
**O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRENCIA E A
*FAILING FIRM DEFENSE THEORY***

***THE BRAZILIAN'S ANTITRUST SISTEM AND THE
FAILING FIRM DEFENSE THEORY***

JOANA STELZER

Pós-doutorado em Direito pela USP. Doutora e Mestre em Direito pela UFSC/SC. Professora Associada I credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

Doutor pela UFMG/MG e pela Universidade de Buenos Aires; Mestre em Direito pela UFSC/SC; Especialista pela FURG/RS; Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela FURG/RS; Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS; Professor Titular do PPGD da UFSC.

BRUNA PAMPLONA DE QUEIROZ

Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Empresarial pela PUC-MG. Graduada em Direito pela UFSC.

RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA

Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Graduada em Direito pela UFSC.



RESUMO

Objetivo: esta pesquisa pretende responder se a *Failing Firm Defense Theory* (FFDT) estadunidense encontra fundamento para sua aplicação e sob quais critérios os atos de concentração realizados por empresas em crise econômica devem ser autorizados pela Autorquia responsável pelo controle de estruturas de mercado, CADE, no Brasil.

Metodologia: o método de abordagem é o dedutivo e o de procedimento é o monográfico/comparativo; a técnica de pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial.

Resultados: a teoria estadunidense da FFD encontra aplicação no atual cenário normativo brasileiro, ao possibilitar-se a aprovação de certos atos de concentração que normalmente seriam reprováveis ou sujeitos às restrições por parte do Órgão Nacional de proteção à concorrência, em razão da prevalência da função social da empresa, de critérios técnicos dos *Guidelines* e de precedentes decisórios nacionais e estadunidenses que servem de embasamento para o CADE em seus julgados, ainda que necessária a adaptação à realidade econômico-normativa do País.

Contribuições: o presente estudo traz ao debate um tema que não tem no Brasil um entendimento sistematizado a respeito da *Failing Firm Defense Theory*.

Palavras-chaves: Direito Econômico Antitruste; Direito Concorrencial; Legislação Falimentar; *Failing Firm Defense Theory* (FFDT).

ABSTRACT

Objective: *this research aims to answer whether the American Failing Firm Defense Theory (FFDT) finds the basis for its application and under which criteria the acts of concentration performed by companies in economic crisis should be authorized by the Agency responsible for the control of market structures, CADE, in Brazil.*

Methodology: *the approach method is deductive and procedure method is monographic and comparative; the search technique is bibliographical and jurisprudential.*

Results: *the US theory of FFD has application in the current Brazilian's regulatory scenario, allowing approval of certain acts of concentration that normally would be reprehensible or subject to restrictions by the Antitrust National Organ, due to the prevalence of corporate social function, technical criteria of the Guidelines and national decision-making and US precedents which are the basis to CADE in its trial, although it is required to adapt them to the economic reality of the legislation of Brazil.*

Contributions: *the present study brings to the debate a theme that does not have in Brazil a systematized understanding about the Failing Firm Defense Theory.*



Keywords: *Antitrust Economic Law; Competition Law; Food Legislation; Failing Firm Defense Theory (FFDT).*

1 INTRODUÇÃO

Em função das crises econômico-político-sociais nacionais, o empresariado brasileiro sofre duras consequências para manter-se atuante no Sistema Econômico; ainda que, não raras vezes, acabando por enfrentar os rigores da falência institucional¹. A atual normatividade sobre o tema busca, antes mesmo da decretação falimentar, impulsionar regime de recuperação especial empresarial para, dentro de uma análise de custos e benefícios, garantir a necessária “sobrevida” para o empreendimento que, de outra forma, tornar-se-ia socialmente questionável massa falida. É de interesse geral recuperar a capacidade econômica da empresa com dificuldades para benefício do País. Destarte, diante de empresa em situação de insolvência, são sopesados não somente os interesses individuais do empresário, mas, também, do fisco, dos fornecedores, dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade que atua e do próprio Estado na manutenção da unidade e excelência produtiva em razão de sua função social - ainda que, para isso, seja necessária a realização de atos que possam, a princípio, “lesar a livre-concorrência”.

Está-se, por assim dizer, a discutir a possível dicotomia entre o juízo falimentar e o tomador de decisão administrativa do Órgão Antitruste. Nos Estados Unidos da América (EUA) é conhecida a *Failing Firm Defense Theory* (FFDT) que, por sua vez, pode ser utilizada nos casos em que há conflito entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar basilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a esse último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos

¹ No Brasil, a antiga Lei de Falências foi substituída pela Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.



anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira. De outra banda, no Brasil, não há entendimento sistematizado a respeito de dita Teoria, seja na doutrina ou na jurisprudência; no entanto, existem julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) reconhecendo a aplicação da FFDT, seguindo padrão internacional, bem como, recentes diretrizes estabelecidas pelo Guia de Concentração Horizontal, de 2016, do próprio CADE.

Esta pesquisa pretende responder se a FFDT encontra fundamento para sua aplicação e sob quais critérios os atos de concentração realizados por empresas em crise econômica devem ser autorizados pela Autarquia responsável pelo controle de estruturas de mercado, CADE, no Brasil. Assim, apresenta o Direito Econômico e uma de suas vertentes, o Direito da Concorrência, destacando o Antitruste Estadunidense e o brasileiro, ainda, discutindo a questão da competência do SBDC ou do Juízo Falimentar Cível a partir da apreciação de casos concretos. A pesquisa aponta como marco teórico; os *Guidelines* estadunidense e brasileiro; tais como o *Horizontal Merger Guidelines* e pensadores nacionais como Paula Forgioni. O método de abordagem é o dedutivo e o de procedimento é o monográfico/comparativo; a técnica de pesquisa é bibliográfica e jurisprudencial. Conclui demonstrando que a Teoria estadunidense da FFDT encontra aplicação no atual cenário normativo brasileiro, ao possibilitarem-se a aprovação de certos atos de concentração que, normalmente, seriam reprováveis ou sujeitos às restrições, por parte do Órgão Nacional de proteção à concorrência, em razão da prevalência da função social da empresa, de critérios técnicos dos *Guidelines* e de precedentes decisórios nacionais e estadunidenses que servem de embasamento para o CADE em seus julgados, ainda que necessária a adaptação à realidade econômico-normativa do País. Acredita-se que diretrizes pré-estabelecidas e adequadas à realidade econômica brasileira são essenciais à utilização da Teoria Estadunidense e que a FFDT deve manter-se restrita aos casos excepcionais que cumpram os requisitos legais.

O trabalho, objetiva, especialmente: a) compreender a origem e o Direito Econômico Concorrencial, destacando-se específicas categorias teóricas como a



conceituação de ato de concentração, posição dominante e mercado relevante; b) analisar, historicamente, selecionadas diferenças do Direito Antitruste nos Estados Unidos da América (EUA) e no Brasil; c) compreender a estrutura do SBDC e sua atuação no controle das estruturas de mercado; bem como, o procedimento de análise dos atos de concentração realizado pelo CADE; d) verificar o conceito de FFDT e os pressupostos para sua aplicação nos EUA; e) analisar a possível aplicação da FFDT, no Brasil, a partir dos julgados do CADE e do Guia de Concentração Horizontal Nacional e; f) estudar a (in) existência de conflito de competência entre o tomador de decisão administrativo-concorrencial e o juízo falimentar, nos casos em que o plano de recuperação judicial permita a realização de atos de possam gerar efeitos anticompetitivos.

2 O PENSAMENTO ECONÔMICO, O DIREITO ECONÔMICO E O DIREITO ANTITRUSTE

A Teoria Econômica tem estruturado várias tentativas para explicar os fenômenos econômicos da produção, da repartição, da circulação e do consumo. Perpassando o mercantilismo; com o bulionismo espanhol, o Colbertismo Frances e o industrialismo inglês, são possíveis de verificar os pensamentos de François Quesnay e o fisiocracismo, Adam Smith e seu liberalismo próprio ao *laissez faire laissez passer le monde va de lui-même*, David Ricardo e sua teoria dos custos comparativos absolutos e relativos no comércio internacional, John Stuart Mill e o aprimoramento do conceito de produtividade e tantos outros economistas clássicos, ainda, destacando-se, com a virada do Séc. XIX, o desenvolvimento da Teoria Subjetiva do valor, embasada, desde então, em pensadores da Escola Marginalista neoclássica tais como; Carl Menger e Knut Wicksell - austríacos, William Stanley Jevons e Alfred Marshall - ingleses, Léon Walras - francês, Vilfredo Pareto – italiano, Irving Fisher – estadunidense entre outros que desenvolveram, a partir de Daniel Bernoulli e Jeremy Bentham a “Teoria da



Utilidade Marginal Decrescente dos bens”. Evidentemente que o liberalismo econômico foi devidamente questionado pela crítica marxista; pelo socialismo de cátedra de A. Wagner, G. Schmoller, L. Brentano e W. Sombart; pelo socialismo utópico do Conde de Saint-Simon, François-Charles Fourier e Robert Owen; pelas ideias de Arthur Cecil Pigou, cujo pupilo John Maynard Keynes acabou por destacar-se na ideia do intervencionismo de Estado (*Welfare State*) e, mesmo, pelo institucionalismo de Thorstein Veblen e John Keimeth Galbraith.

Nos anos sessenta, a Teoria Econômica, especialmente a Microeconomia, definitivamente começou a ser utilizada no entendimento de outras ciências em ramos do conhecimento até então não pensados como o Direito. A partir dos escritos de Ronald Coase, professor de Richard Allen Posner, Guido Calabresi, Guido Alpa, Joseph Stigler e tantos outros, a relação entre Direito e Economia não seria mais a mesma.

Em que pesem os “ângulos de visão” acadêmico-científicos pelos quais a fenomenologia econômico-social é apreciada deve-se, sempre, almejar derradeiro equilíbrio econômico seja entre as forças de mercado, seja na ação dos cidadãos em países coletivamente organizados. Em uma economia de mercado a interação das forças de oferta e de consumo devem buscar derradeiro equilíbrio capaz de propiciar o desenvolvimento econômico-sócio-ambiental sustentável e pleno para todos os partícipes das relações intersubjetivas. Seria fácil, não fosse a necessidade de se vencerem os egoísmos individuais e as perspectivas de acumulação do Capitalismo. Desafio, especial, torna-se, então, disciplinar a concorrência entre os agentes econômicos de dado País com vistas à manutenção do pleno emprego e atendimento eficiente dos consumidores. O Direito Econômico trata este fenômeno de duas formas, a saber: no âmbito interno, disciplina-se a ação dos agentes produtores, no mercado, segundo Lei Antitruste, ainda, sendo possível a implementação de Legislação Consumerista para proteger as relações de consumo. No que concerne à disciplina da concorrência, podem ser implementadas normatizações e ações que coíbam a conduta e o desempenho indesejado do agente, ou, mesmo, controlem a estrutura de mercado – “modelo ECD” ou Modelo de Controle de estrutura, conduta e desempenho. Em



verdade, já não se almeja, hoje, uma economia atomizada como outrora e a concentração econômica é justificada em ambiente de internacionalização de mercados, ainda, na busca de economias de escopo e de escala.

A partir dos ditames Constitucionais, “desenham-se” os diversos ramos infraconstitucionais do Direito Público e do Privado, especialmente, destacando-se o Direito Econômico. Esse ramo do Direito surgiu como Disciplina autônoma, inicialmente, na Universidade de Jena, Alemanha, em 1908 e passou a ser, abordado, com destaque, em Escolas como: a Francesa; lembrando-se pensadores como Bernard Chenot e François Géný; a Argentina, com Esteban Cottely, Julio H. G. Oliveira e Eduardo Conessa; a Alemã, com os pensadores de Frankfurt como Walter Eucken, dentre tantos. No Brasil, o conhecimento em Direito Econômico foi, primeiramente, destacado pelo Visconde de Cairú, em 1827, quando da publicação, no Rio de Janeiro das “Leituras de Economia Política” ou “Direito Econômico conforme a Constituição Social e Garantias da Constituição do Brasil”. Centros acadêmicos brasileiros vêm tratando, hodiernamente do tema, destacando-se as seguintes Escolas e seus pensadores: a Paulista, com Eros Roberto Grau, Fabio Nusdeo, Fábio Konder Comparato, Modesto Souza Barros Carvalhosa, Orlando Gomes e Antunes Varela, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Afonso Insuela Pereira; a Mineira, com Washington P. Albino de Souza, João Bosco Leopoldino da Fonseca e Isabel Vaz e a Escola Gaúcha de Direito Econômico, destacando o primeiro presidente do CADE, o saudoso Professor Werter Faria e a Professora Guiomar Therezinha Estrella Faria; dentre outros.

No final do Séc. XIX e na primeira metade do Séc. XX, discutiu-se a questão relativa à presença do Estado (ou não) no planejamento e incentivo da economia e; assim, o Constitucionalismo passou a tratar de delimitar o uso do poder econômico e os direitos sociais de segunda geração como o fizeram as constituições do México, em 1917 e a de Weimar, em 1919, além da Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado da Rússia de 1918.

No que concerne à doutrina, podem ser destacadas, como pioneiras, as obras de Heymann, em 1908, denominadas *Arbeiten Zum Handels Gewerbes - un*



landwirtschaftsrecht, - Trabalhos sobre Direito Comercial, Direito da Empresa e Direito Agrário - e de Justus Wilhelm Hedemann, em 1918, com a criação, na Universidade de Jena, do *Institut für Wirtschaftsrecht* - Instituto de Direito Econômico; das publicações das *Mitteilungen des Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht* - Comunicações do Instituto de Direito Econômico de Jena - e dos *Schriften des Institut für Wirtschaftsrecht* - Escritos do Instituto de Direito Econômico. Em 1923 Hans Goldschmidt publicou compêndio didático denominado *Reichswirtschaftsrecht* - Direito Econômico do Império e, posteriormente, autores como Geiler, Hausmann, Rumpf, Arndt, Bauer, Thal, Reichardt, Darmstädter e Klausning, a sua vez, destacaram-se. Destas primeiras contribuições teóricas surgiram estudos outros, principalmente na Alemanha; inicialmente, associando o Direito Econômico ao esforço de guerra, e, posteriormente, assumindo posicionamentos variados conformes às diversas Escolas de Direito Econômico. Hedemann, por exemplo, acreditava que o Direito Econômico tratava de inovador método realista de analisar o fenômeno sócio-jurídico-econômico como um todo; verdadeiro quadro ou moldura geral dos diversos ramos do Direito. Em especial, no desenvolver do Capitalismo, como Sistema Econômico estruturado em economia de mercado de livre concorrência, se tornou imprescindível, além da tradicional ordenação jurídica garantidora da segurança e certeza tão necessárias aos propósitos expansionistas do capital, específico ramo jurídico ocupado com a regulatividade dos mercados e a ação dos agentes econômicos privados e Estatais. Mormente, depois da Primeira Grande Guerra, se verificou intenso movimento para a consolidação do Direito Econômico, inicialmente, considerado Direito de Guerra em virtude da racionalização na produção, distribuição, circulação e consumo dos escassos recursos de forma coativa e coordenada. A economia de reconstrução do entre guerras levou os diversos países vencedores, no Tratado de Versalhes, a instituírem medidas de caráter econômico fortalecedoras da ação estatal, porém, divergentes da ação estatizante e totalizadora de países como a Rússia, a Itália e a própria Alemanha; fato que levou ao Segundo Conflito Mundial.



A Ciência Econômica, então, passou a oferecer, para o discurso jurídico, o instrumental metodológico delimitador e orientador das políticas econômicas através do emprego de seus métodos de forma a elucidar a realidade social enquanto que, ao Direito, ainda, coube a tarefa de estipular o justo social; ambos, voltados à consecução das políticas Estatais. Tratou-se, pois, definitivamente, de abandonar o *laissez faire* em função do chamado *Welfare State* de forma a, através da intervenção do Estado, organizar-se a economia e intentar-se a programação para a ação econômica de resultados. O Direito, de controlador social, passou a verdadeiro estimulador e indicador da atividade econômica, através de normas quadro, programáticas, indicativas e delimitadoras dos objetivos desenvolvimentistas nacionais sendo superado o modelo jurídico clássico, que, embora não abandonado, resultou moderno e aperfeiçoado para as novas realidades.

Com o desenvolvimento da política intervencionista, principalmente, depois de 1930, os países passaram a adotar máximas econômicas que, compiladas, formaram o bojo legislativo-teorético do Direito Econômico. Decisivamente, em 1936, surgiu o trabalho do economista inglês John Maynard Keynes intitulado *The General Theory of Employment, Interest and Money* que; fruto de estudos anteriores realizados a partir de 1925, também o levaram a pregar a intervenção do Estado na economia como forma de ser alcançado o equilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que, estava provado, na prática, que aquela não sustentava e criava esta de forma automática. As normas de Direito Econômico refletem, pois, a síntese entre o Direito Público e o Direito Privado e, geralmente, têm caráter indicativo programático; na medida em que buscam a regulamentação das diversas economias dentro da perspectiva de Estado atuante na Ordem Econômica de forma a balizarem metas ou objetivos econômicos, delineando direitos e restrições no atuar dos agentes, comportamentos em função de estímulos ou desestímulos e indicando possibilidades de consecução do bem-comum em termos de desenvolvimento econômico.

O Direito Econômico, consideradas que sejam as múltiplas Escolas de entendimento do econômico pode ser diversamente definido. Assim, expressam os



autores lusos Antonio C. Santos, Maria E. Gonçalves e Maria Leitão Marques ensinando que o Direito Econômico é o “ramo de direito que tem por objecto o conjunto de princípios e normas que regem a ordenação da actividade económica pelos poderes públicos e privados”. Luís Cabral Moncada, chama a atenção para a vocação interdisciplinar do Direito Econômico optando por considerar seu objeto mais restritamente e delimitando-o como o Direito Público que tem “por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida Económica”.

Já Geraldo de Camargo Vidigal conceitua-o expressando a problemática do objeto do Direito Econômico que abrange grande número de situações e compartimentações do Direito ligadas ao econômico. Define, pois, o Direito Econômico como:

[...] o conjunto das instituições e preceitos jurídicos que ordenam já a direção das atividades econômicas pelo Estado, já a intervenção estatal na economia, já o relacionamento entre os agentes dos mercados, quando se marca por um clima de dominação. O Direito Econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social. Seu objeto não exaure as relações de mercado, que, enquanto prevalentemente inspiradas nas soluções da autonomia da vontade, desenvolvem-se no plano do Direito Comercial.

Interessante é verificar o apanhado de conceitos e indispensável estudo detalhado das diversas correntes doutrinárias a respeito do Direito Econômico oferecido por Modesto Carvalhosa. O Mestre identificou a posição de mais de 70 juristas classificando-os em 10 Escolas básicas. Especificamente, definiu o Direito Econômico com base nos dois elementos constitutivos de seu conceito central no plano dogmático - dirigismo racional e conflito de interesses, como segue:

O conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando; ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas, na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e



empreendimentos, objetivos estes assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa.

Destarte, resta evidente, segundo se pode apreciar do exposto, que o Direito Econômico se caracteriza como Disciplina específica, interdisciplinar, preocupada com a delimitação e determinação jurídica do atuar dos diversos agentes econômicos com objetivo de possibilitar o desenvolvimento das atividades econômicas, dentro da perspectiva ideológico-político-econômica adotada pelo Ordenamento Magno do País.

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

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

Trata-se, portanto, de ramo do Direito autônomo, com regras, conceitos, institutos e métodos próprios, que busca adequar as condutas econômicas às normas jurídicas, com o fito de equilibrar interesses individuais e coletivos. Peluso (2011, p.20) ainda destaca que “qualquer ramo do direito pode ser portador de conteúdo econômico, mas o Direito Econômico o é obrigatoriamente”. Deve-se, assim, compreender que a ideologia incorporada na Política Econômica condicionará a realidade jurídico-econômica que, por sua vez, será institucionalizada na Ordem Jurídica e positivada nas Constituições. Dessa forma, são tratados juridicamente por normas típicas de Direito Econômico, atendendo aos objetivos da Política Econômica, os atos econômicos da produção, da circulação, da repartição, do consumo; bem como, a concentração de mercados e o desenvolvimento. É, ainda, dentro do Direito Econômico que se insere o Direito da Concorrência, também preocupado em conciliar a liberdade econômica



individual e os interesses públicos. Portanto, o mercado sofre a indelével influencia do Estado, mesmo como agente normativo, regulador, fiscalizador ou, como agente econômico a exemplo do que se verifica no art. 174 da CRFB/88.

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

A seguir tratar-se-ão os Direitos Antitruste, estadunidense e brasileiro como que instrumentando a pesquisa para posterior delimitação da FFDT, seus pressupostos e sua aplicação.

2.1 O DIREITO ANTITRUSTE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

A partir da segunda metade do Séc. XIX, os EUA passaram por momento de “aquecimento” na sua economia, marcado: pela expansão na produção, pela criação de estradas de ferro que permitiram melhor escoamento da produção em crescimento, pelo processo de integração vertical de pequenas empresas, pela urbanização da população que acabou por gerar mão de obra industrial, conjuntamente com a imigração europeia (mormente, a partir de 1890). Conforme Paula Forgioni (1998, p. 67), “formava-se, assim, um mercado consumidor tipicamente urbano”.

As citadas transformações foram, portanto, responsáveis pela expansão dos mercados naquele País e, conseqüentemente, por significativas reduções nos custos. Esse último acabou por gerar instabilidade dos preços que, por sua vez, encorajou um



processo de competição predatória. Nesse contexto, os agentes econômicos já estabelecidos no mercado passaram a se organizar em cartéis ou trustes, com o fito de arrefecer a concorrência e manter suas margens de lucro.

Os *trustes* passaram a ser caracterizados como grupos de corporações engajados em um mesmo mercado relevante que se reuniam com o intuito de combinarem vantagens mútuas e assim eliminarem a concorrência destrutiva. (MOTTA, 2009, pp. 01-02) O *trustee*, portanto, recebia o poder derivado das ações das empresas para administrá-las centralizadamente e, em contrapartida, transferia um *trust certificate* aos acionistas – instrumento jurídico que os habilitava a receber os dividendos das operações realizadas. Nesse sentido:

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

Nos EUA, com os prejuízos sofridos pelos consumidores finais, produtores rurais, trabalhadores e pequenos empresários, esses se revoltaram contra o poder concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trustes, e, então, passaram a pressionar o Congresso estadunidense para que aprovasse iniciativa do Senador Sherman.

A legislação que ganhou a denominação oriunda do proponente, *Sherman Act*², foi promulgada em 1890, é considerado “o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”. (FORGIONI, 1998, p.65). Importa enfatizar que o *Sherman Act* não se tratou de oposição ao liberalismo, mas, sim, de maneira de corrigir

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



as distorções geradas pelo próprio sistema liberal. Sendo assim, o intervencionismo Estatal era necessário para preservar a concorrência em face de sua importância para o Sistema Econômico Capitalista de Mercado.

De acordo com o *Sherman Act*, estariam proibidos contratos, combinações e conspirações que restringissem o comércio, inclusive com a prescrição de multa e de prisão aos violadores, e condenação à prática de monopólio. No entanto, as previsões apresentavam vagueza normativa e não havia regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas. Nesse contexto, em 1912, surgiu o *Clayton Act* que, por sua vez, estendeu as preocupações anticompetitivas do *Sherman Act* para os atos de concentração, além de exemplificar e condenar exemplificativas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição e controle de outras companhias.

Data de 1914 a criação da *Federal Trade Commission* (FTC), agência independente que fiscaliza as práticas anticompetitivas e compartilha com o *Department of Justice* (DOJ), Órgão governamental, a responsabilidade por dar efetividade à Legislação Antitruste.

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

2.2 O DIREITO ECONÔMICO CONCORRENCIAL NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS E A CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA EFICIENTE

Nos tempos de colonialismo brasileiro, anterior à transferência da Corte portuguesa para o Brasil, denominado por Paula Forgioni de “fase fiscalista”, a atuação do Estado na economia possuía o intuito declarado de explorar as matérias-primas e as riquezas, sem qualquer intenção de desenvolvimento ou investimento na Colônia. Nessa época, no Brasil, era vedada a comercialização com qualquer outro País que não Portugal, por isso, existia o chamado “monopólio bilateral”. (FORGIONI, 1998, p. 90)



Somente após a transferência da família real ao Brasil, em 1808, é que se iniciou a política de desenvolvimento econômico no País, marcadamente pela abertura dos portos às nações amigas, pela fundação do Banco do Brasil e pela garantia de liberdade de manufatura e indústria – mesmo com a sofrida concorrência com produtos estrangeiros.

As portas ao liberalismo econômico no Brasil foram abertas, segundo Forgioni (1998, p.94-95), por Visconde de Cairu, ainda que “durante todo o período do Império, apenas é possível verificar surtos de industrialização, com destaque para a atuação do Barão de Mauá”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.21)

No Brasil, a Ordem Constitucional Econômica esta indelevelmente tratada nos Textos Constitucionais, desde 1934; quando, em seu art. 115, garantia-se a liberdade econômica sob determinados limites. A Constituição de 1937 destacava os arts. 135 e 141 pugnando pelo primado da iniciativa privada e pela proteção à economia popular. Em 1946, o Texto Magno, em seu art. 148 determinava a repressão ao abuso de poder econômico. Hodiernamente, a Ordem Econômica Brasileira esta disposta entre os arts. 170 a 192 da (CRFB/88) destacando-se o art. 173, § 4º que remete à Lei infraconstitucional a coibição do abuso de poder econômico caracterizado pela dominação de mercados, pela eliminação da concorrência e, finalmente, pelo aumento arbitrário dos lucros. Como primeiros textos infra legais de disciplinamento do mercado interno brasileiro, tem-se notícia, no âmbito penal, do Decreto-Lei 869/1938 e da Lei 1.521/1951 que apontavam crimes contra a economia popular e, no âmbito administrativo; do Decreto-Lei 7.666/1945, que criava a, então, Comissão Administrativa de Defesa Econômica (Cade), posteriormente, substituída segundo a Lei 4.137/1962, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Como Legislação Antitruste Nacional, destacam-se, em seguida, a Lei 8.884/1994 e hodiernamente, a Lei 12.529, de 30/11/2011.

De fato, a Constituição de 1934, do período Republicano, colocou no Texto Constitucional, pela primeira vez, a liberdade econômica - limitada a supremacia dos interesses do Estado sob os individuais - conforme art. 115, que assim previa: “a ordem



econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

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

Com o mesmo fito, adveio o Decreto-Lei n°. 869, de 18 de novembro de 1938, considerado como o primeiro Texto Legal Antitruste brasileiro, e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n°. 7.666, de 22 de junho de 1945, ou Lei Malaia, que “criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (Cade), Órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República, ao qual foi dada a competência de legitimar acordos em restrição da competência” (PROENÇA, 2001, p. 28).

Com apenas três meses de vigência, o Decreto-lei 7.666/45 foi revogado, porém seus ideais perpetuaram-se na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, em seu art. 148, ao dispor que: “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Vê-se, pois, pela primeira vez, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico de forma expressa na Constituição brasileira.

Posteriormente, foi promulgada a Lei n°. 4.137, de 1962 que tipificou, no artigo segundo, as formas de abuso do poder econômico, conforme estabelecido pela Constituição de 1946; além de criar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, “com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e



reprimir os abusos do poder econômico” (art. 8º), e regulamentar o processo administrativo (arts. 26 ao 47) e o processo judicial (arts. 48 ao 71), estabelecendo ainda a fiscalização (arts. 72 ao 81).

Após a instauração da CRFB/88, que previu como Princípio da Ordem Econômica a livre concorrência e estabeleceu a repressão ao abuso do poder econômico, em meio à abertura do mercado nacional e a liberalização da economia pelo Governo Collor, foram promulgados: o Decreto n°. 99.244/90, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), e a Lei n°. 8.158/1991.

O tratamento legislativo antitruste foi aperfeiçoado, em 11 de junho de 1994, com a promulgação da Lei n°. 8.884 que reestruturou a Política de Defesa da Concorrência no Brasil, transformando o CADE em autarquia, com maior autonomia administrativa e financeira, e instituindo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC):

Composto pelo CADE, tribunal administrativo responsável por dar a última palavra, dentro do Poder Executivo, sobre a política de defesa da concorrência, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, responsável, sobretudo, pela instrução dos processos administrativos de condutas, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE, órgão incumbido de instruir os processos de controle de estruturas. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.24)

Por fim, em 30 de novembro de 2011, sob os auspícios ditames da CRFB/88, foi promulgada a Legislação Antitruste Brasileira vigente, Lei n°. 12.529/2011, conhecida por “Lei do Super CADE”, em decorrência do aumento da estrutura administrativa da autarquia. A Ordem Constitucional Econômica Brasileira esta insculpida nos artigos 170 a 192 do Texto Constitucional de 1988 que, a bem da verdade, se, em um primeiro momento, mostrava-se social e intervencionista de Estado, depois de 99³ Emendas Constitucionais, ainda mais, com tantas alterações em matérias de cunho econômico, apresenta-se, hoje, indelevelmente tocada pelos princípios

³ A EC n° 99 é datada de 14/12/2017, sendo a última a alterar o Texto Magno Brasileiro até a data de 08/07/2018.



neoliberais flexibilizadores das relações de produção. Não obstante, nada diferente daquilo que se observou na orquestração econômica mundial, mormente, a partir dos anos oitenta, em que se viu o surgimento das tendências neoliberais estampadas nos governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos da América, de *Helmut Kohl* na Alemanha e de Margaret Thatcher, na Inglaterra. De resto, no Brasil, essas tendências foram verificadas, de imediato, na condução político-econômica dos Governos de José Sarney, Fernando Collor de Melo, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e, atualmente, Michel Temer. Privatizações, minimalização do Estado, contingência fiscal e políticas de contenção inflacionária, além de tantas outras políticas macroeconômicas de caráter recessivo foram tomadas no sentido de limitar os gastos governamentais, ou, se não tanto, aumentar a receita fiscal segundo obstinado acerto do fluxo de caixa estatal. A própria Lei 11.101/2005 foi concebida em vista da flexibilização das “amarras normativas” e das relações de produção, bem ao estilo consequencialista dado ao Direito oriundo das Escolas estadunidenses de *Law and Economics*. É nesse diapasão que o Texto Magno Brasileiro de 1988 surgiu e se adaptou para consagrar a Ordem Constitucional Econômica de 1988; de imediato, privilegiando, em seu artigo 170; a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, segundo observados os princípios da soberania econômica nacional, da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido das pequenas empresas. Da mesma forma, a CRFB/88, *ab initio*, determinou, em seu art. 173, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado seria excepcional, tão somente permitida nos casos de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme lei; sendo, ainda, notório, em especial, o disposto no parágrafo 4º desse mesmo art. que preconizou a repressão, por lei, do abuso do poder econômico capaz de implicar em dominação de mercado relevante, eliminação de concorrência e aumento arbitrário de lucros. De tal sorte, então, sob os auspícios da CRFB/88 e da Lei 8.158/1991 foi a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), no



âmbito do Ministério da Justiça que corroborou com os trabalhos do já existente, CADE; sendo, ainda, de destacar, que através da Lei 8.884/94, se a substituiu pela Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça. Aliás, a norma de 1994 definiu o CADE como autarquia e instituiu o SBDC, composto, também, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda.

Hodiernamente, segundo os ditames esculpido nos arts. 170 a 192 do Texto Constitucional de 1988, entremeados pelos princípios neoliberais flexibilizadores das relações de produção introduzidos por 99 Emendas Constitucionais, surgiu, em 30 de novembro de 2011, a Lei 12.529 para estruturar o SBDC e criar o já, denominado SuperCADE, em ação desde 30 de maio de 2012.

O Direito Econômico Concorrencial Nacional tem como intuito, portanto, a defesa do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, estabelecido no art. 170⁴ da Carta Magna – da qual se extrai que a livre concorrência é um dos princípios da Ordem Econômica que, por sua vez, é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”. Faz-se mister, então, diferenciar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, considerando sua importância:

O termo livre iniciativa é encontrado na CRFB/88 já no seu art. 1, inciso IV, bem como no *caput* do art. 170 e compreende a “faculdade que o indivíduo tem de praticar atividade econômica, não se sujeitando a qualquer restrição estatal, exceto às condições previstas em lei”. (GRAU, 2010, pp. 202-204). Dessa forma, é a livre iniciativa que possibilita o empresário de iniciar seu negócio, de acordo com seus interesses, escolhendo o local do estabelecimento, o conteúdo, a forma de produção, venda e circulação do produto ou serviço que colocará no mercado, desde que atendidas as exigências legais.

⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.



Já a livre concorrência⁵ encontra amparo igualmente na liberdade, não mais de iniciativa, mas de competição. Segundo este princípio, “os agentes econômicos podem adotar práticas comerciais para ampliar sua participação de mercado e aumentar seus lucros, desde que respeitadas condições impostas por lei”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.35)

Nas lições de Eros Grau (2007, p. 204), a liberdade de concorrência estaria dividida em: “(i) faculdade de conquistar clientela, desde que não através de concorrência desleal; (ii) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência; (iii) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”.

Quando comparados os dois princípios, *a priori* pode soar que a livre concorrência tem a função de limitar a livre iniciativa, no entanto, a autora Ana Frazão (2006, p. 304) explica que “a repressão ao abuso de poder econômico mostrou-se necessária não como algo contraposto ao liberalismo econômico, mas sim como uma forma de preservá-lo”. Tem-se, portanto, que a livre concorrência, pelo caráter complementar e instrumental, encontra-se a serviço da livre iniciativa. Quanto à importância da tutela da livre iniciativa, Daniela Cravo (2010, p. 01) justifica que:

A tutela da livre-concorrência visa a garantir a alocação eficiente de recursos na economia, de maneira a incentivar o aumento dos níveis gerais de emprego, da renda da população e do crescimento econômico e impedir a transferência indevida de renda entre fornecedor e consumidor e a exclusão do mercado de consumo de parcela da população. A defesa da concorrência, portanto, ultrapassa o interesse das partes diretamente envolvidas, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos por essa.

O Direito da Concorrência ao adotar como finalidade imediata a defesa das estruturas de mercado competitivas, deve coibir os atos de concentração econômica que possam ensejar prejuízos aos concorrentes e, conseqüentemente, aos

⁵ “A livre concorrência, no sentido técnico-jurídico hoje conhecido, é um fenômeno recente na história da humanidade, porquanto decorre de problemas verificados após a consolidação do Estado liberal e molda-se, sobretudo, no final do século XIX e início do século XX”. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2014, p.15)



consumidores, ou gerar acumulação de poder econômico e abuso do mesmo por parte de uma única empresa.

Nesse sentido, a Lei Antitruste brasileira (Lei n°. 12.529, de 30/11/2011) estabelece, em seu art. 90, o conceito de ato de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Os atos de concentração são, portanto, nas palavras de Paula Forgioni (2010, pp.415-416), “o aumento do poder econômico de agentes do mercado, tanto pela acumulação de poder de controle em um participante daquele – pela aquisição de outros partícipes ou pela união destes em uma nova sociedade empresária –, quanto pela aquisição de ativos de uma empresa por parte de outra”.

Ao abordar sobre os atos de concentração, o autor José Marcelo Martins Proença (2001, p.10) aponta as possíveis vantagens que o processo concentracional pode gerar, quais sejam: “a economicidade na produção e distribuição na economia de escala, inovação e racionalização”, dentre outras. No entanto, quando as concentrações são utilizadas como meio de supressão da concorrência, possibilitando, ao agente econômico, abusiva posição monopolista que gera prejuízos às estruturas de mercado, o Estado deve intervir, a fim de preservar o bem-estar social.

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

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



Determina o §5º do art. 88 da Lei nº 12.529/11 que “serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante [...]”. Do citado dispositivo, dois conceitos devem ser destacados e compreendidos: mercado relevante e posição dominante.

Segundo Paula Forgioni (1998, p. 200), “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. Dessa forma, para que ocorra de fato a prática de domínio de mercado e, eventualmente, o abuso de posição dominante, haverá necessariamente de ser identificado e delimitado o mercado relevante que pode ser caracterizado temporal, geograficamente ou segundo o produto.

A análise comparativa de mercados relevantes *ex ante* e *ex post* é indispensável ao exercício do controle de estruturas, isso porque o resultado designa o poder de determinada empresa ou agente econômico de explorar com grande percentual de exclusividade determinado bem ou serviço. Por conseguinte, o mercado relevante pode ser dividido em três espécies: material, geográfico e temporal.

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

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



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

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

Por outro lado, segundo o §6º do art. 88, da referida Lei 12.529/11, podem, os atos de concentração, serem aprovados caso repassem parte relevante dos benefícios aos consumidores e, cumulativa ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. É o que se conhece por eficiências da concentração econômica, tão caras ao SBDC.

Tem-se, portanto, que “dentre os diversos objetivos a que se propõe a legislação de defesa econômica está o da promoção da eficiência econômica, que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores”. (PROENÇA, 2001, p. 98) Por isso, no regime concorrencial, busca-se a maior produção de bens e serviços de qualidade, a fim de satisfazer a necessidade dos consumidores, a partir de preços suficientes para cobrir os custos e gerar lucros ao produtor. Para se alcançar este ideal, deve-se maximizar os lucros da empresa, realocando de forma eficiente seus recursos – a chamada eficiência alocativa. Diz-se, portanto, que “a defesa da concorrência é meio de garantia do bem-estar coletivo, o que se alcança na medida em que há maior eficiência alocacional” (MENDES, 2015, p.14).

Os economistas utilizam dois principais conceitos para explicar a eficiência: o conceito de Pareto e o de Kaldor-Hicks. A eficiência paretiana é alcançada, segundo Luciano Timm (2012, p.21), quando “não existe nenhuma outra alocação de recursos tal



que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem”. Já o critério de Kaldor-Hicks, ou “melhoria potencial de Pareto”, é utilizado para explicar as “situações nas quais há indivíduos inicialmente prejudicados pela mudança, mas o benefício daqueles que foram favorecidos é tal que seria suficiente para compensar integralmente os prejuízos dos desfavorecidos”. (ACCIARRI, 2014, p.27)

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

A intenção de propiciar o bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) foi, inicialmente, articulada pela Escola de Chicago, entre os anos de 1950 e 1960 - ideia que, hoje, é totalmente reconhecida pela Escola de Harvard e pela Escola Pós-Chicago. Construída com fundamento na economia neoclássica, a Escola de Chicago advoga que, em longo prazo, os mercados tendem a corrigir as próprias imperfeições, bem como que a entrada de novos competidores pode resolver a maioria dos problemas de competição. Sendo assim, na visão da Escola de Chicago, o Direito da Concorrência deve se preocupar em melhorar a eficiência alocativa sem prejudicar o bem-estar do consumidor. (STUCKE, 2012, p. 563)

O juiz Richard Posner, um dos representantes mais expressivos da Escola de Chicago, defende que a busca por eficiência deve ser a meta primeira de toda e



qualquer política antitruste, bem como justifica a política de defesa da concorrência em razão dos malefícios causados⁶.

As críticas feitas à Escola de Chicago são, também, expostas por Fernando A. Oliveira Júnior (2014, p.30) ao afirmar que:

[...] as dificuldades estão em definir o conceito de “bem-estar” e em identificar quais seriam os consumidores ou os grupos de consumidores exatamente que deveriam ser beneficiados. Na promoção de eficiências, os critérios para análise dependem de instrumental e de informações geralmente não disponíveis pelas autoridades. Do mesmo modo, não há um consenso acerca de qual é o tipo de eficiência que deve ser analisada.

Maurice Stucke (2012, p. 624) é contundente ao criticar a visão de Posner, de modo que, para ele, em qualquer democracia, com razoável pluralismo, a política de defesa da concorrência que visa a promover o bem-estar deve “equilibrar múltiplos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos”⁷. Evidente, portanto, que a Ciência Econômica possui caráter instrumental na aplicação do Direito da Concorrência, de forma que não deve prevalecer o critério da eficiência sem que haja uma análise aprofundada do caso a partir de outras perspectivas, sob pena de sacrifício aos ditames da Lei.

2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC): ESTRUTURA INSTITUCIONAL PARA COIBIR PRÁTICAS INFRATIVAS ANTICONCORRENCIAIS E DISCIPLINAR A CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

⁶ No original: “Almost everyone professionally involved in antitrust today whether as litigator, prosecutor, judge, academic, or informed observer not only agrees that the only goal of the antitrust laws should be to promote economic welfare, but also agrees on the essential tenets of economic theory that should be used to determine the consistency of specific business practices with that goal”. (POSNER, 2001)

⁷ No original: “Other than for idealists, competition policy in any democracy with reasonable pluralism cannot be reduced to a single, well-defined goal. Any antitrust policy, which seeks to promote well-being, must balance multiple political, social, moral, and economic objectives”. (Maurice Stucke, 2012, p. 624)



A Lei 12.529/2011 não revogou parcialmente⁸ a antiga Lei 8.884/94, na medida em que lhe poupou dois artigos, a saber, o art. 86 e o art. 87 que, respectivamente alteram o art. 312 do Código de Processo Penal e o art. 39 da Lei 8.078/1990. Trata de documento legislativo que reestrutura o SBDC, seja na análise das estruturas, das condutas ou ainda instigando a advocacia da concorrência segundo ditames do Direito Administrativo Econômico.

Ainda que suscetível de crítica o novo Sistema de combate às práticas infrativas da Ordem Econômica Brasileira caracteriza-se pela economia e racionalidade no uso de meios físicos e de agentes públicos para a implementação do justo processo administrativo que inquestionavelmente assegure aos indiciados, as devidas garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, etc. Concentram-se, pois, no SuperCADE, as funções investigativas das condutas, instrutivas dos atos de concentração e julgadoras. Para tanto, foi necessária uma reforma institucional de forma que o SBDC compõe-se, agora, pelo CADE e pela SEAE, em que o primeiro passou a ser estruturado em um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (TADE), uma Superintendência Geral (SG) e um Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Ainda atuam no Sistema, o Ministério Público Federal e a Procuradoria do CADE (ProCADE). Observa-se que a nova estrutura institucional prevista na Lei 12.429/2011 altera, também, o trato das relações de consumo normatizadas segundo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Com a saída da Secretaria de Direito Econômico (SDE), onde funcionavam o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) e o Departamento de Proteção e Defesa do

⁸ Remanescem dois artigos da Lei 8.884/94, a saber: Art. 86. O art. 312 do Código de Processo Penal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." e "Art. 87. O art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos: "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços."



Consumidor (DPDC), do âmbito do Ministério da Justiça; restou Nesse, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem, organizado assim, como escopo, promover, então, a competição econômica, através da ação de caráter administrativo, educativo, preventivo e repressivo quanto às ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil. No CADE atuam; o Presidente, e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal; competindo-lhe, primordialmente, o julgamento de caráter administrativo das práticas infrativas da Ordem Econômica e dos atos de concentração.

Quanto à SEAE, no Ministério da Fazenda, tem-se as competências técnicas no que concerne à elaboração de relatórios especializados em que são analisadas as circunstâncias econômicas dos atos de concentração e das práticas infrativas e seus reflexos no mercado relevante. Se por um lado, concentrar ações próprias da instrução do processo com atos decisórios no mesmo órgão parece a priori inadequado, o Sistema, assim articulado, torna-se mais ágil e enxuto, além de não dobrar meios; por outro lado, parece não ter sido alcançada, com a nova Lei, a desejável posição, para o CADE, de ser instância última e, portanto, judicial na área de concorrência. Não parece crível e aceitável que as decisões administrativas, tomadas em Órgão colegiado composto por sete notáveis conhecedores dos temas ligados à proteção da concorrência no Brasil, após todos os seus esforços; ainda tenham de ser, essas arrazoadas decisões, submetidas ao crivo de primeiro grau da Justiça Federal. Sabe-se, mesmo, por Lei, que toda a demanda judicial que por ventura encontre guarida no Poder Judiciário do Território Nacional deve ser automaticamente comunicada ao CADE, inclusive, não raras às vezes, sendo postergada em seu *decidendun* até ser conhecido o posicionamento D´aquele Preclaro Órgão. De qualquer forma, assiste à Procuradoria do CADE representá-lo judicial e extrajudicialmente, suscitar medidas judiciais para a busca de documentos, ações cautelares, etc.



A citada Lei 12.529/2011 reestruturou o SBDC e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, com base nos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Dessa forma, pode-se dizer que a função precípua do SBDC é combater, na esfera da Administração Pública, os casos de condutas e de concentração econômica passíveis de ofensa ao princípio da livre concorrência. Para tanto, a Defesa da Concorrência atua em três tipos de controle: preventivo, via controle de estruturas mediante a análise dos atos de concentração; repressivo, no controle de condutas e práticas anticoncorrenciais, estabelecidos no art. 36 da Lei Antitruste; e, por fim, educativo, na orientação do Poder Público e os entes privados sobre a defesa da concorrência.

O 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, de aplicar as penalidades e as sanções administrativas previstas em lei, bem como de impor restrição às concentrações econômicas, ou até mesmo reprovação, caso se verifique a potencialidade lesiva à concorrência.

Já a SG é composta por um superintendente geral e dois superintendentes adjuntos, com a função de investigação e de instrução de processos administrativos de condutas e de instruir e oferecer pareceres em atos de concentração econômica.

Por fim, o DEE tem a função de assessoria à SG e ao TADE na instrução e análise de processos administrativos que tratam de atos de concentração e condutas anticompetitivas; bem como, de estudos que deverão garantir a atualização técnica e científica do CADE.

O objeto de análise do CADE encontra-se descrito nos incisos I a IV do art. 90, da Lei n°. 12.529/11, sendo: as fusões empresariais (inciso I, art. 90); a aquisição, direta ou indireta, de participação em capital social ou de ativos (inciso II, art. 90), a incorporação (inciso III, art. 90); e, finalmente, contratos associativos, consórcios e *joint ventures* (inciso IV, art. 90).



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

Desta forma, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal do CADE (2016) estabelece “análise clássica” de verificação, de cinco etapas, quais sejam: (i) determinação do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração horizontal; (iii) probabilidade de exercício do poder de mercado, ou, análise das condições de entrada e rivalidade; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; (v) ponderação das eficiências produzidas pelas operações.

Os atos de concentração, portanto, podem gerar efeitos negativos e positivos, simultaneamente, cumprindo ao CADE verificar se os efeitos negativos não superam os efeitos positivos gerados, ou seja, se o resultado líquido for não negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo – conforme §6º, do art. 88, da Lei Antitruste.

Assim, na opinião de Roberta Ribeiro Fernandes (2013, p.33), poder-se-ia comparar o efeito líquido não negativo gerado pelo ato de concentração com: “(i) a saída de todos os ativos da firma do mercado; (ii) a aquisição de todos os ativos da firma insolvente por uma firma incumbente ou por um potencial entrante no mercado;



(iii) a reestruturação ou recuperação judicial da firma com a venda de algum dos seus ativos”.

A partir dessa análise, as decisões do CADE, resumidamente, podem ser divididas em três tipos: (i) aprovação sem restrições realizada pela Superintendência-Geral ou pelo Tribunal; (ii) aprovação com restrições impostas pelo Tribunal; e, finalmente, (iii) a reprovação, quando o CADE, por intermédio do seu Tribunal, determina o desfazimento do negócio.

Além das decisões por imposição do CADE, há a possibilidade de realização de soluções negociadas, através dos Acordos em Controle de Concentrações (ACC), estabelecidos no artigo 165 do Regimento Interno do CADE, de junho de 2017.

A Lei 12.529/2011, dispendo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a Ordem Econômica, prega, conforme o artigo 1º, sua orientação pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; sendo considerado infrator, conforme segue, no artigo 31 - as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

No art. 34 da nova Lei, observa-se a manutenção do art. 18 da Lei 8.884/1994 quanto à teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard of legal entity*; do responsável, pessoa jurídica, por infração da ordem econômica para fins de responsabilização dos possíveis sócios em virtude de conduta imprópria como abuso de direito. Da mesma forma, definem-se as práticas infrativas da Ordem Econômica segundo as disposições do seu art. 36 que enumera práticas dentre possíveis outras caracterizadoras de infrações. Considera-se, assim, infração da ordem econômica os atos que, mesmo, sob qualquer forma manifestos e independentemente de culpa, sejam realizados com o intuito de, ou produzindo efetivamente, ou ainda quando não alcançados os seguintes efeitos: 1 limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, 2 dominar mercado relevante de bens ou serviços,



3 aumentar arbitrariamente os lucros e 4 exercer de forma abusiva posição dominante. Ato contínuo, seu parágrafo 1º exclui de punibilidade o chamado monopólio natural em que a conquista de mercado se dá de forma natural fundada na maior eficiência do agente econômico, enquanto, o parágrafo, 2º determina o que seja posição dominante – como sendo a situação em que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. O referido artigo em seu parágrafo 3º, por sua vez, exemplificativamente, enumera as condutas que caracterizam infração da Ordem Econômica, sendo de destacar que o art. 119 impede a aplicação da Lei 12.529/2011 aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nos 93.941 e 93.962, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente.

A Lei Antitruste Brasileira também altera sensivelmente o controle das estruturas determinando a análise prévia dos atos de concentração pelo CADE, em seu artigo 88, que, no entanto, deixando o prazo (no máximo, 330 dias) legalmente estipulado para a referida análise transcorrer *in albis*, leva à aprovação automática da operação. Também, passou a ser possível a apreciação dos atos de concentração pela Superintendência Geral, ainda permitida a avocação pelo Tribunal ou a impugnação de terceiros interessados permitindo a ação revisional administrativa do ato. Destarte, se outrora, primava-se por estruturas atomizadas de mercado, passaram, pois, a serem aceitas as concentrações econômicas que apresentem eficiências conforme descritas na norma que abrange qualquer forma de concentração econômica; seja fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário previstos segundo específicos critérios de faturamento, o que leva a maior segurança jurídica nos negócios em detrimento das antigas disposições da Lei 8.884/1994. A exceção quanto à obrigação de notificar prevista em Lei refere aos contratos associativos, consórcios e joint ventures para participação em certames públicos.



Quanto aos procedimentos administrativos a serem instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica, o art. 48 elenca os seguintes: I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica; V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

Além de novos critérios para a aplicação de multas – 0,1% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva no ano anterior ao início das investigações; outros avanços são identificáveis na processualística da Lei Antitruste Brasileira, como as inovações que ampliam as hipóteses para concessão de leniência previstas nos artigos 86 e 87. É, pois, previsto, no referido ordenamento, a celebração de acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável; com agentes econômicos que forem autores de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e não tenham estado à frente da conduta tida como infrativa. A bem da verdade, entretanto, tal acordo só poderá ser celebrado se, das investigações e da cooperação recebida, resultar a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Por outro lado, não será celebrado o acordo de leniência se a empresa ou pessoa física não for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; se não cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; se a SG dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e se a empresa ou pessoa física não confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e



o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. O acordo de leniência tem, prioritariamente, caráter sigiloso, ressalvado o interesse das investigações e do processo administrativo e não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Verificadas as especificidades dos Direitos Antitruste, estadunidense e brasileiro, em que se permite a concentração econômica de empresas que apresentem eficiências não se condenando o monopólio *per se* é, para que se verifique a possibilidade de aplicação da FFDT no Brasil, torna-se necessário tratar sobre a dita Doutrina conforme se verifica adiante.

3 A FAILING FIRM DEFENSE THEORY (FFDT)

A teoria da *Failing Firm Defense* (FFDT)⁹ é utilizada na solução de conflito de interesses entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a este último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira.

Desde 2005, a partir da vigência da Lei 11.101/05, a manutenção da atividade empresarial alcançou *status* de papel primário, de forma expressa pelo art. 47 da legislação falimentar, em respeito ao princípio da função social da empresa que decorre “por interpretação doutrinária, da função social da propriedade”, este, sim, princípio explícito constante dos artigos 5º, XXIII e 170, III da CRFB/88. (COELHO, 2012, p.27)

A empresa, assim, passa a ser vista como unidade econômica e socialmente útil, sendo importante sua preservação não somente pelos interesses individuais do

⁹ Sinônimos: *failing firm theory* (FFT); “teoria da empresa em crise”; “defesa da empresa em crise”; *failing company theory* (FCT); *failing company defense* (FCD); *rescue merger*, na Europa.



empresário, mas também do fisco, dos fornecedores, dos trabalhadores, dos consumidores, da comunidade que atua e do próprio Estado. Nesse sentido, Rachel Sztajn (2005, p. 221) enfatiza que:

Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador da economia.

Em vista da importância social da empresa, a FFDT possibilita a aprovação de certos atos de concentração, normalmente, reprováveis ou sujeitos às restrições, pelo Órgão de proteção à concorrência, em razão de grave crise econômica empresarial, considerando ser “mais danosa à economia e às estruturas de mercado a provável falência da empresa, com a consequente saída dos ativos do mercado, que a limitação à concorrência gerada pela concentração de poder econômico”. (MENDES, 2015, p.10)

Nesse sentido, adverte Roberta Ribeiro Fernandes (2013, p.30), devem ser sopesados, com base no princípio da razoabilidade, os benefícios para os consumidores com: “(i) a manutenção dos ativos da firma no seu uso atual; (ii) a realocação dos ativos para outro uso ou para uso por outra firma; ou, (iii) a completa inutilização dos ativos para produção, mediante sua saída do mercado relevante”.

Importante ressaltar que o encerramento da firma, com a saída de seus ativos do mercado, resulta na redução do número de *players* atuantes, que, por si só, geraria concentração de poder aos restantes. Paralelamente a isso, a possibilidade da permanência dos ativos da firma neste mercado pode ser ineficiente e de alto custo. Explica; o autor:

Ora, se a concentração econômica pode ser tolerada quando se está diante de uma provável falência da empresa adquirida, por que não seria ela tolerada, por exemplo, nos casos em que a alienação de ativos da companhia em crise se configura como saída para evitar a sua falência? Em ambos os casos, há de se ponderar os objetivos de evitar a concentração de poder em um agente e de preservar a existência dos ativos da companhia em crise, ressaltando-se ainda



que, no caso das sociedades empresárias em processo de recuperação, afiguram-se menores os prejuízos à concorrência, eis que, caso bem-sucedida a reestruturação econômica, haverá a manutenção desta concorrente no mercado. (MENDES, 2015, p. 11)

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

Para além da tentativa de serem saudados os débitos empresariais e reconhecido o legítimo direito dos eventuais credores e, ainda, sopesada a perspectiva da Análise Econômica do Direito; deve ser primada na tomada de decisão, a otimização dos escassos recursos empresariais que estão em disputa para seu ótimo emprego. Trata-se de difícil *tradeoff* entre a decretação de falência e a atribuição de “sobrevivência” à empresa em dificuldades (permitindo-se sua compra ou fusão com outra empresa ou grupo empresarial) para, diminuindo-se os custos sociais e as externalidades negativas advindas do desaparecimento da empresa, intentar-se a otimização no uso dos fatores de produção envolvidos em benefício da sociedade. Não seria esse outro desiderato do que aquele já alhures defendido como próprio ao que se defende como Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES) (2012). Questiona-se, então, quais seriam os pressupostos que justificariam a aplicação da FFDT? É o que se passa a ver.

3.1 PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DA FFDT NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA)

A *Failing Firm Defense Theory* (FFDT) foi, pela primeira vez, reconhecida pela Suprema Corte estadunidense, em 1930, no julgamento do caso *International Shoe Co. v. FTC*. Nesse processo, a *Federal Trade Commission* (FTC) entendeu que a transação



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

- (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras;
- (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração do mercado e uma diminuição do bem-estar econômico²¹; e
- (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.

O requisito de efeitos líquidos não negativos deve ser preenchido. Todavia, como analisa Roberta Fernandes (2013, p. 28), a doutrina é omissa quanto à forma de determinar o menor efeito anticompetitivo e se é requerido preço mínimo para aquisição da firma. Sendo somente certo que o “prospectivo adquirente deve ter proposto pagar valor superior ao da liquidação dos ativos da firma insolvente e deve ter assegurado a manutenção destes ativos operando no mercado”. Além disso, o Guia (2016) estabelece que o ônus da prova da existência desses elementos recai sobre as



requerentes, no entanto, a autora ainda afirma que “o tempo e o custo necessários para encontrar uma firma, que apresente interesse e recursos para adquirir a firma debilitada financeiramente e mantê-la operando, são altos”. De forma que esses ônus probatório pode não ser viável a uma firma em situação de insolvência. (FERNANDES, 2013, p.29). Questão crucial que, ainda, pode ser levantada sobre a aplicação da FFDT refere à competência para tratar do tema. Seria, pois, a FFDT de específica competência da tomada de decisão administrativo-concorrencial do CADE? Ou, seria tal competência do juízo falimentar? É o que se vê a seguir.

4 A COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA FFDT: ADMINISTRATIVO-CONCORRENCIAL OU JUÍZO FALIMENTAR?

A lei 11.101/05 determina, no art. 50, os meios não taxativos de recuperação judicial, dentre eles a: cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações (inciso II). Sendo esses atos passíveis de gerar efeito anticompetitivo, entende-se que quando houver previsão no plano de recuperação judicial, aprovado pela Assembleia Geral de Credores, deverá o ato de concentração ser submetido à apreciação do CADE.

Na opinião de Daniela Cravo (2010, p.06), não há que se falar em antinomia ou incompatibilidade entre a Legislação Falimentar e a Lei Anticoncorrencial, isso porque cada uma regula objeto diverso; além disso, a Lei 11.101/05 “não possui força o bastante para afastar a submissão do ato de concentração ao SBDC”. E continua a autora: “o plano de recuperação judicial que adotar uma operação societária irá observar as regras pertinentes ao direito societário e, toda vez que essa configurar como um fenômeno de concentração de empresas deverá sujeitar-se às normas antitrustes”.

Compreende-se que o juízo falimentar não seria o mais adequado para analisar de forma eficiente o ato de concentração, em face do estrito rito da recuperação judicial



e do “papel” meramente formal do juiz no controle da legalidade do processo recuperacional. Sendo assim, o juiz da Vara de Recuperação Judicial e Falência não teria conhecimento técnico necessário para analisar específicas matérias de Direito Econômico, de forma equânime ao entendimento dos *experts* que atuam no CADE, composto tanto por juristas como por economistas, altamente qualificados. Ademais, a competência definida em lei para análise e aprovação de ato de concentração é do próprio CADE (art. 13, inciso V da Lei nº 12.529/11). Nesse sentido, Felipe Oliveira (2014, p.19) defende que:

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

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

É de se observar, no entanto, que o CADE deve se manifestar quanto aos Atos de Concentração que envolvam fusões ou incorporações de empresas com faturamento bruto anual, no ano anterior ao da operação, igual ou maior de R \$ 750.000.000,00 e R \$ 75.000.000,00.



Do que se expôs, inevitável é constatar, ainda segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social¹⁰ (PEES) que, antes mesmo de uma visão estritamente econômica no sentido de se vislumbrar o possível pagamento dos quinhões de credores de empresas em dificuldades extremas, urge recuperar empresas e manter sua empregabilidade para bem da economia em geral até por que:

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

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

5 CONCLUSÃO

O trabalho que se apresenta tratou de verificar as premissas doutrinárias existentes a respeito da conhecida *Failing Firm Defense Theory* (FFDT) colhidas nas doutrinas, brasileira e estadunidense; para tanto percorrendo-se caminho elucidativo de forma a situar o tema no conhecimento das Ciências Sociais. Destarte, a partir da contextualização necessária da aproximação dos estudos voltados para o pensamento econômico; a embasar o Direito Econômico e, neste ramo do conhecimento jurídico,

¹⁰ GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. *Principle of Social and Economic Efficiency (PSEE) at the Brazilians Law: the normative and judicial decision taking. In Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, (S. I.), v. 35, n. 68, pp. 261-290, Jun. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261/26955>. Acesso em: 24/05/2018. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>



verificada a existência de uma de suas abordagens; qual seja, o Direito Econômico Concorrencial preparou-se o caminho teórico para a análise do Antitruste estadunidense e nacional.

Percebeu-se que a Legislação Antitruste coíbe, em essência, as práticas infrativas de mercado, ainda, disciplinando os atos de concentração econômica. Em especial, demonstrou-se que, no Brasil, a concentração econômica *per se* não é condenável e, sim, o abuso de poder econômico caracterizado pela dominação de mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. Portanto a fusão, a incorporação e a aquisição de empresas pode ser plenamente aceitável até mesmo quando uma delas esta em dificuldades econômico-financeiras como é o caso das empresas submetidas a um juízo falimentar. Torna-se possível, assim, a plausibilidade de aplicação da FFTD, inclusive, no SBDC Brasileiro.

Tratou-se, então, de analisar os pressupostos para aplicação da FFTD nos EUA e no Brasil, especialmente, neste último caso, através do estudo de diminuto numero de casos tratados no CADE. Ainda se entendeu pertinente averiguar a competência para tratar da aplicação da FFTD defendendo-se a competência do CADE que, em última análise deverá se manifestar, pelo menos, naqueles casos que envolvem fusões ou incorporações de empresas com faturamento bruto anual igual ou maior de R \$ 750.000.000,00 e R \$ 75.000.000,00 no ano anterior ao da operação de fusão ou incorporação.

Nesta pesquisa, pode-se concluir que a Teoria estadunidense da FFTD pode render “bons frutos” à economia, em momentos de crise em que as empresas – principais fontes de produção e riqueza de um País – encontram dificuldades de adimplemento, ao permitir que atos com potencial de lesar o princípio da livre-concorrência sejam realizados em virtude da manutenção da empresa, justificada por sua função social.

De acordo com os julgamentos do CADE e o seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal de 2016, no Brasil, ainda que não exista previsão normativa expressa da FFTD, a aplicação da defesa segue o padrão internacional, estabelecendo



como critério a necessidade de comprovar: a saída da empresa e de seus ativos do mercado, caso reprovada a operação, e a busca de alternativas com menor dano à concorrência possível, não restando outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.

No mais, conclui-se que nos casos em que o plano de recuperação judicial prevê meios de recuperação da empresa; segundo o art. 50 da Lei Falimentar, capaz de gerarem efeitos anticoncorrenciais, a competência para aprovação ou não do ato, observados os ditames da Lei 12.529/2011, é do CADE, em vista da maior aptidão técnica do Órgão de julgamento da Autarquia para tratar de matérias específicas de Direito Econômico; do estrito rito da recuperação judicial e do papel meramente formal do juiz no controle da legalidade do processo recuperacional.

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

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em 08. julho.2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL.**Decreto-Lei nº 869, de 18 de Novembro de 1938**. Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=869&tipo_norma=DEL&data=19381118&link=s . Acesso em: 08. julho. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7666.htm . Acesso em 08. julho. 2018.



BRASIL. **Constituição Federal de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 99.244, de 10 de maio de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99244.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de Junho de 1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm . Acesso em 08. julho. 2018.

BRASIL. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.** Publicado em 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/participacao-social-1/contribuicoes-da-sociedade/arquivos/guia-de-ac-horizontal.pdf> Acesso em 08. julho. 2018.

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

CRAVO, Daniela Copetti. **Aplicação da teoria da *failing company defense* nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do Cade ou competência exclusiva do juízo falimentar?** Publicado em 2010. Disponível em http://www.lexeditora.com.br/doutrina_23129121_APLICACAO_DA_TEORIA_DA_FAILI



[NG COMPANY DEFENSE NOS ATOS DE CONCENTRACAO DECORRENTES D A RECUPERACAO JUDICIAL ATRIBUICAO DO CADE OU COMPETENCIA EXCLUSIVA DO JUIZO FALIMENTAR.aspx](#) . Acesso em 08. julho. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. **Supreme Court. International Shoe Co. v. FTC**, 280 U. S. 291 (1930). Julgado em 06.01.1930. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/280/291/> . Acesso em 08. julho. 2018.

CRAVO, Daniela Copetti. U. S. **Supreme Court. Citizen Publishing Co. v. United States** - 394 U.S. 131 (1969). Julgado em 10.03.1969a. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131> . Acesso em 08. julho. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. **Horizontal Mergers Guideline**. Publicado em 1997. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf> . Acesso em 08. julho. 2018.

CRAVO, Daniela Copetti. **Horizontal Mergers Guideline**. Publicado em 2010. Disponível em: <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf> . Acesso em 08. julho. 2018.

FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense**: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2013/3o-lugar-tema-1> Acesso em 08. julho. 2018.

FINA, Thomas D.; MEHTA, Vishal. **The Failing Firm Defense: Alive and Well**. *The Antitrust Source*. Agosto 2011.

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

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

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

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



[7055.2013v35n68p261/26955](http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261/26955).

Doi:

<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>.

Acesso em 08. julho. 2018.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. In **Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA**. Curitiba, PR: Unicuritiba. Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012. Pp 77-122. ISSN **0103-3506**. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>>. Acesso em [24/05/2018](http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261/26955). Acesso em 08. julho. 2018.

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

MENDES, Davi Guimarães. **A Crise como Oportunidade de Negócios**: análise da concentração de mercado na aquisição de ativos de empresas em recuperação judicial à luz da teoria da *failing firm defense*. Publicado em 2015. Disponível em: http://www.levysalomao.com.br/files/noticia/anexo/20151130120108_12o-concurso---2o-lugar-davi-guimaraes-mendes.pdf . Acesso em 08. julho. 2018.

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

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência**: a aplicação da teoria da *Failing Firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424> . Acesso em 08. julho. 2018.

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

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

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **A Failing Company Defense e o Direito Antitruste**: o soerguimento de empresas insolventes por meio de ato de concentração econômica. João Pessoa: CONPEDI, 2014, p. 302-328. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=2babf18a3e44fc9f> . Acesso em 08. julho. 2018.

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



STUCKE, Maurice E. **Reconsidering Antitrust's Goals**. Publicado em 2012. Disponível em: http://bclawreview.org/files/2012/03/04_stucke1.pdf . Acesso em 08. julho. 2018.

SZTAJN, Rachel. **Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, Malheiros, n. 138, Ano XLIV, pp. 53 a 70, abr.-jun. 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

