, prevendo:

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

A primeira legislação antitruste considerada como tal, pela sua ampla abordagem do tema, foi a Lei 4.137/62, a qual regulamentou o art. 148 da Constituição Federal Brasileira de 1946, criando o Conselho Administrativo de

Defesa Econômica (CADE), a entidade antitruste legalmente constituída no Brasil e regente até os dias de hoje.

O apoio constitucional às normas de direito concorrencial formou uma verdadeira tradição no ordenamento brasileiro, como dito anteriormente, pela Constituição Federal de 1946, bem como pela Carta Magna posterior, promulgada em 1967, que dispunha em seu art. 157:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

VI – Repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Culminando em 1988, com a Lei Maior dirigente, a ordem constitucional passa a prever em seu art. 170, §4º, no mesmo diapasão, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A regulamentação do dispositivo foi realizada pela Medida Provisória 204/90, convertida ulteriormente na Lei 8.158/91, a qual criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE). Não obstante, este diploma legal não restou em vigente por muito tempo, a qual segundo os defensores do antitruste, não oferecia os meios legais práticos para o controle de estruturas e de condutas.

Com o surgimento da Lei 8.884/1994, define-se um marco na história antitruste brasileira, que até o momento não se verificava um *antitrust enforcement*. Iniciam-se as apresentações de atos de concentração sujeitos aos critérios estabelecidos na lei, instituindo, inclusive, mais instrumentos para o CADE perseguir cartéis e condenar empresas.

Foi com base nessa lei que surgiram as grandes condenações no cenário brasileiro, como o caso da Ambev e a fusão da Nestle S.A com Chocolates Garoto S/A.

A Lei 12.529/2011 manteve a sistemática da legislação anterior ao disciplinar o SBDC com enfoque principal em dois tipos de controle, um repressivo e outro preventivo, e ao atribuir ao CADE, entidade da Administração Pública indireta, a responsabilidade para concretizá-los. Dentre os órgãos que compõem a estrutura

do CADE, destacam-se a Superintendência-Geral – SG e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – TADE.

A SG, que é composta por um superintendente-geral e dois superintendentes-adjuntos, exerce as funções de investigação e de instrução de processos administrativos de condutas, as quais, nos termos da Lei 8.884/1994, ficavam a cargo do PSDE. Além disso, a SG deve instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica, papel antes desempenhado prioritariamente pela SEAE (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016).

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica - TADE é composto por seis conselheiros e um presidente e tem a função de decidir, em última análise no âmbito do Poder Executivo, sobre a existência ou não de infrações à ordem econômica, bem como sobre a imposição de alguma restrição a concentrações econômicas, ou até mesmo reprovação, caso se verifique a potencialidade lesiva à concorrência (art. 9º, X, c/c § 2º da Lei 12.529/2011). (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

O modelo administrativo atualmente adotado tem visa propiciar a criação de um corpo técnico especializado para tratar do tema, bem como possibilita que a defesa da concorrência seja efetivada por intermédio do exercício do Poder Administrativo de Polícia. Isso significa dizer que compete ao CADE, mais especificamente à SG e ao TADE, nos termos da Lei 12.529/2011, a aplicação dos institutos jurídicos próprios do controle de estruturas, dentre os quais está a *failing firm defense* (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016).

As expressões “controle preventivo”, “controle de estruturas” ou “controle de atos de concentração econômica” significam a mesma atividade realizada pelo CADE: análise de operações praticadas pelos agentes econômicos, a fim de avaliar se elas são tendentes ou não a ofender à livre concorrência. Dentre as mudanças importantes trazidas pela Lei 12.529/2011.

Não houveram grandes mudanças trazidas pela nova lei de defesa da concorrência, se comparada à Lei 8.884. A estrutura basilar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi mantida, alterando-se apenas a estrutura geral do sistema e reformulando os procedimentos internos para apuração das práticas por parte dos agentes econômicos, como, segundo as normas antitruste, o “sobrepço”, “precificação predatória”, etc, e principalmente a determinação de apresentação prévia dos atos de concentração, i.e., fusões, incorporações, não mais em momento posterior à conduta do truste.

O SBDC exerce o controle preventivo de todos os “atos de concentração” que se enquadrem nos parâmetros estabelecidos no seu art. 90, uma vez preenchidos os requisitos para notificação obrigatória do art. 88. Percebe-se que podem ser objeto de análise do CADE: as fusões empresariais (inciso I, art. 90); a aquisição, direta ou indireta, de participação em capital social ou de ativos (inciso II, art. 90), a incorporação (inciso III, art. 90); e, finalmente, contratos associativos, consórcios e joint ventures (inciso IV, art. 90).

## 6 A *FAILING FIRM DEFENSE* E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE LIBERDADE NO BRASIL

### 6.1 A *FAILING FIRM DEFENSE* E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

A *failing firm* como tese estruturada no princípio da preservação da empresa em crise, foi levada à Suprema Corte Americana nos casos mencionados e em diversos outros, com seus defensores alegando que em nome dos princípios da livre concorrência e livre-iniciativa, as corporações deveriam se concentrar, pela necessária preservação da empresa.

É pacífico o entendimento de que deve ser dada grande ênfase à busca da preservação da empresa e, particularmente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual foram vivenciadas décadas com uma legislação totalmente defasada e distante da realidade, faz-se de extrema necessidade uma interpretação do texto legal, tanto nos casos ainda regidos pela antiga lei como naqueles já regulados pela Lei nº 11.101/2005, que privilegie formas e mecanismos que possibilitem a recuperação das empresas em crise.

Fábio Ulhôa Coelho, com acerto, assevera que “Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas” (COELHO, 2007, p. 233-234). Portanto, haverá casos em que não será benéfica a tentativa de recuperar a empresa em crise, pois poderá proporcionar prejuízos ainda maiores aos credores e a própria sociedade. Em outras palavras, a aplicação indiscriminada poderia, na realidade, deteriorar a situação, causando um descrédito do instituto da recuperação econômica de empresas em dificuldades.

As aplicações da teoria pelo Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e mais diretamente pelo CADE, alçam o princípio da preservação da empresa como meio de evitar a quebra do empresário específico da circunstância, agente econômico determinado e sujeito ao controle da autarquia, e não interpretam o princípio tecnicamente no sentido doutrinário do vocábulo “empresa”.

O princípio da preservação da empresa vem sendo utilizado como pretexto pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, através de aplicação

equivocada do mesmo, para desrespeitar diversos dispositivos legais previstos na Lei 11.101/2005, que dispõe sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária; a exemplo dos prazos para suspensão das ações e execuções na recuperação judicial que só devem durar 180 (cento e oitenta) dias, expressamente improrrogáveis, conforme o art. 6º, §4º da mesma lei.

Buscar a preservação da empresa não é conferir ao indivíduo que exerce a atividade empresarial o “direito de não quebrar”, mas visar à segurança jurídica e desenvolvimento socioeconômico do setor de produção específico daquele agente, submetido aos regramentos próprios do regime falimentar e concorrencial. Portanto, a expressão “empresa” deve ser compreendida nos seus próprios termos, conforme assevera a melhor doutrina, a qual reconhece a empresa como verdadeira “atividade empresarial”, a qual é exercida por titular determinado – não se confundindo com o mesmo –, ratificador das prerrogativas da liberdade econômica prevista no arcabouço constitucional.

A manutenção sadia do mercado é o objetivo do princípio da preservação da empresa, entendida como atividade geral e abstrata inerente à realidade econômica da sociedade moderna. Distorcer a compreensão do termo, estreitando sua validade para a realidade individualizada de um único agente econômico, é definitivamente algo contrário às noções corretas de concorrência, visto que a impossibilidade de prever os efeitos mercadológicos de um ato de concentração que toma como fundamento a preservação do empresário determinado, terá diversas consequências para a economia em geral, pois as inúmeras informações que decorrem das ações dos incontáveis indivíduos em um mercado jamais poderão ser apreendidas por um único ente burocrático e legalmente constituído, tornando nefasta a sua atuação por este simples motivo, conforme já asseverava Ludwig von Mises em sua obra *Ação Humana*. (MISES, 1966)

Decorre-se da falha hermenêutica das autoridades antitruste aquilo que os americanos chamam de *too big to fail* (grandes demais para quebrar), ou seja, sociedades empresárias em crise que são salvas pelo Estado através da administração dos entes antitruste, e em situações de impossível recuperação, algumas vezes chegando a serem implementados “pacotes de socorro” governamentais, como privilégios fiscais, créditos subsidiados e atos de concentração empresarial.

## 6.2 A *FAILING FIRM* E O PRINCÍPIO DA LIVRE-CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê em seu art. 170, que trata dos princípios fundantes da ordem econômica, a livre-concorrência integra o rol de prerrogativas reconhecidas, dentre os direitos naturais dos indivíduos.

É difícil vislumbrar a relação entre a liberdade de concorrência e a regulação de mercado. A aplicação equivocada do princípio da preservação da empresa, como demonstrado anteriormente, também se estende ao princípio da livre-concorrência.

Os ataques à livre-concorrência partem do Estado, pois não há maior agente que maltrate tal liberdade do que o Poder. A correta definição de concorrência, explanada inicialmente neste trabalho, é negligenciada pelos defensores do antitruste.

A liberdade de concorrência sempre estará respeitada quando inexisterem barreiras legais a entrada de novos concorrentes no mercado. Abandonado o conceito de “concorrência estática e ideal”, a estrutura ilusória do antitruste rui por completo (RAMOS, 2015).

Israel Kirzner rejeita categoricamente esta noção equivocada de concorrência, e, portanto, a aplicação errônea do princípio da livre-concorrência:

Um aspecto característico da abordagem austríaca da teoria econômica é sua ênfase de que o mercado é um processo, e não apenas uma configuração de preços, qualidades e quantidades que são consistentes entre si de modo a produzir uma situação de mercado em equilíbrio. Esse aspecto da economia austríaca está intimamente associado ao descontentamento com o uso generalizado do conceito de concorrência perfeita.

É interessante notar que, mesmo entre economistas de convicções bastante divergentes dentro da tradição austríaca, todos demonstram um desencanto característico com a ênfase ortodoxa dada tanto em relação ao equilíbrio como também em relação à concorrência perfeita. Assim, a bem conhecida posição de Joseph A. Schumpeter sobre essas questões é notavelmente próxima da de Ludwig von Mises. Oskar Morgenstern, em um importante artigo sobre teoria econômica contemporânea, expressou as mesmas críticas austríacas à moderna teoria econômica. (KIRZNER, 2012)

Em uma economia pautada pela livre iniciativa e livre concorrência, os agentes econômicos, em busca de lucros, tendem a incrementar sua participação no

mercado relevante de várias formas (SALOMÃO FILHO, 2013, pp. 155 – 187). Podem, por exemplo, mediante economias de escala ou de escopo (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 119), reduzir custos e, conseqüentemente, diminuir preços. Podem também incrementar a qualidade dos produtos e serviços oferecidos, por intermédio de melhorias tecnológicas do processo de produção. Ou ainda, exemplificativamente, podem adotar condutas concertadas que excluam seus concorrentes do mercado, aumentando, conseqüentemente, suas participações nas vendas.

Os atuantes do mercado sempre buscarão reduzir custos e intensificar o processo produtivo, medidas que serão alcançadas, muitas vezes, com a integração econômica e concentração empresarial de diversas maneiras. A regulação do Estado é o que torna sempre a interferir neste processo natural, gerando as distorções negativas mesmas que se pretende evitar.

Assim, o que modelo de “concorrência perfeita” qualifica como imperfeita é, de fato, a verdadeira concorrência, isto é, um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta no qual (i) há bens e serviços diversos sendo demandados e ofertados, (ii) o número de ofertantes é grande ou pequeno em virtude de inúmeras circunstâncias, (iii) existe a criação de barreiras artificiais à entrada, (iv) os preços e as características dos produtos e serviços oscilam, (v) os consumidores e empresários não possuem todas as informações relevantes de cada mercado, etc. (HAYEK, 1948)

### 6.3 FALSO CONFLITO E APLICAÇÃO NO BRASIL

À luz da legislação brasileira, alguns operadores, como Fernando Antônio Alves Oliveira Júnior, postulam que os requisitos exigidos em diversos países para a aplicação da defesa da empresa em crise são importantes para tentar estabelecer quais seriam os requisitos aqui aplicáveis. Para a análise dos critérios, Oliveira Júnior parte da premissa de que haverá a saída dos ativos produtivos da empresa em crise caso não seja aprovada a concentração. Sugere ainda três condições sucessivas, com espeque nas estabelecidas pela autoridade de defesa da concorrência no Reino Unido, as quais melhor condensam as premissas já analisadas. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

Primeira, caso não seja realizada a concentração, a empresa em grave crise econômico-financeira irá se tornar insolvente em um futuro próximo.

Segunda, os requerentes devem demonstrar que, apesar de esforços efetivos, não encontraram proposta alternativa viável, menos ofensiva à concorrência, para a aquisição da empresa em crise. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

Finalmente, deve ser investigado o que acontecerá no mercado relevante, nos cenários com e sem a realização da operação. Se a concentração não for, necessariamente, a causa da deterioração da concorrência, ela deve ser aprovada. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

Permitir o postulado de critérios para a aplicação da failing firm no Brasil, com base em uma ponderação de qual princípio deve prevalecer em um caso concreto, ou que será possível prever estatisticamente se ato praticado será concorrencial ou anticoncorrencial, seja para a autorização de um ato de concentração ou sua rejeição, é plenamente infundado.

Os princípios da livre-concorrência e da preservação da empresa não se encontram em antagonismo, como tentam demonstrar os defensores do antitruste. Conforme foi exposto, buscar a preservação da empresa é o mesmo que rogar pela manutenção da atividade setorial como um todo, para que o mercado funcione de forma sadia e sem sobrestamentos produtivos.

Evitar que a autoridade estatal interfira nos processos empresariais, tendo em vista que é impossível apreender as inúmeras informações circulantes em um sistema econômico por parte de um ente central (HAYEK, 1948), é essencial para que ambos os princípios da livre-concorrência e preservação da empresa corroborem de maneira pacífica o funcionamento do mercado. Quando percebemos que é o Estado quem provoca as verdadeiras falhas de mercado, através da concessão de monopólios, controle de estruturas e condutas, barreiras legais e tarifárias, fica claro que o respeito à livre-concorrência estará insurgente quando da ausência de regulação excessiva.

Dentre as decisões já proferidas pelo CADE, verifica-se, justamente naquela em que a autarquia aprovou a concentração utilizando como fundamento primordial a defesa da empresa em crise, conforme se depreende do seguinte trecho da manifestação exarada pela Procuradoria:

(...) não obstante inexistas quaisquer previsões acerca da failing company defense na legislação brasileira, ela apresenta-se em consonância com o sistema jurídico de defesa da concorrência brasileira. Sendo o objetivo do direito antitruste a maximização do bem-estar, é inevitável fazer-se a ponderação entre as perdas sociais decorrentes da concentração econômica - ilustrado pelo triângulo de peso morto e outros quejandos - e os benefícios sociais proporcionados ao se evitar a destruição de riquezas - ativos tangíveis e intangíveis que se perderiam com a falência (BRASIL, 2008a).

O art. 88, §6º, da Lei 12.529/2011 oferece um curioso fomento ao suposto conflito, porquanto indica que a livre concorrência pode ser mitigada, desde que “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”. O interesse dos consumidores é, segundo a referida lei, o norte que irá guiar o operador do direito no exercício de ponderação. Contudo, a evidência rege no sentido de que o interesse dos consumidores restará atendido quando livre concorrência da atividade empresarial estiver mantida, na situação de ausência de barreiras legais e tarifárias à entrada de novos agentes no mercado, e não, como previsto na lei de direito da concorrência, dirimindo-se um conflito de princípios que na realidade é inexistente.

Com respaldo nessas premissas, entende-se que o Federal Trade Commission, bem como o CADE, e os técnicos do antitruste em geral, vêm interpretando de maneira equivocada os referidos princípios, o que necessariamente leva a teses infundadas, a exemplo do conflito principiológico que embasa a failing firm theory.

## 7 O ANTITRUSTE E O PROCEDIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A Lei de Recuperação e de Falência prevê dois procedimentos destinados a reerguer a atividade empresarial em crise, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial. A diferença primordial entre eles está relacionada ao processamento, que no caso da recuperação judicial necessariamente ocorrerá perante o Poder Judiciário, enquanto que, na recuperação extrajudicial, o plano pode ser elaborado diretamente entre devedor e credores para, somente então e de maneira facultativa, ser levado à homologação judicial.

Tanto na recuperação judicial, em que os meios a serem empregados para reerguer a atividade empresarial estão listados de maneira não exaustiva no art. 50 da Lei 11.101/2005, quanto na recuperação extrajudicial, o plano poderá conter a previsão de atos de concentração econômica cuja notificação é obrigatória ao CADE, nos termos da Lei de Concorrência. Há aqui também exemplo de caso já decidido pelo CADE que se assemelha à hipótese (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016).

VRG Linhas Aéreas S.A adquiriu, mediante leilão realizado no bojo de processo de recuperação judicial, um conjunto de bens e direitos da unidade produtiva da Varig S.A., operação submetida ao CADE no ato de concentração 08012.007916/2006-67. A operação foi aprovada em 28 de março de 2007 sem restrições e, embora não tenha sido analisada sob a perspectiva da failing firm defense, muito provavelmente teria a maioria dos seus requisitos preenchidos (BRASIL, 2007).

Também no setor de transporte aéreo, no ato de concentração 08012.000321/2010-67, julgado em 12 de janeiro de 2010, foi aprovada a aquisição, pela Tam Linhas Aéreas S.A., da totalidade do capital social da Pantanal Linhas Aéreas S.A., a qual estava em processo de recuperação judicial. A Tam inicialmente teria sido a única candidata a adquirir os ativos da Pantanal em procedimento de leilão no bojo da recuperação. Entretanto, em razão de problemas jurídicos apontados pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, a companhia aérea decidiu adquirir o controle da Pantanal mediante a compra das ações (BRASIL, 2010)

Não há prevalência necessária de um ou outro princípio, não sendo possível, portanto, predeterminar quais os critérios superiores para autorizar um ato de concentração na recuperação judicial ou rejeita-lo. Fixar os critérios de forma

arbitrária apenas inviabilizaria a recuperação empresarial pretendida, e tampouco seria possível calcular as consequências concorrenciais produzidas.

Diante da total ausência de conflito entre os princípios da preservação da empresa e da livre-concorrência, a *failing firm theory* dificilmente encontrará respaldo material e econômico para sua aplicação no Brasil.

Na opinião de Sergio Campinho, formulada no trabalho intitulado “Atos de concentração no plano de recuperação judicial: participação obrigatória ou facultativa do CADE”, para os atos de concentrações previstos em planos de recuperação judicial, compete ao juiz de direito responsável por conceder a recuperação analisar, à luz dos princípios da livre concorrência e da preservação da empresa, a operação econômica específica. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

Sérgio Campinho esclarece que não se trata de uma isenção antitruste. Simplesmente quem seria competente para analisar os riscos decorrentes do ato de concentração para a concorrência seria o Judiciário, que tem competência plena em razão de especificidades do procedimento de recuperação. No caso, o CADE poderia participar do processo, facultativamente e não obrigatoriamente, na condição de órgão consultivo e quando o magistrado entender conveniente. As premissas estabelecidas pelo professor são semelhantes às adotadas neste trabalho, contudo incompletas, e ainda assim: reconhece-se a importância da atividade empresarial para o desenvolvimento econômico, em razão da função social que exerce, além do que são utilizados os conceitos de regra, princípio e postulado ensinados pelo professor Humberto Ávila. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

Em sentido contrário, destacam-se os posicionamentos de Daniela Copetti Cravo e Valter Shuenquener de Araújo.

Daniela Cravo explica que não há qualquer previsão na Lei de Concorrência ou na Lei Falimentar que legitime o juízo da falência a analisar o ato de concentração. Se a Lei Falimentar é específica para a recuperação empresarial, a Lei da Concorrência também o é para a proteção contra o abuso de posição dominante. Alerta ainda que a assembleia-geral de credores não teria condições de bem avaliar os riscos decorrentes da concentração para a concorrência, além do que se trata de matéria estritamente técnica, sendo o CADE a instituição dotada de qualificação necessária para apreciá-la. Dessa forma, conclui que mesmo em concentrações originadas em planos de recuperação, permanece a competência do CADE para analisá-las (CRAVO, 2010).

No mesmo sentido entende Valter Shuenquener de Araújo, que, apesar de considerar a preservação da sociedade empresária em crise algo relevante, lembra existirem outros interesses que o Estado deve proteger. Nesse contexto, o autor defende que a atuação do CADE seria indispensável para, dentre outras funções, a tutela do princípio da livre concorrência, a proteção dos consumidores, a eliminação do abuso do poder econômico e a preservação da soberania nacional (ARAÚJO, 2008).

Dizer que a forma estabelecida pela Constituição Federal, no §4º, art. 173, em que a lei escolheu reprimir o abuso do poder econômico, deve ser entendida como o suporte fático para a prevalência da Lei 12.529/2011, visto não haver previsão da competência do Judiciário para o controle de estruturas na Lei 11.101/2005, não pode ser interpretada de maneira restritiva. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016)

As especificidades do procedimento de recuperação demandam a presença dos regramentos próprios da Lei 11.101/2005, não havendo meios materiais para que o CADE atue de maneira independente, mas, se for o caso, apenas como terceiro interveniente no processo, na figura assistencial arrolada no Código de Processo Civil.

Existe o argumento na doutrina de que subsiste o conflito entre o princípio da preservação da empresa e a regra insculpida no art. 173, §4º, a qual dá suporte constitucional à Lei 12.529/2011. Assim demonstra Humberto Ávila:

Não é admissível afastar, nem ampliar além do limite semântico intransponível, uma regra constitucional com base num princípio, por ser a regra a própria solução constitucional para determinado conflito de interesses. Ainda mais considerando que a Constituição Federal não tem apenas um princípio que possa afastar ou ampliar uma determinada regra, mas vários princípios, nem todos apontando numa só direção. A interpretação que se centra exclusivamente num princípio desconsidera o ordenamento constitucional como um todo. O mesmo ocorre com interpretações que, a pretexto de preservar valores supostamente prevalentes, terminam por afastar regras constitucionais que concretizaram esses mesmos valores. (ÁVILA, 2011, p. 108)

Ávila ataca o argumento de que a preservação da empresa é um valor importante a ponto de justificar a alteração da atribuição para analisar os atos de concentração, saindo essa tarefa do CADE e indo diretamente para o Juízo

falimentar, quando do processamento da recuperação judicial. O autor questiona ainda qual seria o impedimento para o juízo da recuperação também de ter competência para avaliar o licenciamento ambiental de determinada obra, a regularidade técnica de determinado novo produto ou as especificidades sanitárias de determinada linha de produção, caso essas fossem estratégias adotadas no plano de recuperação? A proteção do meio ambiente e a defesa dos consumidores são valores igualmente consagrados na ordem econômica, assim como a preservação da empresa e a livre concorrência.

Sob o ponto de vista econômico, o raciocínio do professor Ávila é equivocado porque parte de uma presunção de conflito entre o princípio da preservação da empresa em face dos demais, especialmente em face da livre concorrência, que não existe. Acima de tudo, parte da premissa que o CADE é uma entidade estatal benéfica, cumpridora dos preceitos constitucionais de manutenção da ordem econômica, quando em verdade é uma autarquia fundada em teorias econômicas que não correspondem com a estrutura da realidade, as quais prejudicam a saúde do mercado e o bem-estar social da população, gerando monopólios, duopólios ou oligopólios deliberados.

De toda forma, não resta resoluto o problema de compatibilizar o posicionamento contrário à atuação do CADE com o disposto no art. 118 da Lei da Concorrência. A intimação do CADE para, querendo, intervir no feito não é faculdade do magistrado, mas dever. E uma vez o CADE nele intervindo, a competência se desloca para a Justiça Federal. Então, como resolver esse dilema: constitucionalmente, a Justiça Federal não tem competência para ação de falência e de recuperação judicial, assim como a Justiça Estadual, também constitucionalmente, não tem competência para julgar processo no qual o CADE faça parte. E se o CADE não for intimado e do processo não fizer parte, como exigir que a decisão proferida em processo que afeta diretamente a esfera jurídica da autarquia lhe surta efeitos?

É verdade que os atritos entre os procedimentos e as divergências de conteúdos decisórios podem trazer problemas, conforme mencionado. Contudo, considerando que a atuação do CADE, conforme demonstrado, produz malefícios à ordem econômica devido à incapacidade inerente de uma entidade central em controlar as diversas informações de mercado e os efeitos das concentrações empresariais, a conclusão mais prudente é, de fato, permitir que o juízo da

recuperação e falimentar retenha a competência para processar e julgar a viabilidade econômica da empresa, diante das especificidades inerentes aos juízos recuperacional e falimentar, bem como da ineficácia econômica das medidas previstas na Lei 12.529/2011, permitindo, portanto, que os interesses do CADE sujeitem-se ao controle jurisdicional previsto no art. 109, I, da Constituição Federal, no que tange à prática de seus atos administrativos e pareceres concernentes aos atos de concentração empresarial.

Cediço que o juízo de falência e recuperação, conquanto exerce a jurisdição no âmbito estadual, não poderia anular decisões administrativas de uma autarquia federal, ainda que afetem a massa falida ou a empresa em recuperação judicial, sendo este entendimento firmado na própria Corte Superior. Como truísmo, o art. 109, I, da Carta Magna, refere-se à liquidação dos ativos da sociedade empresária falida, bem como as relações entre credores e devedores no bojo da recuperação judicial, de sorte a determinar que, ainda que empresas públicas federais ou autarquias federais possuam créditos em desfavor do falido, não seja a ação deslocada para a Justiça Federal. O mesmo entendimento, por analogia, deve ser adotado ao interesse da autoridade antitruste, que muito embora não seja uma relação creditícia – tal afirmação sendo parcialmente verdadeira, diante da volúpia do CADE em arrecadar com as pesadíssimas multas administrativas – transfigura a mesma ideia do preceito constitucional contido no art. 109, I.

Entretanto, a norma em questão não implica que o controle jurisdicional de atos das autarquias federais no exercício de sua competência reguladora seja transferido ao juízo falimentar. A exceção expressa na Constituição Federal diz respeito à ação falimentar ou recuperacional em si, entendida como a demanda de quebra ou recuperação, apenas. Não por outra razão o dispositivo não impede que outras causas sejam ajuizadas pelos entes federais contra a massa falida, caso em que a competência será da Justiça Federal.

A especificidade do juízo universal não pode ser subjugada pelos ditames da Lei 12.529/2011, muito pelo peso proveniente dos argumentos econômicos. O juiz estadual pode provocar os órgãos públicos competentes a tomarem medidas judiciais que, no âmbito da Justiça Federal, entenda devam ser tomadas, cumprindo o controle jurisdicional dos atos administrativos praticados pelo CADE, quando estes ferirem os princípios elencados no direito concorrencial.

Se a análise de mercado e de questões concorrenciais parece inviável pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a aplicação da teoria da *failing firm*, no âmbito do controle antitruste de estruturas, cria, ilusoriamente, o conflito principiológico entre a preservação da empresa e a livre concorrência, ensejando a busca por socorro à entidade antitruste. Isso significa dizer que a própria aplicação da teoria, na forma como aqui está esclarecida, confirma a ilegitimidade para o CADE analisar os atos de concentração econômica oriundos de processos de recuperação e de falência, por razões advindas da verdadeira teoria econômica e da melhor aplicação dos princípios da livre concorrência e da preservação da empresa pelo juízo universal da recuperação e falência, conforme o art. 3º da Lei 11.101/2005.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, sob a ótica dos estudos da Escola Austríaca de Economia, confirma que a história das leis antitruste é mentirosa, sendo, em verdade, uma história de *lobbying*, protecionismo, *rent seeking* e captura regulatória.

A teoria que fundamenta o antitruste, conforme visto, é errada, por desconsiderar os reais conceitos de concorrência e monopólio. O correto conceito de concorrência, considerando-a um processo dinâmico de rivalidade, implica na rejeição da abordagem neoclássica embasada no modelo de “concorrência perfeita”, na qual o Estado é quem cria e sustenta os carteis, pois somente aquele pode impor barreiras legais à entrada de competidores.

O cálculo econômico nada mais é do que uma estimativa feita pelo empresário para descobrir qual, dentre todos os possíveis, o uso mais eficiente dos fatores de produção (bens de capital). Essa estimativa é feita com base nos preços desses bens, e esses preços só podem ser obtidos se houver a livre negociação de tais bens, algo que, por sua vez, pressupõe a propriedade privada.

O direito antitruste, ao contrário do que muitos pensam e do que afirma o pensamento *mainstream*, não é algo intrínseco ao liberalismo, mas uma típica manifestação de outro sistema político-econômico: o intervencionismo.

Este sistema, como explicou Ludwig von Mises, não pode ser tratado como uma variante do sistema liberal, mas como um sistema autônomo, o qual há tempos tem predominado na prática e mostrado suas variadas vicissitudes.

Um exemplo claro da construção do intervencionismo é a legislação antitruste, a exemplo do *Sherman Act*, lei antitruste americana que, com o passar do tempo, inspirou inúmeras leis semelhantes em outros países, tal como o Brasil.

Embora a doutrina que defende o direito antitruste alegue que o *Sherman Act* foi editado para proteger os consumidores e preservar a livre concorrência, a qual estaria sendo destruída pelo surgimento de trustes e cartéis que abusavam do seu poder de mercado, essa alegação não é comprovada pelo estudo minucioso dos fatos históricos que marcaram a edição da referida lei.

A economia americana no período de discussão legislativas do *Sherman Act* estava, realmente, vivenciando surtos de concentração econômica, mas esse fenômeno não acarretava prejuízos aos consumidores, tampouco significava a ausência de competição. Ao contrário, tal situação era reflexo da intensa

concorrência decorrente do livre mercado existente na época, e produzia resultados extremamente benéficos para os consumidores: redução de preços, aumento da produção, estímulo à inovação etc.

Caso a legislação antitruste fosse realmente “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (art 1º, *caput*, da Lei nº 12.529/2011), e fosse realmente “a coletividade [...] a titular dos bens jurídicos protegidos por ela” (parágrafo único), seu conjunto de regras e princípios seria voltado apenas e tão somente, para impedir que o Estado limitasse ou impedisse a livre concorrência por meio da imposição de barreiras legais à entrada de competidores.

A *failing firm defense*, tese firmada no âmbito do direito antitruste nos EUA, conforme visto, foi analisada sob o enfoque da sua contradição interna, que coloca em choque os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência, por decorrência da noção equivocada dos referidos princípios.

Quando um ato de concentração envolve uma empresa em grave crise apta a ocasionar, em um futuro próximo, o fim da sua atividade, ou seja, quando se discute a possibilidade de aplicação da teoria da empresa em crise, ou *failing firm theory*, os valores mencionados, resguardados na ordem econômica brasileira a partir dos princípios da preservação da empresa e da livre concorrência, não interagem de maneira potencialmente conflitiva, devido ao caráter técnico do vocábulo “empresa”, que deve ser entendido como atividade empresarial, e não se restringir à sociedade empresária envolvida nos atos de concentração.

Por fim, a possível transferência da competência do CADE para o Judiciário nas situações de empresa em crise requerente de plano de recuperação, com base na Lei 11.101/2005, pode ser verificada e afirmada, considerando a ineficácia econômica da atuação da autoridade antitruste. A especificidade das medidas alcançáveis pelo juízo universal da recuperação judicial adiciona maior peso em favor da fixação de sua competência para discutir os atos concentracionais como soluções viáveis ao reerguimento da empresa. Ainda assim, a manutenção da apreciação dos atos de concentração ao Judiciário, sem a intervenção direta do CADE no feito, a despeito da previsão do art. 118 da Lei 12.529/2011, não prejudicaria o controle de seus atos e processos administrativos por parte da Justiça Federal.

## REFERÊNCIAS

Affairs Programme. Henrik Norinder **Competition Law**. 2003. Disponível em: <<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1554682&fileId=1563408>>. Acesso em 20 jun. 2016.

ÁVILA, Humberto. **A teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0016/1994. Relator: José Matias Pereira (ou Renault de Freitas Castro). Julgado em 29.03.1995 e em reapreciação em 26.10.1995. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000445501456.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000445501456.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0044/1995. Relator: Renault de Freitas Castro. Julgado em 17.12.1997. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000471681709.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000471681709.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0092/1996. Relator Marcelo Procópio Calliari. Julgado em 15.04.1998a. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000161701256.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000161701256.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 0084/1996. Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva. Julgado em 12.08.1998b. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000162851884.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000162851884.pdf)>. Acesso em: 06 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Decisão. Ato de Concentração 08012.007374/1997-34. Relator Arthur Barrionuevo Filho. Julgado em 30.09.1998c.150. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000164861397.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000164861397.pdf)>. Acesso em: 05 nov. 2013.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial** 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Olavo de. **Fugindo à luta**. Diário do Comércio. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/fugindo-a-luta/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **A liberdade como serva da tirania.** Diário do Comércio. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/a-liberdade-como-serva-da-tirania/>>. Acesso em: 07 mai. 2018

\_\_\_\_\_. **Do marxismo cultural.** O Globo. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/do-marxismo-cultural/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **O Mínimo que você precisa saber para não ser um idiota.** Organização de Felipe Moura Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Estado e a razão.** 2015. Diário do Comércio. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/o-estado-e-a-razao/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do Cade ou competência exclusiva do juízo falimentar?** Publicado em 2010. Disponível em

<[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_23129121\\_APLICACAO\\_DA\\_TEORIA\\_DA\\_FAILING\\_COMPANY\\_DEFENSE\\_NOS\\_ATOS\\_DE\\_CONCENTRACAO\\_DECORRENTES\\_DA\\_RECUPERACAO\\_JUDICIAL\\_ATRIBUICAO\\_DO\\_CADE\\_OU\\_COMPETENCIA\\_EXCLUSIVA\\_DO\\_JUIZO\\_FALIMENTAR.aspx](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FAILING_COMPANY_DEFENSE_NOS_ATOS_DE_CONCENTRACAO_DECORRENTES_DA_RECUPERACAO_JUDICIAL_ATRIBUICAO_DO_CADE_OU_COMPETENCIA_EXCLUSIVA_DO_JUIZO_FALIMENTAR.aspx)>. Acesso em: 20 de nov. 2013.

DANIELS, Eric. **Reversing course: American attitudes about monopolies, 1607-1890.** *The abolition of antitrust.* New Brunswick: Transaction Publishers, 2005. p. 63-94.

DiLORENZO, Thomas. **Anti-trust, anti-truth. Organized crime: the unvarnished truth about government.** Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2012. (tradução livre).

\_\_\_\_\_. **The origins of antitrust: an interest-group perspective:** International Review of Law and Economics, n. 5, jun. 1985. Disponível em: <http://www.ucis.gmu.edu/~trustici/LAW108/The%20Origins%20of%20Antitrust-%20An%20Interest%20Group%20Perspective.pdf>. Acesso em: 31 out. 2014.

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. **The Antitrust Laws.** 2017. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 25 nov. 2017

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** 5. ed. São Paulo: RT, 2012.

GORDON, Sanford D. **Attitudes towards trusts prior to the Sherman Act.** *Southern Economic Journal*, n. 2, v. 30, out. 1963.

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

KIRZNER, Israel. **Competição e atividade empresarial.** Tradução de Ana Maria Sarda. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

MAGGI, Bruno Oliveira. **O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil.** 233 f. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MELO, José André de Andrade. **Totalitarismo Constitucional: Um contributo para o estudo da hermenêutica jurídica de Miguel Reale**. 2016. 76 p. Monografia (Graduação) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

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

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A Teoria da *Failing Firm* e sua aplicação no Brasil**. Brasília: Juspodivm, 2016. 208 p.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial esquematizado**. 6ª ed. revista atual e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

\_\_\_\_\_. **Os Fundamentos contra o antitruste**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SENNHOLZ, H. **Money and freedom**. Spring Mills, PA: Libertarian Press, 1985.

STIGLITZ, Joseph. WALSH, Carl. **Introdução à Microeconomia**. 3 ed. São Paulo: Elsevier, 2003.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. 6 ed. Estados Unidos: LexisNexis, 2009.

TITO, Fabiana de Mello; ARASHIRO, Thiago. **A nova tendência dos guias de análises horizontais internacionais**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 18, pp. 118-136, 2010.

VOEGELIN, Eric. **The Authoritarian State: an essay on the problem of the Austrian State**. Translated from the German by Ruth Hein. Edited with an introduction by Gilbert Weiss. Editorial commentary on the period by Erika Weinzierl. Columbia and London: University of Missouri Press, 1999.

VON HAYEK, Friedrich August. **Os Fundamentos da Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. 1. ed. São Paulo: Visão, 1983. 522 p. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O Caminho da Servidão**. Tradução e revista de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. 221 p.

\_\_\_\_\_. **The meaning of competition. Individualism and economic order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1948. p. 97 (tradução livre).

VON MISES, L. E GREAVES, B. B. *Economic freedom and interventionism*. Indianapolis, Ind.: Liberty Fund.

\_\_\_\_\_. Ação Humana: Um tratado de economia. 3.1 New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1966. 1020 p. Tradução por Donald Stewart Jr.

ZWIRSKA, Agnieszka. *Failing firm defence*. Competition Law. Lund, 2003.