



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Amanda Karolini Burg

**A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade
de acordo com a Teoria Estruturante do Direito**

Florianópolis
2019

Amanda Karolini Burg

A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a Teoria Estruturante do Direito

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pela autora, por meio do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Burg, Amanda Karolini

A aplicabilidade da Failing Firm Theory no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a Teoria Estruturante do Direito/Amanda Karolini Burg; orientador, Everton das Neves Gonçalves, 2019. 168 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Ato de concentração. 3. Failing firm theory. 4. Teoria estruturante do direito. I. Gonçalves, Everton das Neves. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Amanda Karolini Burg

A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a Teoria Estruturante do Direito

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Everton das Neves Gonçalves, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina – Orientador

Prof. Francisco Quintanilha Veras Neto, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina - Membro

Prof^a. Patrícia de Oliveira Areas, Dr^a.
Universidade da Região de Joinville - Membro

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Dr. José Isaac Pilati

Diretor do Centro de Ciências Jurídicas respondendo cumulativamente como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Orientador

Florianópolis, 5 de dezembro de 2019.

Aos meus pais, Armando e Isabel, com amor.

AGRADECIMENTOS

Meu maior agradecimento pertence a Deus, que com sua Graça me deu a sabedoria e a força necessárias para percorrer o caminho que escolhi.

Agradeço aos meus pais, Isabel e Armando, que com amor e paciência me incentivaram a buscar meus sonhos e a minha realização enquanto pessoa. Eu os amo mais do que tudo!

Agradeço, ainda, ao meu amado que, há algum tempo, com sua infinita paciência, vem me ensinando a viver de modo mais leve, mais feliz; sem, contudo, deixar de levar a vida a sério. Muito obrigada pela compreensão e afeto.

Agradeço aos amigos e amigas que encontrei durante as aulas no PPGD, os quais tornaram minhas idas e vindas entre Joinville e Florianópolis mais divertidas. Assim como àqueles de minha terra natal, amigos e amigas do dia-a-dia e do trabalho, que me sempre me acompanharam, mesmo em face dos percalços de quem se entrega à uma dupla jornada.

Meu profundo agradecimento às professoras Joana Stelzer e Jeanine Nicolazzi Philippi que, enquanto mulheres e professoras comprometidas com a atividade docente, me inspiram.

Agradeço, por fim, ao querido professor e orientador, Dr. Everton das Neves Gonçalves, que acolheu a mim e a minha ideia de pesquisa e, ao longo de dois anos, tem me guiado nesse desafio que é produzir um trabalho acadêmico contributivo e de qualidade.

Muito obrigada!

Por fim: em que consiste especificamente a função da racionalidade pretendida e afirmada de uma metódica jurídica no âmbito do Estado de Direito? Ela consiste, por um lado, no fato dela dar à sociedade econômica e comercial burguesa a calculabilidade, transparência e regularidade efetivamente necessárias: eis a instrumentalidade da metódica jurídica. E ela consiste, por outro lado, no fato de produzir um efeito legitimador, à medida em que a transparência dos processos decisórios ou ao menos das razões da decisão devem tornar a decisão acessível à crítica e ao controle, criando com isso os pressupostos reais para a pretensão do Estado constitucional liberal, para basear tanto o *status quo* quanto a sua transformação na anuência, na solução de compromisso e na opinião aceita da maioria: eis os limites da sua instrumentalidade. (MÜLLER, 1995)

RESUMO

No presente trabalho, busca-se questionar a aplicabilidade da *failing firm theory* no controle dos atos de concentração exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tendo como base a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Parte-se da hipótese de que a *failing firm* é admitida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, desde que sua aplicação não viole os princípios constitucionais da livre concorrência e defesa do consumidor, bem como sejam respeitados os parâmetros da Nova Lei Antitruste. Tem-se entre os objetivos específicos da pesquisa apresentar os conceitos essenciais da Teoria Estruturante do Direito, conceituar a *failing firm theory* a partir da experiência estrangeira e, finalmente, especificar os requisitos para utilização da teoria no Brasil pelo Cade. Trata-se de pesquisa realizada por meio do método dedutivo, de procedimento comparativo e técnica de pesquisa de documentação indireta via pesquisa bibliográfica. Conclui-se que a *failing firm theory* é compatível com o Ordenamento Jurídico brasileiro, podendo ser utilizada pelo Cade, porém não se revestindo de caráter absoluto, ou seja, é essencial a demonstração de que as benesses decorrentes da concentração são maiores do que eventuais prejuízos concorrenciais, tendo em vista a necessidade de proteção da concorrência em conjunto com ideais como o pleno emprego, a proteção do consumidor, a função social da propriedade (e da empresa), bem como a livre iniciativa.

Palavras-chave: Ato de concentração 1. *Failing firm theory* 2. Teoria estruturante do direito 3.

ABSTRACT

This paper aims to verify the applicability of failing firm theory in the merger control exercised by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense, based on the Structuring Theory of Law by Friedrich Müller. It's assumed that failing firm is admitted by the Brazilian Legal System, provided that its application doesn't violate the constitutional principles of free competition and consumer protection, as well as the parameters of the New Antitrust Law. The specific objectives of this research are to present the essential concepts of the Structuring Theory of Law, to conceptualize failing firm theory from foreign experience and, finally, to specify the requirements for the application of the theory by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense. This is a research conducted through the deductive method, comparative procedure and indirect documentation search technique via bibliographic research. It's concluded that failing firm theory is compatible with the Brazilian Legal System, and can be used by the Brazilian Administrative Council for Economic Defense, but this defense can't be considered absolute, in other words, it's essential to demonstrate that the benefits arising from the merger are greater than possible competition losses, to ensure the competition protection cumulatively with ideals such as full employment, consumer protection, the social function of property (and company social function) as well as free enterprise.

Keywords: Merger 1. Failing firm theory 2. Structuring Theory of Law 3.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Características básicas do positivismo jurídico	24
Quadro 2 – Estrutura da norma jurídica sob o enfoque da TED	35
Quadro 3- Etapas não-normativas do processo de concretização	47
Quadro 4 - Etapas normativas do processo de concretização.....	48
Quadro 5 - Classificação funcional dos elementos de concretização	49
Quadro 6 – Tipos de conflitos entre elementos individuais de concretização	58
Quadro 7 – Pressupostos Gerais de Aplicação da FFT pelas autoridades/agências antitruste nos EUA, UE e Chile.....	73
Quadro 8 – Casos em que houve menção acerca da FFT perante o Cade.....	84
Quadro 9 – Sintetização dos dados do quadro 8.....	94
Quadro 10 – Fases da concentração	109
Quadro 11 – Espécies de ato de concentração previstas no art. 90, da Lei n.º 12.529/2011..	111
Quadro 12 – Características dos regimes de concorrência (do maior grau ao menor).....	113
Quadro 13 – Estrutura atual do SBDC	118
Quadro 14 – Resumo do trâmite do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica ordinário	125
Quadro 15 – Atos de concentração proibidos e exceções à proibição.....	129

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABR. Abril

AC(S) Ato(s) de Concentração

ACC Acordo em Controle de Concentração

ACO Ato de Concentração Ordinário

ACS Ato de Concentração Sumário

AGO. Agosto

AMPL. Ampliada

APAC Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração

ATR *Avions de Transport Régional*

ATUAL. Atualizada

CADE Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC Código Civil

CE Comissão Europeia

CITEPE Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco

COFAP Companhia Fabricadora de Peças

CPFL Companhia Paulista Ferro-Ligas

CRFB/1988 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DEE Departamento de Estudos Econômicos

DEZ. Dezembro

DOJ *Department of Justice*

ED. Edição

EUA Estados Unidos da América

FDT *Failing Division Theory*

FEV. Fevereiro

FFT *Failing Firm Theory*

FNE *Fiscalia Nacional Economica*

FTC *Federal Trade Commission*

GLP Gás Liquefeito de Petróleo

GNV Gás Natural Veicular

JAN. Janeiro

JBJ JBJ Agropecuária Ltda.

JUL. Julho

JUN. Junho

LREF Lei de Recuperação de Empresas e de Falência

M&A'S *Mergers and Acquisitions*

MAR. Março

MPF Ministério Público Federal

N./N.º Número

NF Nadir Figueiredo Indústria e Comércio S.A.

NOV. Novembro

NPK Nitrogênio, Fósforo e Potássio

OCDE Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

O-I Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio Ltda.

OUT. Outubro

P. Página(s)

PEES Princípio da Eficiência Econômico-Social

PROCADE Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade

PSUAPE Companhia Petroquímica de Pernambuco

PTA *Purified Terephthalic Acid*

REV. Revisada

SBDC Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE Secretaria de Direito Econômico

SEAE Secretaria de Acompanhamento Econômico

SEFEL Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria

SEPRAC Secretaria de Promoção e Produtividade e da Advocacia da Concorrência

SET. Setembro

SG Superintendência-Geral

TADE Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

TED Teoria Estruturante do Direito

UE União Europeia

ULL União De Lojas Leader S.A.

V. Volume

V.G. *Verbi Gratia*

VUPSA Vale-Usiminas Participações S.A.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER .	21
2.1	A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO UMA TEORIA PÓS-POSITIVISTA E SUA RELAÇÃO COM O POSITIVISMO KELSENIANO	21
2.2	PONDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE NORMA JURÍDICA, METÓDICA E CIÊNCIA JURÍDICA	28
2.3	TEORIA DA NORMA: TEXTO DE NORMA, NORMA JURÍDICA, ESTRUTURA DA NORMA E NORMATIVIDADE	31
2.4	METÓDICA JURÍDICA ESTRUTURANTE: CONCRETIZAÇÃO E INTERPRETAÇÃO	40
2.5	ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA	49
3	DA <i>FAILING FIRM THEORY</i>.....	60
3.1	DA HISTÓRIA E DA APLICAÇÃO DA <i>FAILING FIRM THEORY</i> EM OUTRAS JURISDIÇÕES (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, UNIÃO EUROPEIA E CHILE)	60
3.2	DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS GERAIS PARA APLICAÇÃO DA <i>FAILING FIRM</i> NO CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	72
3.3	DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE <i>DECLINING MARKET</i> , <i>FAILING DIVISION</i> , <i>FLAILING FIRM</i> E <i>FAILING FIRM</i>	79
3.4	DA EFETIVA APLICAÇÃO DA <i>FAILING FIRM THEORY</i> NO BRASIL.....	83
4	DA APLICABILIDADE DA <i>FAILING FIRM THEORY</i> NO CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL	99
4.1	DA ORDEM ECONÔMICA E DOS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS (DIRETA OU INDIRETAMENTE) À ATIVIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO SOB A ÉGIDE DA CRFB/1988	99
4.2	DO CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO	107
4.3	DA NECESSIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO.....	111
4.4	DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 12.529/2011	116
4.5	DOS REFLEXOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA (LEI N.º 11.101/2005) SOBRE O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EXERCIDO PELO CADE	130

4.6	DO ATO DE CONCENTRAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	136
4.7	DA CONFORMAÇÃO DA <i>FAILING FIRM THEORY</i> COM OS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PÁTRIOS, EM ESPECIAL A NOVA LEI ANTITRUSTE, A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	141
5	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho questiona a aplicabilidade da *failing firm theory* (FFT) no controle estrutural da concorrência, especialmente no que diz respeito à aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) de atos de concentração (ACs) envolvendo empresas em crise, sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito (TED).

Parte-se do seguinte questionamento: A *failing firm theory* tem aplicabilidade no processo de análise de atos de concentração efetuado pelo Cade no Brasil, sob a perspectiva da Teoria Estruturante do Direito? A partir da problemática apresentada, institui-se a hipótese de que, sob a perspectiva da Teoria Estruturante de Direito (de Friedrich Müller), a aplicação da *failing firm theory* no controle dos atos de concentração é admitida pelo Ordenamento Jurídico Pátrio desde que não viole, principalmente, a livre concorrência e a defesa do consumidor, bem como respeite os parâmetros estabelecidos na Lei n.º 12.529/2011 para a aprovação de atos de concentração.

Tem-se como variável independente a necessidade de observância dos ditames da livre concorrência e da defesa do consumidor, bem como de respeito aos parâmetros para a aprovação de atos de concentração estabelecidos na Lei n.º 12.529/2011. Por outro lado, a variável dependente consiste na própria aplicabilidade da *failing firm theory* pelo Cade no controle dos atos de concentração.

A escolha do tema central (*failing firm theory*) e da teoria de base (Teoria Estruturante do Direito) se justifica a partir do atual cenário constitucional e econômico brasileiro, marcado por crises, tanto sob a perspectiva econômico-financeira, quanto da inefetividade das normas constitucionais (e, também, infraconstitucionais).

A *failing firm theory*, que pode ser traduzida (entre outras traduções) como teoria da empresa insolvente¹, consiste na possibilidade de aprovação de atos de concentração tendo como justificativa a iminente saída do mercado da pessoa jurídica, em razão de sua falência, seja fática ou jurídica. A aprovação do ato de concentração se justificaria no fato de que, a princípio, o negócio jurídico não teria o condão de reduzir a concorrência, já que sem a concentração a empresa em processo de falência sairia do mercado, deixando de se apresentar como concorrente de fato.

¹ No presente trabalho, com vistas à padronização, a nomenclatura utilizada será *failing firm theory* e sua respectiva sigla (FFT), admitindo-se também a simplificação do termo para *failing firm*.

As discussões acerca da *failing firm theory* surgem num contexto de crise econômica, em que é comum que as empresas encontrem dificuldades financeiras capazes de ensejar o encerramento das suas atividades econômicas. As soluções possíveis a fim de evitar a imediata falência podem ser a intervenção Estatal por meio do investimento de grandes quantias ou a aquisição da empresa por um concorrente. Dada à situação econômica nacional, o momento não poderia ser mais oportuno para verificação da compatibilidade do instituto com o Ordenamento Jurídico Pátrio.

É interessante notar que num cenário de crise nacional, utilizando-se da teoria da empresa em crise, é possível vislumbrar a aprovação de inúmeros atos de concentração, que inicialmente, não gerariam riscos à concorrência. Porém, os problemas podem surgir com o tempo, visto que a crise tende a ser superada, mas as concentrações permanecem. Sob este ponto de vista, questiona-se a aplicabilidade da referida teoria à luz da Teoria Estruturante do Direito.

Por outro lado, a adoção da Teoria Estruturante do Direito como ponto de partida para análise da aplicabilidade do instituto da *failing firm* no cenário concorrencial brasileiro encontra justificativa na história latino-americana, marcada por dificuldades de efetividade, decorrentes de uma tradição constitucional meramente simbólica. Assim, a TED serve como apoio à Democracia e ao Estado de Direito, na medida em que defende a validade da Lei Maior, em detrimento da noção de Constituição Nominal, bem como busca garantir a retomada da normatividade constitucional, levando em consideração dois fatores principais: (i) a não identidade entre norma e texto; e (ii) a concepção de norma jurídica como a comunhão entre realidade e direito.

O presente estudo partirá da premissa fundamental de que na teoria pós-positivista de Friedrich Muller, toda atividade jurídica se apresenta como atividade política, sempre sendo guiada por textos normativos. Com base nessa proposição, analisar-se-á a possibilidade da utilização da *failing firm theory* como justificativa para aprovação de atos de concentração no Brasil, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)², tendo em vista a ausência de previsão expressa acerca da FFT no ordenamento jurídico pátrio.

Salienta-se que o presente trabalho tende a contribuir com a expansão da pesquisa no ramo do Direito Concorrencial na Universidade Federal de Santa Catarina, permitindo que esta seja uma das primeiras a questionar a aplicabilidade do instituto da *failing firm* no Brasil,

² A sentença “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988” poderá ser simplificada, ao longo do trabalho, como “Constituição Federal” e “CRFB/88”.

tendo como marco teórico a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, autor que já foi objeto de estudo em pesquisas realizadas no Programa de Pós-Graduação em Direito da referida Universidade.

Como objetivo geral pretende-se verificar se, e em que medida, a *failing firm theory* pode ser utilizada como justificativa para a aprovação de atos de concentração no Brasil, tendo como fundamento a Teoria Estruturante do Direito. Ainda, como objetivos específicos, elenca-se: (i) apresentar conceitos essenciais da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller como teoria de base; (ii) conceituar a *failing firm theory*, a partir das experiências dos Estados Unidos da América (EUA), da União Europeia (UE) e do Chile; e (iii) especificar quais os requisitos para aplicação da *failing firm theory* no Brasil, a partir da Teoria Estruturante do Direito.

Os propósitos a serem alcançados com a presente pesquisa dão ensejo à divisão deste trabalho em três capítulos independentes, quais sejam: (i) 1º Capítulo, denominado “Da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller”; (ii) 2º Capítulo, intitulado “Da *Failing Firm Theory*”; e (iii) 3º Capítulo, denominado “Da Aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no Controle de Atos de Concentração no Brasil”.

Inicialmente, será abordada a teoria de base que justificará a aplicação da FFT no direito brasileiro, qual seja, a Teoria Estruturante de Friedrich Müller. Primordialmente, será analisada a classificação da TED como uma teoria pós-positivista diferenciada, na medida em que parte da ideia de aproveitamento e desenvolvimento dos avanços do positivismo kelseniano, em especial, a valorização do Texto da Norma, negando uma derrogação completa do positivismo. Todavia, como será demonstrado, embora não vise a superação integral do positivismo jurídico, a Teoria Estruturante diverge deste ao superar seu ideal mais elementar, qual seja, a separação entre Ser e Dever-ser, Norma e Realidade; bem como fundamentar-se inteiramente na distinção entre Texto de Norma e Norma Jurídica (concebidos pelo positivismo como “sinônimos”). Ainda, será apresentada a intrínseca relação entre Norma Jurídica, Metodica e Ciência Jurídica, as quais, sob a égide da Teoria Estruturante do Direito, estão diretamente vinculadas, já que tanto a Ciência Jurídica quanto a Metodica são concebidas a partir do conceito de Norma Jurídica reformulado por Müller. No mais, serão abordados os conceitos de Texto Normativo, Norma Jurídica e Normatividade (que não se confundem), com destaque aos elementos que compõem a Norma Jurídica: o Âmbito Normativo e o Programa da Norma. Nesse tópico, a diferenciação entre positividade

(referente ao Texto da Norma) e normatividade (referente à Norma Jurídica) será destrinchada. Finalmente, serão analisados os pressupostos e características da Metodica Estruturante do Direito, com destaque ao processo de concretização, bem como os elementos desse processo e os métodos para solução de conflitos entre eles.

Apresentadas as bases da TED, o estudo da *failing firm theory*, nas jurisdições norte-americana, chilena e da União Europeia, bem como no Brasil, será posto em foco. Primeiramente, será abordada a evolução histórica e conceitual da FFT nas jurisdições alienígenas, restando caracterizada a origem eminentemente jurisprudencial da defesa, cujas raízes remontam aos casos julgados pela Suprema Corte norte-americana. Ainda, nesse tópico, será possível verificar a evolução da teoria, que encontrou fases de aplicação e não aplicação, ensejando, inclusive alterações de seus requisitos. Apresentado um panorama da *failing firm* naqueles países, proceder-se-á à descrição dos requisitos essenciais para aplicação da teoria, os quais, embora parcialmente compartilhados entre os países estudados, encontram peculiaridades em cada jurisdição. Nesse sentido, verificar-se-á que a submissão à legislação falimentar é requisito inerente apenas ao *Merger Guidelines* norte-americano. Por outro lado, a União Europeia exige a demonstração de que a possível deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não seria causada pela concentração, quando da aplicação da *failing firm theory*. Ainda, serão levantadas importantes distinções entre a FFT e outras defesas ou conceitos correlatos, tais como *declining market* (mercado pelo declínio na aquisição de produtos e serviços, que enseja uma situação de crise permanente que torna o risco de saída do mercado alto para todos os seus agentes), *failing division defense* (situação em que uma divisão da empresa- um setor, uma planta, uma filial - se encontra em crise e não a empresa em si) e *failing firm* (hipótese na qual a situação financeira débil da empresa poderá impedi-la de competir no futuro). Por fim, verificar-se-á o estado da arte da FFT no Brasil. Nesse último tópico, será possível perceber que, embora a jurisprudência do Cade não seja marcada por uma alta taxa de aceitação da teoria, a autarquia incorporou a *failing firm theory* ao controle de atos de concentração por meio da inserção sob o nome de teoria da empresa insolvente em seu Guia de Concentração Horizontal, em meados de 2016, com requisitos bastante semelhantes àqueles exigidos pelas jurisdições estrangeiras abordadas. No que concerne à visão doutrinária, tem-se uma ampla aceitação da FFT, ainda que marcada pela inexistência de unanimidade quanto aos requisitos a serem observados, bem como críticas inerentes à flexibilização do controle estrutural.

Ao final, serão abordados os textos normativos relevantes quando se trata de concentrações econômicas, em especial, aqueles constantes na Constituição Federal, na Lei n.º 12.529/2011 (LEI 12.529/2011), na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF) e no Código Civil Brasileiro (CC). A fim de evitar equívocos conceituais, serão expostos os possíveis conceitos de concentração econômica (ou ato de concentração), concluindo-se pela perspectiva de que a concentração econômica envolve a unificação de centros decisórios. Ainda, as razões que justificam as concentrações econômicas serão discutidas, percebendo-se que, embora muitas vezes tenham razões anticoncorrenciais, é possível que os atos de concentração sejam realizados com um viés de aumento da eficiência. Em relação à Constituição Federal, será dado destaque aos artigos 1º, incisos I a V, 3º, incisos I a IV, 170, incisos I a IX e parágrafo único, e 173, §4º, da CRFB/1988, com foco nas questões atinentes à livre concorrência e à livre iniciativa, bem como nas hipóteses de repressão ao abuso do poder econômico. Quanto à Nova Lei Antitruste, serão abordados os requisitos essenciais para a submissão dos atos de concentração perante o Cade – os quais envolvem critérios de faturamento cumulados com a espécie de operação realizada -, os procedimentos passíveis de instauração perante a autarquia e, os critérios considerados para fins de aprovação integral, parcial ou reprovação dos atos de concentração. No que tange à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, serão apresentados de forma supérflua as características básicas dos institutos da recuperação de empresas e da falência, assim como a utilização de concentrações econômicas como instrumento para alcance dos objetivos da lei. Ainda, em relação ao Código Civil, serão estudados os artigos que versam sobre atos de concentração, os quais não apresentam grandes reflexos sobre o controle destes perante o Cade.

A partir de todo o exposto, concluir-se-á que a *failing firm theory* é, a princípio, compatível com o Ordenamento Jurídico brasileiro, podendo ser utilizada pelo Cade, nos moldes declinados em seu guia (com pequenas observações). Todavia, será demonstrado que a defesa em comento não se reveste de caráter absoluto, de tal modo que, é essencial a demonstração de que as benesses decorrentes da operação analisada serão maiores do que os possíveis prejuízos concorrenciais, tendo em vista a necessidade de proteção da concorrência em conjunto com os ideais constitucionais do pleno emprego, da proteção do consumidor, da função social da propriedade (e da empresa), da livre iniciativa etc.

Finalmente, em relação à metodologia aplicada à presente pesquisa, o método de abordagem será o dedutivo, que se dá por meio de argumentos condicionais. Parte-se da

seguinte “afirmação do antecedente”: “Se for compatível aos ditames da livre concorrência e da defesa do consumidor, bem como aos parâmetros para a aprovação de atos de concentração estabelecidos na Lei n.º 12.529/2011, a *failing firm theory* é aplicável no Brasil. A *failing firm theory* é compatível com os referidos textos normativos. Logo, a *failing firm theory* é aplicável no Brasil”. Opta-se pelo método de procedimento comparativo e pela técnica de pesquisa de documentação indireta via pesquisa bibliográfica.

2 DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER

O presente trabalho tem como escopo verificar a aplicabilidade da *failing firm theory* no controle estrutural realizado pelo Cade, tendo como teoria de base a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Assim, a fim de propiciar a leitura dos Textos Constitucionais e infraconstitucionais pátrios, no derradeiro Capítulo, à luz da TED, é essencial conhecer as características principais dessa teoria, enquanto metódica utilizada para concretização daqueles textos de norma. Portanto, no presente Capítulo serão discutidos os temas centrais da teoria de base, tais como sua relação com o positivismo (enquanto teoria que se autodenomina pós-positivista), sua concepção estruturada de norma, bem como a noção de concretização (em substituição à ideia de mera aplicação do direito).

2.1 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO UMA TEORIA PÓS-POSITIVISTA E SUA RELAÇÃO COM O POSITIVISMO KELSENIANO

A Teoria Estruturante do Direito se autodenomina como uma teoria pós-positivista. Todavia, sob a perspectiva dessa corrente, o termo “pós” não é empregado com o sentido daquilo que vem após e derroga o anterior, mas sim numa perspectiva construtiva. Assim, a TED não visa superar os enunciados da teoria positivista de Kelsen, ignorando sua contribuição à Ciência Jurídica, mas sim, “desenvolver” as ideias até então existentes, com vistas ao aperfeiçoamento das noções de Direito (superação como desenvolvimento).³

Nessa toada, Olivier Jouanjan (2007 *apud* GOMES, 2009, p. 14) argumenta que “[...] ali onde Kelsen pensava dever parar, ali começa o trabalho”. No mesmo sentido, Fonseca (2006, p. 94) aduz que “[...] vislumbra-se o além do positivismo a partir do próprio positivismo”. Ainda, João Fábio Silva da Fontoura (2009, p. 12-13) ensina que:

³ Nas palavras de Müller (2005, p. 160-161), “A Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Ciência Jurídica de orientação sociológica, a Tópica, a Hermenêutica, a Teoria Integracionista e outros antipositivistas esforçaram-se debalde em “superar” o positivismo. Parece mais correto não regredir nesse esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido por ele e elaborar o assim retomado de forma generalizável na Dogmática, Metódica e Teoria. Os objetivos do positivismo de cientificizar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade em questões de método. A “superação” do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo”.

Não há sentido em se fazer uma proposta que pura e simplesmente se oponha ao positivismo jurídico, ou seja, uma proposta anti-positivista. A tarefa de uma metódica pós-positivista é muito mais a de se comprometer com discussões que ficaram em algum ponto negligenciadas.

Vê-se, portanto, que a TED se apresenta como uma teoria pós-positivista e não antipositivista, cuja responsabilidade engloba o dever de explicar em que medida o positivismo deve ser revisto, indicando, por outro lado, os pressupostos que devem ser mantidos no desenvolvimento da Metódica Jurídica.⁴

Destaca-se que, ao analisar a bibliografia científica à disposição, Müller (2005, p. 21) critica o fato de que esta, ciente da insuficiência do positivismo legalista na práxis diária, não elaborou ainda uma concepção superadora do positivismo, transcendendo-o, contudo, sem a fundamentação necessária.

Assim, enquanto teoria pós-positivista, a Teoria Estruturante do Direito foi construída a partir da crítica à Teoria Pura de Hans Kelsen, em especial, à pureza metodológica, à teoria da norma e à teoria da interpretação kelsenianas. É onde o trabalho de Kelsen terminou, que Müller desenvolveu sua teoria: a partir da teoria da interpretação do Direito (SANTOS, 2006, p. 19). Desse modo, tem-se que, “[...] apesar de refutar alguns dos pressupostos do positivismo, isto não acarreta o abandono das conquistas e exigências do próprio positivismo” (GOMES, 2009, p. 95). Desse modo, é preciso apresentar noções acerca do positivismo e da Teoria Pura do Direito, a fim de refutá-las, construtivamente, para se chegar às balizas da TED.

Indicar as características do positivismo jurídico é trabalho árduo, na medida em que o termo é marcado por uma profunda polissemia. Apesar disso, partindo do ponto de vista de que o positivismo se baseia na possibilidade da construção de uma ciência do direito, elencam-se quatro características inerentes ao modelo em comento, quais sejam: (i) a não confusão entre Direito e Ciência do Direito; (ii) o objetivo de limitar a Ciência do Direito ao conhecimento de seu objeto; (iii) a coincidência do objeto da Ciência do Direito com a noção de Direito Positivo; e (iv) a construção da Ciência do Direito conforme o modelo das Ciências

⁴ “Em suma, o trabalho não segue a linha anti-positivista, mas pós-positivista. Concebido, porém, como simples superação do positivismo – como superação teoricamente atestada, mas praticamente inoperante – o pós-positivismo não deixaria a ciência jurídica em situação melhor do que aquela em que ela se encontrava. Visto como “oposição excludente”, tampouco ofereceria o pós-positivismo contribuição relevante, quanto mais se apagasse algum dos pólos da racionalidade específica do tratamento do direito em termos de metódica. Uma proposta pós-positivista consequentemente deveria, isso sim, apontar em que, como e por que o positivismo jurídico deveria ser revisto, indicando a parte dos pressupostos deste último que permanece ainda fecunda à metódica jurídica” (FONTOURA, 2009, p. 18).

Naturais (TROPER, 2001, p. 8 *apud* SANTOS, 2006, p. 21-22). Tais características se relacionam diretamente com a noção de “pureza” da Teoria Pura. Disserta Kelsen (2009, p. 1), em relação às peculiaridades da Teoria Pura:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura a responder a essa questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

Nessa linha, Fontoura (2009, p. 45) defende que a essência do positivismo jurídico está na crença de que “[...] o direito precede à realidade normatizada e deverá com esta ser cotejado na qualidade de uma grandeza justaposta, uma instância normativa já pronta e acabada, tal e qual a norma que é, simplesmente, *aplicada*”. Trata-se, de forma simplificada, da redução do direito à noção de subsunção das normas jurídicas, de completude do ordenamento jurídico e da distinção entre ser e dever ser. Sob essa perspectiva, se propõe a definição de “positivismo jurídico” a partir de três postulados: (i) apenas o Direito Positivo é considerado Direito, de tal maneira que inexistente Direito sem atuação humana; (ii) estrita separação entre “ser” e “dever ser”, sendo desconsiderados quaisquer elementos estranhos (elementos da realidade) na interpretação com direito, ressalvada a adoção de tais critérios pela própria legislação; e (iii) a interpretação e aplicação da norma deve ocorrer por meio da subsunção, a partir de um sistema jurídico completo e coerente (FONTOURA, 2009, p. 67-68). Acerca das características do positivismo jurídico o Quadro 01 abaixo:

Quadro 1 – Características básicas do positivismo jurídico

Característica	Consequência
A. Direito Positivo	No plano de validade, a ideia de Direito se restringe ao Direito Positivo, ou seja, no conjunto de “normas” criadas por uma autoridade competente.
B. Separação entre “ser” e “dever ser”	A interpretação do Direito deve se dar sem a influência de elementos morais e políticos, de tal como que os elementos da realidade só terão espaço quando expressamente acolhidos pela norma.
C. Subsunção	Na medida em que apenas o Direito Positivo é Direito, bem como a aplicação não deve levar em consideração elementos estranhos ao Direito, na aplicação da lei, a solução do caso deve ser deduzida a partir de um processo lógico de subsunção (v.g., silogismo).

Fonte: Fontoura (2009).

Para os positivistas, “[...] o ordenamento jurídico é um sistema fechado e completo, pois prevê todas as possibilidades de conduta a se realizarem no mundo real, de maneira que só vale o que está escrito e determinado na letra das leis” (COSTA, 2005, p. 15). Sob este ângulo, o ordenamento jurídico se constitui como autossuficiente. Müller (1995, p. 24-25) ensina que para o positivismo, “[...] as normas jurídicas não podem apresentar nenhum nexo objetual [sachlicher Zusammenhang] com dados históricos, sociais [soziale], políticos e, genericamente, sociais no sentido amplo do termo [gesellschaftliche Gegebenheiten]”.⁵ Trata-se, em suma, de uma supervalorização do texto em detrimento dos fatos sociais. Todavia, salienta-se que o positivismo não nega a existência de tais dados, mas sim seu interesse no que concerne à Ciência Jurídica.

Enquanto positivista, Kelsen acreditava na possibilidade de análise do Direito de maneira isolada, sem levar em consideração questões atinentes à moral e à política (Realidade/Ser). O Direito se apresenta, então, como “[...] um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 2009, p. 5). Já a norma é algo que dever ser, isto porque prescreve/permite/proíbe determinada conduta. Segundo Kelsen (2009, p. 33), “Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem”.

O modelo construído por Kelsen pode ser sintetizado a partir de dadas proposições, quais sejam: (i) autonomia metodológica da Ciência do Direito (Pureza), que decorre da separação fulcral entre “ser” e “dever ser”; (ii) norma jurídica considerada como mero

⁵ Em sua obra, Müller (2008, p. 24) destaca que “Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever ser”.

comando, de direito positivo, que prescreve, permite ou proíbe determinada conduta, como “dever ser”, sem relação direta com a realidade; (iii) despreocupação com o conteúdo da norma⁶; (iv) interpretação da norma como processo lógico-subsumtivo, na qual a norma individual é deduzida de uma norma geral abstrata; (v) limitação da decisão à moldura da norma, de tal modo que a interpretação apresenta elementos cognitivos, mas também volitivos; (vi) distinção entre “norma jurídica” (que se apresenta como comando imperativo, válido ou inválido) e “proposição jurídica” (que tem caráter descritivo, sendo verídica ou inverídica); e (vii) noção de hierarquia das normas jurídicas.

Nesse cenário, ao se ver de frente à Teoria Pura do Direito, Müller passa a questionar, de forma crítica, os pressupostos básicos dessa teoria, em especial os resultados decorrentes da interpretação e aplicação do Direito na forma proposta por Kelsen. De acordo com Santos (2006, p. 32):

As ideias de Müller acerca da norma jurídica têm, de certo modo, uma origem crítica. É, com efeito, especialmente a partir de um questionamento dos postulados da teoria pura do direito que parte o autor [...]. O alvo maior da teoria estruturante do direito é, sem dúvidas, o positivismo, sobretudo na vertente kelseniana. A crítica desferida por Müller contra o positivismo situa-se em uma análise decomposta em três âmbitos: o epistemológico (contra a concepção de ciência que é pelo neopositivismo kelseniano defendida), o que se refere à teoria da norma e, por fim, o que concerne à teoria da interpretação.

Primeiramente, a crítica de Müller à Teoria Pura se encontra voltada à exclusão da realidade no que concerne à análise da norma pela Ciência do Direito, à divisão entre “ser” e “dever ser”, à aplicação do direito por mero processo silogístico-dedutivista. Na perspectiva do autor em comento, a questão do papel que a realidade exerce no direito não pode ser resolvida com a exclusão daquela, sob pena de se ignorar que a norma não é apenas uma “vontade vazia”, mas também é composta pela realidade circundante, que se apresenta como um dos elementos centrais da composição da própria norma (SANTOS, 2006, p. 34).

Gomes (2006, p. 48), ao analisar a crítica de Müller à teoria kelseniana, afirma que “A rigorosa separação entre ser e dever-ser impede que Kelsen proponha a racionalização de teores materiais normativos. A norma aparece como puro dever-ser, “desconectado” da realidade”. Desse modo, a “pureza” da Ciência do Direito não se aplicaria, então, à práxis do Direito, carente de critérios racionalizantes em Kelsen.

⁶ Não há, em Kelsen, uma preocupação quanto ao conteúdo da norma. Qualquer interpretação lógica, compatível com o Direito, “dentro” da moldura, é admitida.

Para além da crítica à ausência de critérios para controle da decisão volitiva (impossibilidade de racionalização dos teores materiais normativos), Kelsen deixa também de indicar quais métodos seriam capazes de delimitar a “moldura normativa” (GOMES, 2006, p. 49). Assim sendo, inexistente qualquer indicação dos critérios para limitação daquilo que se encontra dentro ou fora da moldura. Ou seja, embora Kelsen defenda que a interpretação é ato cognitivo, limitado pela moldura da norma, deixa de explicitar os métodos para delimitação dessa moldura, o que o torna essa determinação volitiva, quiçá decisionista⁷. Nesse cenário, “O pós-positivismo mülleriano pleiteia que os textos de norma sejam levados a efeito com maior rigor e a maior racionalidade possível, mesmo que se saiba que a racionalidade *total* jamais será alcançada” (FONTOURA, 2009, p. 87-88).

Critica-se, ainda, a denominação da Teoria Pura como “normativismo”, já que, sob a perspectiva da TED, a normatividade decorreria diretamente do processo de concretização da norma, o qual, por sua vez, dialoga diretamente com a realidade, que é ordenada pela norma, mas também constitutiva desta (SANTOS, 2006, p. 35). Nas palavras de Fontoura (2009, p. 72), “[...] o positivismo, ao perguntar pela positividade (descolada da realidade), acaba por perder a dimensão estruturante do direito, de onde brota sua *normatividade*”, gerando uma confusão entre texto e norma, a partir da distinção entre norma e realidade.⁸

Müller apresenta as limitações da Teoria Pura e, a partir de sua teoria pós-positivista, defende que a noção de norma jurídica dissociada da realidade é insuficiente perante o Estado Constitucional. Na TED, “A norma sofre influência da realidade (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, posteriormente, exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta)” (GOMES, 2009, p. 48). De acordo com Antonio-Enrique Pérez Luño (1995, p. 344, tradução própria), “Müller opõe a essa versão do positivismo⁹, uma teoria da norma aberta à realidade social [...]”.

Ao reconhecer a influência que a realidade tem sobre a norma, e vice-versa, Müller pretende garantir um melhor nível de racionalidade ao trabalho dos juristas. Os aspectos da realidade são, então, incorporados ao processo de criação da norma jurídica, sendo passíveis de controle. Ao admitir a inserção de dados da realidade no processo de concretização da norma, estes dados são passíveis de discutibilidade, revisibilidade e regularidade, logo, há maior racionalidade no processo. Nesse cenário:

⁷ Decisionista enquanto não embasada em limites expressos.

⁸ Müller (2008, p. 16) sustenta que, “Com sua insistência na mera positividade do direito, subtraída à realidade efetiva da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou a perda da normatividade jurídica”.

⁹ O autor se refere ao positivismo, enquanto teoria que identifica a norma com sua mera expressão linguística.

A concepção pós-positivista, calcada na Teoria Estruturante do Direito, deverá reconhecer os nexos materiais que unem direito e realidade, ao mesmo tempo em que deverá fornecer uma reflexão sobre a práxis que possa torná-los fundamentáveis e discutíveis (FONTOURA, 2009, p. 72).

Admitindo a relação entre Direito e Política, Müller (2014, p. 47-48) sustenta que a *Metódica Jurídica* (componente do Teoria Estruturante do Direito, analisada adiante) “[...] é o *meio* para instâncias formais e informais de controle garantirem a ligação prática de poder estatal com o direito vigente no caminho de um controle da racionalidade e regularidade dos modos jurídicos de trabalho [...]”. Nessa toada, a *Metódica* não busca obter a única decisão “correta”, mas permitir a crítica às decisões tomadas. Eis o requisito da racionalidade e controle.

Acerca da intrínseca relação entre Direito e realidade, ensina Gomes (2009, p. 50):

A originalidade da teoria da norma de Müller reside na estrutura normativa por ele proposta. Para Müller, não é apenas a injunção de dever-ser que contribui para a decisão do caso, mas também, no que toca a uma série de tipos de normas, igualmente, a estrutura substancial do âmbito de regulação, da parcela da realidade social relacionada com a norma. Enquanto a Teoria Pura do Direito assenta-se no dualismo incomunicável entre norma e realidade empírica, ser e dever-ser, a Teoria Estruturante do Direito congrega estes dois elementos *dentro* da teoria da norma. Reside, pois, no entrecruzamento ordenado entre norma e realidade, uma diferença substancial entre a teoria de Müller e a teoria de Kelsen.

É possível verificar que, sob a óptica da TED, o maior erro do positivismo jurídico (kelseniano) resulta na separação entre a norma jurídica (o Direito) e os fatos (a Realidade). *In verbis*, discorre Müller (2008, p. 16), que “A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade”.¹⁰

Todavia, Müller não propõe a eliminação de todo e qualquer resquício positivista da Ciência do Direito e da práxis dos juristas, admitindo uma espécie de “politização total do direito”. Muito pelo contrário: enquanto teoria pós-positivista, a TED reconhece a influência da política (da realidade) sobre o Direito, mas não admite sua instrumentalização. Conforme disserta Gomes (2009, p. 94), “[...] no pós-positivismo de Müller, a atividade jurídica é uma

¹⁰ Ainda sobre o assunto, em obra diversa, Müller (2005, p. 128-129) aduz que, “Do ponto de vista da Linguagem Jurídica o mito consiste na suposição de que para cada caso jurídico a solução uma, i. é, correta, já está disponível nas leis, que são textos. Em oposição a esse mito a Teoria Estruturante do Direito desenvolveu desde meados dos anos 60 uma concepção nova, pós-positivista da teoria do direito: a norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Estes, por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primeiramente produzida, i. é, ‘trazida para fora’, em cada processo individual de decisão jurídica”.

atividade política guiada por textos de normas”, ou seja, conquanto que a TED refute muitos dos pressupostos da teoria kelseniana, acaba por manter também suas conquistas e exigências, como por exemplo, a indicação de textos de norma como ponto de partida do processo de concretização, isto porque, “A positividade do texto continua um imperativo do Estado de Direito, devendo ser respeitado como limite material da atividade jurídica não legiferante – e nisso o positivismo está correto em insistir [...]” (FONTOURA, 2009, p. 73).

Em suma, a TED se diferencia da Teoria Pura, na medida em que: (i) sua concepção de norma se dá de forma estruturada, levando em consideração não apenas o texto de norma, mas a realidade circundante; e (ii) no plano da realização prática do Direito, a TED se pauta na ideia de *concretização*, superando a noção positivista de interpretação e aplicação do direito. Tais questões serão abordadas adiante, com a devida atenção.

2.2 PONDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE NORMA JURÍDICA, METÓDICA E CIÊNCIA JURÍDICA

A Teoria Estruturante do Direito se apresenta como uma teoria complexa, na medida em que engloba não só a teoria do direito (teoria da norma), mas também a metodologia, a dogmática e a teoria da constituição¹¹.

Os âmbitos materiais de trabalho citados encontram-se relacionados uns com os outros: (i) a dogmática, enquanto um referencial conceitual de trabalho do jurista; (ii) a teoria da norma, reformulada sobre uma perspectiva estruturada; (iii) a metódica como uma teoria dos métodos de concretização normativa; e (iv) a teoria constitucional, repensada a partir dos demais âmbitos materiais - dogmática, teoria da norma e metódica (SANTOS, 2006, p. 17). Dentre os âmbitos materiais indicados, a Metódica e a Teoria da Norma se apresentam como o “coração da TED”, razão pela qual serão abordadas de forma mais profunda posteriormente.

Na perspectiva proposta por Müller, a norma, a prática do direito e a epistemologia estão interligadas. Na medida em que a TED se funda na ideia de que a norma jurídica não pode se pautar na divisão de “ser” e “dever ser”, bem como na reformulação da Ciência

¹¹ Nas palavras de Carvalho Netto (2002, p. 170), “Essa doutrina é um conceito complexo pois envolve as dimensões da dogmática, da metodologia, da teoria da norma jurídica e da teoria da Constituição, relacionando-as e articulando-as entre si. Essas quatro perspectivas de trabalho designam igualmente os terrenos materiais de operação da teoria estruturante do Direito. O processo metodológico estruturante nasce da constatação da inadequação das representações tradicionais, inclusive da norma jurídica, como em Hans Kelsen, por exemplo, em face das exigências práticas que os princípios do Estado Democrático de Direito impõem ao trabalho com as normas”.

Jurídica a partir de seu conceito de norma, “São as transformações no conceito de norma que definem as transformações da ciência jurídica” (GOMES, 2009, p. 53). Igualmente, a estruturação da Metodica Jurídica em Müller decorre da reformulação da Teoria da Norma Jurídica. Sobre a intrínseca relação entre o conceito de Norma e a Metodica, ensina Fontoura (2009, p. 90-91):

A metodica jurídica é uma “teoria da práxis”, e com isso congrega a teoria, a dogmática e a metodologia do direito. O pós-positivismo assentado nesta metodica descende de uma fundamental revisão ocorrida no plano da teoria do direito (da teoria da norma jurídica), que levou em conta dois fatores fundamentais, a saber: (i) a não identidade entre norma e texto de norma; e (ii) a norma jurídica como composição de ser e dever ser (de direito e realidade). Da compreensão destes dois fatores, decorre a noção de normatividade como um processo estruturado.

Já Santos (2006, p. 39) relaciona Ciência Jurídica, Metodica e Teoria da Norma, em Müller¹²:

Essa metodica jurídica, ao mesmo tempo em que analisa como atuam em seu labor cotidiano os “operadores do direito”, assume a tarefa de, no plano específico da concretização constitucional, conciliar “norma” e “realidade”, vale dizer, compete-lhe a verificação das condicionantes factuais que atuam sobre o processo de realização do direito. Eis o lugar da metodica jurídica dentro da epistemologia de Müller: ela é o instrumento de operacionalização da práxis. Em verdade, é na soma da teoria estruturada da norma com a metodica que a trabalha, que a ciência jurídica, como ciência decisória, ganha concretude.

Nesse cenário, a Metodica Jurídica, a Norma Jurídica e a Ciência do Direito se relacionam de forma indissociável, já que a própria definição de norma é condicionante da “metodologia” aplicada e da concepção de Ciência do Direito em Müller (GOMES, 2009, p. 52).

No que tange à Ciência Jurídica, Müller propõe que se abandone o questionamento “que tipo de ciência é a ciência jurídica”, em prol da seguinte questão-problema: “o que ocorre efetivamente, quando se pode afirmar de um determinado ordenamento jurídico que ele

¹² Ainda, sobre a relação entre metodologia, ciência do direito e norma, ensina Gomes (2009, p. 53) que “Ao sustentar o encadeamento entre compreensão da norma, questões práticas do direito e epistemologia, a teoria estruturante sugere uma espécie de efeito dominó; a compreensão da norma jurídica produz consequências para a metodica do direito e para a ciência do direito. Na perspectiva crítica de Müller, a caracterização da ciência do direito como uma “ciência normativa referida à realidade” (definição que, nominalmente, parte do pressuposto de separação entre ser e dever-ser, norma e realidade), conduz a uma equivocada concepção de norma jurídica, que origina, por sua vez, os problemas metodológicos constatados diuturnamente na práxis constitucional”.

funciona?”. Aqui o foco é transferido para a estrutura da norma e para a normatividade na aplicação do direito (GOMES, 2009, p. 53).

Sendo assim, sob o enfoque da Teoria Estruturante do Direito, a Ciência Jurídica deve se preocupar mais com o a estrutura da norma e sua normatividade, do que com uma conceituação dessa ciência com referência às ciências naturais. Nesse cenário, não se pretende definir o que é a Ciência Jurídica, mas sim como o Direito funciona no Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2006, p. 37-38). Segundo Conte (2008, p. 5954):

A Teoria Estruturante do Direito encontra-se inserida num contexto pós-positivista e se propõe a tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Social e Democrático de Direito. Referida teoria, apresenta uma nova perspectiva de aplicação do direito, em contraposição ao modelo positivista de atividade jurídica como subsunção de fatos a uma norma pré-estabelecida e pronta para ser aplicada, resumindo, dessa forma, o trabalho do operador do direito ao enquadramento do caso concreto ao texto legal. [...] A teoria estruturante do direito apresenta uma nova concepção de norma jurídica, de ordem composta (de ser e dever-ser, de campo normativo e campo factual, de dados linguísticos e dados reais) e prática, para a concretização do direito. Sob este ponto de vista, a TED possui lineamentos de uma teoria concretista, que tenta conciliar, na aplicação do direito, norma e realidade, partindo de um novo paradigma do centro teórico e operacional do direito, vale dizer, da teoria e do conceito de norma [...].”

Para Müller (1995, p. 23-26), a Ciência Jurídica é aquela que trabalha normas e sequências de normatividade e se apresenta como ciência decisória (e não normativa). Outrossim, a sua cientificidade advém diretamente da existência de uma metódica científica, que, por sua vez, encontra fundamento na práxis metódica (modo de trabalho cotidiano dos operadores do Direito). Sobre o conceito de “Ciência da Decisão”, disserta Müller (2014, p. 109):

De acordo com a concepção aqui desenvolvida, “*ciência da decisão*” não quer dizer a coisificação e mitificação de uma “*Dezision*” pontual-soberana, informada de modo existencialista; mas, pelo contrário, quer dizer a análise científica de processos fáticos complexos de decisão. Enquanto o saber jurídico positivista se dá por satisfeito delimitando competências e fixando padrões normativos para a superação das margens de decisão, encontradas nas próprias normas, é propósito de uma *análise dos processos científico-decisórios da busca do direito* determinar empiricamente os fatores singulares (co)determinantes do resultado, ponderá-lo e comparar criticamente esse “estado fático” da metódica jurídica com o “estado de dever-ser” próprio do Estado de Direito; comparar, além disso, a convergência ou divergência de busca e apresentação metódicas de decisão, portanto, do *elaborar* efetivo e do *fundamentar* da resolução de casos, esta secundária e voltada para fora;

isto é, do estabelecimento de uma norma de decisão invocando determinadas normas jurídicas vigentes.¹³

Ao reconhecer o caráter de decisão (e valoração) do Direito, Müller não abre mão da cientificidade. Muito pelo contrário, ao rechaçar a racionalidade integral da Ciência Jurídica, o autor busca garantir a máxima racionalidade possível, por meio da controlabilidade das decisões decorrente da aplicação dos elementos da Metodica¹⁴.

É nesse cenário que, ao propor a “reformulação” da Ciência e da “Metodologia Jurídica”, a partir da reestruturação do conceito de Norma Jurídica, Müller critica Carl Schmitt, que buscou resolver a questão da metódica jurídica de forma política, ao propor a norma como resultado da decisão (e não o inverso); Kelsen, que separou norma da realidade afastando, assim, os problemas materiais da concretização do direito; bem como a Tópica de Theodor Viehweg¹⁵, por manter a divisão entre ser e dever ser e não distinguir “norma” de “texto de norma” (GOMES, 2009, p. 55-57). Mais uma vez, resta destacada a origem crítica da TED.

2.3 TEORIA DA NORMA: TEXTO DE NORMA, NORMA JURÍDICA, ESTRUTURA DA NORMA E NORMATIVIDADE

Como dito anteriormente, a TED se apresenta como uma teoria complexa que engloba, entre outros, a Metodica Estruturante e a Teoria da Norma, as quais são seus principais componentes¹⁶. Trata-se de uma concepção de novo tipo, pois, nas palavras de

¹³ Müller (2014, p. 37) se refere ao termo *Dezision* quando “[...] a norma de decisão não pode ser reconduzida à norma jurídica reclamada conforme as regras universalmente reconhecidas e praticadas da metódica jurídica”. A *Dezision* pode ocorrer por meio de distorção jurídica, quando o caso é juridicamente regulado, mas a decisão formulada afirma inexistir regulação legal ou se baseia numa regulamentação que se desvia do conteúdo original. Ou, ainda, por suposição jurídica, quando a questão não é regulamentada, mas a decisão alega existir regulamentação, fundamentando a decisão do modo politicamente desejado.

¹⁴ Sobre a racionalidade na concretização do Direito, ensina Müller (2008, p. 93) que “A ciência jurídica deve examinar seus pressupostos, racionalizá-los tão amplamente quanto possível e expô-los sem lançar um véu sobre o método”.

¹⁵ É importante salientar que, embora muitos autores brasileiros incluam a TED na corrente Tópica (tópica-concretista), Müller refuta essa influência de forma expressa (*vide* GOMES, 2009, p. 57).

¹⁶ De acordo com Müller (2003, p. 320), “A norma jurídica não é apenas o conceito central, mas também o dispositivo prático central do trabalho jurídico. Por isso é coerente que a <<Teoria Estruturante do Direito>> represente hoje em dia uma concepção jurídica global que ultrapassa em muito a teoria jurídica propriamente dita, contendo detalhamentos específicos na dogmática, igualmente na metodologia e, não em último lugar, também na teoria constitucional. Correspondentemente fala-se há muito tempo de Dogmática, Teoria Constitucional e Metodica <<Estruturantes>>, sendo que a <<Teoria Estruturante do Direito>> designa então ao mesmo tempo o projeto abrangente”.

Müller (2003, p. 319), “Ela parte – pela primeira vez – de um conceito pós-positivista da norma jurídica”.

Na perspectiva da Teoria Estruturante do Direito, a separação entre “ser” e “dever ser” não encontra mais guarida, conseqüentemente, Norma e Realidade não se apresentam como conceitos diametralmente opostos. Assim, o conceito de Norma não pode ser confundido com aquele de Texto de Norma. Ensinam Forgioni e Grau (1998, p. 4):

Ora, sendo a *interpretação*, concomitantemente *aplicação* do direito, deve ser entendida como *produção prática do direito*, precisamente como a toma FRIEDRICH MÜLLER, para quem inexistente tensão entre *direito e realidade*; não existe um terreno composto de elementos *normativos*, de um lado, e de elementos *reais* ou em *empíricos*, do outro. Por isso a articulação *ser e dever-ser* [a relação *norma-fato*] é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por conseqüência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

A Norma Jurídica é concebida como algo além do código legal, não se confundindo com o mero texto normativo, mas sendo produzida no caso concreto, por meio de decisões jurídicas. Nesse tópico, serão abordados os conceitos de Norma Jurídica, Texto de Norma, Normatividade e Estrutura da Norma.

Primeiramente, é preciso analisar a concepção estruturante de Texto Normativo (*Normtext*), que se apresenta como linguagem válida e prescritiva (não normativa), sendo apenas um dos elementos componentes da norma (ANDRADE, 2008). Segundo Müller (2003, p. 323), o Texto Normativo é “[...] uma forma prévia, o ponto de partida (*input*) da norma jurídica do trabalho prático de concretização por via do programa e do âmbito de norma”. Enquanto “ponto de partida” do processo de concretização, o texto normativo mantém uma relação semântica com a norma jurídica, que deve manter algum nível de coerência com o elemento textual. Assim, o texto normativo pode ser definido como a pré-forma jurídica da norma, sua potencialidade, bem como o limite de alternativas aceitáveis para concretização da norma jurídica (MANCEBO, 2011)¹⁷.

¹⁷ No mesmo diapasão, Costa (2005, p. 17) aduz que “Os enunciados normativos constituem tanto o ponto de partida do labor interpretativo, quanto o ponto que o juiz obrigatoriamente deve tomar como referência. O texto normativo é, pois, o marco inicial e o limítrofe imposto à interpretação judicial”. Ainda, Maluf Jr. (2013, p. 24) ensina sobre os Textos de Norma que “Aqui, deve-se ressaltar, os textos de normas não são a norma jurídica em si, nem constituem a moldura para solução do caso, nos termos do positivismo kelseniano. Deve-se entendê-los como uma aproximação da estrutura da norma, que somente estará completamente revelada quando forem obtidos o programa da norma e o âmbito da norma, a serem vistos posteriormente, os quais, até por força do próprio método, não podem se apresentar incompatíveis com o primeiro elemento jurídico da concreção”.

Nas palavras de Müller (1996, p. 168 *apud* FERREIRA; MAGALHÃES, 2019, p. 3751):

O texto de norma é um enunciado linguístico, um texto nos elementos de linguagem como todos os outros textos de natureza não-normativos. Sua qualidade de texto considerado na ótica da prescrição jurídica obrigatória não resulta de certas particularidades de sua forma linguística, mas de particularidades do contexto linguístico.

Igualmente, pode-se dizer que os textos normativos equivalem ao “[...] teor literal de normas jurídicas positivas” (MÜLLER, 1995, p. 18), que juntamente com os demais recursos interpretativos auxiliares compõem o “Programa da Norma” (adiante conceituado).

O Texto da Norma apresenta, nesse contexto, duas funções: (i) serve para impulsionar o ato jurídico, na medida em que se apresenta como ponto de partida do processo de concretização; e (ii) serve para cercear o ato jurídico, enquanto limitador das inúmeras alternativas jurídicas politicamente/filosoficamente/metodologicamente aceitáveis, mas não juridicamente admissíveis (FONTOURA, 2009, p. 97)¹⁸. Ensina Müller (2005, p. 9) que “O texto da norma é tratado cronologicamente como *primeira instância* entre alternativas de solução considerandas, e materialmente como *limite* de alternativas admissíveis de solução”.

Assim, tem-se que “O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido [...]” (MÜLLER, 2005, p. 64), ou seja, demarca os sentidos defensáveis e constitucionalmente admissíveis a serem atribuídos ao texto, não se admitindo decisões que contradigam o teor literal da Constituição Federal (ou da legislação infraconstitucional) no processo de concretização, de formulação da Norma Jurídica. Sob esta perspectiva, o teor literal ganha um caráter clarificador e estabilizador, sendo imprescindível no Estado de Direito (MÜLLER, 1989, p. 124). Não é à toa que Andrade (2008) sustenta que “Na obra de F. Müller, na concreção normativa, do texto normativo até a norma-decisão, essa última deve guardar uma referibilidade com o ponto de partida, o texto normativo”.

É interessante salientar, que sob a perspectiva da TED, os textos normativos apresentam caráter meramente prescritivos, passíveis de aferição de validade, sendo carentes, entretanto, de normatividade. Isto ocorre, pois, no enfoque proposto por Friedrich Müller, a normatividade surge a partir do caso concreto, no processo de concretização da norma

¹⁸ Nesse diapasão, apenas os dados da realidade compatíveis com o programa da norma (consistente no texto normativo “interpretado”) poderão ser utilizados no processo de concretização. Salienta-se que os termos “programa da norma” e “concretização” serão esclarecidos futuramente.

(ANDRADE, 2008)¹⁹. Müller (2005, p. 41) é direto ao afirmar que “O texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreta”. Todavia, a questão da normatividade será abordada de forma mais aprofundada adiante.

Ainda, não se pode ignorar que, embora não se trate de sinônimos, o Texto Normativo e a Norma Jurídica não podem ser considerados como entidades autônomas, que existem de forma independente. Texto e Norma encontram-se interligados, pois na TED, embora a Norma não esteja contida no Texto, é sempre produzida a partir dele²⁰. Sobre essa relação de interdependência, disserta Streck (2006, p. 61):

Assim, concordo com Friedrich Müller quando diz que a norma é sempre o produto da interpretação de um texto e que a norma não está contida no texto. *Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou “independência”) entre ambos (texto e norma)*. Com efeito – e permito-me insistir nesse ponto -, do mesmo como não há equivalência entre texto e norma (e entre vigência e validade), estes não subsistem separados um do outro, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Apresentado o conceito de Texto de Norma, parte-se agora ao estudo da Norma Jurídica em si (e sua estrutura), que, como devidamente explicitado, não se confunde com o simples texto. Em razão da superação da separação entre “ser” e “dever ser”, Direito e Realidade, tem-se que a Norma Jurídica, sob a perspectiva estruturante, não é pré-existente, muito menos passível de simples aplicação. Muito pelo contrário, “Ela é produzida apenas no processo de concretização” (MÜLLER, 2008, p. 80).

Sob a égide da Teoria da Norma proposta por Friedrich Müller, a Norma Jurídica não preexiste nos códigos ou nas leis. A Norma Jurídica não se confunde com o Texto Normativo, que consiste numa forma preliminar da Norma. Segundo Gomes (2009, p. 53), “[...] a “constituição” é simplesmente um *dado de linguagem*. Um elemento do trabalho do processo de concretização. A “norma constitucional” só surge no processo de concretização”.

¹⁹ Sobre a falta de normatividade do texto normativo e sua não identidade com o conceito de norma, disserta Zuluaga (2009, p. 89, tradução própria): “A disposição jurídica não é normativa em sentido estrito, senão quando regular, afetar um caso real e específico, e é normativa no momento de sua aplicação nas mãos do juiz que atua como intérprete, no prévio processo hermenêutico de concreção jurídica. Quer dizer, a disposição jurídica, embora criada ou estabelecida pelo constituinte ou pelo legislador, não vem a afetar, a regular a realidade, senão quando um representante do Estado, como de fato é o juiz, lhe outorga dinamismo e a torna realizável, tornando-se normativa. Uma coisa é a disposição jurídica contida no texto da norma, outra coisa é a “norma jurídica” propriamente dita”.

²⁰ Segundo Santos (2006, p. 21), considera-se o Direito a partir da composição entre “norma” (texto) e realidade, juntos num único processo de construção normativa (direito como fenômeno ontologicamente dual).

Por transcender o enunciado de linguagem que se encontra no papel, a Norma Jurídica não se esgota na ideia de “interpretação” do texto legal, mas decorre do processo de concretização, referindo-se ao caso, com base nos dados fornecidos pelo Programa da Norma, Âmbito da Norma e conjunto de fatos (MÜLLER, 2005, p. 26). Conforme disserta Santos (2006, p. 54), “[...] a norma jurídica apresenta-se como ordem materialmente determinada, como o resultado metodologicamente orientado de um processo de construção que envolve texto e contexto, *programa normativo e âmbito normativo*”.²¹ Trata-se, portanto, de uma teoria impura, sob o viés kelseniano.

Em relação à sua estrutura, a Norma Jurídica é composta por dados linguísticos e dados reais, pelo Programa da Norma e pelo Âmbito da Norma (MÜLLER, 2005, p. 129), conforme destacado no Quadro 2. “Através da ação reciprocamente complementar entre estes dois elementos, em um processo *estruturado*, transforma-se a ‘norma jurídica em norma de decisão’, e o caso jurídico por decidir-se em ‘caso jurídico decidido’” (FONTOURA, 2009, p. 99). O Programa da Norma consiste no teor literal do texto normativo, juntamente com recursos interpretativos auxiliares; já o Âmbito da Norma se refere à estrutura básica do segmento social que o Programa da Norma instituiu para si (MÜLLER, 1995, p. 43).

Quadro 2 – Estrutura da norma jurídica sob o enfoque da TED

Estrutura da Norma Jurídica	A. Programa da Norma – Texto normativo interpretado a partir dos recursos metódicos disponíveis.
	B. Âmbito da Norma – Recorte da realidade social delimitado pelo Programa da Norma.

Fonte: Müller (1995).

Como dito anteriormente, a Norma Jurídica é produzida à luz do caso concreto. Dessa maneira, o processo de concretização parte da elaboração do Programa da Norma, desenvolvido a partir de dados linguísticos. A partir de um caso concreto, real ou fictício, o operador do Direito escolhe e interpreta os Textos de Norma válidos e aplicáveis ao caso, resultando no Programa da Norma (que constitui, conjuntamente com o Âmbito Normativo, a estrutura da Norma Jurídica). Nas palavras de Gomes (2009, p. 75), “[...] o programa de norma será formado pelo texto da norma, interpretado com todos os recursos metódicos disponíveis”. Sobre a formulação do Programa da Norma, ensina Müller (1995, p. 43):

²¹ No mesmo sentido, Magalhães (2010, p. 172) sustenta que “Para Müller, portanto, a norma “não existe, não é aplicável”, somente vindo a efetivamente se materializar com o processo de concretização, intermediado pela metódica, cujas limitações são explicitamente reconhecidas pelo jurista alemão, que a caracteriza como sendo relativa, mas de suma importância e utilidade para o controle deste procedimento”.

O *programa da norma* é identificado através de todas as determinantes da aplicação das leis [*Rechtsfindung*], reconhecidas como legítimas, enquanto tratamento do texto da norma desde as já mencionadas interpretações gramatical, genética, histórica e sistemática, até as figuras interpretativas específicas das grandes áreas do Direito Penal, do Direito Civil, da História do Direito e do Direito Comparado.

O Programa da Norma, portanto, nada mais é do que um “filtro” que decide quais dados da realidade integrarão o Âmbito da Norma, sendo considerados relevantes do ponto de vista normativo (GOMES, 2009, p. 75). Por não se apresentar nem como unívoco, nem absolutamente vago, o Programa da Norma apresenta aquilo que Müller (1995, p. 44) denominada de “espaços de ação metodicamente domináveis”, ou seja, é passível de legitimação, controle e crítica por meio da Metodica Estruturante, a ser estudada adiante. Ou seja, admite-se a racionalização do processo “decisório” de formulação do Programa da Norma a partir das regras instituídas pela Metodica.

Por sua vez, o Âmbito da Norma também se apresenta como parte integrante da Norma Jurídica, mas constitutiva da normatividade desta; pertencendo à Norma Jurídica no mesmo grau hierárquico que o Programa da Norma, sendo criado a partir de dados fornecidos pelo “âmbito material”²² e pelo “âmbito do caso” (GOMES, 2009, p. 76)²³. De forma didática, leciona Fonseca (2006, p. 102):

O âmbito da norma é também um fator co-constitutivo da normatividade. Não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos, mas uma parte integrante da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição do âmbito material, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. Desse modo, desponta o âmbito normativo como a estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma escolheu para si como a sua área de regulamentação [...].

²² Acerca dos conceitos de “Âmbito Material” e “Âmbito do Caso”, disserta Müller (2003, p. 321): “Falemos agora sobre o <<âmbito da norma>>: com toda e qualquer texto da norma (= artigo, parágrafo, inciso) que e.g. um juiz introduz no início, com vistas ao caso decidindo – e na maioria trata-se de vários textos de normas – ele introduz (consciente ou inconscientemente) ao mesmo tempo numerosos fatos que podem, conforme ensina a experiência, ter a ver com estes textos de normas: fatos individuais do caso e fatos genéricos do tipo do caso. Esses fatos são denominados aqui <<âmbito material>> da prescrição. Quando o jurista reduz, num segundo passo e por razões de economia de trabalho, esses fatos aos fatos relevantes com vistas ao caso concreto, ele constitui o <<âmbito do caso>>. Num terceiro passo, ele constitui o <<âmbito da norma>> submetendo os fatos a um duplo exame com base no resultado da interpretação linguística, quer dizer, com base no programa da norma”. Magalhães (2010, p. 174), por sua vez, simplifica os conceitos de “âmbito material”, como um conjunto de possibilidades fáticas possivelmente relacionadas ao caso concreto, bem como de “âmbito do caso”, como um recorte desse âmbito material.

²³ Gomes (2009, p. 76-77) explica que o Âmbito Normativo não se confunde com a soma de fatos relacionados ao caso concreto, mas “Expressa os dados da realidade que não podem ser desconsiderados na formulação da norma jurídica e da norma de decisão, o que não significa – como visto -, que estes dados sejam uma mera soma de fatos. Isto porque o âmbito normativo é selecionado e conformado pelo programa de norma.

Como se depreende do texto citado, o Programa da Norma é responsável por selecionar os fatos relevantes que constituirão o Âmbito da Norma, isto porque, segundo Müller (2005, p. 132) “Os fatos não podem co-sustentar “de maneira qualquer” a decisão, também não segundo a oportunidade ou o assim chamado sentimento pessoal do que é direito (“juízo)””. Há aqui uma clara exigência de fundamentação aberta da escolha dos componentes do Âmbito da Norma, a ser realizada a partir de um Programa de Norma obtido pela “[...] interpretação *integral e racionalmente recapitulável* de todos os elementos, primordialmente linguísticos, da concretização (da constituição)” (MÜLLER, 2005, p. 133). No mesmo sentido da citação anterior, disserta Müller (2008, p. 249):

Por causa da formação jurídica existente, o âmbito normativo não se limite ao puro empirismo de um recorte da realidade. Ele não engloba a totalidade absoluta dos fatos a serem concretamente inseridos nesse recorte, porque, como parte integrante da norma estruturante vista, ele só aparece quando o programa normativo assinala, no processo da interpretação prática e na aplicação de normas jurídicas, as estruturas básicas *relevantes* desse âmbito normativo, considerando o caso particular²⁴.

Todavia, é importante ressaltar que o caráter “limitador” do Programa da Norma não pode adulterar as “descobertas da análise do âmbito normativo”, pois, mesmo tendo uma função seletiva/limitadora, o Programa da Norma não foi instituído com o objetivo de reavaliar o conteúdo do Âmbito da Norma, mas sim com vistas à inclusão da estrutura básica do Âmbito da Norma no processo de concretização (MÜLLER, 2008, p. 252).

Quanto à sua origem, o Âmbito Normativo pode ser: (i) gerado pelo Direito, v.g., prazos e regras procedimentais; ou (ii) não gerado pelo Direito, v.g., teor de muitos dos direitos fundamentais. O primeiro pode ser reduzido (em parte) ao texto da norma, já o segundo, por não ser gerado pelo direito, dificilmente, encontrará seu total significado no texto normativo.²⁵ Assim, admite-se que, em algumas hipóteses, o Âmbito Normativo pode ser amplamente incorporado pelo Texto da Norma²⁶. Sobre Âmbitos Normativos gerados ou não pelo Direito, discorre Fontoura (2009, p. 103):

²⁴ Müller (2008, p. 249) adverte que o Âmbito da Norma “[...] não é uma mera soma de fatos, mas um conjunto de elementos estruturais, obtidos a partir da realidade e que em geral já aparecem tradicionalmente formados ou co-formados pelo direito, sendo formulados como algo possível no mundo real”.

²⁵ Normalmente, o Âmbito da Norma apresenta tanto componentes gerados quanto não gerados pelo Direito (*vide* MÜLLER, 2005, p. 43).

²⁶ Sobre a questão, Müller (2008, p. 219) alerta que “Textos normativos especializados de esferas do direito passíveis de tecnização frequentemente formularam seus âmbitos normativos tão amplamente no respectivo texto normativo, que o intérprete não pode se aperceber de seus suporte nos dados materiais, de modo que pode surgir a ideia de “aplicação” puramente técnico- conceitual”.

Quando o âmbito de uma norma é criado pelo direito, e, portanto, mais precisamente formulado no texto da norma, a formulação linguística será capaz de fornecer um substancial critério (mas nunca por si só suficiente) de fundamentação da resolução do problema. Ao contrário, em normas cujo âmbito seja materialmente criado, sendo apenas *referido* pelo direito (e pelo texto da norma), a contribuição do texto da norma será mais no sentido de fixar os limites de estabelecimento do programa da norma, também com base em recursos advindos do exterior do sistema constitucional, e muitas vezes, da própria ciência jurídica estritamente entendida. Müller ressalta que são poucas as normas (especialmente entre as normas constitucionais) que proporcionam a redução do âmbito normativo no programa da norma. Daí que o raciocínio subsuntivo não seja e nem deva ser a regra.

Ao interligar o Programa da Norma ao Âmbito Normativo, o operador do Direito cria uma Norma Jurídica de caráter geral e abstrato que, ao ser individualizada (“aplicada” ao caso concreto por meio das etapas da concretização) dá ensejo à Norma de Decisão²⁷. Aí nasce a normatividade: na produção da Norma Jurídica, que se apresenta como resultado intermediário, e da Norma de Decisão, que consiste numa determinação de cunho obrigatório do caso individual (GOMES, 2009, p. 80).

Em relação ao conceito de normatividade, Friedrich Müller ensina:

Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção – a ser explicitada mais tarde – da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. *Normatividade* designa a qualidade *dinâmica* de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada.

A partir da leitura do trecho apresentado, verifica-se que a normatividade é característica inerente à Norma Jurídica, mas não ao Texto Normativo (como já indicado), isto porque pressupõe a inclusão de dados da realidade, não estando presente nos dados meramente linguísticos, mas sendo produzida por meio do trabalho jurídico²⁸. Em suma, a

²⁷ Sobre a relação entre Norma Jurídica e Norma de Decisão, disserta Santos (2006, p. 68): “A norma jurídica, portanto, afigura-se como a conjugação metodicamente orientada entre o programa normativo e o âmbito normativo. Em termos mais explícitos, para a teoria estruturante, a norma jurídica apresenta-se como o produto de um processo de construção metódico que une o resultado do tratamento do texto da norma (programa normativo) e a parcela de realidade que esse programa escolheu como sendo normativamente relevante (âmbito normativo). A norma jurídica, em que pese somente ser passível de construção diante de um caso real ou hipotético, não é o estágio final do processo de concretização, ou não precisará necessariamente sê-lo. Para além dela, há um último estágio, único no qual Müller admite que se fale em subsunção (mas somente aqui), que é a norma de decisão. Em termos processuais, a norma de decisão é o que conhecemos por parte dispositiva da sentença. Nessa derradeira fase do processo de concretização, o responsável pela decisão individualiza a norma jurídica, aplicando-a a um caso concreto pontual”.

²⁸ Para Fontoura (2009, p. 93), “O texto não é suficiente para a existência da normatividade, porque a realidade normatizada, na perspectiva estruturante, participa da composição da norma”. Ou seja, os textos de norma

“[...] a normatividade pressupõe uma inclusão do âmbito normativo” (MÜLLER, 2008, p. 193).

Na TED, a normatividade não se confunde com a positividade. Enquanto esta é uma característica dos Textos de Normas, sendo uma consequência da ideia de Estado de Direito, aquela se constitui como efeito dinâmico da natureza estruturada da Norma Jurídica, da composição entre “ser” e “dever ser” (FONTOURA, 2009, p. 85).

A normatividade, que, reitera-se, não se apresenta como propriedade substancial dos textos normativos, é resultado de um processo efetivo, o qual pode ser estruturado de forma científica e estendido temporalmente. Enquanto efeito dinâmico da Norma Jurídica, a normatividade pode ser concreta - quando influi na realidade a lhe ser atribuída - ou materialmente determinada - quando é influenciada por essa realidade (MÜLLER, 2005, p. 130). Segundo Gomes (2009, p. 64), “Ao tempo em que a norma influencia a realidade a que se dirige, é por ela influenciada e estruturada. Há, portanto, uma relação de circularidade entre norma e caso, norma e realidade”.

Há aqui uma mudança de paradigma, na medida em que o direito normativo se desloca da atividade legislativa para a judicante (CONTE, 2008, p. 5955). O Texto de Norma é agora considerado o ponto de partida e o limite da atividade concretizante, mas não se confunde com a Norma Jurídica e a noção de Normatividade. Deixa-se de lado o modelo positivista estático de subsunção, em prol da construção da Norma Jurídica pelo operador do direito a partir do caso concreto.

É preciso esclarecer que na Teoria da Norma proposta por Friedrich Müller, as distinções entre Regras e Princípios²⁹ não são frutíferas, isto porque se apresentam apenas como tipos de Texto de Norma distintos. Ambos os tipos de Texto de Norma partilham da mesma estrutura e se submetem ao mesmo processo de construção da Norma Jurídica e da Norma de Decisão (FONTOURA, 2009, p. 104). Dessa maneira, não há razão para discutir eventual hierarquia entre Regras e Princípios, quanto menos buscar sua conceituação. Na TED basta a figura da Norma Jurídica.

são dotados somente de positividade, sendo que a normatividade surge com a produção da Norma Jurídica, que engloba não apenas o texto, mas também a realidade (por meio do Âmbito Normativo).

²⁹ Enquanto entendidas por muitos doutrinadores como espécies de Normas Jurídicas com características específicas.

2.4 METÓDICA JURÍDICA ESTRUTURANTE: CONCRETIZAÇÃO E INTERPRETAÇÃO

A Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller se diferencia das demais teorias pós-positivistas, na medida em que parte de um novo modelo de Teoria da Norma, não mais pautado na separação entre ‘ser’ e “dever ser”, mas voltado para a construção estruturada da Norma Jurídica, a partir do Texto de Norma e do caso concreto. Todavia, esse processo de construção da Norma Jurídica não se dá de forma livre, mas sim por meio daquilo que Müller denomina Concretização. Com vistas à racionalização e controle do processo de Concretização, Müller fundamenta a TED também na Metodica Estruturante, objeto de estudo no presente subtítulo.

A Metodica Estruturante do Direito é uma teoria fundamentada na Teoria do Direito. Não em uma teoria “sobre” o Direito (teleológica, ética, filosófica, sociológica etc.), mas sim em uma teoria “do” Direito, ou seja, em uma Teoria da Norma Jurídica³⁰. “Diante disso, uma metodica do direito constitucional sistematicamente elaboranda deve pesquisar a estrutura da normatividade; e isso significa [...] que ela deve pesquisar a estrutura das normas jurídicas” (MÜLLER, 2005, p. 34).

A Metodica não se apresenta como lógica jurídica formal, quanto menos como técnica para resolução de casos concretos, na medida em que rejeita a divisão clássica entre “ser” e “dever ser” e a utilização do raciocínio subsuntivo para resolução de casos; bem como se impõe como uma teoria da práxis e não apenas como prática (GOMES, 2009, p. 82). Nesse sentido, disserta Müller (2006, p. 1-2):

Em cada ciência há uma primeira, e reduzida, compreensão de “método” que significa “técnica do proceder praticamente”. Por exemplo, nas ciências sociais: técnica das pesquisas de opinião anônimas, das análises estatísticas, da conduta do questionamento nas entrevistas individuais, etc. No direito, eu a chamo de “técnica formal de resolução de casos” e ela constitui uma, curta, parte de minha “Metodica Jurídica” (como há também uma “metodologia da pesquisa no direito” com análises e reflexões para os autores de monografias, papers, teses, etc). Trata-se, para mim, da práxis do ordenamento jurídico real do país (e não do ensino e da pesquisa acadêmicos), já que esta técnica formal de resolução de casos pelos juízes e pelos demais operadores do direito faz parte do conceito (vocês a denominam aqui, em sua questão, de “simples indicações para aplicação das normas”). No entanto, minha “Metodica Jurídica” não é apenas prática, mas uma Teoria da Práxis. Esta é a

³⁰ Sobre a relação intrínseca entre Metodica e Teoria da Norma Jurídica, Robert Alexy (2008, p. 79 *apud* GOMES, 2009, p. 68), assevera que “[...] a teoria estruturante da norma jurídica e a metodica estruturante são duas faces da mesma moeda”, isto porque a norma jurídica é resultado do processo de concretização, que é um processo metódico.

segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: o conjunto do percurso das normas jurídicas através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política. Para tudo isto não há reflexão possível sem uma reflexão completa da teoria da norma jurídica; sem outras questões fundamentais da teoria do direito (como “validade”, “ser e dever ser”, “subsunção e concretização” e muitas outras); sem discutir a dogmática jurídica em sua posição e função; sem integrar os pressupostos normativos da constituição (como divisão de poderes, controle recíproco das funções do Estado, repartição de competências, exigência de transparência e clareza, direitos das pessoas no tocante a um procedimento correto [julgamento justo]); sem os direitos do homem e do cidadão e outros. Ela também não é mais possível sem integrar a lingüística do direito, afinal o direito opera inteiramente dentro do meio da “linguagem natural” (em contraposição ao algoritmo formal), ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais.

Parte-se da ideia de que o Direito, enquanto instrumento de violência social formalizada, exerce as funções de diferenciação, orientação e estabilização; mas, especialmente, de dominação e legitimação. Nesse sentido, sob a perspectiva de que a práxis jurídica tem um caráter decisório (e politicamente funcional), a Metodica Jurídica se apresenta como uma Técnica de Atribuição da ciência prática no âmbito dos processos decisórios, “[...] a saber, a técnica da recondução, regular e aceita no caso normal, de normas decisórias a normas jurídicas” (MÜLLER, 1995, p. 7).

Enquanto procedimento racionalizante, a Metodica Jurídica encontra-se diretamente relacionada à noção de Ciência Jurídica, isto porque, sob a égide da TED, a Ciência Jurídica somente é Ciência, pois a Dogmática Jurídica apresenta uma metodica científica. Por sua vez, só é possível cogitar a existência de uma metodica científica a partir da ideia de práxis metodica, ou seja, a partir do trabalho cotidiano realizado pelos operadores do Direito. Assim, a Metodica Jurídica é considerada por Müller como uma área socialmente localizada, estruturada a partir do esquema “Função-Estrutura-Métodos de Trabalho”. Nas palavras de Müller (1995, p. 27), “A metodica jurídica refere-se aos modos efetivos de trabalho de um setor da práxis social com determinadas tarefas, determinadas seqüências, possibilidades específicas de modificação e de controle”.

Não há, nesse cenário, uma Metodica Jurídica Geral, possível de abstração do tipo de sociedade dominante. Os Modos de Trabalho participam incansavelmente dos nexos sociais, significando, conforme a Estrutura desses nexos, as operações metodicas de Tribunais e suas instâncias, de Tribunais Comuns, Administrativos ou Constitucionais, dos advogados e cientistas etc. (MÜLLER, 1995, p. 27)³¹. Assim, a Metodica encontra-se construída a partir de

³¹ É importante frisar que inexistente hierarquia entre os operadores do Direito, pois, de acordo com Müller (2005, p. 35) “A metodica do trabalho é uma metodica de titulares de funções. Em nível hierárquico igual ao lado da

sua Função, o que gera dois questionamentos: (i) Qual a função do trabalho, cujo procedimento é examinado pela Metodica Jurídica; e (ii) Qual a função da Metodica. As respostas são dadas por Müller (1995, p. 27-28):

Em primeiro lugar: qual é a função desse trabalho, cujo procedimento a metódica jurídica examina? A função do trabalho jurídica é uma função de decisão e dominação, de diferenciação e orientação da sociedade, de distribuição e compensação, de estabilização e legitimação. Em segundo lugar: qual é a função dessa metódica? A resposta, formulada em termos de teoria do direito, é a seguinte: a sua função consiste em elaborar, formular regras para imputação (faticamente com probabilidade suficiente) bem-sucedida das normas de decisão estabelecidas no caso individual às normas jurídicas gerais indicadas como existentes por trás dessas normas de decisão. A solução de casos jurídicos é uma técnica decisória, a metódica jurídica enquanto metódica da fundamentação explanadora da decisão é uma técnica de imputação.

Tem-se, portanto, que embora elaborada a partir do trabalho cotidiano dos operadores do Direito, a Metodica Estruturante não busca legitimar essa práxis decisória. Pelo contrário, busca racionalizá-la, por meio do desenvolvimento de “[...] regras que tornem possível a explicitação da estrutura de concretização da norma jurídica no caso concreto” (GOMES, 2009, p. 82).

Como se vê, o Método é considerado indispensável ao processo de “aplicação”³² do Direito, na medida em que garante estabilidade, racionalidade e facilita a verificabilidade da decisão (MÜLLER, 2008, p. 83). Acerca da função da racionalidade pretendida pela Metodica Jurídica no âmbito do Estado de Direito, afirma Müller (1995, p. 28):

Por fim, em que consiste especificamente a função da racionalidade pretendida e afirmada de uma metódica jurídica no âmbito do Estado de Direito? Ela consiste, por um lado, no fato dela dar à sociedade econômica e comercial burguesa a calculabilidade, transparência e regularidade efetivamente necessárias: eis a instrumentalidade da metódica jurídica. E ela consiste, por outro lado, no fato de produzir um efeito legitimador, à medida em que a transparência dos processos decisórios ou ao menos das razões da decisão devem tornar a decisão acessível à crítica e ao controle, criando com isso os pressupostos reais para a pretensão do Estado constitucional liberal, para basear tanto o status quo quanto a sua transformação na anuência, na solução de compromisso e na opinião aceita da maioria: eis os limites da sua instrumentalidade.

jurisprudência e da ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham na concretização da constituição”.

³² O termo encontra-se destacado entre aspas, na medida em que, como será devidamente abordado, na TED o termo “aplicação” das normas/do direito não encontra guarida, pois a Norma Jurídica não é entendida como um dado pronto e passível de simples aplicação ao caso concreto, mas sim como resultado do processo de concretização.

Outrossim, é interessante esclarecer que a Metodica Jurídica não é vista como um projeto racionalizador absoluto. Muito pelo contrário, a TED reconhece o caráter limitado da Metodica. E é a partir do reconhecimento de sua limitação que a TED garante maior racionalidade, pois “[...] a utilidade de uma metódica limitada, que se concebe e representa a si mesmo como limitada, reside na melhor verificabilidade e discutibilidade dos pontos de vista” (MÜLLER, 2008, p. 84)³³.

Racionalizar o Direito, então, nada mais é do que permitir que os teores materiais envolvidos no processo de concretização das prescrições jurídicas sejam inseridos de maneira metodologicamente controlada. Exige-se, portanto, “uma exposição racional dos passos executados na “aplicação” do direito, sem que seus limites sejam encobertos” (MÜLLER, 2008, p. 90-91).

A Metodica Estruturante, em Müller, se apresenta como um conceito complexo e abrangente, englobando: (i) a Hermenêutica; (ii) a Interpretação; (iii) os Métodos de Interpretação; e (iv) a Metodologia. Sobre os conceitos englobados pela Metodica, ensina Müller (2005, p. 2):

“Hermenêutica” não se refere aqui à tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito. “Metodologia” significa no sentido tradicional a totalidade das regras técnicas da interpretação no trato com normas jurídicas, como e.g. a interpretação gramatical ou sistemática, o procedimento analógico e regras similares. Em contrapartida, “hermenêutica” refere-se à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos *pressupostos* epistemológicos e de teoria do direito da metodologia jurídica. Por fim, “interpretação” [“Interpretation” ou “Auslegung”] diz respeito às possibilidades do tratamento jurídico-filológico do texto, i. é, da interpretação de textos de normas. Ocorre que uma norma jurídica é mais do que o seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto. Assim, a “metódica” no sentido aqui apresentado abrange em princípio todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito, mesmo à medida que elas transcendam – como a análise dos âmbitos das normas, como o papel dos argumentos de teoria do estado, teoria do direito e teoria constitucional, como conteúdo dogmáticos, elementos de técnica de solução e elementos de política jurídica bem como constitucional – os métodos de interpretação [Auslegung] ou interpretação [Interpretation] no sentido tradicional restringido.

³³ É nesse sentido que Müller (2008, p. 245) ressalta que “Âmbito normativo e programa da norma não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente “correto” do uso da linguagem no respectivo contexto normativo. A função de escolha e delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcadas pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma”.

Em razão de sua amplitude conceitual, o termo original *Methodik* não foi traduzido do alemão como metodologia, mas sim como “Metódica”. Tem-se que, sob a lógica da TED, o termo metodologia – enquanto responsável pela catalogação, explicação e justificação de métodos de trabalho utilizados no tratamento da norma jurídica em face do caso concreto – se mostra insuficiente, pois a Metódica Estruturante não se preocupa necessariamente com o discurso sobre o método, mas sim com a aplicação efetiva do método (FONTOURA, 2009, p. 15).

Assim, a Metódica Estruturante se encontra voltada à análise das questões atinentes ao processo de concretização das normas em situações decisórias (com vistas ao caso concreto). Apreendendo elementos do Âmbito da Norma e do Programa da Norma, a Metódica Estruturante procura desenvolver “[...] meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas” (MÜLLER, 2005, p. 57).

Ao analisar as funções da Metódica Estruturante, Gomes (2009, p. 82-83) explora a funcionalidade da teoria em comento a partir de três perspectivas, quais sejam: (i) Função em termos da Teoria do Direito, consistente na formulação de regras que tornem possível a imputação de uma Norma de Decisão a Textos de Normas Jurídicas; (ii) Função em termos de política, voltada à despersonalização da decisão; e (iii) Função de Racionalidade Instrumental e Legitimadora, a primeira relacionada à calculabilidade/regularidade/transparência da decisão e a segunda à possibilidade de crítica daquela.

Já Santos (2006, p. 42-42) destaca as funções concomitantes de Técnica de Imputação e Técnica de Decisão da Metódica Estruturante, as quais permitem, respectivamente, fornecer “[...] ao trabalhador jurídico um procedimento estruturado capaz de imputar sua decisão ao texto de norma que a fundamenta”, bem como “[...] estruturar o processo de concretização da norma jurídica, fornecendo ao responsável pela decisão judicial elementos racionalizadores desse processo”.

Nesse cenário, marcado pela superação da ideia de objetividade absoluta, no qual a Metódica Jurídica busca a maior racionalidade possível (sob um viés de objetividade relativa)³⁴, a ideia de mera Interpretação dos textos não se mostra suficiente. A Norma

³⁴ Sobre a objetividade como clareza dos métodos aplicados, Müller (2008, p. 92) afirma que “A norma jurídica não é simplesmente aplicável; mas a sua concretização também não pode ser levada a termo como jogo planejado de atos individuais meramente valorativos e atos individuais racionalmente concludentes. Justamente por isso, se faz necessária, à guisa de pontos de vista auxiliares, uma pluralidade de “métodos” relativos, limitadamente racionalizadores, mas em contrapartida sempre verificáveis em espaço reduzido; justamente por isso a objetividade na segunda variante de sentido, como clareza de métodos, deve produzir o que é possível à ciência jurídica sem que ela sucumba a uma auto-ilusão”. Ainda, quanto à racionalidade

Jurídica não é mais considerada como o produto da interpretação, passível de aplicação por meio da subsunção. Parte-se de uma Teoria da Norma Jurídica calcada na relação intrínseca entre Texto e Realidade, na qual a Norma Jurídica é produzida a partir do caso concreto e do Texto de Norma, no processo de Concretização (metodicamente dirigido). Embora a interpretação do Texto da Norma exerça um papel importante (especialmente, na formulação do Programa da Norma)³⁵, esta não é suficiente para a criação da Norma Jurídica (MÜLLER, 2005, p. 105).

Por operar de forma indutiva, na Teoria Estruturante do Direito, o sujeito da decisão jurídica não é mais a lei (a norma), mas sim o operador do direito, aqui entendido como o jurista efetivamente atuante. Desse modo, o trabalho jurídico não mais se limita à “compreensão” ou “interpretação”, mas à concretização, aqui entendida como a “[...] *construção* da norma jurídica no caso individual a ser decidido” (MÜLLER, 2005, p. 129). Sob essa perspectiva, embora a Interpretação exerça um papel ainda importante no processo de concretização, a ideia de “aplicação do direito” é inteiramente afastada, pois já não se vê a Norma Jurídica como algo pronto e acabado, como resultado de um processo intentado pelo operador do Direito (GOMES, 2009, p. 67).

De forma simplificada, “Concretização da norma é *construção* da norma” (MÜLLER, 2008, p. 231)³⁶. Não se trata mais de interpretar a lei, aplicando-a e subsumindo-a silogisticamente ao caso concreto, como defendido pelo positivismo jurídico; porém, de “[...] *produzir*, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2005, p. 131). Sobre o processo de concretização, disserta Fontoura (2009, p. 107):

Na metódica estruturante de Friedrich Müller, nem a norma jurídica geral e abstrata [*Rechtsnorm*], e muito menos a *norma de decisão* [*Entscheidungsnorm*], podem ser deduzidas antes do processo de concretização – bem ao contrário, o enfoque de Müller é indutivo. À dicotomia secular entre norma e realidade é, assim, oferecida

máxima (porém, não completa) da Metódica Estruturante, Santos (2006, p. 41) sustenta que “[...] tampouco a metódica oferece ao jurista uma técnica precisa de decisão do caso concreto, ou mesmo um conjunto de técnicas infalíveis destinadas a tal fim. [...] No plano da metódica jurídica, pelo contrário, a busca é sempre pela maior racionalidade possível”.

³⁵ É nesse sentido que Gomes (2009, p. 67) sustenta que “Na metódica estruturante a interpretação do teor literal da norma é somente um dos elementos da concretização (certamente um dos mais importantes)”.

³⁶ De forma ainda mais explícita, Bustamante (2003, p. 102 *apud* MAGALHÃES, 2010, p. 173) afirma que a concretização é “[...] o procedimento por meio do qual se parte do texto da Constituição para se chegar à regulação concreta da realidade”.

uma concepção alternativa calcada na interdependência entre ambas (com a norma fazendo parte da realidade regulada, e vice-versa). Norma e texto da norma não são aqui termos identificáveis, sendo aquela algo mais complexo que este, já que resultante de elaboração estrutural em conjunto com a realidade. Ademais, deve-se evitar que o pensamento jurídico se oriente nem por uma suprema orientação pelos fatos e nem por uma normatividade destituída de realidade. De um lado, a metódica estruturante enfatiza a imprescindibilidade do texto da norma: o processo de concretização deve partir do texto da norma, eis que este possui legitimidade democrática. De outro, a metódica não fecha os olhos aos dados reais. Ao contrário, a metódica objetiva exatamente uma inserção controlada dos dados reais no processo de decisão.

Com o objetivo de entender o processo de concretização, é necessário o conhecimento prévio dos conceitos de “Programa da Norma” e “Âmbito da Norma”, anteriormente apresentados. Essa exigência decorre da relação indissociável entre Metódica e Teoria da Norma Jurídica (já abordada), uma vez que o processo decisório – pautado na própria concepção estruturada de norma – se dá a partir de dados linguísticos, mas também reais³⁷.

O processo de concretização tem início com o “caso” e com o “texto da norma”, sem diferenciação hierárquica. O primeiro, responsável pela inclusão dos elementos reais, o segundo, pela inclusão dos elementos linguísticos. É da interrelação entre estes elementos que surgirá a Norma Jurídica e a posterior Norma de Decisão. O “texto da norma” é o ponto de partida do processo de concretização. Todavia, sempre de forma conjunta com o “caso concreto”, pois a Norma Jurídica não pode existir sem se referir a um caso prévio (seja real ou fictício). Não obstante, não são todos os dados reais que importam ao processo de concretização, mas apenas aqueles considerados relevantes, ou seja, selecionado pelo Programa da Norma (GOMES, 2009, p. 71).

Assim, tudo se inicia de forma não-normativa, quando o operador do Direito é apresentado a um “relato do caso” (*Fallerzählung*), normalmente narrado por um leigo, englobando, portanto, uma série de circunstâncias relevantes ou não³⁸. Nessa toada, ao operador do Direito compete transformar o “relato do caso” nas “circunstâncias do caso” (*Sachverhalt*), considerando seus conhecimentos e sua pré-compreensão jurídica, descartando fatos e circunstâncias consideradas irrelevantes ao processo de concretização. As

³⁷ Esses dados linguísticos e reais são prévios à concretização, sendo, portanto, pré-jurídicos. Os dados linguísticos, baseados primariamente na linguagem, serão responsáveis pela formação do Programa da Norma, ao incluir aspectos da interpretação. Já os dados reais, secundariamente linguísticos, incluem fatos naturais e sociais, sendo responsáveis pela posterior constituição do Âmbito da Norma (GOMES, 2009, p. 70).

³⁸ O caso pode ser considerado o impulso do processo de concretização, enquanto ao texto normativo resta a função – não menos digna – de limitar tal processo (SANTOS, 2006, p. 58).

“circunstâncias do caso” serão, então, confrontadas com as hipóteses de textos de normas válidas relacionadas ao tema, sendo novamente filtradas, dando ensejo ao “âmbito da matéria” (*Sachbereich*)³⁹. Finalmente, a última etapa não-normativa da concretização se dá quando o “âmbito do caso”⁴⁰ é criado, a partir de nova redução dos aspectos factuais, sendo selecionados apenas aqueles vistos como convenientes em relação aos textos normativos pertinentes (GOMES, 2009, p. 71-73). O Quadro 3 resume as etapas não-normativas do processo de concretização:

Quadro 3- Etapas não-normativas do processo de concretização

Etapas não-normativas do processo de concretização	Relato do caso
	↓
	Circunstâncias do caso
	↓
	Âmbito da matéria
	↓
	Âmbito do caso

Fonte: Gomes (2009).

Devidamente estabelecido o “âmbito do caso”, a fase normativa do processo de concretização tem início. A partir da análise dos Textos de Norma com base nos elementos da concretização – que serão abordados adiante -, o Programa da Norma será criado. Devidamente delimitado o Programa da Norma, os fatos serão selecionados de acordo com o espaço de regulamentação traçado pelo próprio Programa da Norma, com a devida fundamentação, dando ensejo ao Âmbito Normativo (FONTOURA, 2009, p. 11-112).

Composta pelo Programa da Norma e pelo Âmbito Normativo, por meio de uma complementação recíproca, a Norma Jurídica será gerada, dando ensejo à Norma de Decisão, ao final do processo de concretização (GOMES, 2009, p. 73).

Segundo Fontoura (2009, p. 112), estabelecida a Norma Jurídica, parte-se para a decisão do caso, com a formulação da Norma de Decisão Individual e Concreta, na qual transforma-se o caso jurídico em “caso decidido”. O Quadro 4 simplifica as etapas normativas do processo de concretização:

³⁹ Fontoura (2009, p. 111) conceitua “âmbito da matéria” como “[...] o conjunto de fatos diferentemente afetados pelas prescrições jurídicas”.

⁴⁰ Acerca do “âmbito do caso”, Maluf Jr. (2013, p. 27) relata que “É ele, portanto, o próprio conjunto de matérias, *Sachverhalt*, com sua complexidade reduzida em face da seleção de fatos relevantes com base no âmbito da matéria, *Sachbereich*”.

Quadro 4 - Etapas normativas do processo de concretização

Etapas normativas do processo de concretização	Programa da Norma + Âmbito Normativo	→	Norma Jurídica	→	Norma de Decisão
---	--	---	----------------	---	------------------

Fonte: Gomes (2009).

Acerca das etapas do processo de concretização e sua variabilidade, Gomes (2009, p. 73) adverte que “[...] nem todos os passos acima citados terão de ser necessariamente percorridos. Tudo dependerá da complexidade do caso que se apresenta”. Ou seja, Müller criou uma série de passos a serem observados quando da criação da Norma Jurídica e da “aplicação” da Norma de Decisão ao caso concreto tendo como objetivo fortalecer a fundamentação do processo, garantindo maior racionalidade. Nesse diapasão, Santos (2006, p. 57) sustenta que “[...] quanto mais passos metódicos de trabalho forem estabelecidos, maior apresenta-se a chance de discussão e controle das decisões”. Mas, a depender da complexidade do caso, nem todas as etapas serão indispensáveis.

Por fim, é interessante esclarecer que, ao longo do processo de concretização, apenas a fase de formulação do Programa da Norma pode ser cotejada com a hermenêutica tradicional. Quanto ao estabelecimento da Norma de Decisão, são inúmeros os elementos metódicos – e não métodos – que concorrem no processo de concretização (FONTOURA, 2009, p. 113). Ensina Santos (2006, p. 70) sobre os elementos de concretização:

É lícito, pois, ao responsável pela decisão valer-se de todos eles de forma coordenada com vistas à construção da *norma jurídica*. Contudo, essa abertura discricionária não é livre, desprovida de controle, pois cada *elemento* possui sua posição e sua importância dentro do processo, como veremos a seguir.

Por se tratar de um processo estruturante, a Metodica não estabelece “graus” ou “estágios” de interpretação, mas sim “elementos” do processo de concretização, os quais consistem em momentos de um processo unitário, e não passíveis de aplicação individualizada (MÜLLER, 2005, p. 57-58). São eles: (i) Elementos metodológicos *strictiore sensu* (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática, teleológica e princípios isolados da interpretação da Constituição); (ii) Elementos do âmbito da norma; (iii) Elementos dogmáticos; (iv) Elementos de teoria; (v) Elementos de técnica de solução; e (vi) Elementos de política do direito e política constitucional.

2.5 ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A Metodica Estruturante foi desenvolvida por Friedrich Müller com o objetivo de possibilitar que o trabalho do operador jurídico, consistente na criação na Norma Jurídica - a partir do texto normativo e do caso concreto – fosse realizado de modo a permitir o controle da decisão com base na fundamentação apresentada ao longo do processo de concretização. A fim de garantir essa maior racionalidade, o autor especificou uma série de “elementos” a serem utilizados no processo de concretização, bem como elegeu critérios a fim de sanar eventuais conflitos entre esses elementos.

Como descrito no Quadro 5, são seis os elementos que compõem a concretização, os quais encontram-se divididos em dois grandes grupos, a partir da função que exercem na concretização, incluindo, ainda, um terceiro grupo “marginalizado” (GOMES, 2009, p. 96).

Quadro 5 - Classificação funcional dos elementos de concretização

Grupos	A. Elementos de tratamento do Texto da Norma	Diretamente relacionados à interpretação dos Textos de Normas	→ Elemento metodológicos em sentido estrito e os princípios de interpretação da Constituição
	B. Elementos de análise do Âmbito da Norma	Relacionados aos teores materiais que resultam da análise do Âmbito da Norma e da análise dos elementos do conjunto de fatos relevantes para a concretização	→ Elementos do Âmbito da Norma
	C. Elementos auxiliares	Desenvolvem uma função suplementar	→ Elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política constitucional e de teoria

Fonte: Gomes (2009), Santos (2006), Müller (2005).

O primeiro grupo, composto pelos “Elementos de tratamento do Texto da Norma”, encontra-se direta ou indiretamente vinculado a textos, seja de Normas ou de não-Normas. Trata-se, especificamente dos cânones de interpretação de Savigny e dos princípios modernos de interpretação do texto constitucional, tais como a Intepretação conforme a Constituição, o Princípio da Correção Funcional, entre outros. Por sua vez, o segundo grupo, composto por “Elementos de análise do Âmbito da Norma”, engloba os elementos relacionados com os aspectos factuais do processo de concretização, ou seja, para além da interpretação dos Textos de Normas (Elementos do Âmbito da Norma). Por fim, o terceiro grupo é formado por

elementos que exercem uma função auxiliar, de clarificação e apoio à Norma Jurídica, sendo composto pelos Elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política constitucional e de teoria. Embora integrem o processo de concretização de maneira frequente, em razão de sua função “marginalizada” (de reforço argumentativo aos demais elementos), Müller não apresenta tais elementos especificamente como um terceiro grupo (a partir da classificação funcional), o que se faz aqui apenas para fins acadêmicos (SANTOS, 2006, p. 70)⁴¹. Sobre os elementos de concretização da Norma e sua classificação funcional, disserta Müller (2005, p. 59):

Segundo a sua origem devemos distinguir dois grupos de elementos de concretização. O primeiro abrange os recursos do tratamento da norma no sentido tradicional, i. é, o *tratamento do texto da norma*. Esses recursos não se referem apenas aos textos das normas, mas também à formulação de não-normas em linguagem. Um segundo grupo não diz primacialmente respeito à interpretação de textos normativos ou não-normativos. Ele abrange os passos de concretização, por meio dos quais são aproveitados os pontos de vista com teores materiais, que resultam da *análise do âmbito da norma* da prescrição implementada e da análise dos *elementos do conjunto de fatos* destacados como relevantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos.

Feitos os esclarecimentos necessários, passa-se agora ao estudo individualizados de cada um dos elementos da concretização.

Os “Elementos metodológicos *strictiore sensu*” englobam os cânones de interpretação de Savigny (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica), além dos princípios contemporâneos de interpretação constitucional (MÜLLER, 2005, p. 59). Tais elementos se destacam no processo de concretização na medida em que se ligam diretamente ao Texto da Norma, o que é extremamente importante sob a égide de um Estado Democrático de Direito.

Em relação aos cânones da interpretação, a Metodica Estruturante defende a necessidade de reconhecimento de sua limitação como um primeiro passo à racionalização de seu uso (MÜLLER, 2008, p. 51). Assim, na TED os cânones são vistos como elementos que

⁴¹ Sobre esse “terceiro grupo”, disserta Müller (2005, p. 59): “Por fim, os elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política constitucional e de teoria desempenham um papel igualmente considerável para a metódica do direito constitucional, por ocasião da concretização da constituição. No entanto, embora eles sejam tratados muitas vezes como normativos na práxis, não se direcionam primacialmente para uma concretização da norma jurídica, que seja adequada ao caso. Quanto ao seu objeto (ainda que não com respeito às técnicas de encobrimento da práxis), eles cumprem funções ancilares de clarificação, de detalhamento orientado segundo a norma e de fundamentação mais pormenorizada, normativamente garantida, de tais teores de regulamentação que já foram identificados com outros meios como teores do direito vigente”.

compõem o processo de concretização, mas que não são capazes de esgotá-lo. Em suma, os elementos clássicos de interpretação desenvolvidos por Savigny não são vistos como capazes de levar à formulação da única decisão correta⁴². Gomes (2009, p. 98) faz um alerta pertinente acerca dos elementos de interpretação desenvolvidos por Savigny e sua adoção por Müller, ao afirmar que:

[...] na contramão da doutrina brasileira, Müller não refuta a utilidade dos cânones de interpretação, mas deixa claro que estes devem ser tratados como “meros elementos”. Ademais, caracteriza os princípios exclusivamente constitucionais – em larga medida – como subcasos dos cânones de interpretação, com funções e possibilidades limitadas.

A interpretação gramatical está diretamente relacionada com a explicitação e valoração do sentido linguístico de um Texto de Norma (MÜLLER, 2005, p. 65), sendo determinada em observância aos diferentes tipos de normas, ou seja, a dificuldade da concretização não decorrerá da ambiguidade do texto, mas sim da estrutura da norma, na medida em que há diferenças substanciais entre os diferentes Âmbitos Normativos (GOMES, 2009, p. 99).

Assim sendo, embora diretamente relacionada aos dados linguísticos, aos Textos de Normas, aquela é desenvolvida com vistas à Norma Jurídica e não seu texto literal. Sob este ponto de vista, Müller (2008, p. 198) disserta que:

A interpretação gramatical precisa sempre proceder à distinção entre os diferentes sentidos da palavra, que são correspondentemente esclarecidos a partir dos dados materiais, ou seja, as nuances de sentido da mesma palavra, e, nesse processo, necessariamente, depende da diferenciação e avaliação normativo-jurídica dos campos associativos que lhe são conexos, bem como que são determinados tanto pelos dados materiais como pela língua.

Nesse cenário, é importante esclarecer que, mesmo a atuação do intérprete não podendo se limitar à simples interpretação do texto, devendo englobar as questões materiais relevantes, quanto mais abrangente e preciso for o texto normativo, ao englobar tanto o âmbito normativo quanto as ideias normativas fundamentais à disposição, mais a concretização guiada pela Metodica Estruturante estará embasada no texto (MÜLLER, 2008, p. 201). Ou seja, a função estabilizadora e explicativa do texto normativo é insubstituível no Estado Democrático de Direito, sendo que este é, de forma simplificada, o ponto de partida do

⁴² Segundo Müller (1989, p. 118, tradução própria), “Depois de tudo, resulta que as regras clássicas de interpretação não são métodos de validade universal, senão pontos de vista auxiliares, mais ou menos fecundos, segundo a natureza dos preceitos jurídicos a concretizar em cada caso”.

processo de concretização. Entretanto, apenas em casos limites, nos quais o próprio texto englobar questões atinentes ao Programa da Norma e ao Âmbito da Norma, seu teor literal será suficiente para a concretização, razão pela qual a interpretação gramatical deve levar em consideração não apenas o teor literal do texto, mas os dados da realidade atinentes ao caso.

Acerca da importância e preponderância da interpretação gramatical, Müller (2005, p. 65) sustenta que “O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito”, questão que será posteriormente abordada.

Por sua vez, no que tange aos elementos histórico e genético, tem-se que estes se apresentam como pontos de vista auxiliares à análise gramatical, uma vez que podem contribuir precisando, em termos de conteúdo, as variações de sentido no espaço demarcado pelo teor literal. De forma semelhante, os elementos sistemático e teleológico, não podem ser isolados dos demais elementos, já que o elemento sistemático costuma depender de pontos de vista auxiliares, obtidos por meio dos demais cânones de interpretação, assim como a formulação de questões atinentes ao “sentido” e “finalidade” da prescrição a ser interpretada - questões atinentes ao elemento teleológico (MÜLLER, 2005, p. 66-68)⁴³.

Sobre o escopo de cada um dos elementos de interpretação, discorre Gomes (2009, p. 100-103):

Na esteira do TCF, Müller diferencia a interpretação histórica da interpretação genética. A interpretação histórica lida prioritariamente com regulamentações anteriores, fazendo o confronto das disposições vigentes com outras anteriores paralelas ou análogas, ao passo que a interpretação genética tem por objeto os materiais legislativos ou trabalhos preparatórios, debates, anteprojetos, exposições de motivos, etc., ou seja, todos aqueles textos que deram origem ao texto da norma interpretanda. O traço comum entre o elemento histórico e genético é que ambos lidam com *textos não-normativos*. [...] o elemento teleológico depende de uma documentabilidade que só pode ser fornecida por outro elemento de interpretação. Se é possível pensar numa imagem que reflita a condição do elemento teleológico, pode-se ver uma circularidade que parte da *autonomia* (pergunta pelo sentido e finalidade da norma) e deságua na *dependência* (documentabilidade) em relação aos cânones. [...] A interpretação sistemática não se reduz à mera comparação de textos normativos. Se a norma jurídica é formada pelo *programa da norma*, e pelo *âmbito da norma*, para além da análise textual deve ser realizada uma análise dos âmbitos de normas das prescrições sistematicamente interligadas.

⁴³ De acordo com Müller (2005, p. 70-71), “[...] as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como “métodos” autônomos para si. No processo de concretização elas não somente revelam complementar e reforçar-se reciprocamente, mas estar entrelaçadas materialmente já a partir do seu enfoque. Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como facetas distintas de uma norma concretizanda no caso”.

Por sua vez, no que concerne aos princípios de interpretação da Constituição, estes, em sua maioria se apresentam como variações dos cânones de interpretação, com exceção do Princípio da Correção Funcional, considerado um elemento de concretização autônomo (SANTOS, 2006, p. 80). Como elementos autônomos de concretização, podem ser citados: (i) Praticabilidade; (ii) Interpretação a partir do nexos da história das ideias; (iii) Critério de aferição do efeito integrante; (iv) Princípio da unidade da Constituição; (v) Quadro global do direito pré-constitucional; (vi) Nexos de normas de direitos fundamentais e de normas de competência; (vii) Concordância prática; e (viii) Força normativa da Constituição (MÜLLER, 2005, p. 71-78).

Entretanto, utilizando-se dos argumentos de Santos (2006, p. 80), que esclarece que os princípios eludidos por Müller ao longo da sua obra foram debatidos e criados na Alemanha; referem-se – em sua maioria – a especializações dos já apresentados cânones de interpretação de Savigny; e, não são unânimes; estes não serão abordados individualmente no presente trabalho.

Diferentemente dos Elementos de concretização em sentido estrito – diretamente relacionados a Textos de Normas e não-Normas -, os Elementos de concretização a partir do âmbito da norma se relacionam mais diretamente com os dados da realidade que integram o processo de concretização, o qual, como diversas vezes reiterado, tem como base uma Teoria da Norma pautada em um processo estruturado composto pela interpretação de dados linguísticos e do conjunto de dados da realidade. Nesse cenário, trata-se de estabelecer como e quais os dados reais que participam do processo de concretização. Entretanto, esclarece-se, desde já, que a Metodica não tem o condão de estipular um regramento perfeito para seleção dos dados reais que compõem o processo de concretização. Müller jamais negou a importância da valoração no processo de concretização, na medida em que compete ao operador do direito selecionar e introduzir os elementos da realidade no processo de concretização, tendo como limitador o Programa da Norma (GOMES, 2009, p. 103-104). Em suma, no que concerne à escolha dos elementos da realidade que irão compor o Âmbito da Norma, a racionalidade está intrinsecamente relacionada à honestidade do operador do Direito, já que a Metodica Estruturante deixa de apresentar um catálogo de regras para controle da inserção de dados da realidade no processo. Sobre o tema da honestidade quanto à seleção dos elementos factuais, ensina Santos (2006, p. 81):

A *metódica estruturante* chama a atenção para a inevitabilidade desses dados reais dentro do processo de concretização sem fornecer nenhum tipo de catálogo infalível de regras concernentes ao ingresso de tais dados no processo. O objetivo fundamental é a honestidade metódica. Em termos de construção de uma teoria da argumentação condizente com as exigências de racionalidade do Estado democrático de direito há de se reconhecer um avanço significativo: em vez do recurso a expressões e dogmas desprovidos de qualquer possibilidade de fundamentação (como a “natureza das coisas”, os “valores constitucionais que pairam sobre o texto constitucional”, etc.), bem como uma negativa de que os dados reais poderiam compor a norma jurídica, abre-se a argumentação e a própria composição da norma como tais dados, permitindo, ainda que não de forma infalível – ressalte-se – um ingresso controlado (a partir do *programa normativo*) desses dados no processo de concretização.

De forma sintética, pode-se dizer que os Elementos do Âmbito da Norma visam à exposição fundamentada do processo de inserção dos elementos da realidade no processo de concretização, a partir da apresentação do Âmbito da Matéria, do Âmbito do Caso e do Âmbito da Norma (FONTOURA, 2009, p. 115), definidos a partir do Programa da Norma .

Já no campo dos elementos “auxiliares”, os Elementos dogmáticos se constituem como “[...] enunciados contidos na jurisprudência e os estudos teóricos pertinentes ao caso. Assim, a dogmática estruturante consiste no conjunto de enunciados sobre a *jurisprudência e a legislação*” (SANTOS, 2006, p. 83).

Trata-se de elementos voltados eminentemente à complementação dos demais elementos de concretização que carecem da interpretação, não se apresentando como prontos e acabados ao operador do Direito. Assim, os elementos dogmáticos podem ser utilizados no processo de concretização à luz dos cânones de interpretação (especialmente, a interpretação gramatical), assim como os Textos de Normas, não se confundindo com estes por falta de vinculatividade para a formação da Norma de Decisão. Isto porque os elementos dogmáticos se referem a textos não normativos, a textos de não-Normas (GOMES, 2009, p. 105). Nas palavras de Müller (2005, p. 83-85):

Na consulta da jurisprudência, correspondem ao trabalho com pontos de vista históricos e genéticos a comparação com decisões judiciais anteriores e a busca de razões de enunciados divergentes. A necessidade de interpretação gramatical salta aos olhos. [...] Depois dos elementos metodológicos *strictiore sensu* e dos elementos do âmbito da norma, os elementos dogmáticos estão “mais próximos” dos teores normativos. [...] Mas isso ainda não gera o caráter vinculante no sentido desenvolvido da normatividade de normas jurídicas “vigentes”. O resultado exigido pelo caso e elaborado com recursos expostos da metódica jurídica por meio da concretização da norma de decisão a partir da norma jurídica não deve ser justificado de qualquer modo subjetivo “em termos de direito racional”, politicamente ou em termos de política jurídica, mas pela comprovação mentalmente recapitulável e com isso criticável da orientação segunda a norma. Em contrapartida, a comprovação de uma convergência com determinadas posições dogmáticas

fundamenta tão pouco o caráter vinculante como a consideração do mérito de elementos teóricos e de política jurídica e de padrões de técnica de solução do procedimento pragmático.

Quanto aos Elementos de técnica de solução, estes remetem aos manuais de orientação [*Leitfäden*] e têm o escopo de “[...] oferecer um modo de estruturação e de argumentação do texto da decisão que pareça mais útil conforme a respectiva função” (GOMES, 2009, p. 105). Em razão de sua formatação, por não contribuírem diretamente para imputação da Norma de Decisão ao Texto de Norma, estes elementos apresentam um valor reduzido, não sendo nem indispensáveis, nem vinculantes (SANTOS, 2006, p. 84). Tais elementos atuam de forma auxiliar, “Não devem conduzir a suposições e resultados independentes das normas ou contrárias a elas” (MÜLLER, 2005, p. 86).

Já no que concerne aos Elementos de teoria, trata-se de enunciados de teorias do Direito, do Estado ou da Constituição, os quais, embora cotidianamente utilizados, apresentam sob o viés da Metodica Estruturante um caráter extranormativo. Assim, acabam exercendo papel muito mais preponderante no contexto da pré-compreensão, especificando o “horizonte de interpretação” que determina as questões concretas (SANTOS, 2006, p. 85). Apesar disso, nada impede que sejam incluídos no processo de concretização, desde que seja demonstrada sua vinculação ao direito positivo; razão pela qual Gomes (2009, p. 106) assevera que “Müller julga inadmissível querer superar textos de normas através da invocação de teorias do Estado ou da Constituição, como se estas fossem independentes da normatização do direito constitucional vigente”.

Finalmente, no que tange aos Elementos de política constitucional, estes se apresentam como elementos preponderantemente pragmáticos (SANTOS, 2006, p. 86), pois: (i) buscam ponderar as consequências inerentes as decisões formuladas; e (ii) ajudam na busca pelo Âmbito da Norma de outras prescrições que não se relacionam diretamente com o caso, já que questionam a adequação à finalidade dos textos formulados pelo legislador (GOMES, 2009, p. 108).

Outrossim, embora apresentem valiosos pontos de vista acerca das normas constitucionais, os elementos de política constitucional somente devem ser introduzidos no processo de concretização com o intuito de comparar, delimitar e clarificar, não se admitindo sua utilização como se normativos fossem (MÜLLER, 2005, p. 90).

Uma vez elucidados os conceitos e características de cada um dos elementos de concretização propostos pela Metodica Estruturante, faz-se necessário apresentar as soluções

a serem aplicadas nos casos de conflitos entre estes elementos (com vistas à racionalidade), cujo maior definidor decorre da distinção entre elementos referidos a normas x elementos não diretamente referidos a normas (ou parcialmente referidos a normas). São elementos diretamente referidos a normas: (i) os elementos metodológicos *strictiore sensu*; (ii) os elementos do âmbito da norma; e (iii) parte dos elementos dogmáticos. Por outro lado, são considerados elementos não diretamente referidos a normas: (i) parte dos elementos dogmáticos; (ii) elementos da teoria; (iii) elementos de técnica de solução; e (iv) elementos de política do direito e política constitucional.

Primeiramente, é preciso esclarecer a ideia de conflito entre os elementos da concretização, o qual apenas resta caracterizado quando ocorre uma “[...] oposição frontal entre aspectos fecundos no caso individual” (MÜLLER, 2005, p. 92). Assim, como exemplo, pode ser citada a hipótese em que alguns dos cânones torne possível duas soluções abertas, sendo que apenas uma delas é compatível com a interpretação gramatical. Nesse cenário, havendo uma possibilidade compatível, inexistente conflito (a contradição é apenas parcial).

Feita esta advertência, parte-se ao estudo dos conflitos e suas soluções. Assim, no que tange ao conflito entre elementos não diretamente referidos a normas, não existem regras de preferência. Por se tratar de métodos auxiliares, sem força vinculante (não vinculados aos textos normativos), não é possível falar em graus de obrigatoriedade. No processo de concretização, estes elementos serão incluídos conforme a solução que se apresente “melhor”, “mais coerente”, “mais plausível”, de tal modo que o caráter subjetivo é inevitável, não devendo ser velado (MÜLLER, 2005, p. 93). É nesse sentido que Gomes (2009, p. 110) adverte que “[...] cabe ao intérprete, com senso de responsabilidade, providenciar a necessária gradação no caso concreto, segundo os resultados parciais e as diretivas fornecidas pelos elementos diretamente referidos às normas”.

Já o conflito entre elementos não-diretamente referidos às normas e elementos diretamente referidos às normas, estes últimos têm precedência. Trata-se de regra de preferência normativa, calcada no fato de que a função estatal está vinculada à Constituição e ao direito (MÜLLER, 2005, p. 93-94).

Quanto ao conflito entre elementos de concretização diretamente referidos às normas, as soluções se desdobram em quatro hipóteses: (i) elementos dogmáticos referidos a normas *vs.* elementos metodológicos e do âmbito da norma; (ii) elementos do âmbito da

norma *vs.* elementos metodológicos *strictiore sensu*; (iii) elementos metodológicos *strictiore sensu* entre si; e (iv) aspecto gramatical *vs.* sistemático.

Entre elementos dogmáticos (referidos a normas) e elementos metodológicos e do âmbito da norma, estes têm precedência, quando se pode comprovar que as decisões anteriormente elaboradas – objeto da dogmática – não dizem respeito à norma de decisão concretizanda.

Quanto ao conflito entre elementos do âmbito da norma e metodológicos *strictiore sensu* - os quais são hierarquicamente iguais no que tange ao conteúdo positivo da norma -, este pode ser resolvido negativamente (delimitação do limite dos resultados admissíveis) pela prevalência dos elementos gramatical e sistemático⁴⁴. No conflito entre elementos metodológicos *strictiore sensu*, o texto da norma é considerado o ponto de referência hierarquicamente precedente, na medida em delimita as possibilidades admissíveis de decisão. A ênfase está nos elementos que trabalham com textos de normas, em detrimento dos elementos voltados à análise de textos de não-normas (interpretação genética e histórica). Assim, os elementos gramaticais e sistemáticos precedem aos demais elementos da concretização.

Por fim, na hipótese de conflito entre os elementos gramaticais e sistemáticos, tem-se que: (i) no que tange à determinação positiva do conteúdo da Norma de Decisão, não é possível elencar uma regra de preferência (espaço para valoração), embora, majoritariamente, o elemento gramatical se sobressaia – desde que não comprovado o nexos sistemático; e (ii) em relação à limitação das possibilidades de decisão remanescentes (função negativa), o elemento gramatical tende a prevalecer⁴⁵.

O Quadro 6, a seguir, sintetiza os conflitos passíveis de ocorrência entre os elementos de concretização, bem como as soluções para tais situações:

⁴⁴ Nas palavras de Müller (2005, p. 95), “Assim o programa da norma formulado no teor literal orienta no sentido da delimitação e limitação não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo da concretização”.

⁴⁵ Segundo Gomes (2009, p. 116), “No que se refere à determinação negativa, isto é, aquela destinada a limitar as possibilidades “de decisão na margem de atuação dos resultados parciais concretizados”, Müller afirma que o aspecto gramatical prepondera em relação ao aspecto sistemático. Em caso de contradição entre o texto da norma pertinente A, e as [sic.] textos das normas não-pertinentes X, Y, Z... (sistematicamente agrupadas e aduzidas), o texto da norma exerce uma função limitadora, em razão dos princípios do Estado de Direito. Já no que tange à determinação positiva do conteúdo da norma de decisão, a contradição deve ser dissolvida levando em consideração os outros elementos envolvidos no processo de concretização. Para tanto, as decisões valorantes a respeito de uma ou outra posição não devem ser obscurecidas, mas afirmadas enquanto tais. De toda forma, Müller deixa claro que sempre que o aspecto sistemático não possa ser comprovado de forma cogente, deve ceder ao aspecto gramatical”.

Quadro 6 – Tipos de conflitos entre elementos individuais de concretização

Tipo de conflito		Soluções
A. Elementos não diretamente referidos a normas vs. Elementos não diretamente referidos a normas		Ausência de regras de preferência. Escolha se dá com base na solução “melhor”, “mais plausível”, “mais correta”.
B. Elementos não diretamente referidos a normas vs. Elementos diretamente referidos a normas		Prevalência dos elementos diretamente referidos a normas. Decorrência da noção de Estado de Direito.
C. Elementos diretamente referidos a normas vs. Elementos diretamente referidos a normas	C.1. Elementos dogmáticos referidos a normas vs. Elementos metodológicos e do âmbito da norma.	Prevalência dos elementos dos elementos metodológicos e do âmbito da norma.
	C.2. Elementos do âmbito da norma vs. elementos metodológicos <i>strictiore sensu</i> .	Positivamente – identidade hierárquica. Negativamente – Prevalência dos elementos gramatical e sistemático.
	C.3. Elementos metodológicos <i>strictiore sensu</i> entre si.	Prevalência dos elementos gramaticais e sistemáticos.
	C.4. Aspecto gramatical vs. sistemático.	Positivamente – prevalência do elemento gramatical, sempre que não for comprovado o aspecto sistemático. Negativamente – prevalência do aspecto gramatical.

Fonte: Müller (2005).

Ademais, é preciso esclarecer que nos casos em que os elementos gramaticais e sistemáticos funcionarem apenas negativamente, nada dizendo sobre o conteúdo positivo da Norma Jurídica, inexistente grau hierárquico entre os demais elementos individuais da concretização. Já nos casos de lacunas, quando os elementos gramaticais e sistemáticos são inoperantes, positiva ou negativamente, deve-se decidir de acordo com a situação processual.⁴⁶

⁴⁶ Disserta Müller (2005, p. 100-101): “Uma prescrição pode ser pertinente no caso individual à medida que – abstraindo dos elementos restantes – os aspectos gramatical e sistemático podem, por um lado, funcionar negativamente como determinação limitadora de possíveis alternativas de decisão sem, por outro lado, produzir nada de positivo, que determine o conteúdo acerca das questões levantadas pelo caso em exame. [...] Em tais casos e em casos similares não existe entre os elementos restantes da concretização, tampouco como em outros casos, nenhuma sequência hierárquica normativamente vinculante da sua influência sobre a decisão. De acordo com as indicadas regras de valoração não-vinculantes, deve-se extrair então a força de convencimento conteudístico de um dos resultados possíveis, devendo esse resultado ser medido pela função limitadora vinculante do teor literal da norma (caso as interpretações gramatical e sistemática produzirem o mesmo sentido). Permanece ainda irrespondida a pergunta: como se deve proceder se os aspectos gramatical e sistemático não podem enunciar nada a respeito do caso, não podendo assim adquirir eficácia nem na sua função limitador? A resposta é a seguinte: nesse caso a prescrição aduzida para a solução do caso, à guisa de hipótese de trabalho, não é pertinente. Deve-se formular uma nova hipótese sobre a norma. A hipótese até agora existente sobre a norma provou ser incorreta ou – o que diz o mesmo, quanto ao resultado – normativamente não documentável no caso jurídico decidindo. Se em tal procedimento não encontrarmos regulamentada pelo direito constitucional vigente com nitidez suficientemente documentável a pergunta formulada pelo caso – eis o “problema da lacuna” da metodologia tradicional-, o direito constitucional não autoriza a substituir – por assim dizer no tudo ou nada- mediante o preenchimento de lacunas, a formação de analogias, aperfeiçoamento do direito e assim por diante uma norma de decisão sem norma jurídica positivamente vigente. Conforme a referência material da “lacuna” à pretensão de requerimento ou à

pretensão de petição, deve-se decidir segundo a situação processual – se do contrário só suposições metodicamente não mais justificáveis e gerações apócrifas de normas conduzissem ao objetivo”.

3 DA FAILING FIRM THEORY

No Capítulo anterior, foram apresentadas noções essenciais do marco teórico que subsidiará a análise da aplicabilidade da *failing firm theory* na jurisdição brasileira, qual seja: a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Todavia, a fim de se proceder à referida análise é imprescindível o estudo acerca da própria FFT, também conhecida como *failing firm defense* (ou *defence*), *failing company theory* e *rescue merger* (OLIVEIRA JR., 2014, p. 10). Assim, neste segundo Capítulo, serão apresentados a história e a aplicação da Teoria (com focos nas jurisdições norte-americana, europeia e chilena), os pressupostos para aplicação da FFT, as distinções entre a *failing firm theory* e outros institutos relacionados, bem como os contornos assumidos pela Teoria em comento no Brasil.

3.1 DA HISTÓRIA E DA APLICAÇÃO DA *FAILING FIRM THEORY* EM OUTRAS JURISDIÇÕES (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, UNIÃO EUROPEIA E CHILE)

É comum, na ordem empresarial, que as empresas realizem fusões, aquisições, reorganizações societárias, *due diligences*⁴⁷, aquisições de participação, cisões, formem *joint ventures*⁴⁸ etc. Tais operações, as quais podem consistir ou ensejar “atos de concentração”, encontram as mais variadas motivações econômicas. Segundo Bagnoli (2017, p. 306-307), podem ser listadas as seguintes motivações econômicas:

[...] a busca de eficiências, com economias de escala e de escopo, acesso à inovação tecnológica, custo de capital e economias tributárias; estratégias de consolidação e o preenchimento do espaço de produtos; aumento da velocidade de crescimento com acesso a mercados e vantagens de propriedade de ativos únicos; aumento do poder de mercado com integrações horizontais, verticais e conglomeradas; buscar poder compensatório, que se contraponha ao poder prevalecente de uma dada contraparte. Por fim, outros fatores específicos, tais como a transição de gerações.

⁴⁷ A *due diligence* consiste na auditoria prévia, realizada com vistas à obtenção de informações relativas à futura operação, tais como valor, escopo, potencial comercial do negócio, quadro de pessoal etc. (CADE, GUIA DE REMEDIOS ANTITRUSTE, 2019, p. 38).

⁴⁸ De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CARTILHA DO CADE, 2016, p.11), “*Joint venture* é a associação entre dois ou mais agentes econômicos para a criação de um novo agente econômico, sem a extinção dos agentes que lhe deram origem. Pode ter por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado distinto dos mercados individuais de cada empresa, ou ainda a participação no mesmo mercado relevante dos agentes econômicos, dentre outros”.

De forma sintética, é possível reduzir as motivações que guiam as concentrações a dois itens: a geração de eficiências econômicas decorrentes da concentração no mercado⁴⁹ ou a possibilidade de eliminação da concorrência (BAGNOLI, 2017, p. 307). Especificamente acerca da aquisição de empresas em crise, é possível elencar duas razões que norteiam tais operações: (i) uma empresa lucrativa pode querer comprar uma empresa menos lucrativa ou em falência, na medida em que a aquisição tende a trazer benefícios financeiros em curto prazo, como aqueles decorrentes de práticas contábeis e leis tributárias; e (ii) a aquisição é um método que torna mais rápida a diversificação corporativa, permitindo a sobrevivência da empresa adquirida e seu crescimento - principalmente em concentrações conglomeradas (CONN, 1976, p.181).

Dentre os possíveis resultados intentados por empresas envolvidas em operações de concentração, o objetivo de eliminação da concorrência (por meio da aquisição das firmas concorrentes) tende a gerar preocupação, principalmente em cenários de crise econômica, isto porque, nesses casos, é comum que, diante da iminente falência de determinadas empresas, opte-se pela intervenção do Estado na economia, mediante aportes financeiros, ou pela realização de atos de concentração (BAGNOLI, 2017, p. 308). É na segunda saída para a crise financeira que a análise da FFT se aplica.

Na medida em que a concorrência não se apresenta como um fim em si mesmo, admitindo-se que outros fatores, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo, possam exercer influxo sobre a sociedade, Chinaglia e Mota (2016, p. 157) sustentam que “[...] para enfrentar a crise e proteger os *players* do mercado, é possível admitir-se eventuais concentrações econômicas que, em um cenário de bonança e estabilidade econômica, não seriam aceitas”. Parte-se da perspectiva de que a saída de determinado agente do mercado tende a causar maiores danos à concorrência (em razão da perda de ativos e do desemprego em massa) do que a concentração em si, já que a extinção do concorrente gera sua retirada do mercado, que passa a contar com um *player* a menos.

Trata-se de uma visão acerca das operações de concentração que engloba não apenas a busca por uma concorrência saudável, mas que também se importa com questões de cunho

⁴⁹ Acerca do conceito de “mercado”, disserta Fonseca (2017, p. 264): “O mercado é o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, e em que se encontram a oferta e a demanda de bens e serviços e em que, conseqüentemente se determinam o preço e as quantidades. Para que essa atuação possa realizar-se de maneira eficiente, de forma a permitir a todos a plena expansão de sua atividade, é necessário assegurar a todos aqueles agentes uma adequada possibilidade de exercerem sua atividade. Para que tal aconteça, será imprescindível que todos tenham garantida a possibilidade de entrar no mercado, de nele permanecer e de sair dele a seu exclusivo critério”.

mais social, como o bem-estar do consumidor e, sobretudo, os impactos gerados pela crise econômica (e suas consequências) na vida dos trabalhadores.⁵⁰

Todavia, se por um lado, as crises econômicas/financeiras podem ser superadas, as concentrações econômicas tendem à perpetuação. Dificilmente, as empresas realizam grandes operações de aquisição com viés temporário. É nestes cenários, marcados por crises econômicas e financeiras, que a doutrina da *failing firm* ganha destaque, devendo ser questionada, na medida em que, embora não sejam *per se* negativas, as concentrações de mercado podem consistir em falhas estruturais.⁵¹

Em razão do impacto (positivo ou negativo) das concentrações no mercado, de forma geral, os países ocidentais possuem legislação voltada ao combate ou atenuação do poder de controle de oligopólios, monopólios e outras formas de poder decorrentes de atos de concentração (NUSDEO, 2016, p. 127).

Assim, em relação ao controle estrutural do mercado, as autoridades competentes de cada jurisdição têm sua atividade regulada por determinações e requisitos concernentes à aprovação ou não de atos de atos de concentração, seja de forma prévia - como no Brasil, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011 (2019), que determina a submissão prévia dos atos de concentração perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, vedando a consumação sem autorização⁵² -, ou posterior – no Brasil, sob a égide da Lei n.º 8.884/1994

⁵⁰ Acerca da necessidade de consideração de questões sociais quando da tomada de decisões pelos agentes econômicos, Gonçalves e Stelzer (2014, p. 273) defendem a adoção do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES): “[...] seja nas negociações ou na tomada de decisões, a partir da lógica do jurista-economista, os agentes devem maximizar suas expectativas, eliminando externalidades, através da inclusão destas no cálculo econômico como defendido segundo o PEES. Trata-se de elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda, tem-se que o PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem; considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos”.

⁵¹ Ao ensinar sobre concentrações econômicas, Fábio Nusdeo (2016, p. 123) afirma que um dos pressupostos básicos do sistema de mercado é a “atomização”, ou seja, o bom funcionamento do mercado depende da existência de um número razoável de vendedores e compradores, sendo nenhum deles excessivamente grande/importante, em interação recíproca. O tema será abordado novamente no último capítulo.

⁵² Sobre a instituição do controle prévio dos atos de concentração pela Lei n.º 12.529/2011, Gonçalves e Stelzer (2012, p.8-9) ensinam que “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”.

(2019), que permitia a notificação do ato de concentração perante o Cade após a consumação daquele.⁵³

A FFT pode ser definida, de forma sintética, como uma teoria que autoriza a aprovação de atos de concentração que, em situações normais, seriam reprovados ou aprovados com restrições, sob a justificativa de que, observados alguns pressupostos, os quais podem ser resumidos na ideia de “grave crise financeira”⁵⁴, o cenário concorrencial *post* concentração seria pior, numa perspectiva de livre concorrência, com a restrição/reprovação. Ou seja, a *failing firm* consiste numa espécie de “argumento de defesa”, que visa refutar a reprovação previsível de um ato de concentração perante determinada jurisdição, com base em determinados requisitos. Nesse sentido, ensina Oliveira Jr. (2014, p. 64):

A *failing firm defense* tem aplicação na livre concorrência, mais especificamente no controle de estruturas. Quando, em razão dos riscos à competição no mercado, uma operação econômica não teria sua aprovação recomendada, ou teria alguma restrição aplicada, os agentes econômicos tentam demonstrar que, naquele caso concreto, a situação de grave crise de alguma das empresas envolvidas impõe a análise do risco de saída de ativos, bem como a comparação dos cenários futuros com e sem a realização do ato, de maneira que a concentração, por não ser a causa da deterioração da concorrência, possa ser admitida.

Como se vê, a aplicação da *failing firm* decorre da análise comparada dos possíveis cenários com e sem concentração, quando se depreende que a aprovação da operação, levando em consideração a crise econômico-financeira de uma das empresas, não será *per se* a causa direta da deterioração da concorrência.

De forma ainda mais direta, Blum (1974, p. 75, tradução nossa) disserta que “[...] Essencialmente, a doutrina permite que uma companhia com grande probabilidade de falha nos negócios conclua uma fusão que, em outro cenário seria considerada ilegal, desde que inexista outro possível comprador de boa-fé”⁵⁵. A FFT se propõe a ser a abordagem “entre os males o menor”, ou seja, tem aplicação quando a ameaça à concorrência gerada pela concentração for preferível em detrimento dos impactos adversos à concorrência e outras perdas decorrentes da saída dos ativos da empresa em crise do mercado (DIAMANT, 1979, p.

⁵³ Demais questões inerentes ao controle estrutural no Brasil serão apresentadas em tópico especial no Capítulo final desta dissertação.

⁵⁴ Ou “crise econômico-financeira”, a abranger “[...] tanto os males que impedem o empresário de perseguir o objeto de sua empresa como também a insuficiência de recursos para o pagamento das obrigações assumidas” (NEGRÃO, 2014, p. 185).

⁵⁵ No original: “Essentially, the doctrine allows a company in grave probability of business failure to complete a otherwise illegal merger, provided no alternate good faith purchaser exists” (BLUM, 1974, p. 75).

881). Há aqui uma ponderação entre a ameaça à concorrência (que tende a existir com a concretização da operação, mas também com a saída da empresa ou seus ativos do mercado – na hipótese de reprovação) e os demais efeitos negativos (inclusive de cunho social) gerados pela reprovação da operação.

Feitos estes esclarecimentos iniciais acerca dos atos de concentração em cenários de crise econômico-financeira, bem como no que tange à conceituação da *failing firm theory*, passa-se ao estudo do desenvolvimento histórico da teoria em comento.

Embora a utilização de teorias e parâmetros estrangeiros para solução de controvérsias possa resultar na incapacidade de consolidação de uma doutrina antitruste pátria, a adoção de tal prática é muito comum perante o Cade, inclusive envolvendo institutos de países cuja formação histórica é bastante diversa da brasileira, v.g., a jurisdição norte-americana (OLIVEIRA JR., 2014, p. 26). A internalização administrativa⁵⁶ da FFT pelo Cade é mais um exemplo dessa postura, pois, como se depreende da origem inglesa do termo, a *failing firm theory* encontra suas raízes nos Estados Unidos da América.

Desde já, justifica-se a escolha das jurisdições indicadas para estudo. Parte-se da análise da FFT na jurisdição norte-americana, por se tratar do berço da teoria ora estudada. Além disso, não pode ser ignorado o forte e influente papel desenvolvido pelos EUA na área do antitruste. Embora a primeira lei de concorrência tenha sido implementada pelo Canadá – *Act for Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*, de 1889 -, o marco legal histórico da concorrência é o *Sherman Act* norte-americano, datado de 1890 (BAGNOLI, 2017, p. 280). Em relação à aplicação da FFT na União Europeia, esta se justifica pela abrangência dos casos analisados perante a Comissão Europeia, assim como pela impossibilidade de verificação de cada uma das jurisdições nacionais do Continente Europeu, dado o curto período para desenvolvimento do trabalho. Por fim, a opção pela apresentação da FFT no Chile encontra respaldo na necessidade de verificar a aplicação da teoria na América Latina, cenário geográfico também comum ao Brasil.

Os EUA adotam o sistema da *Common Law*,⁵⁷ ou seja, na jurisdição norte-americana os comportamentos são fortemente influenciados e regidos por precedentes judiciais. Não é de

⁵⁶ Como será abordada adiante, a aplicação da FFT pela jurisdição brasileira encontra respaldo, principalmente, na jurisprudência do Cade, bem como em obras de aplicação interna (tais como os Guias elaborados pela autoridade antitruste). Inexiste, na legislação do Brasil, previsão expressa acerca do referido instituto.

⁵⁷ Historicamente, o *common law* tem como principais características a formação de um direito costumeiro, firmado pelo direito dos tribunais, em que, na ausência de norma escrita, compete aos juízes a criação da solução para o caso concreto. De forma diferente, o *civil law* é essencialmente o direito dos códigos, no qual a fonte primordial do direito é a lei escrita (OLIVEIRA, 2014). Segundo Taruffo (2003), por muito tempo,

se estranhar, portanto, que a origem da FFT se dê perante a Suprema Corte norte-americana, especificamente no caso *International Shoe Co. vs. FTC*, datado de 1930⁵⁸.

A *International Shoe Co.*, ao adquirir em 1921 quase a totalidade do capital social de uma concorrente do mercado de fabricação de sapatos - a *W. Mc Elwain Company*, que se encontrava em crise financeira -, foi questionada pelo *Federal Trade Commission* (FTC)⁵⁹ por suposta violação a *Section 7 of the Clayton Act*⁶⁰, na medida em que a operação diminuiria de forma substancial a competição no referido mercado. Todavia, a Suprema Corte do País decidiu pela possibilidade de aprovação da operação por se tratar de empresa com recursos escassos, remota perspectiva de recuperação e probabilidade de falência, não sendo possível vislumbrar prejuízo ao público, por não se constatar diminuição substancial da concorrência ou restrição do comércio (OLIVEIRA JR., 2014, p. 76). De acordo com Blum (1974, p. 66), a Suprema Corte aprovou a operação com base em dois fundamentos alternativos: (i) as empresas envolvidas não estavam sob “concorrência substancial”- defesa aceitável de acordo com o texto do *Clayton Act* antes da reformulação de 1950; ou (ii) a competição existente seria eliminada caso a operação fosse reprovada, na medida em que a *McElwain* estava “falindo”.

O caso em comento tem extrema importância para o estudo do antitruste, pois reconhece a *failing firm* não apenas como uma doutrina técnica relevante para a

sustentou-se que a distinção entre os sistemas em questão estaria nos fatos de que: (i) o *common law* seria um sistema essencialmente oral, enquanto que o *civil law* seria escrito; e (ii) o *common law* seria marcado por um processo adversarial, enquanto que o *civil law* seria mais inquisitorial. Ocorre que tais diferenciações foram superadas, havendo mesclas de tais características em ambos os sistemas. Para o referido autor, por mais que ainda existam diferenças entre os sistemas, o que se vê hoje é a ocorrência de “interferências horizontais” entre os modelos, que permite a adoção de institutos cujas experiências e linhas evolutivas são extremamente heterogêneas (TARUFFO, 2003, p. 8).

⁵⁸ Blum (1974, p. 81) esclarece que o caso *International Shoe Co. vs. FTC* é comumente citado como a origem da FFT. Entretanto, traços da teoria remontam a outros casos anteriores, inclusive citados no referido precedente, que, todavia, não constituíram “*precedents*” nos moldes americanos. São eles os casos *American Press Association vs. United States*, *United States vs. United States Steel Corp* e *Shawnee Compress Co. vs. Anderson*. Os referidos casos não serão analisados nesse trabalho.

⁵⁹ Criada em 1914, com o objetivo de prevenir métodos injustos de concorrência no comércio, a FTC teve sua competência alargada pelo Congresso norte-americano ao longo dos anos, adquirindo maior autoridade para policiar práticas anticompetitivas. Atualmente, a missão da Comissão envolve a proteção dos consumidores e da competição, impedindo práticas comerciais anticompetitivas, enganosas e injustas (FTC, 2019).

⁶⁰ De acordo com Forgioni (2016, p. 75), o *Clayton Act* foi promulgado em 1914, exemplificando e condenando algumas práticas restritivas da concorrência, com destaque à venda casada e à aquisição de controle de outras companhias. De forma específica, o art. 7º do *Clayton Act* tem como objeto a disciplina de fusões (espécie de concentração econômica). Diamant (1979, p. 872, tradução nossa) ensina que “A seção 7 do *Clayton Act* foi projetada para obstar qualquer concentração que possa diminuir substancialmente a concorrência ou criar monopólio em determinado setor”. No original: “*Section 7 of Clayton Act is designed to prevent any merger that would substantially lessen competition or create a monopoly within a particular industry*” (DIAMANT, 1979, p. 872).

regulamentação de atos de concentração. Há o reconhecimento de que a defesa serve a um propósito maior, já que a Suprema Corte teria então considerado que o objetivo principal da lei antitruste seria o interesse público (NZERO, 2014, p. 448).

Oliveira Jr. (2014, p. 77) elenca ainda outros julgados norte-americanos nos quais a FFT foi invocada, salientando que em meados de 1950 a integração da teoria à legislação antitruste foi discutida no Congresso dos EUA, sem obter pleno êxito⁶¹. São eles: (i) *United States vs. Diebold*, em 1962, no qual a Suprema Corte reformou a decisão do tribunal *a quo* que havia acatado a FFT por questões procedimentais, bem como citou os requisitos de que a empresa dita em crise esteja perante uma insolvência irremediável e falência iminente, e de que a empresa adquirente seja a única potencial compradora; (ii) *United States vs. Reed Roller Bit Company*, em 1967, no qual a Corte Distrital de Oklahoma entendeu não ser cabível a aplicação da FFT na compra da *AMF American Iron Inc.* pela *Reed Roller*, por não entender que a *AMF* se encontrava em situação de crise e pelo fato de a adquirente não se mostrar como única opção viável; (iii) *Citizen Publishing Co. vs. United States*,⁶² em 1969, no qual a Suprema Corte afastou a justificativa da *failing firm defense* para aprovação de *joint venture* firmado entre os jornais *Tucson*, *The Citizen* e *The Star*, por entender não estarem presentes nenhum dos requisitos inerentes à teoria - hoje previstos nos Guia de Concentração Horizontal da FTC e do *U. S. Department of Justice (DOJ)*⁶³; e (iv) *United States vs. General Dynamics Corp.*, em 1974, no qual a Suprema Corte, confirmando a decisão da Corte Distrital, afastou a aplicação da FFT por inexistência dos requisitos essenciais, mas, todavia, legitimou a operação pois a permanência da empresa a ser adquirida no mercado não se mostrava como garantia de competição efetiva em contratos futuros (OLIVEIRA JR., 2014, pp. 77-79)⁶⁴.

⁶¹ Embora não encontre previsão legal expressa, há autores, como Blum (1974, p.89), que entendem que a FFT teria recebido sanção legislativa com a aprovação do *Celler-Kefauver Act*, que fortaleceu o *Clayton Act*. Diamant (1979, p. 877) esclarece que em 1950 o Congresso emendou a seção 7 do *Clayton Act* expandindo sua cobertura. Ao eliminar algumas defesas às violações elencadas, a emenda confirmou a FFT nos termos do precedente da Suprema Corte. Igualmente, Low (1969, p.27) declara que o Congresso incorporou a defesa da *failing firm theory* ao estatuto, sem, contudo, fazer-lhe menção *in verbis*.

⁶² Salienta-se que, em 1970, por meio do *Newspaper Preservation Act*, o Congresso norte-americano tornou possível a aprovação de concentrações com o objetivo de resgatar jornais em crise, de certa forma, ensejando a expansão da FFT (Blum, 1974, p. 90).

⁶³ O DOJ é uma agência do governo norte-americano, cuja missão consiste na promoção do cumprimento da lei e da defesa dos interesses dos Estados Unidos (nos termos da lei); na garantia da segurança pública contra ameaças estrangeiras e domésticas; no provimento de liderança no âmbito federal para prevenção e controle do crime; na busca de punição justa para os culpados pela prática de atos ilegais; e na garantia de uma gerência justa e imparcial da justiça para todos os norte-americanos (DOJ, 2019).

⁶⁴ Embora em muitos casos a aplicação da teoria tenha sido refutada na jurisprudência norte-americana, por ausência de requisitos essenciais, é possível elencar alguns casos nos quais a FFT foi aceita: *Granader vs.*

De acordo com Fernandes (2013, p. 6), o desenvolvimento da FFT nos EUA “[...] pretendia evitar os substanciais custos de transação envolvidos na falência de uma empresa, assim como a perda de bem-estar social e os prejuízos gerados para os trabalhadores, os credores, os clientes da firma e a sociedade em geral”.⁶⁵

De forma mais específica, Blum (1974, p. 84), defende que a doutrina da *failing firm* serviria, originalmente, a dois propósitos: (i) conceder misericórdia; e (ii) estimular a competição com a facilitação da entrada de pequenos negócios. Em relação ao propósito “i”, a FFT impediria injúrias desnecessárias à concorrência, apresentando efeitos anticoncorrenciais mínimos. Isto porque, os efeitos anticompetitivos da concentração (entrada rápida e barata da empresa adquirente em um novo mercado, aumento da capacidade de produção da empresa adquirente, adiamento da entrada de novos competidores no mercado, aumento da concentração de poder econômico etc.) não se comparam com aqueles decorrentes da saída da empresa do mercado⁶⁶. Já no que tange ao propósito “ii”, tem-se que a FFT seria boa para empresas pequenas, por ajudar na diminuição do risco de perda do capital. Em suma, “[...] a entrada no mercado é promovida se facilitando a sua saída”⁶⁷ (BLUM, 1974, p. 87, tradução nossa).

A partir das razões históricas elencadas por Fernandes (2013) e Blum (1974), é possível perceber que a FFT tende a conciliar um possível conflito existente entre concorrência e bem-estar social. Se por um lado, a *failing firm* admite a aprovação de operações capazes de gerar efeitos anticoncorrenciais, por outro, a teoria entende que, cumpridos seus requisitos, estes efeitos tendem a ser mínimos e incomparáveis em relação aos prejuízos que a reprovação das operações geraria aos trabalhadores, credores, clientes e todo um complexo social.⁶⁸ Nas palavras de Posner (1981, p. 472, *apud* ZWIRSKA, 2003, p. 23,

Public Bank, United States vs. M. P. M. Inc. e *FTC vs. Great Lakes Chem. Corp.* (HOVENKAMP, 2011, p. 602 *apud* OLIVEIRA JR., 2014, p. 79).

⁶⁵ Nesse sentido, Zwirski (2003, p. 22) ensina que a Suprema Corte norte-americana, no caso *United States vs. General Dynamics Corp.*, enumerou três grupos privados beneficiados por operações envolvendo *failing firms*: (i) os acionistas, por não perderem seus investimentos e lucrarem com a operação; (ii) os credores, por reterem seus direitos e terem seus créditos quitados; e (iii) os trabalhadores, na medida em que uma equipe treinada é sempre atrativa para a empresa adquirente.

⁶⁶ Sobre o tema, Diamant (1979, p. 887) elenca as perdas econômicas decorrentes da falência de uma empresa, quais sejam: a perda de investimento por acionistas e credores, o desemprego, a retirada de certos produtos do mercado etc.

⁶⁷ No original: “[...] *market entry is promoted by easing market exit*” (BLUM, 1974, p. 87).

⁶⁸ Paredes (1996, p. 363-364), um crítico da alegação de que a FFT não gera efeitos anticompetitivos, assume que, muitas vezes, a concentração promove maior concorrência do que a falência ou a saída do mercado dos ativos de uma empresa. Entretanto, esclarece que a suposição de que as concentrações envolvendo *failing firms* são sempre pró-competitivas e preferíveis à falência deixa de considerar os riscos envolvidos.

tradução nossa), a FFT é “[...] um dos exemplos mais claros, na legislação antitruste, do desejo de subordinar a concorrência a outros valores”⁶⁹.

Ademais, tem-se que, nos moldes norte-americanos, a defesa foi moldada como sendo absoluta, de tal modo que “Uma vez que a empresa estivesse falindo e não existissem adquirentes alternativos de boa-fé, a concentração, de outro modo ilegal, deveria ser permitida”⁷⁰ (BLUM, 1974, p. 94, tradução nossa).

Diamant (1979, p. 890) critica essa visão de defesa absoluta, por perpetuar a falsa noção de que concentrações envolvendo empresas em falência não ensejam danos à concorrência. Para a autora, a *failing firm theory*, enquanto uma exceção ao princípio de proteção da concorrência, deveria ser aplicada apenas depois de balanceados os efeitos anticoncorrenciais da operação e as perdas e impactos decorrentes da reprovação da operação (investimentos, desemprego, impacto à indústria etc.).

Igualmente, Paredes (1996, p. 350) argui que a teoria é aplicada de forma absoluta, com base em duas falsas premissas: (i) “raciocínio do interesse privado”, pelo qual as cortes, por meio de seus precedentes, teriam autorizado as agências a sacrificarem a concorrência em nome de interesses privados; e (ii) “raciocínio econômico”, segundo o qual se presume que a aquisição de um competidor em falência não causaria danos substanciais à concorrência. De acordo com Paredes (1996, p. 350, tradução nossa), “A discussão se concentra na expansão injustificada pelos tribunais e agências da tese fixada pela Suprema Corte no caso *International Shoe* na *failing firm* como uma defesa rígida e absoluta”⁷¹. Por fim, defende a aplicação da FFT apenas quando a concentração resultar em maior competição de mercado do que a decretação de falência ou saída do mercado (PAREDES, 1996, p. 382).

Para além dos precedentes judiciais, na jurisdição norte-americana, a teoria encontra respaldo nos Guias de Concentração Horizontal elaborados pela FTC e pelo *Department of Justice* (DOJ). No *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 (revisado em 1997), no item denominado *Failure and Exiting Assets* (Falha e Saída de Ativos), consta que uma concentração empresarial não ensejaria aumento do poder de mercado ou facilitação de seu exercício quando: (i) a suposta empresa em crise não conseguisse cumprir com suas

⁶⁹ No original: “[...] one of the clearest examples in antitrust law of a desire to subordinate competition to other values” (POSNER, 1981, p. 472, apud ZWIRSKA, 2003, p. 23).

⁷⁰ No original: “Once a company was found to be failing and no alternate good faith purchasers existed, an otherwise illegal merger would be allowed” (BLUM, 1974, p. 94).

⁷¹ No original: “The discussion focuses on the unjustified expansion by courts and agencies of the Supreme Court’s holding in *International Shoe* into a rigid and absolute failing firm defense” (PAREDES, 1996, p. 350).

obrigações em um futuro próximo; (ii) a referida empresa não pudesse se reorganizar com sucesso nos termos do Capítulo II do *Bankruptcy Act*; (iii) restasse comprovado que a empresa, de boa-fé, procurou propostas alternativas de aquisição dos ativos da empresa falida razoáveis, que manteriam seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante, representando menor perigo à concorrência do que a proposta em análise; e (iv) caso a operação não acontecesse, os ativos da empresa em crise deixariam o mercado relevante (DOJ; FTC, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 1997, p. 33).

A previsão foi parcialmente reproduzida no *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, o qual prevê que, na análise de atos de concentração, as agências, normalmente, não dão crédito às alegações de que os ativos da empresa em crise deixariam o mercado relevante, o que impediria o aumento do poder de mercado, salvo quando preenchidos os requisitos “i”, “ii” e “iii”, já elencados (DOJ; FTC, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 2010, p.32). Nota-se que, na atual versão do *Horizontal Merger Guidelines* norte-americano, não se exige mais a comprovação de que, sem a operação, os ativos da empresa em crise deixariam o mercado, o que torna mais brando o rigor na aplicação da *failing firm* na jurisdição norte-americana. A partir do novo texto do referido Guia, a saída dos ativos da *failing firm* do mercado é praticamente considerada uma consequência do preenchimento dos 3 requisitos indicados.

No âmbito da União Europeia - organismo de caráter supranacional, marcado pela delegação da soberania pelos Estados-membros em prol da instituição que representa seus interesses comuns (BAGNOLI, 2017, p. 416)-, por sua vez, a apreciação de concentrações de dimensão comunitária⁷² compete à Comissão Europeia (CE), nos termos do art. 2º, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho (2019).

Assim como nos EUA, na UE o estudo acerca da FFT se dá, inicialmente, a partir dos casos decididos pela Comissão⁷³, tendo como ponto de partida o *Kali & Salz-case*, de 1993, no qual a *Kali & Salz-case* adquiriu a empresa alemã *MdK*, pois constatou-se que a empresa a ser adquirida possuía grandes chances de falir, não existiam outros agentes

⁷² De acordo com a consideração 10, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (UE, 2004), “[...] há concentração de dimensão comunitária quando o volume de negócios total das empresas em causa ultrapassa determinados limiares. Tal é o caso, independentemente de as empresas que realizam a concentração terem ou não a sua sede ou os seus principais domínios de actividade na Comunidade, desde que nela desenvolvam actividades substanciais”.

⁷³ Persson (2005, p. 176) ensina que nenhuma previsão legislativa da Comunidade Europeia dispunha sobre a FFT de forma explícita como um fundamento para aprovação de concentrações que criem ou fortaleçam a posição dominante na UE. Contudo, a questão foi suprida com o desenvolvimento jurisprudencial pela Comissão do chamado *rescue merger*.

interessados na operação, bem como era provável que, com a reprovação da operação, a participação de mercado da *MdK* fosse transferida à compradora (OLIVEIRA JR., 2014, p. 82). A decisão foi fundamentada na ideia de *rescue merger*⁷⁴, cujos requisitos eram semelhantes ao da FFT atualmente. Salienta-se que a operação, consistente na criação de uma *joint venture* para atuar no domínio do sal-gema e do potássio, tinha potencial de gerar um monopólio no mercado alemão, com uma concentração de 98% da quota do referido mercado (PINTO, 2016, p. 9).

O mesmo se deu no caso *BASF/Eurodial/Pantochin-case*, em 2001, no qual a *Basf* adquiriu a *Eurodial* e a *Pantoch*, subsidiárias do *SISAS Group*, na medida em que restou comprovado que a reprovação da operação geraria uma deterioração da estrutura do mercado pior do que a aprovação. Ademais, verificou-se que as subsidiárias adquiridas possuíam dificuldades financeiras e que não havia outras possíveis adquirentes (OLIVEIRA JR., 2014, p. 82).

Em meados de 2013, a Comissão aprovou o caso *Olympic/Aegean Airlines*, envolvendo as duas maiores companhias aéreas gregas, sob a justificativa de que o cenário de crise na Grécia ensejaria a saída breve e forçada da *Olympic* do mercado. Esse caso merece destaque por tido sua aprovação negada em 2011, sendo revisado em 2013, em razão das alterações no contexto econômico das empresas envolvidas (PINTO, 2016, pp. 12-13).

Interessante salientar que, anteriormente, em 1991, a defesa havia sido apresentada no caso *Aerospatiale-Alenia/De Haviland*, sendo, contudo, rejeitada (FERNANDES, 2013, p. 7).⁷⁵ A operação, que permitiria que a *Aerospatiale* e a *Alenia*, por meio da *joint venture* ATR (*Avions de Transport Régional*), controlassem 64% do mercado relevante de fabricação de aeronaves, foi bloqueada, entre outros motivos, por existirem outros potenciais compradores (PINTO, 2016, p. 8).

Agnieszka Zwirska (2003, p. 24) esclarece que, no âmbito da União Europeia, são proibidas as concentrações que resultem na criação de posição dominante ou no fortalecimento de dominação já existente. Nesse diapasão, a ideia de *rescue merger* (ou *failing firm*), discutida ao longo do caso *Kali and Salz*, permite, em suma, que a Comissão aprove uma concentração capaz de gerar tais efeitos, desde que reste demonstrada a inexistência de um nexo de causalidade entre a concentração e a posição dominante.

⁷⁴ Numa tradução literal, “fusão de resgate”.

⁷⁵ Os casos *Saint Gobain/Wacker-Chemie/NOM* (1996) e *Blokker/Toys “R” US* (1997) também resultaram na rejeição da aplicação da FFT (PINTO, 2016, p. 10).

Embora a FFT não encontre respaldo na legislação comunitária da UE em sentido estrito, a questão é regulamentada pelas “Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”, publicadas em 2004, cujos enunciados se baseiam na experiência obtida pela Comissão na apreciação das concentrações horizontais (nos termos do Regulamento n.º 4064/89, que entrou em vigor em 21 de Setembro de 1990) e na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (UE, ORIENTAÇÕES, 2004, p. 1).

No texto em comento, em sua versão em português, a FFT é tratada sob o título de “argumento da empresa insolvente”, e permite que a Comissão decida pela compatibilidade com o mercado comum de uma concentração que, *a priori* seria problemática sob o viés concorrencial, por envolver uma empresa insolvente, sob a justificativa de “[...] não se poder considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela concentração” (UE, ORIENTAÇÕES, 2004, p. 14). Para tanto, o órgão antitruste deve considerar a presença dos seguintes requisitos:

Em primeiro lugar, a empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido a dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa. Em segundo lugar, não existe qualquer aquisição alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada. Em terceiro lugar, na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado (UE, ORIENTAÇÕES, 2004, p. 14).

É interessante destacar que, diferentemente da evolução ocorrida na aplicação da FFT sob a perspectiva norte-americana, na União Europeia, ao invocar a aplicação da *failing firm*, as empresas envolvidas no ato de concentração, para além dos demais requisitos elencados, precisam ainda demonstrar que, sem a operação, os ativos da empresa em crise deixariam o mercado, de forma inevitável. Tal exigência, embora embasada na origem do instituto, encontra críticas na doutrina europeia, como por exemplo, aquela apresentada por Carla Figueiredo Pinto (2016, p.28), segundo a qual “[...] a prova deste critério será extremamente difícil, pois só em situações excepcionais os ativos de uma empresa não suscitarão interesse de aquisição por parte de outras empresas”.

Salienta-se que, por partir da premissa de que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não é causada pela concentração, a aplicação da FFT na União Europeia está intrinsecamente relacionada à análise dos cenários com e sem aprovação

da operação (análise contrafactual). Desse modo, não são considerados apenas os requisitos formais da *failing firm theory*, mas também fatores sociais, regionais, industriais, de emprego e, também, as características do setor econômico afetado (MOLINA, 2016, p. 119).

Por fim, quanto à utilização da *failing firm theory* pelo Chile, tem-se que as autoridades do País reconhecem o instituto desde 1981, em razão do caso que envolveu a aquisição do controle acionário da *Cervecera del Pacífico S.A.* pela *Comercial Huechuraba Ltda.*

Por outro lado, em 2012, a FFT passou a ser prevista no *Guía para el análisis de operaciones de concentración* elaborado pela Fiscalía Nacional Económica (FNE)⁷⁶, Órgão Antitruste Chileno. Sob a nomenclatura de “*Excepción de empresa en crisis*”, a FFT, sob os moldes chilenos, exige que reste comprovado que: (i) a empresa supostamente em crise, em razão de seus problemas econômicos, deixará o mercado futuramente se não for absorvida por outra empresa; (ii) a saída da empresa em crise tornará inevitável o desaparecimento dos ativos tangíveis e intangíveis dessa empresa do mercado; e (iii) inexistência de opção menos onerosa para preservar os ativos da empresa no mercado, tendo sido realizados esforços para encontrar opções alternativas (REPÚBLICA DO CHILE, GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN, 2012, p. 26). Trata-se de requisitos semelhantes aos aplicados pela Comissão Europeia, razão pela qual não serão aqui aprofundados.

3.2 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS GERAIS PARA APLICAÇÃO DA *FAILING FIRM* NO CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A aplicação da FFT (nas jurisdições estudadas) exige o cumprimento de alguns requisitos, aqui definidos como pressupostos gerais de aplicação. Trata-se de questões a serem comprovadas pelas partes de um ato de concentração, objetivando a aprovação daquele com base na *failing firm theory*.

A partir da leitura dos requisitos utilizados pelas autoridades antitruste norte-americana, europeia e chilena, é possível elencar alguns requisitos essenciais compartilhados pelas jurisdições, bem como aqueles inerentes a cada um dos regimes (sem previsão nos

⁷⁶ A partir de 1º de julho de 2017 o Guia, que tinha aplicação obrigatória, deixou de produzir efeitos, admitindo, entretanto, sua utilização pelos funcionários da FNE quando compatível com a legislação chilena, que sofreu modificações naquele ano.

demais)⁷⁷. Quanto aos pressupostos para aplicação da FFT nas jurisdições em comento, o Quadro 7 abaixo:

Quadro 7 – Pressupostos Gerais de Aplicação da FFT pelas autoridades/agências antitruste nos EUA, UE e Chile.

Jurisdição	Requisitos para aplicação da FFT
EUA	<p>1) Impossibilidade da empresa em crise cumprir com suas obrigações em um futuro próximo;</p> <p>2) Impossibilidade da referida empresa se reorganizar com sucesso nos termos do capítulo II do <i>Bankruptcy Act</i> (legislação de falência norte-americana); e</p> <p>3) Demonstração de que a empresa, de boa-fé, procurou propostas alternativas de aquisição dos ativos da empresa falida razoáveis, que manteriam seus tangíveis e intangíveis no mercado relevante, representando menor perigo à concorrência do que a proposta em análise.</p> <p>Observação: Saída dos ativos da empresa em crise do mercado como resultado do preenchimento dos requisitos acima e não propriamente como requisito.</p>
UE	<p>1) A empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido às dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa;</p> <p>2) Inexistência de qualquer aquisição alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada; e</p> <p>3) Na ausência da concentração, os ativos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado.</p> <p>Observação: Além dos requisitos elencados, não se poderia considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela operação em si.</p>
Chile	<p>1) empresa supostamente em crise, em razão de seus problemas econômicos, deixará o mercado futuramente se não for absorvida por outra empresa;</p> <p>2) A saída da empresa em crise tornará inevitável o desaparecimento dos ativos tangíveis e intangíveis dessa empresa do mercado; e</p> <p>3) Inexistência de opção menos onerosa para preservar os ativos da empresa no mercado, tendo sido realizados esforços para encontrar opções alternativas.</p>

Fonte: *Horizontal Merger Guidelines* (2010), *Orientações* (2004), *Guía para el análisis de operaciones de concentración* (2012).

Como se vê, a União Europeia e o Chile compartilham requisitos semelhantes para a aplicação da FFT, exigindo a demonstração de que sem a operação a empresa em crise deixaria o mercado, os ativos tangíveis e intangíveis da empresa desapareceriam do mercado e inexistiria opção menos onerosa à concorrência. Perante a União Europeia, provados os requisitos da FFT, ainda, deve-se comprovar que a possível deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não seria causada pela concentração. Por sua vez, nos

⁷⁷ No presente tópico serão abordados os requisitos elencados/sintetizados nos Guias de Concentração e assemelhados, observadas as edições mais recentes.

EUA, exige-se que reste comprovada a situação de crise, por meio da impossibilidade de cumprimento futuro de obrigações financeiras e a impossibilidade de reorganização de acordo com a legislação falimentar do país. Ainda, há a necessidade de demonstração de que inexistente saída menos danosa à concorrência (requisito comum às demais jurisdições). Nessa jurisdição, cumpridos os pressupostos gerais de aplicação, a saída dos ativos da empresa do mercado, na hipótese de não concentração, seria presumida (caracterizando-se mais como consequência do que como pressuposto).

Uma vez anunciados os pressupostos gerais de aplicação da *failing firm theory*, é preciso analisá-los de forma pormenorizada, a fim de compreender de fato o argumento de defesa em comento. Serão, em suma, abordados os seguintes requisitos: (i) situação de crise que torne impossível o adimplemento das obrigações em um futuro próximo; (ii) impossibilidade de reorganização da empresa de acordo com a legislação falimentar; (iii) inexistência de soluções alternativas menos danosas à concorrência; (iv) saída dos ativos do mercado; e (v) ausência denexo causal entre a operação e a degradação da concorrência.

Primeiramente, em relação ao item “i”, tem-se a necessidade de demonstração da existência de grave crise econômico-financeira, que torne a empresa insolvente num futuro próximo (incapaz arcar com suas obrigações), ensejando sua retirada do mercado.

Não se trata aqui de problemas econômicos passageiros, mas sim de uma grave crise que inviabilize, futuramente, a atividade empresarial. Nesse sentido, Oliveira Jr. (2014, p. 121) esclarece que “Não é qualquer crise que legitima a operação. [...] ela deve ser grave, de tal maneira que seja apta a acarretar a insolvência em futuro próximo e, conseqüentemente, a saída do empreendimento do mercado relevante [...]”. Em suma, exige-se um cenário de insolvência econômica ou crise de liquidez, no qual o ativo é inferior ao passivo, tornando improvável o adimplemento de obrigações perante os credores (FERNANDES, 2013, p. 20). Nas palavras de Blum (1974, p. 105, tradução nossa), “*Failing* é uma alta, mas não especificada, probabilidade de falência”^{78, 79}.

⁷⁸ No original: “*Failing is a high, but unspecified, probability of failure*” (BLUM, 1974, p. 105).

⁷⁹ No mesmo sentido, Zwirnska (2003, p. 8, tradução nossa) disserta que “Para invocar a *failing firm theory*, a empresa em crise deve estar genuinamente “falindo”. Isso significa que a empresa deve estar insolvente, à beira da insolvência ou em iminente perigo de colapso financeiro. As cortes têm aplicado este requisito de forma muito estrita. Os fatores de que a esperança de recuperação da empresa é nebulosa ou inexistente devem ser provados”. No original: “*In order to invoke the failing firm defence, the failing company should be genuinely failing. This means that the company must be insolvent, on the verge of insolvency, or in imminent danger of financial collapse. The Courts have applied this requirement very strictly. The factors that the company’s hopes for recovery are dim or non-existent have to be proved*” (ZWIRNSKA, 2003, p. 8).

Sob a perspectiva da FFT no âmbito da União Europeia, Carla Figueiredo Pinto (2016, p. 22-24) destaca alguns cuidados importantes a serem considerados quanto às dificuldades financeiras enfrentadas pela suposta *failing firm*: (i) a empresa não deve ter sido declarada insolvente, mas sim estar na iminência de o ser; (ii) a comprovação da situação financeira da empresa deve levar em consideração sua rentabilidade, liquidez e solvabilidade; (iii) perdas significativas não ensejam necessariamente uma situação de crise financeira/insolvência; (iv) situações transitórias de crise não ensejam a caracterização de insolvência; e (v) necessidade de distinção entre *failing firm* e *failing division*.

Embora não exista uma lista de requisitos capazes de determinar se uma empresa realmente encontra-se impossibilitada de arcar com suas obrigações financeiras em um futuro próximo, é possível elencar uma série de fatores a serem considerados pelas agências responsáveis pela apreciação do ato de concentração. São eles: (i) lucros atuais negativos; (ii) declínio de vendas; (iii) custos superiores à receita; (iv) passivo superior ao ativo num determinado período de tempo; (v) se as perdas de curto prazo tendem a ser repetir; (vi) possibilidade ou não empresa conseguir novas receitas e/ou consumidores; (vii) declínio da produtividade; (viii) exaurimento ou não do fornecimento de insumos-chave; (ix) má-administração atual; (x) existência de uma tendência irreversível descendente etc. (DIGANGI, 2012).

Como se vê, comprovar a situação de futura insolvência de uma empresa exige esforços das partes envolvidas em um ato de concentração, as quais possuem tal ônus probatório. Igualmente, a análise realizada pelas agências antitruste deve ser pormenorizada, atentando-se à real existência de crise econômico-financeira (efetiva e não passageira), capaz de afetar a empresa ao ponto de se retirar futuramente do mercado, por sua incapacidade de arcar com as obrigações assumidas, caso não haja aquisição por outra empresa.

Para além da demonstração de futura insolvência, outro requisito inerente à FFT é a comprovação da impossibilidade de reorganização da empresa de acordo com a legislação falimentar. Trata-se do requisito “ii”, exclusivamente previsto no *Merger Guidelines* norte-americano. Com base nesse pressuposto geral de aplicação, é necessário analisar se o procedimento falimentar seria capaz de corrigir os problemas financeiros da empresa, eliminando suas dívidas (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO - OCDE, EUA, 2009, p. 5). Se o for, não se admite a aplicação da *failing firm*. Segundo Nzero (2014, p. 452, tradução nossa):

A prova de que uma empresa está à beira da falência nunca é suficiente. As partes devem demonstrar porque a empresa não pode se reorganizar sob as leis de falência. Isso se destina a garantir que as partes venham exaurir todas as possibilidades capazes de manter uma estrutura de mercado competitiva antes de recorrer a uma fusão anticompetitiva. Isso ocorre porque se acredita que as reorganizações sob a legislação falimentar, normalmente, resultam em uma empresa mais competitiva. Deve, portanto, restar demonstrado que a fusão prevista é a única opção disponível para salvar a empresa em crise da saída do mercado relevante⁸⁰.

É importante salientar que não se exige a submissão ao procedimento de recuperação ou falência da empresa (FERNANDES, 2013), apenas a demonstração de que, observados tais procedimentos, a reorganização da empresa em crise não seria possível. Em resumo, pretende-se comprovar que a aprovação da concentração é a única solução viável aos problemas financeiros enfrentados pela empresa, os quais não seriam solucionados por meios legalmente constituídos.

Quanto ao item “iii”, inexistência de soluções alternativas menos danosas à concorrência, é necessário que as partes interessadas na concentração demonstrem que efetivaram esforços de boa-fé em busca de soluções alternativas de aquisição mais benéficas à concorrência, ou seja, que inexistente adquirente alternativo à operação. Dessa maneira, “Se existir uma outra empresa interessada em adquirir a “failing firm”, que se revele uma opção menos gravosa para a concorrência, então à partida dever-se-á dar preferência a essa solução” (PINTO, 2016, p. 26).

Assim, compete à autoridade antitruste analisar se as empresas envolvidas na operação de concentração empreenderam esforços de boa-fé na busca por adquirentes diversos, não obtendo êxito, apesar destes esforços (OLIVEIRA JR., 2014, p.127). Para tanto, podem ser requisitadas informações acerca do número e variedade de empresas contatadas, do tipo e da qualidade das ofertas apresentadas aos possíveis adquirentes alternativos, da seriedade e legitimidade de possíveis ofertas etc. (OCDE, EUA, 2009, p. 6) O ônus da prova compete às partes envolvidas na concentração.

Exige-se a demonstração de que inexistente comprador alternativo capaz de gerar menores danos à concorrência. Entretanto, não se trata de qualquer comprador, mas sim de adquirente que se comprometa a pagar um valor razoável, assim considerada qualquer

⁸⁰ No original: “*Proof that a firm is on the brink of bankruptcy is nevertheless not enough. The parties are required to motivate that it cannot be reorganized under bankruptcy laws. This is meant to ensure that the parties exhaust all available avenues necessary to maintain a competitive market structure before resorting to an anticompetitive merger. This is because reorganisations under bankruptcy laws are accepted as ordinarily resulting in a more competitive firm. It must thus be motivated that the contemplated merger is the only option available to save the failing firm from exiting the relevant market*” (NZERO, 2014, p. 452).

proposta acima do montante equivalente à liquidação dos ativos da *failing firm* (NZERO, 2014, p. 452).⁸¹

No que diz respeito à saída dos ativos da empresa do mercado, item “iv” a ser estudado, trata-se de pressuposto geral de aplicação da FFT nas jurisdições chilena e da União Europeia. Já nos EUA, a questão se apresenta como uma consequência direta do cumprimento dos demais requisitos da *failing firm theory*, e não como pressuposto a ser comprovado perante a autoridade antitruste⁸².

Enquanto requisito para aplicação da *failing firm theory*, exige-se a demonstração de que “[...] os bens da *failing firm* deixarão de operar no mercado relevante [...]” (OLIVEIRA JR., 2014, p. 129), caso não ocorra a concentração almejada.

Nesse cenário, é preciso comprovar que, na hipótese da operação não ser aprovada, o encerramento das atividades produtivas e a dissolução da sociedade empresária serão inevitáveis, não havendo a aquisição desses ativos pelos concorrentes (FERNANDES, 2013, p. 29-30).⁸³

É preciso compreender, ainda, se, sem a concentração, os ativos da empresa em crise econômica permanecerão no mercado em seu uso comum ou serão realocados, gerando maior eficiência. Sob esta perspectiva, Carla Figueiredo Pinto (2016, p. 27) defende que o requisito em comento tem como escopo proteger os consumidores e a estrutura do mercado concorrencial, na medida em que visa salvaguardar os efeitos negativos aos consumidores decorrentes da saída dos ativos do mercado (tais como diminuição da qualidade ou quantidade de determinado produto e o aumento de preço), bem como tem como justificativa a presunção de que a aquisição dos ativos por outras empresas pode ter efeitos concorrenciais similares ou

⁸¹ Importante esclarecer que, de acordo com Blum (1974, p. 102, tradução nossa), “Outros adquirentes não necessitam ter ofertas tão lucrativas quanto o maior competidor; a diferença entre as ofertas de boa-fé pode ser uma medida do valor do poder de monopólio”. Assim, não se deve buscar necessariamente a melhor oferta no sentido monetária/financeiro, mas sim sob a perspectiva de manutenção do cenário concorrencial. No original: “*Other purchasers need not have offers as lucrative as that of the largest competitor; the difference between good faith offers would be a measure of the value of monopoly power*” (BLUM, 1974, p. 102).

⁸² Nesse diapasão, o argumento apresentado por Oliveira Jr. (2014, p. 129): “Apenas deve-se atentar para o fato de que, conjugadas determinadas circunstâncias, a saída do ativo é, na verdade, consequência inevitável. Por exemplo, uma vez demonstrado que a empresa está em grave crise que acarreta a insolvência e que não existe a possibilidade de recuperação, o que acontecerá com os ativos, caso não haja alguma operação econômica? Inevitavelmente sairão do mercado. Dessa forma, a depender dos demais critérios exigidos, elencar a saída dos ativos da empresa em crise como requisito para aplicação da *failing firm defense* parece redundante”.

⁸³ DiGangi (2012, p. 291, tradução nossa) complementa a questão, ensinando que “Se os ativos de uma empresa ainda tiverem valor, eles não deixarão o mercado sem a aquisição e, portanto, a *failing firm theory* não seria aplicável”. No original: “*If a firm’s assets still have value they will likely not leave the market absent the acquisition and therefore the failing firm defense would not apply*” (DIGANGI, 2012, p. 291).

menos prejudiciais, se comparada à aquisição por uma só empresa. Todavia, nem sempre a aquisição pulverizada dos ativos é benéfica, pois, muitas vezes, estes são realocados para outros mercados.

Por fim, quanto ao item “v”, consistente na ausência denexo causal entre a operação e a degradação da concorrência, trata-se de base para a aplicação da FFT perante a União Europeia. Nos termos das Orientações (UE, 2014, p. 14), “O requisito de base consiste em não se poder considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela concentração. É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma extensão, na ausência da concentração”.

Entende-se que ocorrendo o ato de concentração envolvendo uma *failing firm*, a estrutura de mercado deve permanecer, ao menos, neutra quando comparada ao cenário sem a concretização da operação (FERNANDES, 2013, p. 31). Essa exigência nada mais é do que a necessidade de uma análise de causa x efeito entre a aprovação do ato de concentração e as condições de mercado futuras (OLIVEIRA JR., 2014, p. 130). Nesse cenário, o método contrafactual⁸⁴, que pode ser definido como um teste de causalidade, ganha destaque. A partir da construção de cenários hipotéticos, busca-se umnexo de causalidade (ou sua inexistência) entre a concentração e a deterioração da concorrência (PINTO, 2016, p.17).

Em resumo, comprovada a inexistência de relação direta entre a concentração e a deterioração do mercado, cumulada aos demais requisitos, admite-se a aplicação da *failing firm theory*.

⁸⁴ Sobre o tema, é importante esclarecer que “A análise de contrafactual desenha conclusões válidas, independentemente da definição estrita das fronteiras do MR [mercado relevante] ou de avaliação do *market share* dos agentes envolvidos na operação. O Cade pode comparar diferentes cenários em busca de evidências que demonstrem os efeitos concorrenciais da fusão sob análise” (GUIA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, 2016, p. 49). Ainda, ensina Lima Filho (2017, p. 421-422) que “Trata-se da construção de cenários para ponderar os efeitos anticoncorrenciais e a preservação da empresa, estabelecendo o nexode causalidade entre o ato de concentração e o futuro do mercado. A rigor, há um cotejo entre o cenário futuro com e sem a operação em determinado mercado. [...] Com efeito, no parágrafo 89 da Seção VIII, que trata da *failing firm*, o Guia de Concentrações Horizontais da Comissão Europeia dispõe que constitui requisito básico da aplicação da teoria a perspectiva de que a deterioração da estrutura do mercado não será causada pelo ato de concentração. Destaca ainda que não se considerará como prejudicial à estrutura concorrencial a operação em que as projeções de sua ausência revelarem efeitos anticompetitivos de igual extensão. Outrossim, no parágrafo 9 da Seção II (Overview), há a previsão dessa comparação de cenários com a possibilidade de se levar em consideração os efeitos futuros, inclusive com a saída da empresa do mercado. Isso significa realizar estudos preditivos com base na realização do ato de concentração e comparar com uma prognose do mercado sem a operação – a análise contrafactual. Não seria demais observar, nesse sentido, que a análise dos efeitos anticoncorrenciais leva em consideração, para efeito de comparação, não o cenário atual, mas aquele decorrente da ausência do ato de concentração (com a saída dos ativos do mercado ou a aquisição por outros agentes do mercado relevante).

3.3 DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE *DECLINING MARKET*, *FAILING DIVISION*, *FLAILING FIRME* E *FAILING FIRM*

A aplicação da FFT depende da comprovação de determinados requisitos, que podem variar, parcialmente, em cada jurisdição. Entretanto, por possuir características específicas, a *failing firm theory* não pode ser confundida com outros institutos correlatos, como: (i) *declining market*; (ii) *failing division theory* (FDT); e (iii) *flailing firm*.

O conceito e características da FFT já foram apresentados. Assim, neste tópico serão abordados os institutos indicados, especialmente, no que diferem da *failing firm*.

Primeiramente, tem-se que a FFT não pode ser confundida com a ideia de *declining market*. Sob a perspectiva de que a indústria e o mercado andam em paralelo com o ciclo de vida dos produtos, é indiscutível que “mercados maduros”⁸⁵ ou em “amadurecimento” tendem a se estagnar, entrar em declínio (ORCULLO JR., 2007, p. 214). Nesse cenário, “[...] mercado estagnado ou em declínio é a situação na qual a demanda por produtos e serviços está vacilando ou desacelerou e o produto foi extinto do mercado”⁸⁶ (ORCULLO JR., 2007, p. 214, tradução nossa).

São características de mercados em declínio, de acordo com Orcullo Jr. (2017, p. 214): (i) crescimento mais lento da demanda em comparação ao mercado como um todo; (ii) intensificação da competitividade, na medida em que os rivais tendem a batalhar pelo *market share*⁸⁷; (iii) a prosperidade e o crescimento da empresa em um *declining market* depende da aquisição do *market share* das concorrentes; e (iv) consolidação de um número pequeno de *players*, por meio das concentrações.

A ideia de *declining market* não se confunde com a FFT, pois na primeira o mercado apresenta uma crise permanente que torna o risco de saída alto para todos os agentes econômicos que o compõem, já na segunda, o risco de saída de mercado, em razão de uma

⁸⁵ Patrick Roos (2006, p. 18, tradução nossa) explica que “Um mercado maduro pode ser descrito como um mercado no qual a indústria passou de um estágio de rápido crescimento para uma fase de crescimento mais moderada e devagar”. No original: “*A mature market can be described as a market where the industry has moved from a more rapid growth stage into a more moderate and slow growth phase*” (ROOS, 2006, p. 18).

⁸⁶ No original: “*Stagnant or declining market is a situation whose demand for the product or services is faltering or has slowed down and its product becoming extinct in the market*” (ORCULLO JR., 2007, p. 214).

⁸⁷ Acerca do conceito de *market share*, disserta Nusdeo (2016, p. 123): “O conceito de grande ou pequena unidade em economia é muito específico. Ele não está necessariamente ligado aos dados característicos da unidade em si, tais como tamanho, volume da produção ou número de empregados, mas sim à posição relativa da mesma no conjunto dos integrantes daquele mercado. O que determina se uma empresa é grande ou pequena vem a ser a sua capacidade ou não de influir sobre as condições do mercado onde opera, principalmente sobre os preços nele praticados. É o que no jargão inglês é chamado de *market share*”.

grande crise econômico-financeira, é de uma empresa em específico, não do mercado como um todo.

Ademais, de plano, é possível depreender que atos de concentração envolvendo *declining markets* tendem a gerar um menor risco à concorrência, na medida em que o mercado como um todo se apresenta em crise. Diferentemente, a FFT se aplica em casos em que determinada empresa se encontra com dificuldades financeiras, provavelmente, em um mercado estável e favorável, com competidores potenciais.

Igualmente, a FFT não se confunde com o instituto da *failing division*, que consiste na hipótese na qual a empresa em crise se apresenta, v.g., como filial de outra, que pode ser denominada “empresa-mãe” (PINTO, 2016, p.24). Trata-se, em resumo, da afirmação de que uma empresa, que faz parte de outra saudável, tem como única forma de saída de um cenário de iminente falência (ou crise financeira) sua aquisição por outra (WEIL, GOTSHAIL & MAGES LLP, 2006, p. 25-7).

No âmbito do FTC e do DOJ, tem-se a indicação de dois requisitos a serem comprovados (distintos daqueles indicados para aceitação da FFT), a fim de reconhecer a aplicabilidade do argumento da *failing division*, são eles:

[...] (1) aplicando regras de alocação de custo que refletem nos verdadeiros custos econômicos, a divisão teve um fluxo negativo de caixa persistente em uma base operacional, e este fluxo de caixa negativo não é economicamente justificável para a empresa por benefícios como vendas adicionais em mercados complementares ou clientes com boa vontade; e (2) o dono da divisão em crise realizou esforços de boa-fé, embora mal sucedidos, a fim de obter ofertas alternativas razoáveis que poderiam manter seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e representariam um perigo menos severo para a concorrência do que a operação de aquisição proposta (DOJ; FTC, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 2010, p.32, tradução nossa)⁸⁸.

Comentando a semelhança entre os requisitos para aplicação da FFT e FDT, Nzero (2014, p. 451) adverte acerca da importância em considerar ambas as doutrinas distintas, embora essa distinção seja um pouco obscura e negligenciada, já que a *failing division theory* vem sendo tratada como uma espécie de doutrina subsidiária à FFT. Segundo o autor, os

⁸⁸ No original: “(1) *applying cost allocation rules that reflect true economic costs, the division has a persistently negative cash flow on an operating basis, and such negative cash flow is not economically justified for the firm by benefits such as added sales in complementary markets or enhanced customer goodwill; 17 and (2) the owner of the failing division has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers that would keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed acquisition*” (DOJ; FTC, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 2010, p.32).

litigantes e as cortes tendem a arguir e aplicar a FFT em detrimento da FDT. Cita, a fim de subsidiar a necessidade de tratamento especial a cada uma das doutrinas, o caso *Roller Bit Co. and Blue Bell Inc.*, no qual as partes deixaram de comprovar os requisitos da *failing firm* quando a empresa claramente possuía divisões com ativos em crise (sendo passível de análise sob a óptica da FDT).

Quanto aos impactos da FDT à concorrência, de acordo com *ABA Section of Antitrust Law* (2008, p. 280, tradução nossa), "A arguição da *failing division* é altamente suscetível de manipulação e abuso, então, os três elementos da *failing firm* defense devem ser demonstrados por evidências claras e convincentes"⁸⁹.

De forma semelhante, a Delegação dos Estados Unidos no Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) destacou a necessidade de observância também dos requisitos da FFT quando da análise de casos envolvendo *failing divisions* (OCDE, EUA, 2009, p. 7). Segundo a Delegação, muitas dificuldades adicionais surgem quando a concentração econômica envolve *failing divisions*: primeiramente, pois a liberdade na alocação de custos entre as divisões de um grupo econômico pode fazer com que uma divisão que não se encontra em crise pareça estar; além disso, é difícil para as agências mensurar os valores que o grupo poderia investir na divisão em crise futuramente, caso não houvesse a concentração com terceiros (OCDE, EUA, 2009, p. 7).

Por sua vez, a Delegação da Comissão Europeia no Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômica (OCDE) frisou que inexistente previsão para aplicação da FDT no Guia de Concentrações da União Europeia. Todavia, em se tratando de concentrações envolvendo *failing divisions*, entende-se ser necessária uma análise minuciosa (OCDE, UE, 2009, p. 6). Em suma, "[...] é necessário avaliar se o fechamento iminente de uma dada divisão de negócios é o resultado de uma decisão administrativa de retirar-se do mercado ou se há, de fato, uma falha econômica em jogo"⁹⁰ (OCDE, UE, 2009, p. 6, tradução nossa).

⁸⁹ No original: "*The failing division claim is highly susceptible to manipulation and abuse, so the three elements of the failing firm defense must be demonstrated by clear and convincing evidence in such claims*" (ABA SECTION OF ANTRITRUST LAW, 2008, p. 280).

⁹⁰ No original: "[...] *it has to be assessed whether the imminent closure of a given business division is the result of a management decision to withdraw from that market or whether there is a real economic failure at stake*" (OCDE, UE, 2009, p. 6).

Como se vê, embora semelhantes, a FFT e a *failing division* não se confundem. Enquanto a primeira envolve toda uma estrutura em crise, a segunda versa acerca de uma divisão em situação econômico-financeira complicada. Na medida em que a FDT decorre da crise em uma divisão determinada, e não na empresa em si, esta enseja maiores riscos à concorrência, principalmente, em razão da dificuldade para comprovação de que a crise é verdadeira e não um instrumento criado pelas partes interessadas na concentração.

A teoria da *failing firm* também não se confunde com a *flailing firm*. Uma empresa é considerada *flailing* quando ela pode não ser tão competitiva no futuro quanto era no passado - ou é no presente (OCDE, EUA, 2009, p. 7). Parte-se da perspectiva de que “A condição financeira enfraquecida de uma empresa pode, mas não invariavelmente, indicar que é improvável que a empresa compita no futuro”⁹¹ (OCDE, EUA, 2009, p. 7, tradução nossa). Por não se tratar de um futuro competidor, entende-se que, a princípio, a concentração envolvendo uma *flailing division* não teria o condão de diminuir a concorrência futuramente. Sobre o tema, disserta Mario Antonio Pérez Molina (2016, p. 116-117, tradução nossa):

Como se desprende de seu próprio nome, a teoria da *flailing firm* não engloba as operações de concentração em que a empresa objeto de aquisição – ou uma de suas divisões – se encontra em profunda crise que a obrigue a sair do mercado em curto prazo. Antes disso, essa teoria faz referências às transações em que o operador é financeiramente débil, por carecer dos recursos financeiros necessários para competir de forma eficiente no futuro. Portanto, as limitações da empresa a ser adquirida no momento de celebração do ato de concentração são fatores a serem considerados na análise antitruste, pois disso depende a que a empresa débil ou com meras dificuldades exerça, em longo prazo, sua função competitiva, isto é, possa pressionar ou restringir o comportamento do restante dos competidores de um determinado setor econômico⁹².

Lauren N. Noris (2010) adverte que uma situação financeira enfraquecida é, talvez, o argumento mais fraco para justificar um ato de concentração e, portanto, não deve ser utilizado como defesa inicial. Ademais, como advertido por Molina, é essencial que se proceda à análise apurada dos impactos anticoncorrenciais, a fim de verificar se a concentração envolvendo uma *flailing firm* irá fomentar a concorrência. Nesses casos, a análise dos cenários presente e futuro, com e sem concentração, é extremamente relevante.

⁹¹ No original: “A firm’s weakened financial condition may, but will not invariably, indicate that it is unlikely to compete effectively in the future” (OCDE, EUA, 2009, p. 7).

⁹² No original: “Como se desprende de su propio nombre, la teoría de la *flailing firm* defence no abarca las operaciones de concentración en las que la empresa objeto de adquisición –o una de sus divisiones– se encuentran en una profunda crisis que le obliga a salir del mercado a corto plazo. Antes bien, esta teoría hace referencia a las transacciones en las que el operador es financieramente débil, por carecer de los recursos financieros necesarios para competir de forma eficiente en el futuro” (MOLINA, 2016, p. 116-117).

3.4 DA EFETIVA APLICAÇÃO DA *FAILING FIRM THEORY* NO BRASIL

Ao tratar da aplicação da *failing firm theory* no Brasil, primeiramente, é essencial entender como o termo deve ser traduzido, para então compreender as regras de efetivação em voga no País.

A fim de compatibilizar a nomenclatura na língua portuguesa com os pressupostos gerais de aplicação da FFT (estudados anteriormente), Oliveira Jr. (2014, pp. 66-67) sugere a utilização do termo “teoria da empresa em crise”, em detrimento da tradução literal, sob os argumentos de que: (i) o termo “empresa” se mostra mais adequado do que as traduções possíveis de “empresário” ou “sociedade empresária”, já que a atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços é afetada pela crise; e (ii) o termo “falindo” (bem como, “em falência” e “falimentar”) não é compatível com o sentido original da FFT, pois, juridicamente, no Brasil a ideia de falência pressupõe uma decretação judicial, requisito alheio quando da aplicação da FFT nas demais jurisdições, bem como os pressupostos para decretação de falência nem sempre são compatíveis com a ideia de grave crise empresarial.

Entretanto, é mais comum a utilização da tradução “teoria da empresa insolvente”, empregada pela União Europeia em seus documentos escritos na língua portuguesa, assim como pelo Cade em seu guia para análise de atos de concentração horizontal.

Passa-se agora à análise da aplicação da FFT no Brasil. Tem-se que, assim como na sua origem, a *failing firm* não encontra fundamento legal expresso no Brasil. Sua aplicação decorre da internalização de conceitos e requisitos alienígenas, incorporados pela doutrina e pela jurisprudência.

Por se tratar de doutrina sem embasamento legal expresso no Direito Pátrio, a análise da FFT, no presente tópico, encontra três focos de estudo: (i) as decisões proferidas pelo Cade, nas quais há menção ao instituto; (ii) os critérios de aplicação elencados pelo Cade em seu guia; e (iii) o posicionamento dos doutrinadores nacionais acerca do tema.

Assim, no que concerne à aplicação da FFT pelo Cade, é preciso analisar os casos nos quais a teoria foi mencionada e/ou considerada pela autarquia em comento.

Inicialmente, é preciso esclarecer que o quadro abaixo foi produzido com dados retirados do sítio eletrônico do Cade, na aba “Pesquisa Processual”, em 28 de março de 2019. A pesquisa foi elaborada utilizando as seguintes palavras-chave no campo “Pesquisa Livre”: *failing firm* (40 resultados), *failing company* (20 resultados), teoria da empresa insolvente (1

resultado) e teoria da empresa em crise (1 resultado). Os 62 resultados encontrados se referem aos 26 Atos de Concentração Ordinário elencados no Quadro 8. Não foram adotados critérios de delimitação temporal, bem como foram utilizadas buscas em "Processos", "Documentos Gerados" e "Documentos Externos", delimitando-se a busca ao tipo de processo "Finalístico: Ato de Concentração Ordinário" (ACO). As informações, elencadas no Quadro abaixo, encontram-se atualizadas até a data de 4 de abril de 2019.

Quadro 8 – Casos em que houve menção acerca da FFT perante o Cade

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
<p>ACO 08700.003955/2018-71</p> <p>Partes: Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda.</p> <p>Data da Registro: 21/06/2018</p>	<p>Natureza da operação: contrato associativo;</p> <p>Setor econômico: Fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano;</p> <p>FFT: Não houve menção da defesa pelas partes, todavia foi citada a importância da operação em face das dificuldades financeiras e operacionais enfrentadas pela Biochimico.</p>	<p>A Superintendência-Geral do Cade (SG) recomendou a aprovação do ato de concentração sem ressalvas. Não houve avocação pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade). Não ocorreu qualquer discussão acerca da FFT e seus requisitos.</p>
<p>ACO 08700.005137/2017-21</p> <p>Partes: Nadir Figueiredo Indústria e Comércio S.A. (NF) e Owens-Illinois do Brasil Indústria e Comércio Ltda (O-I).</p> <p>Data de Registro: 18/08/2017</p>	<p>Natureza da operação: Trespasse de estabelecimento e aquisição de ativos (máquinas e moldes), marcas, além de estoque da O-I;</p> <p>Setor econômico: Produção de utilidades domésticas de vidro;</p> <p>FFT: Pedido de aplicação analógica da FFT ao caso, pois embora a O-I não se encontre em situação falimentar, a decisão de saída do mercado estaria tomada, com a saída dos ativos da empresa do mercado haveria a redução da oferta e diversidade dos produtos, bem como a NF se apresentaria como a única compradora possível.</p>	<p>Extinção do processo sem julgamento de mérito, na medida em que a operação não se efetivou. Quanto à FFT, restou consignado no voto da Conselheira Relatora que a analogia à teoria da <i>failing firm</i> não foi verificada.</p>
<p>ACO 08700.004163/2017-32</p> <p>Partes: Grupo Petrotex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A.</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição pelo Grupo Petrotex de todas as ações da Companhia Petroquímica de Pernambuco (PSUAPE) e da Companhia Integrada Têxtil de Pernambuco (CITEPE), subsidiárias da Petrobras;</p>	<p>Aprovação da concentração condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC). Menção à FFT no voto vencido, que sugeriu a reprovação da operação, no sentido de inaplicabilidade da <i>failing firm</i>, na medida em que a dificuldade</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
<p>Data de Registro: 07/07/2017</p>	<p>Setor econômico: Mercado de produção, distribuição, transporte e comercialização de <i>Purified Terephthalic Acid</i> (PTA) e insumos na cadeia de poliéster;</p> <p>FFT: Não se trata expressamente da <i>failing firm</i>, mas a operação é indicada como instrumento no processo de saneamento das finanças da Petrobras, que estaria em situação de crise financeira. A SG reconheceu indícios da FFT, mas não considerou comprovada a incapacidade de manter suas obrigações, bem como a iminente saída dos ativos do mercado.</p>	<p>financeira não implicaria necessariamente a aceitação do argumento. Outrossim, a operação indicada não seria a melhor alternativa para a saída dos ativos da Petrobras do mercado em comento.</p>
<p>ACO 08700.002155/2017-51</p> <p>Partes: Companhia Ultragaz S.A. e Liqueigás Distribuidora S.A.</p> <p>Data de Registro: 07/04/2017</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição, pela Ultragaz, da totalidade de ações representativas do capital social da Liqueigás;</p> <p>Setor econômico: Mercado de distribuição de gás liquefeito de petróleo (GLP);</p> <p>FFT: Não é objeto de discussão no caso.</p>	<p>Reprovação da operação. Menção à FFT no voto vencido da Conselheira Relatora, a fim de explicar que não se adota a <i>failing firm</i> para justificar a aprovação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentração.</p>
<p>ACO 08700.007553/2016-83</p> <p>Partes: Mataboi Alimentos Ltda. e JBJ Agropecuária Ltda (JBJ).</p> <p>Data de Registro: 12/11/2016</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição, pela JBJ, da totalidade do capital social da Mataboi Participações Ltda. e de sua subsidiária integral (Mataboi Alimentos Ltda);</p> <p>Setor econômico: criação de gado para corte, abate de bovinos por frigoríficos certificados, comercialização de carne bovina <i>in natura</i> desossada para o atacado e comercialização de carne bovina <i>in natura</i> desossada no varejo;</p> <p>FFT: Alegação de que, sem a operação, a empresa adquirida deixaria de cumprir as obrigações da recuperação judicial, não haveria alternativa superior, nem outros compradores interessados.</p>	<p>Reprovação da operação. Quanto à aplicabilidade da FFT, esta foi afastada, na medida em que as partes não comprovaram a ocorrência de todos os requisitos. De acordo com o voto do Conselheiro Relator, não foi comprovado que a operação era absolutamente necessária para a manutenção dos ativos da Mataboi no mercado e que o grupo JBJ era o único interessado na operação. Ademais, após a operação, o grupo JBJ fechou uma planta da empresa adquirida, demonstrando que não pretenderia manter os ativos da empresa no mercado, indo de encontro à lógica da <i>failing firm</i>.</p>
<p>ACO 08700.006444/2016-49</p>	<p>Natureza da operação: aquisição da integralidade do capital social da Alesat pela Ipiranga;</p>	<p>Reprovação da operação. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
Partes: Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. e Alesat Combustíveis S.A. Data de Registro: 19/09/2016	Setor econômico: Mercado de produção de derivados de petróleo, distribuição de combustíveis líquidos, distribuição de gás natural veicular (GNV) etc. FFT: Não houve menção à defesa pelas partes. A SG mencionou a FFT a fim de afastar sua análise ao caso.	
ACO 08700.003636/2016- 01 Partes: Legion Consumer Assets I LLC e União de Lojas Leader S.A. (ULL) Data de Registro: 11/05/2016	Natureza da operação: Aquisição pela Legion da totalidade de ações representativas do capital social total e votante da União de Lojas Leader. Setor econômico: Mercados varejistas. FFT: Alegação de que a ULL se encontra débil financeiramente, sem condições de se reerguer sem a aprovação da operação, sugerindo impactos negativos a funcionários, sociedade e concorrência. Não há menção expressa à FFT pelas requerentes, apenas por terceiro interessado que alegou a inaplicabilidade da FFT ao caso.	Aprovação da operação sem restrições pelo Tade, confirmando a decisão da SG e não homologando a avocação pela conselheira. Voto do relator no sentido de que, embora a saúde financeira das empresas não possa ser relegada pelas autoridades antitruste, em casos simples, nos quais não há sobreposição horizontal, não há justificativa para o alongamento dos procedimentos.
ACO 08700.002084/ 2016-14 Partes: Marcopolo S.A. e San Marino Ônibus e Implementos Ltda. Data de Registro: 17/03/2016	Natureza da operação: Incorporação da L&M pela Marcopolo; Setor econômico: Mercado brasileiro de carrocerias de ônibus urbanos, rodoviários, micro-ônibus e miniônibus; FFT: Mercado em crise. Entretanto, a SG disse que a FFT não seria analisada no caso.	Aprovação da operação sem restrições. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.
ACO 08700.001180/ 2016-37 Partes: VD Comércio de Veículos Ltda. e Divesa – Distribuidora Curitibana de Veículos Ltda. Data de Registro: 19/02/2016	Natureza da operação: Associação das partes para exploração conjunta, por meio de uma nova empresa especialmente constituída para tal fim, das atividades relativas à venda de caminhões e ônibus da marca Mercedes-Benz, bem como de peças e prestação de serviços de garantia; Setor econômico: Mercado de venda de veículos comerciais;	Aprovação da operação sem restrições. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
	<p>FFT: Há menção à <i>failing firm</i> pela SG para afastar sua análise ao caso, apenas.</p>	
<p>ACO 08700.010688/2013-83</p> <p>Partes: JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda.</p> <p>Data de Registro: 06/12/2013</p>	<p>Natureza da operação: Locação de três unidades de abate e desossa de propriedade da Rodopa e da Forte Empreendimentos, pela JBS.</p> <p>Setor econômico: Mercado de produção de carne bovina <i>in natura</i>.</p> <p>FFT: De acordo com Parecer Técnico n.º 138, da SG, houve alegação das partes de que a Rodopa se encontra com problemas financeiros, sem, contudo, utilizar o argumento da <i>failing firm</i>. No referido parecer, a FFT foi afastada, de ofício, na medida em que haveria a possibilidade da empresa saldar suas dívidas por outros meios, bem como a possibilidade de venda/locação a outros interessados.</p>	<p>Aprovação da operação condicionada à celebração e cumprimento de ACC. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.</p>
<p>ACO 08012.003324/2012-14</p> <p>Partes: Qualicorp Administradora de Benefícios S.A.; Qualicorp Corretora de Seguros S.A., Aliança Administradora de Benefícios de Saúde Ltda., GA Consultoria, Administração e Serviços Ltda., Afinidade Administradora de Benefícios Ltda., Equilibrar Corretora de Seguros Ltda., Padrão Administradora de Benefícios Ltda., Padrão Administração e Corretagem de</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição pela Qualicorp de: (i) ações representativas de 60% das sociedades objeto da operação e transferência de contratos de corretagem celebrados pela GAPE corretora (Grupo Aliança); (ii) todos os negócios referentes à administração de benefícios e prestação de serviços de representação, agenciamento, intermediação, comissionamento e corretagem da Afinidade Administradora e Equilibrar Corretora; e (iii) sociedades integrantes do Grupo Padrão.</p> <p>Setor econômico: Planos coletivos por adesão.</p> <p>FFT: Alegação pelas requerentes de que sem a operação as empresas deixariam o mercado.</p>	<p>Aprovação da operação condicionada à formalização de termo de compromisso de desempenho. Não houve discussão acerca da FFT.</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
<p>Seguros Ltda., PS Brasil Administração e Corretagem de Seguros Ltda. e Voloto Consultoria Empresarial Ltda.</p> <p>Data de Registro: 02/05/2012</p>		
<p>ACO 08012.002689/2011-41</p> <p>Partes: KPMG Risk Advisory Services Ltda., BDO Auditores Independentes e BDO Consultores Ltda.</p> <p>Data de Registro: 26/03/2011</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição, pela KPMG, por sua filial no Brasil, da maioria do capital social das empresas BDO Auditores Independentes e BDO Consultores Ltda.</p> <p>Setor econômico: Serviços de auditoria, consultoria tributária e consultoria em geral.</p> <p>FFT: Menção ao termo “<i>failing firm</i>” no documento <i>Competition and choice in the UK audit Market</i>, sem relação com a teoria em si.</p>	<p>Aprovação da operação, condicionada à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.</p>
<p>ACO 08012.007520/2009-62</p> <p>Partes: Companhia Brasileira de Cartuchos, Amadeo Rossi S.A. Metalúrgica e Munições e Metal Craft Metalúrgica Ltda.</p> <p>Data de Registro: 22/09/2009</p>	<p>Natureza da operação: Locação de ativos da Amadeo Rossi e parte do imóvel onde está instalada (de propriedade da Metal Craft), pela Companhia Brasileira de Cartuchos.</p> <p>Setor econômico: Mercado de espoletas e chumbinhos.</p> <p>FFT: Menção da FFT no parecer do Procade n.º 33/2011. Declaração das partes de que a unidade de espoletas da Rossi caracteriza uma <i>failing division</i>.</p>	<p>Aprovação da operação sem restrições, por se apresentar como um mercado em declínio. Argumentos da FFT e FDT afastados, pois não houve comprovação dos requisitos essenciais. A divisão não só apresentou lucros em 2003 e 2004, como não restou demonstrada a inexistência de alternativas menos anticompetitivas e a impossibilidade da empresa se reorganizar financeiramente.</p>
<p>ACO 08012.004423/2009-18</p> <p>Partes: Sadia S.A. e Perdigo S.A.</p> <p>Data de Registro: 09/06/2009</p>	<p>Natureza da operação: Incorporação das ações da Sadia pela Perdigo, que será sua controladora, com a criação da BRF Brasil Foods S.A.</p> <p>Setor econômico: Setor alimentício.</p> <p>FFT: Menção da FFT no parecer da empresa Tendências Consultoria Integrada, no sentido de que a falência de uma das empresas fusionadas deve ser levada em conta quando da análise de atos de</p>	<p>Operação aprovada, condicionada à assinatura de termo de compromisso de desempenho. Vencido o relator, que votou pela reprovação da operação. A aplicabilidade da FFT foi afastada no voto do relator, que defendeu a necessidade de cautela em sua aplicação, bem como a inadequação do relaxamento da legislação antitruste enquanto instrumento de assistência de firmas com dificuldades financeiras. A aplicação da <i>failing firm</i> deveria se</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
	<p>concentração. Entretanto, reconhece-se sua inaplicabilidade ao caso, na medida em que haveria saídas para além da concentração em si. Por outro lado, ao longo do processo, as Requerentes pediram que a situação financeira da Sadia fosse levada em consideração.</p>	<p>restringir aos casos em que restar demonstrado que a não ocorrência da fusão ensejou consequências piores aos consumidores do que a aprovação do ato de concentração. Necessidade de comprovação de que: (i) a firma insolvente deverá ser incapaz de cumprir com suas obrigações financeiras; (ii) a firma é incapaz de se organizar por meio da falência ou recuperação de empresa; (iii) a firma empreendeu esforços de boa-fé na busca de compradores alternativos; e (iv) sem a fusão, os ativos da empresa sairão do mercado, em detrimento dos consumidores. Nenhum dos requisitos restou comprovado no caso.</p>
<p>ACO 08012.000304/1998-81</p> <p>Partes: Amadeus Rossi S.A. e Forjas Taurus S.A.</p> <p>Data de Registro: 16/10/2006</p>	<p>Natureza da operação: Contrato de compra e venda de ativos, pelo qual a Taurus adquiriu todo acervo industrial da Rossi relacionado à produção e comercialização de armas curtas, estoques de matéria-prima, produtos em processo de fabricação e prontos, além da cessão dos direitos de utilização da marca "Rossi".</p> <p>Setor econômico: Mercado de armas curvas, munições, coletes, escudos e algemas.</p> <p>FFT: Alegação das requerentes de que a operação seria a única alternativa viável para impedir a imediata cessação das atividades da Rossi. Parecer do ProCade pela inaplicabilidade da FFT ao caso, pois os demonstrativos da Rossi não comprovariam a situação de estado falimentar, nem haveria demonstração de que seus ativos sairiam do mercado. Taurus alegou desinteresse na aplicação da <i>failing firm</i> ao caso.</p>	<p>Aprovação da operação sem restrições com imposição de multa por intempestividade. O relator destacou a alegação de grave dificuldade financeira, mas deixou de apreciar a questão da FFT. Em razão do decurso do tempo entre a operação e sua notificação, entendeu que o prosseguimento da análise concorrencial da operação seria inócuo.</p>
<p>ACO 08012.001697/2002-89</p> <p>Partes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda.</p> <p>Setor econômico: Fabricação de chocolates e confeitos.</p>	<p>Desconstituição da operação, por maioria. Não houve discussão acerca da FFT perante o Tade.</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
<p>Data de Registro: 15/03/2002</p>	<p>FFT: Menção à FFT nos pareceres do Sr. David Scheffman e da empresa Hunton & Williams, juntados aos autos pela Kraft Foods Brasil S/A, no sentido de não aplicação ou dificuldade de aplicação da teoria.</p>	
<p>ACO 08012.005205/1999-68</p> <p>Partes: São Juliano Participações Ltda. (Grupo Saint Gobain) e Casil Indústria e Comércio S.A.</p> <p>Data de Registro: 22/06/1999</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição da totalidade do capital ordinário da Casil pelo Grupo Saint Gobain, por meio de sua <i>holding</i> São Juliano.</p> <p>Setor econômico: Produtos minerais não metálicos.</p> <p>FFT: A Casil enfrentava problemas financeiros antes da aquisição. Eficiências decorrentes da operação se referem, em suma, ao saneamento financeiro da empresa. As requerentes não alegaram a aplicação da <i>failing firm</i> de maneira expressa. Menção à FFT no parecer técnico n.º 10 da SEAE, no sentido de não aplicação por falta de demonstração da busca por compradores alternativos.</p>	<p>Operação aprovada sem restrições. A FFT não foi discutida no voto do relator, por se tratar de questão muito mais complexa do que a demonstração de fragilidade financeira e não ter sido arguida pelas requerentes, não sendo considerada quando da análise dos benefícios da operação.</p>
<p>ACO 08012.005184/1999-90</p> <p>Partes: Marco Polo S.A. e Ciferal Comércio, Indústria e Participações S.A.</p> <p>Data de Registro: 14/06/1999</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição de 50% do capital social votante da Ciferal pela Polo Investimentos Ltda. (controlada pela Marcopolo S.A.). Ainda, cláusula de opção de compra de mais 30% do capital da referida empresa, ao final do ano seguinte da operação.</p> <p>Setor econômico: Fabricação e comercialização de carrocerias para ônibus.</p> <p>FFT: Arguição da FFT pelas requerentes, sob a justificativa de que, sem a operação, a Ciferal sairia do mercado e abandonaria seus ativos. Menção da <i>failing firm</i>, no parecer elaborado pelo Prof. Mario Luiz Possas, que afirma ser necessário comprovar: (i) incapacidade iminente de arcar com compromissos financeiros, (ii) busca por ofertas alternativas, e (iii)</p>	<p>Aprovação da operação. Não houve discussão acerca da FFT.</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
	saída dos ativos da empresa em crise do mercado, na hipótese de não concentração; estando presentes no caso os itens “i” e “ii”.	
<p>ACO 08012.005843/1998-43</p> <p>Partes: Serrana de Participações S.A., Manah S.A., Banco Sul América S.A. e Takenaka S.A. Indústria e Comércio.</p> <p>Data de Registro: 11/08/1998</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição da Takenaka pela Serrana, Manah e Banco Sul América.</p> <p>Setor econômico: Fertilizantes.</p> <p>FFT: Alegação de que a Takenaka vem apresentando resultados financeiros e operacionais negativos, que resultaram no pedido de concordata, elevação do endividamento, impossibilidade de adimplemento de suas obrigações e, finalmente, a venda da totalidade de suas ações.</p>	<p>Aprovação da operação, sem restrições. Não houve discussão acerca da FFT.</p>
<p>ACO 0167/1997</p> <p>Partes: Serrana de Fertilizantes e IAP S.A.</p> <p>Data de Registro: 29/07/1997</p>	<p>Natureza da operação: Alienação do negócio de fertilizantes, superfosfatos e rocha fosfática da IAP para a Serrana.</p> <p>Setor econômico: Produção e comercialização de fertilizantes NPK (Nitrogênio, Fósforo e Potássio), superfosfatados e rocha fosfática.</p> <p>FFT: Alegação pelas requerentes que a operação encontra justificativa no fato de que a IAP vinha enfrentando dificuldades financeiras, não possuindo condições de cumprir seus compromissos imediatos.</p>	<p>Aprovação da operação, sem restrições. Não houve discussão acerca da FFT.</p>
<p>ACO 08000.013759/1997-98</p> <p>Partes: Echlin do Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Indústria e Comércio Brosol Ltda.</p> <p>Data de Registro: 04/06/1997</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição dos ativos, direitos, estoques e obrigações da Brosol pela Echlin.</p> <p>Setor econômico: Fabricação e venda de autopeças para veículos automotivos.</p> <p>FFT: Alienação da empresa foi justificada na situação pré-falimentar da Brosol, cuja concordada preventiva levou o Bradesco a controlar a empresa, saneando-a e preparando-a para a venda, por não se tratar do negócio principal do banco (principal</p>	<p>Aprovação do ato de concentração, condicionada a alienação ou arrendamento de ativos referentes a produção e comercialização de bombas de combustíveis mecânicas. De acordo com o relator, a analogia da FFT norte-americana com a legislação brasileira seria perfeitamente possível, na medida em que a aquisição da Brosol garantiria a continuidade da produtividade da empresa, beneficiando consumidores e impedindo a extinção da firma. Outrossim, teriam sido comprovadas: (i) a incapacidade da empresa arcar</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
	credor).	com suas obrigações financeiras (pedido de concordata); (ii) a impossibilidade de reabilitação; e (iii) a dificuldade para encontrar um comprador alternativo, mesmo sendo feitos esforços de boa-fé. Em oposição, uma conselheira alegou que os requisitos essenciais não teriam sido cumpridos, em especial a demonstração de busca por compradores alternativos, capazes de evitar a formação de um monopólio.
<p>ACO 08000.000588/1997-64</p> <p>Partes: Simara - Participações, Administração e Transportes Ltda. e Silcar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda.</p> <p>Data de Registro: 08/01/1997</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição de 38,21% do capital social da Simara pela Silcar.</p> <p>Setor econômico: Mercado interno de cimento.</p> <p>FFT: Menção à FFT no parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae). As requerentes negaram o interesse na aplicação da FFT.</p>	<p>Aprovação da operação, sem restrições. Não houve discussão acerca da FFT.</p>
<p>ACO 92/1996</p> <p>Partes: Incepa - Indústria Cerâmica Paraná S.A. e Celite S.A. Indústria e Comércio.</p> <p>Data de Registro: 12/09/1996</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição do controle acionário da Celite pela Incepa.</p> <p>Setor econômico: Mercado de revestimentos cerâmicos, metais e louças sanitárias.</p> <p>FFT: As requerentes alegaram a aplicação da FFT, na medida em que a Celite se encontraria em situação pré-falimentar e teria sido colocada à venda por dois anos, sem êxito.</p>	<p>Aprovação da operação, sem restrições. Em seu voto o relator afastou a aplicação da FFT, pois não restaria demonstrada a observância de todos os requisitos essenciais, inclusive, não haveria comprovação da oferta pública da firma (demonstração de ausência de adquirentes alternativos).</p>
<p>ACO 84/1996</p> <p>Partes: Metal Leve S.A. Indústria e Comércio, Mahle GmbH e COFAP – Companhia Fabricadora de Peças.</p> <p>Data de Registro: 19/07/1996</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição do controle acionário da Metal Leve pela Mahle e pela COFAP.</p> <p>Setor econômico: Setor de autopeças.</p> <p>FFT: Alegação das requerentes de que a Metal Leve estava encontrando dificuldades para enfrentar a concorrência.</p>	<p>Aprovação parcial do ato de concentração (reprovação no que concerne ao mercado de camisas de pistões). De acordo com o voto da conselheira relatora, os requisitos da FFT na prática norte-americana são restritos e não se encontram presentes de forma definitiva nos autos (em especial, o requisito da empresa não ser capaz de honrar com suas obrigações financeiras num futuro próximo). Por não haver</p>

Processo	Síntese do caso	Decisão do Cade
		<p>provas de que a Mahle se encontrava em situação pré-falimentar, à FFT foi relegada à uma função analógica e subsidiária, nos mercados de pistões e peças sintetizadas.</p>
<p>ACO 44/1995</p> <p>Partes: Belgo-Mineira Participação, Indústria e Comércio Ltda., Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Mendes Júnior Siderurgia S.A.</p> <p>Data de Registro: 16/07/1995</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição do controle acionário da Mendes Júnior Siderurgia pela Cia. Siderúrgica Belgo Mineira.</p> <p>Setor econômico: Setor siderúrgico.</p> <p>FFT: Alegação de aplicação da FFT pelas partes envolvidas na concentração, de forma expressa.</p>	<p>Aprovação da operação sem condições. Embora a SEAE tenha se posicionado no sentido de aplicação da FFT ao caso (na medida em que propostas alternativas de aquisição não foram exitosas), o conselheiro-relator se posicionou contra a aplicação da <i>failing firm theory</i> no caso, sob o argumento de que as informações apresentadas pelas partes não seriam qualitativamente suficientes para demonstrar que a Belgo-Mineira seria a única alternativa viável para manter o funcionamento da empresa em crise.</p>
<p>ACO 0053/1995</p> <p>Partes: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A., Companhia Vale do Rio Doce e Companhia Paulista de Ferro-Ligas (CPFL).</p> <p>Data de Registro: 10/07/1995</p>	<p>Natureza da operação: Aquisição do Grupo Paulista de Ferro-Ligas pela Vale-Usiminas Participações S.A.- VUPSA.</p> <p>Setor econômico: Mercado nacional de ferro-ligas.</p> <p>FFT: Alegação das requerentes de que a aquisição do controle acionário da CPFL foi realizada com o objetivo de salvar a empresa da falência, que chegou a ser decretada. Despacho do conselheiro-relator, no sentido de que a FFT parte da perspectiva de que aproveitar a produtividade dos ativos da empresa é preferível à sua retirada do mercado. Todavia, naquele momento a situação falimentar da CPFL não estaria comprovada. Necessidade de demonstração, ao longo do processo, de que a empresa não poderia arcar com suas obrigações e não poderia se organizar a luz da legislação falimentar.</p>	<p>Aprovação da operação sem condições. Em razão dos reduzidos efeitos concentracionais horizontais e da reduzida possibilidade de dano à concorrência decorrente das concentrações verticais, assim como em face dos expressivos ganhos de eficiência decorrentes da operação, o conselheiro relator deixou de analisar a aplicabilidade da FFT ao caso.</p>

Fonte: Autora.

Da leitura dos dados levantados, verifica-se que: (i) há, ao menos, 26 processos sob a égide do procedimento ordinário, nos quais se menciona a teoria da *failing firm* perante o Cade, embora a mesma não seja arguida como defesa em todos eles; (ii) dos 26 processos, em 12 não houve discussão acerca da teoria perante o Tade; (iii) em 4 casos, a FFT não foi analisada pelo Tribunal, por se tratar de tema complexo não arguido expressamente pelas partes, em razão da simplicidade dos casos e baixo risco à concorrência ou, ainda, pelo decurso do tempo entre a operação e seu julgamento, o que tornaria inviável discutir os efeitos da operação; (iv) em 1 dos casos, a FFT não foi analisada por suposta incompatibilidade com a aplicação de um ACC às requerentes; (v) em 1 dos julgados, restou consignada a inaplicabilidade da *failing firm*, por analogia, quando a empresa decide, voluntariamente, encerrar suas atividades (ou seja, sem ser obrigada a se retirar do mercado por razão de crise financeira); (vi) em 7 processos, a *failing firm* foi refutada por inobservância dos requisitos da teoria (salienta-se que inexistente uniformidade quanto aos requisitos em si); e (vii) 1 caso foi aprovado com base na *failing firm*, todavia houve divergência quanto à observância dos requisitos nos votos do relator e de um dos conselheiros. Veja-se o Quadro 9, o qual sintetiza as informações relacionadas à pesquisa junto ao banco de dados do Cade:

Quadro 9 – Sintetização dos dados do quadro 8

Característica	Número de Processos	Percentual (%)
Número de casos que mencionam a FFT	26	100
Casos em que a FFT foi simplesmente mencionada, sem ser objeto de discussão de fato pelo TADE	12	46,15
Casos em que a FFT não foi analisada pelo TADE, por se tratar de tema complexo não arguido pelas partes, em razão da simplicidade dos casos e baixo risco à concorrência ou, ainda, pelo decurso do tempo entre a operação e o julgamento, o que tornaria inviável a discussão acerca dos efeitos da operação	4	15,38
Casos em que restou consignada a inaplicabilidade da FFT, por analogia, pois a empresa teria decidido encerrar suas atividades voluntariamente, sem ser obrigada a se retirar do mercado por razões de crise financeira	1	3,85
Casos em que a FFT deixou de ser analisada por suposta incompatibilidade com a aplicação de ACC às partes	1	3,85
Casos em que a aplicação da FFT foi refutada por não observância dos requisitos essenciais	7	26,92
Casos aprovados com base na FFT	1	3,85

Fonte: Autora

Para além dos processos encontrados - no levantamento ora realizado-, Fernandes (2013, p. 14) dá destaque para dois outros atos de concentração em trâmite perante o Cade, nos quais houve discussão acerca da aplicação da FFT⁹³: (i) Ato de Concentração n.º 08012.007374/1997-34, envolvendo as empresas Baesa, Pepsi e Brahma, no qual o argumento da *failing firm* teria sido rejeitado pela não comprovação da inexistência de compradores alternativos. No caso, foram adotados os critérios do Merger Guidelines norte-americano de 1992; e (ii) Ato de Concentração n.º 08012.014340/2007-75, envolvendo as empresas Mineração Areiense S/A e Votorantim Metais Zinco S/A, que deu ensejo a uma das primeiras aprovações de um ato de concentração pelo Cade com fulcro na FFT⁹⁴. No referido caso, o Cade concluiu que os efeitos da operação seriam mais benéficos do que a reprovação, bem como a observância dos parâmetros da *failing firm* (FERNANDES, 2013, p. 14).⁹⁵ No que tange ao Ato de Concentração n.º 08012.014340/2007-75, disserta Oliveira Jr. (2014, p. 107):

Ainda que outros motivos tenham sido listados para aprovação da operação, a aplicação da teoria da *failing firm* foi fundamento principal do julgado, configurando esse caso, pois, um precedente no qual o CADE, ao analisar uma operação, constatou o preenchimento de todos os requisitos para a *failing firm defense* e a aplicou. Deve-se observar, entretanto, que o caso não tratava exatamente de uma *failing company*, mas sim do que se chama de uma *failed company*. A aquisição realizada pela Votorantim era de ativos referentes a uma massa falida, portanto empresa já inoperante. A teoria da *failing firm*, nas mais variadas jurisdições até aqui estudadas, não exige que a situação de crise empresarial chegue a tal ponto para poder ser considerada legítima a concentração econômica.

Recentemente, em meados de 2016, o Cade incorporou expressamente (e de forma administrativa) a FFT ao controle estrutural realizado pela autarquia, passando a prever a

⁹³ Ambos os processos tramitaram sob o Rito Sumário (Ato de Concentração Sumário- ACS), razão pela qual não foram englobados na busca realizada no desenvolvimento do presente trabalho.

⁹⁴ É interessante salientar que, embora a primeira aprovação com base da FFT tenha supostamente ocorrido nos autos em comento, a questão já vinha sendo discutida há muitos anos. Nesse sentido, Oliveira Jr. (2014, p.103) explica que a primeira discussão acerca da FFT, perante o Cade (enquanto autarquia), ocorreu no âmbito do Ato de Concentração n.º 0016/1994, no qual figuravam como requerentes a Siderúrgica Laisa S/A (Grupo Gerdau) e a Cia. Siderúrgica Pains (Grupo Korf Gimbh). A operação foi aprovada parcialmente, sem a aceitação do argumento da *failing firm*, já que as partes não teriam comprovado a insolvência da empresa adquirida, nem que a sobrevivência desta dependeria exclusivamente da aquisição pela Gerdau (OLIVEIRA JR., 2014, p. 104). Por outro lado, no levantamento jurisprudencial ora desenvolvido, verificou-se a aprovação de ato de concentração com fulcro na FFT, em relação à alienação da Brosol, em 1999. Embora não tenha havido consenso, o relator admitiu a aplicação da *failing firm* no caso (*vide* ACO 08000.013759/1997-98).

⁹⁵ Restou consignada nos autos que “Considerando essas informações- (baixas barreiras à entrada, rivalidade, possibilidade de importação e poder de barganha das siderúrgicas), somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa em fase de liquidação judicial (teoria da *failing company*), e, em especial, no qual -houve leilão judicial com proposta apenas da VMZ (fl. 6), há de se considerar que é desnecessária a solicitação de maiores informações acerca do mercado, de modo que a operação deve ser aprovada sem restrições” (CADE, ACS n.º 08012.014340/2007-75, 2019).

teoria no “Guia: Análise de Atos de Concentração Horizontal”, sob a alcunha de “teoria da empresa insolvente”. No referido guia, são elencados os requisitos para aplicação da *failing firm* no Brasil. São eles:

(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 econômico; 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. Igualmente, aqui, o requisito de efeitos líquidos não-negativos deve ser preenchido. É dizer que o Cade deve concluir que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação (e da, acredita-se, provável falência da empresa) seriam piores que a concentração gerada pela operação. O ônus da prova da existência desses elementos recai sobre as requerentes (CADE, GUIA, 2017, p. 55).

Trata-se de requisitos bastante semelhantes àqueles elencados pela União Europeia e pelo Chile, especialmente, no que tange à necessidade de demonstração de inexistência de nexos causal entre a operação e a deterioração do mercado. Note-se, que inexistente menção à legislação falimentar, o que reforça a noção de que a situação de *failing* é fática e não, necessariamente, jurídica (embora a prévia submissão ao processo de recuperação de empresas possa servir como prova de que foram empreendidos esforços na busca de alternativas menos danosas).

Já na doutrina pátria, por sua vez, embora ainda sejam poucos os estudos acerca da FFT, é possível encontrar críticas e também apoio à aplicação da *failing firm* pelo Cade. Chinaglia e Motta (2016, p. 158), por exemplo, ao questionarem se a concorrência deve ser diminuída em prol da preservação da empresa, ou vice-versa, entendem que a solução deve ser encontrada no caso concreto. Todavia, criticam a incorporação da FFT pelo Cade em seu manual sobre atos de concentração, sob a justificativa de que:

[...] para fomentar o soerguimento de empresas em crise, seria mais salutar que o Cade, em vez de elaborar documentos não vinculativos que limitam administrativamente as chances de superação de crise sem qualquer base legal, preocupasse-se em melhor orientar os agentes de mercado acerca de formas ágeis e flexíveis sob o ponto de vista concorrencial para soerguimento, a exemplo da autorização precária para realização de ato de concentração – especificamente no bojo de um procedimento falimentar ou recuperacional -, que ainda carece de maior detalhamento legal e infralegal (CHINAGLIA; MOTTA, 2016, p. 159).

Fernando Antônio Alves de Oliveira Jr. (2014, p.146), por sua vez, defende que a aplicação da FFT no Brasil. Para o referido autor, a *failing firm*, mesmo não possuindo previsão legislativa expressa, encontraria fundamento constitucional nos princípios da livre concorrência e da preservação da empresa. Advoga no sentido que as consequências do art. 88, § 5º, da Lei n. 12.529/2011 não seriam passíveis de ocorrência quando observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) comprovação de que, sem a concentração econômica, a empresa em situação de grave crise financeira se tornará insolvente num futuro próximo; (ii) demonstração de que, apesar dos esforços efetivos das partes, não foi possível encontrar uma alternativa viável à aquisição da empresa, menos danosa à concorrência; e (iii) após a análise dos cenários com e sem operação, depreende-se que a deterioração da concorrência não pode ser imputada ao ato de concentração em si (OLIVEIRA JR., 2014, p. 146). Entretanto, segundo Oliveira Jr. (2014, p. 146-147), quando apenas os requisitos “i” e “ii” forem preenchidos, haverá um conflito normativo, sem resposta prévia. Nesses casos, a solução deveria ser buscada pelo julgador com base na ponderação, utilizando-se da dignidade da pessoa humana e do critério material da busca pelo benefício dos consumidores.

De forma semelhante, Mendes e Matias (2018, p. 29-30), dissertam que a FFT está “[...] em harmonia com a melhor interpretação da legislação antitruste e com o entendimento contemporâneo de Direito Concorrencial no Brasil, qual seja, o de que a defesa da concorrência é meio de garantia do bem-estar coletivo, o que se encaixa na medida em que há maior eficiência alocacional”. Para eles, a *failing firm* tem aplicação nos casos em que restar demonstrado que: (i) sem a operação a falência da empresa é presumível e essa é ainda mais danosa do que a concentração em si; (ii) não há meio menos lesivo à concorrência para a recuperação da empresa; e (iii) com a decretação da falência, há grande probabilidade dos ativos deixarem o mercado (MENDES; MATIAS, 2018. P. 26-27).

Buscando adaptar os requisitos estrangeiros à realidade pátria, Fernandes (2013, p. 37) sugere que a transposição da FFT para o controle de atos de concentração perante o Cade deve observar quatro requisitos. Primeiramente, a empresa deve ser considerada insolvente econômico e juridicamente (*vide* art. 94, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência). Além disso, devem ser observados os requisitos da Lei n.º 11.101/2005, ou seja: (i) o plano de recuperação extrajudicial deve conter a opção pela operação de concentração; (ii) o plano de recuperação judicial prevê a opção pelas soluções declinadas nos incisos II e III, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência; (iii) a falência iminente impede a recuperação judicial;

ou (iv) a empresa não atenda os requisitos para requerer a recuperação judicial, declinados no art. 48, da lei em comento. Exige-se, ainda, que inexistam alternativas de aquisição (menos lesivas à concorrência e que concordem em pagar o valor de liquidação da firma). Por fim, que o ato de concentração tenha o condão de gerar menos prejuízo à concorrência do que a liquidação e dissolução da empresa em crise (FERNANDES, 2013, p. 37). Em suma, a referida autora elenca requisitos mais rigorosos, exigindo que a empresa não demonstre apenas que a crise a deixará insolvente, mas também que buscou todas as soluções possíveis existentes na legislação falimentar brasileira.

De forma distinta, Gerardo Alves de Lima Filho (2017, p. 414) sustenta que a *failing firm* tem aplicabilidade no Brasil quando o caso se enquadrar nas hipóteses do art. 88, § 6º, da Lei n.º 12.259/2011, ou seja, quando a operação envolvendo uma empresa insolvente tiver o condão de aumentar a produtividade ou a competitividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, desde que seja repassado aos consumidores parte relevante destes benefícios. De acordo com o referido autor, a aplicação da FFT normalmente ocorrerá quando: (i) a empresa apresentar incapacidade para cumprir com suas obrigações num futuro próximo; (ii) for impossível a recuperação da empresa nos moldes da legislação falimentar pátria; e (iii) houver demonstração de que foram buscadas alternativas menos lesivas ao ambiente concorrencial (LIMA FILHO, 2017, p. 425). Entretanto, Lima Filho (2017, p. 425) defende a flexibilização dos requisitos elencados, dando maior valor à ideia de projeção de cenários. Assim, mesmo havendo cumprimento de todos os requisitos a operação poderia ser reprovada ou, não havendo observância de todos os parâmetros, a operação poderia ser aprovada, desde que o cenário escolhido gerasse menos danos ao consumidor.

A partir das informações e dos dados apresentados é possível verificar que, embora o Cade venha analisando a aplicação da FFT há algum tempo, o tema ainda é incipiente na academia brasileira, o que justifica a falta de consenso doutrinário quanto à aplicabilidade e aos requisitos da *failing firm* em solo brasileiro.

4 DA APLICABILIDADE DA *FAILING FIRM THEORY* NO CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL

Nos capítulos anteriores, foram abordadas as teorias que fundamentam o presente trabalho, quais sejam: a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e a *Failing Firm Theory*. Os elementos estudados são essenciais para o desenvolvimento do presente e derradeiro capítulo, destinado a analisar a aplicabilidade da FFT no controle dos atos de concentração realizado pelo Cade (sempre a partir da TED). Todavia, antes de proceder à verificação da aplicabilidade da FFT no Brasil, é mister delinear os elementos constitucionais e infraconstitucionais que regulam o controle dos atos de concentração no país. Assim, para além do problema central do trabalho, serão apresentados no presente capítulo os princípios constitucionais inerentes à Ordem Econômica pátria, o conceito de ato de concentração e as razões que justificam a intervenção estatal sobre as concentrações econômicas, bem como a regulamentação infraconstitucional relacionada ao controle das estruturas (envolvendo as previsões constantes da Lei de Defesa da Concorrência, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência e do Código Civil).

4.1 DA ORDEM ECONÔMICA E DOS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS (DIRETA OU INDIRETAMENTE) À ATIVIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO SOB A ÉGIDE DA CRFB/1988

Como será verificado, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é rica em textos normativos, direta ou indiretamente, aplicáveis ao regramento econômico pátrio. Todavia, dado o foco do presente trabalho, voltado especificamente à atividade exercida pelo Cade no controle dos atos de concentração envolvendo empresas em situação de grave crise econômico-financeira, serão abordados especificamente os artigos 1º, incisos I a V, 3º, incisos I a IV, 170, incisos I a IX e parágrafo único, e 173, §4º, da CRFB/1988. Destaca-se, desde já, que a forma de organização econômica escolhida pela CRFB/1988 foi a de economia de mercado, de tal modo que seu funcionamento está diretamente relacionado à livre iniciativa e à livre concorrência (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 26), cujos conceitos serão oportunamente abordados de forma mais detida.

Dispõe o art. 1º, da CRFB/1988 (2019), que A República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: “[...] I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”. Importante destacar que “Aí estão, enumerados no *artigo primeiro*, os princípios que devem servir de base para a ordem política, mas também, e essencialmente, devem permear todo o conteúdo da constituição econômica” (FONSECA, 2016, p. 93), ou seja, os valores descritos no art. 1º da CRFB/1988 devem permear toda interpretação constitucional, inclusive no que tange à Ordem Econômica.

A soberania, prevista no inciso I, do art. 1º, da CRFB/1988, encontra fundamento no poder do povo, devendo ser interpretada no contexto da globalização, a partir dos conceitos de abertura, cooperação e integração⁹⁶, estando o Estado voltado ao diálogo com a comunidade internacional (MALISKA, 2013, p. 117). Buscando relacionar o artigo em comento com a atividade exercida pelo Cade no controle estrutural, é possível cogitar efeitos benéficos decorrentes do diálogo com as autoridades antitruste de outros países, especialmente, em concentrações envolvendo agentes econômicos que atuam globalmente.

Quanto à soberania nacional enquanto princípio da Ordem Econômica (inciso I, do art. 170, da CRFB/1988), trata-se de texto normativo que consolida a autonomia nacional no que tange ao rumo das políticas econômicas, tendo em vista o desenvolvimento da economia e da sociedade, bem como a ruptura da dependência em face das sociedades desenvolvidas (GRAU, 2013, p. 1794).

A cidadania, outro fundamento da República, inserida no art. 1º, inciso II, da CRFB/1988, está diretamente relacionada à participação dos cidadãos nas decisões de cunho político tomadas pela Sociedade. Sob um viés ativo, a cidadania deve permitir “[...] que cada cidadão tenha consciência de seus deveres sociais” (AGRA, 2013, p. 119-120). Essa visão participativa tem impactos diretos na concorrência, principalmente no aspecto de formação de

⁹⁶ Segundo Maliska (2014, p. 205-206), “Abertura, cooperação e integração são conceitos que em maior ou menor medida estão presentes desde o ressurgimento do constitucionalismo democrático após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de conceitos que estão vinculados à gênese desse novo constitucionalismo, pautado no respeito aos direitos fundamentais individuais e sociais no plano interno, na renúncia à guerra como forma de resolução de conflitos, no fomento à universalização dos direitos humanos, no reconhecimento da diversidade tanto no plano interno da sociedade nacional como no plano internacional, no comprometimento com o desenvolvimento do outro”. Esse viés cooperativo é reiterado no parágrafo único do art. 4º, da CRFB/1988 (2019), que afirma que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

uma cultura da concorrência e, conseqüentemente, no fortalecimento do papel exercido pela autoridade antitruste.

A dignidade humana, talvez o fundamento da República mais conhecido entre juristas e leigos, encontra respaldo no inciso III, do art. 1º, da CRFB/1988. Trata-se de instituto diretamente relacionado às questões econômicas, pois, como será demonstrado adiante, a existência digna é uma das finalidades da Ordem Econômica, ou seja, a regulamentação econômica visa, entre outros, a garantia da dignidade da pessoa humana. Ao conceituar o termo, Sarlet (2013, p. 126) leciona:

Também (mas não só!) em função dessas diversas dimensões da dignidade da pessoa humana é que se mostra inviável estabelecer uma forma abstrata e genérica que abarque tudo o que constitui o seu conteúdo. Isto não significa que não se possa ou não se deva buscar uma definição. Esta, todavia, logrará alcançar pleno sentido e operacionalidade apenas em face do caso concreto. Valendo-nos aqui do conceito formulado em obra de maior envergadura, à qual remetemos para maior desenvolvimento do tema, e buscando dialogar com a multidimensionalidade sumariamente apresentada, entendemos que a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Constam no rol de fundamentos da República, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, (*vide* art. 1º, inciso IV, da CRFB/1988). Em relação aos valores sociais do trabalho, é importante destacar que se trata de um conceito juridicamente indeterminado, mas que, interpretado a partir de seu contexto social, visa garantir: (i) a prioridade do trabalho humano⁹⁷; (ii) a liberdade da escolha de profissão; e (iii) que o exercício da atividade do empresário ou do trabalhador englobe o socialmente justo (BRANDÃO, 2013, p. 130). É interessante salientar a relação do instituto com o art. 170, que em seu *caput* dispõe que a valorização do trabalho humano se constitui como fundamento da Ordem Econômica, relacionando a busca pelo pleno emprego como um de seus princípios fundamentais. Na Constituição, o trabalho não é apenas abordado em razão de sua utilidade (consistente na produção econômica), mas sob um viés valorativo inerente à vida digna: o trabalho em si é

⁹⁷ Sobre este ponto é interessante destacar que no projeto original do art. 170, a livre iniciativa era referida antes do valor social do trabalho. Todavia, “Nos debates, ficou clara a necessidade de dar prioridade, também no texto, à valorização do trabalho, invertendo-se a ordem para ressaltar a precedência da valorização do trabalho sobre a livre-iniciativa” (WANDELLI, 2014, p. 259).

um bem, na medida em que está relacionado à autorrealização do sujeito, à construção de vínculos éticos, de solidariedade, de bem viver, com reflexos sobre o político (WANDELLI, 2014, p. 247-248). Não é por menos que o valor social do trabalho está previsto em inúmeras passagens do texto constitucional, como dito anteriormente.

Igualmente, a ideia de valores sociais da livre iniciativa é concebida como fundamento da República, enquanto a livre iniciativa em si é classificada como fundamento da Ordem Econômica (*vide* artigos 1º, inciso IV e 170, *caput*, da CRFB/1988). De acordo com Barcellos e Barroso (2013, p. 134), “[...] a Constituição garante a liberdade de iniciativa como uma forma de valorizar o trabalho humano, permitindo seu livre desenvolvimento; por sua vez, aquela liberdade só é exercida legitimamente se der ao trabalho seu devido valor”⁹⁸.

Ambos os institutos (trabalho e liberdade de iniciativa) estão diretamente associados aos valores sociais que lhes são inerentes, de tal modo que o trabalho e a livre iniciativa devem ser interpretados tendo em vista não apenas as vantagens pessoais decorrentes, mas também os benefícios coletivamente aproveitados. De forma bastante explicativa, Brandão (2013, p. 131) sustenta que “O trabalho e a livre iniciativa objetivam alcançar um ideal de engrandecimento social e não podem ser considerados apenas como um processo de acumulação de riqueza pessoal”. Nesse cenário, compete ao Estado viabilizar a conciliação entre os titulares do capital e do trabalho (BAGNOLI, 2017, p. 146), pois, embora se mostrem, *prima facie*, antagônicos, na medida em que o regime capitalista pautado na livre iniciativa busca a maximização dos fatores de produção, essa tensão entre os valores do trabalho e da livre iniciativa não é irreconciliável, na medida em que esta última tem seu quadro de possibilidades e limites estabelecido pelo Poder Público (WANDELLI, 2014, p. 259).

Enquanto fundamento da Ordem Econômica, a livre iniciativa pode ser abordada sob duas perspectivas: (i) a primeira, relacionada com a liberdade de ingressar no mercado e exercer atividade econômica; e (ii) a segunda, voltada à limitação do Estado na exploração da atividade econômica⁹⁹ (FARIA, 1990, p. 108). Com base no ideal da livre iniciativa, permite-

⁹⁸ De forma semelhante, Nunes (2013, p. 1809) ensina que “[...] a interpretação somente pode ser que a República Federativa do Brasil está fundada nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre-iniciativa, isto é, quando se fala em regime capitalista brasileiro, a livre-iniciativa sempre gera responsabilidade social. Ela é limitada”.

⁹⁹ A Constituição Federal regula a exploração pelo Estado da atividade econômica em seu art. 173, *caput*. Nos termos do referido artigo: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional

se que o particular possa empreender como bem entender¹⁰⁰, desde que não cause prejuízo à liberdade dos demais agentes econômicos, ou seja, a livre iniciativa está diretamente relacionada à livre concorrência, embora não se apresentem como sinônimos (AGUILLAR, 2009, p. 258). Percebe-se, mais uma vez, que o exercício da livre iniciativa não é ilimitado, merecendo a atenção estatal a fim de evitar a restrição da liberdade alheia¹⁰¹. A legitimidade da livre iniciativa decorre de seu exercício com vistas à justiça social, sendo considerada ilegítima por José Afonso da Silva (1998, p. 760) quando “[...] exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”.

Finalmente, não diretamente relacionados à questão econômica, o inciso V, do art. 1º, dispõe sobre o pluralismo político, enquanto o parágrafo único, do referido artigo, versa sobre a representação do poder popular. Todavia, levando em consideração a temática em voga, tais questões não serão aprofundadas.

Por sua vez, o art. 3º, da CRFB/1988 (2019), descreve os objetivos fundamentais da República, quais sejam: “I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Estes objetivos constituem metas a serem alcançadas (FONSECA, 2017, p. 93).

Trata-se de artigos direta ou indiretamente relacionados à atividade econômica, sendo que seus reflexos incidem diretamente sobre a liberdade de iniciativa e concorrência, bem como sobre a sociedade, o desenvolvimento nacional, a pobreza, em suma, sobre os conceitos de existência digna e justiça social. A partir do art. 3º, em seu conjunto de incisos, depreende-se que “Nitidamente, a Constituição brasileira aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas pública distributivas [...]” (STRECK; MORAIS, 2013, p. 149).

ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” (CRFB/1988, 2019, ART. 173). Nas palavras de Faria (1990, p. 106): “A liberdade de iniciativa econômica pública é exceção”.

¹⁰⁰ Sempre na forma da lei, conforme parágrafo único, do art. 170, da CRFB/1988.

¹⁰¹ Nessa perspectiva disserta Gaban e Domingues (2016, p. 55) que “Assim, chega-se ao limite do exercício do princípio da livre-iniciativa, o qual, preconizando uma liberdade de escolha e/ou ação econômica, pode resultar em óbices ou impedimentos ao bem-estar econômico e social e, diga-se de passagem, à própria livre iniciativa num escopo universalizado. Tal ocorre, a título de exemplo, com os fenômenos da concentração de poder de mercado e de seu exercício abusivo, ambos decorrentes *a priori* do exercício da liberdade decorrente, à sua vez, do princípio da livre-iniciativa”.

Especificamente em relação à Ordem Econômica¹⁰², o art. 170, da CRFB/1988 (2019) dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Primeiramente, quanto ao *caput* do art. 170, da CRFB/1988, é preciso destacar a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da Ordem Econômica, bem como a existência digna como finalidade, de acordo com os ditames da justiça social. De acordo com Fonseca (2017, p. 94-95):

O *artigo 170* traça a estrutura geral do ordenamento jurídico econômico. Este tem como *fundamento* a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Aceitos tais fundamentos, a Constituição estabelece a *finalidade* de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja, a de assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social. Para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns *princípios* norteadores da ação do Estado.

Dentre outros, a propriedade privada é considerada um princípio da Ordem Econômica, nos termos do art. 170, inciso II, da CRFB/1988, devendo ser protegida, admitindo-se a intervenção estatal apenas em casos excepcionais. Não obstante, tal princípio é complementado pela função social da propriedade, encampado no inciso III do mesmo artigo, a qual impede que a propriedade privada seja considerada meramente um direito individual puro (FACCHINI NETO, 2013, p. 1798). Em relação à atividade econômica, a função social da propriedade visa reforçar a livre concorrência, na medida em que “[...] faz com que a liberdade de exploração da propriedade de direitos e/ou bens de produção não possa levar a abusos de modo a restringir a liberdade de outros agentes econômicos” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 59). A propriedade é privada, mas não deve se sobrepor ao bem-estar

¹⁰² Entende-se como Ordem Econômica o “[...] conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)” (GRAU, 2007, p. 72 *apud* Maluf Jr., 2013, p. 3).

da sociedade, afetado diretamente pela concorrência. Nesse diapasão, as regras de defesa da concorrência podem figurar, inclusive, como limitação ao uso da propriedade (PEREIRA NETO, CASAGRANDE, 2016, p. 29).

Imediatamente relacionada ao objeto central do presente trabalho, a livre concorrência encontra-se inserida nos princípios a serem observados na regulação da Ordem Econômica (*vide* art. 170, inciso IV, da CRFB/1988). Trata-se, de forma simplificada, da possibilidade de que os agentes econômicos pratiquem o jogo econômico entre si, sem a imposição de entraves à competição por algum dos jogadores (FARIA, 1990, p. 108). Diferentemente da livre iniciativa, “O princípio da livre concorrência não é atributivo de liberdades em relação ao Estado, mas de prerrogativas de exigir do Estado que atue para reprimir o abuso no exercício de certas liberdades” (AGUILLAR, 2009, p. 258). Dentre os seus objetivos encontra-se a limitação da livre-iniciativa de um agente ou grupo em prol da aplicação universal do referido princípio, a englobar todos os agentes econômicos de determinado mercado relevante (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 57).

A defesa do consumidor também figura no rol do art. 170 (inciso V, da CRFB/1988), estando diretamente relacionada com a livre concorrência, pois, “Ela significa que o explorador tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que de seu concorrente” (NUNES, 2013, p. 1810). Busca-se garantir o bem-estar do consumidor¹⁰³, por meio de ganhos em eficiência, menores preços, qualidade dos produtos e serviços etc. A tutela do consumidor é, portanto, considerada como uma das finalidades da atividade antitruste (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 57-58).

São também princípios da Ordem Constitucional, a defesa do meio ambiente¹⁰⁴, a redução das desigualdades regionais e sociais¹⁰⁵, a busca do pleno emprego¹⁰⁶, bem como o

¹⁰³ Para Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 30), o bem-estar do consumidor figura como elemento central da consideração das autoridades antitruste no mundo todo, inclusive, do Cade.

¹⁰⁴ Para José Afonso da Silva (1988, p. 762) a elevação da defesa do meio ambiente a princípio da Ordem Econômica tem o condão de “[...] condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia”.

¹⁰⁵ O princípio da redução das desigualdades regionais e sociais “[...] está em sintonia com os *objetivos* estabelecidos no artigo 3º da Constituição, que preconiza a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como ainda a promoção do bem de todos, dentro de um quadro de garantia do desenvolvimento de âmbito nacional” (FONSECA, 2017, p. 99).

¹⁰⁶ Segundo Bagnoli (2017, p. 153), “O Estado, respeitando o fundamento da ordem econômica da valorização do trabalho, deverá estruturar a sua política econômica de modo a viabilizar o trabalho para os indivíduos. A busca do pleno emprego, portanto, deve ser compreendida como os mecanismos colocados em prática pelo Estado para reduzir o desemprego e, assim, garantir trabalho aos cidadãos, de modo que pelos proventos do seu trabalho cada indivíduo tenha assegurada a sua existência digna em sociedade”.

tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Finalmente, nos termos do art. 173, § 4º, da CRFB/1988 (2019), “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Nos termos da Constituição Federal, o abuso de poder econômico¹⁰⁷, que consiste nas “[...] práticas comerciais executadas com o fim de impedir, limitar ou distorcer o jogo da concorrência [...]” (FARIA, 1990, p. 153), será regulado por lei, quando visar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros. Atualmente, tais condutas encontram-se reguladas, de forma majoritária¹⁰⁸, na Lei n.º 12.529/2011, posteriormente abordada.

De maneira geral, é possível depreender do texto normativo em análise que os agentes econômicos que detêm poder econômico, ou seja, que podem exercer domínio ou influência sobre o mercado, não devem fazer mal-uso de tal poder de modo a abusar dessa vantagem competitiva (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 61). Sobre a repressão do abuso de poder econômico na Constituição Federal, ensina Faria (1990, p. 150-151):

O art. 173 da Constituição de 1988 distingue-se dos modelos anteriores porque determina a repressão ao abuso do poder econômico “que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. O abuso deixou de se caracterizar pela produção desses resultados. É reprimível qualquer ação que tenha por objeto a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, embora não chegue a causar nenhuma dessas consequências. A legislação sobre o abuso do poder econômico sanciona as infrações relativas à conduta no exercício da concorrência econômica. A constitucionalização expressa da livre competição, elevada a princípio geral da ordem econômica, vem seguida da proteção à liberdade dos concorrentes no mercado, que é constantemente ofendida por dois gêneros de ação: um constituído pelas práticas colusórias oriundas de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e condutas concertadas que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência, e outro pelas práticas restritivas consistentes no abuso de posição dominante no mercado brasileiro ou em parte substancial dele, por uma empresa ou por um grupo de empresas. A repressão ao abuso do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulem ou distorcem a concorrência.

¹⁰⁷ Considera-se poder econômico as “Formas de dominação e influência socialmente exercidas por indivíduos ou grupos possuidores de grandes recursos econômicos. Esse poder é praticado tanto no plano dos mecanismos de mercado (eliminação de concorrentes, controle de fontes de matérias-primas, imposição de preços e produtos ao consumidor) como no plano político, por meio do direcionamento dos negócios do Estado, tendo em vista os interesses de pessoas ou empresas” (SANDRONI, 1999, p. 476).

¹⁰⁸ Embora a Lei n.º 12.529/2011 seja, talvez, o maior diploma legal pátrio a versar sobre a prevenção e a repressão de práticas relacionadas ao abuso do poder econômico, há outros diplomas que o fazem, v.g., o Código de Defesa do Consumidor.

Todos os textos normativos citados, em maior ou menor grau, influenciam a legislação infraconstitucional relacionada à ordem econômica e promoção da concorrência, inclusive no que concerne ao controle estrutural. Não é por menos que Gaban e Domingues (2016, p. 53) sustentam que “[...] no espírito da Lei Antitruste encontram-se arraigados os princípios constitucionais da livre-iniciativa/valorização social do trabalho, livre concorrência, função social da propriedade e defesa do consumidor, e a regra de repressão ao abuso do poder econômico [...]” (*vide* art. 1º da Lei).

A partir do texto constitucional é possível sustentar, ainda, que no Brasil o antitruste não visa apenas a implementação de eficiências, mas também criar e preservar um ambiente de mercado no qual os agentes econômicos possam competir, inovar e prover a demanda dos consumidores (FORGIONI, 2016, p. 194). Busca-se, em suma, proteger a concorrência e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico saudável, com vistas também à promoção e à proteção do bem-estar da coletividade. Estes Textos Normativos deverão ser levados em consideração quando da análise pelo Cade de concentrações econômicas envolvendo *failing firms*.

4.2 DO CONCEITO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

A análise do controle estrutural exige que, previamente, seja definido o conceito (ou os conceitos possíveis) do termo “concentração econômica”.

Na linguagem comum, o termo concentração remete ao “Ato de juntar o que está separado ou disperso” (DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA, 2019) ou ao “Ato ou efeito de concentrar(-se)”¹⁰⁹ (FERREIRA, 2010, p. 183).

Sob a perspectiva econômica, embora os conceitos se mostrem mais rebuscados, a ideia de integração de corpos anteriormente dispersos permanece. Nesse sentido, o conceito elaborado no Novíssimo Dicionário de Economia, segundo o qual a concentração consiste na “Situação em que um pequeno número de empresas detém parte considerável do capital, investimentos, vendas, força de trabalho, ou qualquer outro elemento que sirva de medida ao desempenho de um setor industrial, econômico ou de serviços” (SANDRONI, 1999, p. 118).

No âmbito do Direito Concorrencial, por sua vez, a concentração parte da ideia central de aumento da riqueza na mão de poucos sujeitos, ou seja, está relacionada com o

¹⁰⁹ O verbo concentrar, por sua vez, seria definido, entre outros, como “Reunir, agrupar” (FERREIRA, 2010, p. 184).

aumento do poder econômico no mercado por parte de um ou poucos agentes econômicos (FORGIONI, 2016, p. 415). Assim, até mesmo acordos entre empresas podem configurar concentrações, isto porque o núcleo essencial da concentração está na unificação de centros decisórios. Nesse sentido, Pereira Neto e Casagrande (2016, p. 52) sustentam que “As operações empresariais de concentração econômica são aquelas que criam vínculos estruturais de natureza estável (i.e., permanente ou duradoura) entre empresas independentes, i.e., com centros decisórios distintos para definição de estratégias empresariais”.

Igualmente, Nusdeo (2016, p. 228) sustenta que a formação de um único centro decisório e a redução do número de agentes econômicos participantes de um determinado mercado são características das concentrações¹¹⁰:

Para que a concorrência se apresente em alto grau, é necessária a conjugação de diversos fatores, porém o mais importante deles será sempre a existência de um número razoavelmente elevado de agentes operadores no mercado. Quando tal número tende a cair, normalmente as condições concorrenciais vão perdendo intensidade e então se está em presença de um fenômeno de concentração econômica. Esse nada mais vem a ser do que um processo de redução do número de unidades num dado mercado, ou então, quando o número em si não se reduz, a união, via cartel, de várias delas para formar um único centro decisório, o que vem a dar na mesma.

De forma muito mais simplificada, Gaban e Domingues (2016, p. 143) ensinam que “As operações empresariais que alterem ou podem alterar a concorrência no mercado são, como já se viu nessa obra, denominadas pela Lei de Defesa da Concorrência como atos de concentração econômica”. Aqui, o ponto definidor do conceito é a possibilidade de a operação empresarial gerar algum tipo de alteração na concorrência de mercado, de tal maneira que poderiam ser denominados como espécies de concentração, inclusive, cartéis, *trustes*, *holdings*, *pools* etc. (NUSDEO, 2016, p. 230-231). Sobre a conceituação moderna das concentrações econômicas, de caráter mais amplo, disserta Tomazette (2017, p. 786):

Modernamente, a economia mundial tem sido diretamente influenciada pelos fenômenos de concentração empresarial. Tais fenômenos devem ser entendidos

¹¹⁰ A mesma perspectiva é adotada por Crema (2010, p. 13), que sustenta que “Uma operação de concentração de empresas é geralmente definida como um ato ou contrato cujas partes envolvidas deixam de ser centros decisórios autônomos, passando a atuar no mercado como um único agente em suas atividades econômicas de forma permanente. Isso significa dizer que tanto o comportamento do agente no mercado quanto a forma interna de produção devem sujeitar-se a um único centro decisório – ou seja, uma *unidade de comando ou controle* -, de modo que seja possível considerá-las um único agente em todas as operações econômicas por elas realizadas. Tal situação demanda uma alteração na estrutura dessas empresas que seja duradoura e que permita verificar uma verdadeira uniformidade econômica”.

como todos aqueles nos quais se forma um liame econômico entre empresas, que acarreta uma maior ou menor unidade econômica. Tal concepção é extremamente ampla, abrangendo quaisquer fenômenos nos quais possa se manifestar a tendência da empresa “de reunir capacidades econômico tecnológicas para o aumento de seus potenciais, e que lhe permitam melhor posição no mercado”. Assim sendo, dentro desta ideia de concentração empresarial, estariam incluídas as fusões, a incorporação, a cisão, a aquisição de controle, a formação de grupos, a constituição de *joint ventures*, a formação de consórcio, a constituição de subsidiárias integrais, a cessão de ativo e quaisquer outros acordos que apresentassem tal tendência.

Quanto ao processo de formação, geralmente, as concentrações envolvem três fases (*vide* Quadro 10). Num primeiro momento, pré-concentração, existem ao menos dois agentes econômicos autônomos. Já na fase de concentração, esses entes autônomos são unificados, sendo a autonomia substituída por um único centro decisório, controlado por um dos partícipes iniciais ou por um ente criado para esse fim. Finalmente, a concentração se concretiza por meio de modificações na estrutura proprietária ou de gestão de um dos partícipes (FORGIONI, 2016, p. 416).

Quadro 10 – Fases da concentração

1ª Fase	2ª Fase	3ª Fase
Ao menos dois agentes econômicos autônomos.	Unificação dos centros decisórios em um centro unitário (formado por um dos agentes envolvidos ou ente criado para exercer essa função).	Modificação na estrutura proprietária/ de gestão de um dos partícipes.

Fonte: Forgioni (2016).

Quanto à sua classificação, as concentrações podem ser horizontais, verticais ou conglomeradas. As concentrações são denominadas horizontais, quando envolvem concorrentes, ou seja, quando ocorrem entre agentes atuantes num mesmo mercado relevante. Por outro lado, são denominadas verticais, quando envolvem agentes atuantes em diferentes estágios de uma cadeia produtiva. Finalmente, são denominadas concentrações conglomeradas quando envolvem agentes econômicos que não concorrem entre si e não atuam como “fornecedores x clientes” em determinada cadeia produtiva (BAGNOLI, 2017, p. 307). Outrossim, podem ser destacados os seguintes efeitos negativos decorrentes de cada um dos tipos de concentração: (i) em relação às concentrações horizontais, a criação/reforço da posição dominante, com o conseqüente aumento de preços; (ii) em relação às concentrações verticais, a possibilidade de fechamento do mercado; e (iii) em relação às concentrações conglomeradas, em casos excepcionais, o aumento do poder financeiro e, conseqüentemente,

a prática de condutas que distorçam a competição (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 62-64).

Ao citar exemplos de concentração, Forgioni (2016, p. 415) ensina que “[...] o termo *concentração* vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições de mercado”, tais como a fusão e a incorporação, na qual há perda de autonomia por parte dos partícipes, bem como a criação de sociedades ou grupos econômicos e, ainda, a aquisição de ativos de determinadas empresas. Adotando uma perspectiva ampla de concentração, Gonçalves Neto (2016, p. 517) disserta:

Dentre as operações de concentração de empresas há as que implicam uma junção completa, com unificação dos patrimônios e dos sujeitos de direito nelas envolvidos, e outras que preservam a autonomia patrimonial e a personalidade societária. As primeiras, mais complexas, são a fusão, a incorporação e a cisão com incorporação de sociedades [...]; as outras, são os ajustes societários de coligação, que tanto podem resultar de (i) relações de participação de capital entre duas ou mais sociedades, como de (ii) contratos bilaterais entre empresas (grupos de sociedades, consórcios e outros contratos interempresariais).

No Brasil, embora a lei não forneça um conceito de ato de concentração, os atos que configuram concentração econômica encontram-se expressamente discriminados no art. 90, da Lei n.º 12.529/2011. *In verbis*:

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. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (LEI N.º 12.529/2011, 2019, ART. 90).

As hipóteses de ato de concentração descritas no art. 90, da Lei n.º 12.529/2011, se encontram conceituadas de forma mais didática no Quadro 11, ora colacionado:

Quadro 11 – Espécies de ato de concentração previstas no art. 90, da Lei n.º 12.529/2011

Espécie de ato de concentração	Conceito
Fusão	Parte-se de agentes independentes, que se fundem, ensejando uma completa integração entre as empresas (surgimento de uma nova pessoa jurídica, com extinção das anteriores).
Aquisição do controle ou partes de uma ou outras empresas	Estão inclusas as operações de aquisição de controle direto ou indireto de empresa, de participações minoritárias, de direitos de propriedade industrial, de ativos físicos etc.
Incorporação de empresas	Operação na qual determinada empresa é absorvida por outra, que lhe sucede em direitos e obrigações. (Manutenção da empresa adquirente, com extinção da adquirida)
Consórcios	Reunião de sociedades para a consecução de fim determinado (Sem modificação de suas personalidades jurídicas).
Contratos associativos	Contrato por meio do qual as partes estabelecem um empreendimento comum com vistas a exploração de atividade econômica (Contrato de cooperação).
<i>Joint ventures</i>	Relação de cooperação entre duas ou mais empresas com o objetivo de desenvolver um projeto comum (Criação de um novo agente econômico para execução de uma finalidade específica, sem qualquer modificação na estrutura das empresas iniciais)

Fonte: Autora.

Essa previsão expressa das hipóteses que constituem atos de concentração é fundamental para garantia da segurança jurídica, pois, como se verá adiante, permite que os agentes econômicos saibam de plano quando deverão submeter as operações de concentração perante a autoridade antitruste no Brasil¹¹¹.

4.3 DA NECESSIDADE DE CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Um dos pressupostos essenciais de um sistema de mercado é a atomização, ou seja “[...] o mercado para bem funcionar deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em iteração recíproca, e nenhum deles excessivamente grande ou importante” (NUSDEO, 2016, p. 123). Entende-se que um mercado marcado pelo automatismo e adaptabilidade exige a descentralização do poder econômico. E é sob este pressuposto que o pensamento dos economistas clássicos se desenvolveu.

¹¹¹ De forma crítica, destacando os pontos negativos e positivos de um rol taxativo de atos de concentração na Lei n.º 12.529/2011, dissertam Cordovil *et al* (2011, p. 40-41): “Essa opção aumenta a segurança jurídica em torno do tipo de ato de concentração a ser notificado, mas também cria desafios para a jurisprudência do Cade ao limitar, por exemplo, a margem de interpretação sobre a desnecessidade da notificação de operações que, embora a princípio se enquadrem na definição geral de ato de concentração da lei, dificilmente representam algum interesse para o direito da concorrência, como, por exemplo, as aquisições a título exclusivo de investimento, reorganizações societárias e aquisição de participação minoritária”.

Por esta razão, comumente, os atos de concentração são classificados como práticas anticoncorrenciais, sendo considerados por parte da doutrina como um “efeito autodestrutível do mercado” ou uma “falha de mercado”, já que tendem a diminuir a concorrência, por meio da atribuição de poder econômico a determinada empresa (FORGIONI, 2016, p. 414). Nesse diapasão, disserta Nusdeo (2016, p. 126):

Em resumo, a concentração econômica representa uma *falha estrutural* a inibir os mecanismos decisores e controladores do mercado. Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem mais os preços. Por outro lado, estes poderão também subir, por iniciativa dos vendedores conluiados, sem qualquer relação com uma possível elevação da procura.

Historicamente, foi somente a partir do Século XIX que a empresa sofreu uma alteração substancial em sua estrutura, partindo da visão atomística (voltada à plena liberdade de cada um dos agentes componentes do mercado) para uma perspectiva de concentração (segundo a qual, quanto maior a empresa, maior a sua solidez). Nesse cenário, o controle das concentrações se mostrou essencial, seja para impedir que o poder econômico de alguns agentes sufocasse os demais, seja para evitar que esse novo modelo de mercado desaparecesse, se destruindo (FONSECA, 2017, p. 11).

Pode-se dizer, ainda, que o controle das concentrações encontra fundamento na ideia de que a concorrência é uma questão de grau, que parte do regime de concorrência perfeita, decaindo até os modelos de monopólio/monopsômio, desaparecendo nos casos de monopólio bilateral (NUSDEO, 2016, p. 228), como demonstrado no Quadro 12. Assim, na medida em que dentre os requisitos que determinam o grau da concorrência encontra-se o número de agentes autônomos atuantes em determinado mercado relevante, a concentração do mercado é vista como causa direta da minoração do nível concorrencial.

Quadro 12 – Características dos regimes de concorrência (do maior grau ao menor)

Concorrência Perfeita	Concorrência Imperfeita ou Monopolista	Oligopólio (Oligopsônio)	Monopólio (Monopsônio)	Monopólio Bilateral
→				
Grande número de agentes no mercado; Atomização do mercado; Homogeneidade do produto; Mobilidade plena; Pleno acesso a informações relevantes; Ausência de economias de escala e de externalidades.	Número bastante grande de agentes no mercado; Mercado compartimentado; Produtos diferenciados; Procura viscosa.	Poucos agentes no mercado.	Apenas um agente atuando como vendedor ou comprador.	Apenas um vendedor que se defronta com um único comprador.

Fonte: Nusdeo (2016).

Nas palavras de Queiroz (2018, p. 226), “[...] o controle se dá, de um lado, com vistas a evitar o risco de exercício anticompetitivo decorrente do acréscimo do poder de mercado que a operação geraria e, de outro, para evitar eventual redução de bem-estar social dessa mesma concentração”. Ou seja, a função primordial do controle das concentrações seria evitar que as estruturas do mercado se tornassem menos competitivas, menos eficientes, mas também garantir a manutenção do bem-estar social¹¹².

Isto porque, conforme ensina Bagnoli (2017, p. 307), “A empresa que promove uma concentração econômica o faz, portanto, em razão das eficiências que vislumbra no cenário pós-concentração ou, simplesmente com o intuito de eliminar a concorrência”. Em ambas as hipóteses o equilíbrio das relações de mercado é posto em risco, pois a concorrência é sempre afetada; razão pela qual o controle estatal é indispensável, a fim de verificar se os benefícios da operação de concentração serão divididos, também, com os consumidores.

Essa perspectiva é reiterada por Nusdeo (2016, p. 229) que, ao elencar as causas da concentração, cita o progresso tecnológico (que, muitas vezes, exige investimentos muito altos de possíveis competidores), a possibilidade de discriminação de mercados e diferenciação de produtos, a existência de uma estrutura favorável de custos e, finalmente, a escassez do espírito empresarial. Acerca dos riscos inerentes às concentrações econômicas e a

¹¹² É sob esta perspectiva que Pagotto (2006, p. 60) sustenta que “[...] o controle das concentrações decorre da necessidade de prevenir o aparecimento de estruturas que aumentem consideravelmente a possibilidade de abuso do poder econômico”.

formação de monopólios, Calixto Salomão Filho (2016, p. 448) sustenta que “[...] a história econômica mostra que os efeitos do poder de monopólio são muito mais penetrantes do que apenas a relação consumidor-produtor, afetando os padrões de desenvolvimento e até mesmo os padrões de distribuição de renda na sociedade”.

Por sua vez, sobre as vantagens competitivas alcançadas por meios das concentrações econômicas, já enumeradas no Capítulo anterior, Bagnoli (2017, p. 306-307) disserta que:

Tradicionalmente, as empresas que promovem fusões e aquisições (*M&A's – Mergers and Acquisitions*), como também reorganizações societárias, as *due diligences* e, ainda, a aquisição de participações, cisões e *joint ventures*, apresentam motivações econômicas para a efetivação de tais processos. Dentre as motivações econômicas pode-se listar algumas: a busca de eficiências, com economias de escala e de escopo, acesso à inovação tecnológica, custo de capital e economias tributárias; estratégias de consolidação e o preenchimento do espaço de produtos; aumento da velocidade de crescimento com o acesso a mercados e vantagens de propriedade de ativos únicos; aumento do poder de mercado com integrações horizontais, verticais e conglomeradas; buscar poder compensatório, que se contraponha ao poder prevaemente de uma dada contraparte. Por fim, outros fatores específicos, tais como a transição de gerações.

Todas estas “vantagens”, advindas das operações de concentração, tendem a gerar ganhos econômicos fundamentados, muitas vezes, no aumento do poder de mercado da empresa adquirente. É nesse possível aumento do poder de mercado que se encontra a razão para o controle estrutural exercido pelas autoridades antitruste, isto porque, como bem ensinado por Fagundes (2012, p. 74-75), “Dois são os principais efeitos do exercício do poder de mercado: (i) ineficiência alocativa, derivada da má alocação de recursos, e expressa por preços superiores aos custos marginais; e (ii) transferência da renda dos consumidores para os produtores”.

É evidente, portanto, o risco que as concentrações trazem à livre concorrência e aos consumidores, na medida em que tendem a aumentar o poder de mercado de determinados agentes em detrimento dos demais, desequilibrando as relações de mercado. Acerca das razões para controle dos atos de concentração, dissertam Cordovil *et al* (2011, p. 39-40):

Em primeiro lugar, nunca é demais realçar a importância do controle estrutural para a garantia de mercados competitivos e eficientes. De acordo com Michael Porter, podemos ressaltar pelo menos quatro motivos para a análise preventiva de fusões e aquisições: (i) Fusões levantam questões quase inevitáveis para a saúde da concorrência através da remoção de concorrentes independentes do mercado. A questão não é se existe um risco para a competição, mas o quanto. Esse risco decorre da diminuição potencial de pressão competitiva entre as empresas na indústria, a

redução potencial da escolha de produtos e variedade, e a redução na probabilidade de inovação, devido à diminuição no número de abordagens diferentes sobre o binômio produto/processo de desenvolvimento. (ii) Uma fusão não requer *skill, foresight, and industry*¹¹³, apenas capacidade financeira. Ela não exige nova estratégia, e não acarreta melhora automática na produtividade. Por outro lado, a introdução de um novo produto, mudando um modelo de distribuição, ou a construção de uma nova fábrica são muito mais propensos a aumentar a produtividade. A sociedade, então, deve preferir ações independentes das empresas (crescimento endógeno), e não fusões. (iii) A evidência empírica é majoritária no sentido de que as fusões têm uma baixa taxa de sucesso. Uma ampla série de estudos revela que a maioria das fusões não atendem às expectativas, e a maioria dos lucros são capturados pelo vendedor, não pelo comprador. (iv) A literatura sobre estratégia empresarial sugere que aquisições pequenas e focadas são mais susceptíveis a melhorar a produtividade do que as fusões entre os líderes. Quando uma grande empresa compra uma pequena empresa e a integra à sua estratégia, grandes ganhos de produtividade são possíveis. Fusões entre as grandes empresas parecem raramente assegurar tais benefícios, e ainda eliminam os principais concorrentes de um mercado.

Como se vê, as consequências anticoncorrenciais dos atos de concentração são inúmeras, incluindo o não incremento da produtividade e o aumento da riqueza do produtor em detrimento do consumidor. Não é por menos que se entende que a questão não versa sobre a existência de danos, mas sim sobre o *quantum*. É nesse cenário, que João Bosco Leopoldino da Fonseca (2017, p. 12) sintetiza de forma brilhante o papel do Estado no controle de mercado, inclusive dos atos de concentração, ao ensinar que este atua “[...] personificando o interesse da coletividade, a intervir para aplicar medidas de política econômica direcionadas a buscar uma forma de equilíbrio nas relações humanas em que o elemento econômico e o jurídico se confrontam”¹¹⁴. Em suma, a atuação das autoridades antitruste no controle estrutural se fundamenta na necessidade de impedir práticas abusivas fundamentadas na concentração do poder econômico na mão de poucas empresas.

Todavia, é preciso fazer um adendo para ressaltar que, mesmo sendo capaz de prejudicar o fluxo das relações econômicas, as concentrações, como demonstrado, também podem trazer benefícios à economia, resultando em inovação e desenvolvimento, pois,

¹¹³ Características comuns em monopolistas naturais.

¹¹⁴ O mesmo autor, ao se referir sobre o controle exercido pelo Estado sobre a economia de maneira geral, entende que, embora apresente custos, a intervenção estatal na esfera econômica é essencial, por garantir que os agentes econômicos sejam submetidos a custos idênticos, tais como o respeito ao meio ambiente, aos direitos do consumidor e à função social da propriedade (FONSECA, 2017, p. 264). De forma semelhante, sobre a necessidade de intervenção do Estado na economia, ensina Bagnoli (2008, p. 153) que “A auto-regulação do mercado pela mão invisível da concorrência, regida pela lei da oferta e da procura, como defendeu Adam Smith, representa o ideal da matéria antitruste. Contudo, a história já mostrou que a ordem econômica não consegue se autocontrolar com os agentes econômicos atuando num mercado sem a fiscalização e disciplina do Estado. O dever de defender a concorrência é exercido pelo Estado por meio de seus órgãos competentes, impondo a todos os agentes econômicos atuantes no mercado, independentemente de serem entes privados ou estatais desempenhando atividade econômica, ou qual seja a origem da influência sobre o mercado”.

segundo Forgioni (2016, p. 414), “A competição entre menor número de agentes também pode ser vigorosa, ainda mais se as empresas forem saudáveis, com recursos para investir na conquista de clientela e na superação do seu concorrente”.¹¹⁵

Em suma, é possível justificar o controle dos atos de concentração com vistas à proteção da livre concorrência¹¹⁶, por meio da vedação de práticas abusivas decorrentes do poder econômico/de mercado, cujos resultados alcançam não apenas os competidores e agentes econômicos, mas também os consumidores e, inclusive, os trabalhadores (reflexos sobre o bem-estar social)¹¹⁷. Isto porque, como demonstrado, as concentrações econômicas, embora possam trazer benefícios, são vistas como “falhas de mercado”, exigindo-se um confronto entre as consequências negativas e positivas decorrentes das operações de concentração.

4.4 DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 12.529/2011

A Lei n.º 12.529/2011, que entrou em vigor em maio de 2012, é responsável pela organização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), cujas competências incluem práticas de repressão e prevenção às infrações à Ordem Econômica.

Antes da entrada em vigor da referida lei, as atuações no controle de estruturas e condutas eram divididas entre três agências estatais, ensejando uma certa sobreposição de competências. É nesse sentido que Cordovil *et al* (2011, p. 32) explicam que um dos objetivos da reestruturação do SBDC, sob uma perspectiva de estruturação e divisão de competência dos órgãos, visava “[...] sanar as deficiências do sistema atual em que há sobreposição de tarefas entre três agências distintas”. Até a reformulação do SBDC, este era composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), pela Secretaria de Direito Econômico

¹¹⁵ Igualmente, Fazzio Jr. (2016, p. 737-738) ensina que “Desde logo, deve ficar claro que, sem embargo dos riscos inerentes à liberdade de mercado e à observância dos princípios constitucionais da ordem econômica e social, os atos de concentração empresarial não são, por si sós, presumidamente nefastos. Seus objetivos nem sempre intentam a abusividade, sendo exemplares o caso da recuperação econômica de empresas atingidas por crises financeiras, o soerguimento de cadeias produtivas, a otimização das condições de distribuição, o acesso a insumos etc.”

¹¹⁶ Nessa toada, Queiroz (2018, p. 226) destaca que “[...] os controles de estruturas e condutas objetivam, essencialmente, *defender* a concorrência”.

¹¹⁷ Nesse sentido, Fonseca (2017, p. 324) ensina que “Com a garantia da livre-concorrência, protege-se ao consumidor, a quem se garante o direito da livre escolha. Protege-se também o trabalhador, pois que estarão integrando o mercado empresas, grandes, médias, de pequeno porte e microempresas, a propiciar-lhe maior oportunidade de trabalho, com perspectivas de melhores salários”.

(SDE) e pelo Cade, sendo as duas secretarias responsáveis pela instrução e análise preliminar dos casos de concentração e infrações à Ordem Econômica, enquanto à autarquia competia emitir a decisão final acerca desses casos. Com a Nova Lei de Defesa da Concorrência, o SBDC passou a ser composto apenas pelo Cade e pela Seae, sendo extinta a SDE.

Atualmente, a atividade judicante permanece sendo de competência do Cade¹¹⁸, cujas funções encontram-se subdivididas entre: (i) a Superintendência-Geral (SG), cujas práticas incluem a apuração e a investigações de infrações à Ordem Econômica, bem como a instrução de procedimentos para análise de atos de concentração (competindo à SG aprová-los ou impugná-los perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica – Tade); (ii) o Tade, voltado especificamente às atividades judicantes, que incluem, entre outras, o julgamento de condutas, a imposição de penalidades, a apreciação de atos de concentração, a aprovação de compromissos de cessação e acordos em controle de concentrações; e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), a quem compete subsidiar a atuação do Cade de forma técnica, por meio de pareceres e realização de estudos econômicos (FORGIONI, 2016, p. 132-134). Externamente à estrutura do Cade, atuam junto à ele a Procuradoria Federal Especializada (ProCade), responsável pela defesa de seus interesses em juízo e a execução de suas decisões, assim como o Ministério Público Federal (MPF)¹¹⁹, a quem é facultado emitir pareceres, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, seja de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator (LEI N.º 12.529/2011, 2019).

Por sua vez, tem-se que a Seae foi extinta em 2018, por meio do Decreto n.º 9.266, que transferiu suas atribuições a duas novas secretarias: (i) a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel), que atua na formulação e execução da política fiscal, na formulação/acompanhamento das políticas públicas no setor de energia e, finalmente, na governança de prêmios e sorteios; e (ii) a Secretaria de Promoção da Produtividade e da Advocacia da Concorrência (Seprac), a quem compete eminentemente as funções de advocacia da concorrência, por meio da elaboração de estudos, avaliação de propostas legislativas que tramitam perante o Congresso Nacional, participação como *amicus curiae* em processos etc. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2019).

¹¹⁸ É importante esclarecer que, embora atue primordialmente na repressão e prevenção de infrações à Ordem Econômica, o Cade exerce também atividades voltadas à promoção da concorrência, de forma residual.

¹¹⁹ Para mais informações sobre a atuação do Ministério Público Federal junto ao Cade, ver: Resolução Conjunta PGR/CADE n.º 1/2016 (2019).

No Quadro 13 resta consignada a estrutura do SBDC, com destaque à atividade principal exercida pelos órgãos que compõem ou auxiliam o sistema:

Quadro 13 – Estrutura atual do SBDC

Órgãos que compõem o SBDC			Órgãos auxiliares		
Cade	<ul style="list-style-type: none"> Tade SG DEE 	Sefel	Seprac	ProCade	MPF
Atividade judicante (atividade principal)	Advocacia da concorrência		Defesa judicial dos interesses do Cade e execução de suas decisões	Emissão facultativa de pareceres	

Fonte: Autora.

A partir da organização interna do SBDC, é possível verificar que ao Cade competem, de forma mais latente, as funções de *enforcement* na defesa da concorrência, enquanto a Seprac e a Sefel exercem competências voltadas à promoção da concorrência perante os entes públicos, os agentes econômicos e a Sociedade Civil. Por essa razão, no presente trabalho será dado destaque ao Cade e suas atividades, em detrimento aos demais órgãos, já que se busca verificar especificamente a questão do controle dos atos de concentração.

De acordo com Forgioni (2016, p. 134), “As práticas antitruste são tradicionalmente classificadas conforme suas principais manifestações [...]: (i) *acordos*, que podem ser horizontais e verticais; (ii) *abuso de posição dominante* e (iii) *concentrações*. Partindo dessa perspectiva, é possível classificar a atuação do Cade em duas frentes, uma voltada ao controle estrutural/preventivo e outra ao controle de condutas/repressivo¹²⁰.

Ao discutir as funções de *enforcement*¹²¹ previstas na Lei n.º 12.529/2011, Queiroz (2018, p. 227) as classifica como reativas, ao afirmar que “[...] o controle de condutas e de atos de concentração são ‘reações’ do Estado a situações ‘tentadas’, consolidadas, continuadas ou até ‘pré-acordadas’”. No controle de condutas, o Cade busca investigar e punir condutas

¹²⁰ Não é por menos que Fonseca (2017, p. 285) sustenta que “[...] os dois pilares da legislação de concorrência são o controle de concentração de empresas e o controle de condutas”. Igualmente, Gaban e Domingues (2016, p. 85) ensinam que “O sistema da lei brasileira é um sistema híbrido. A Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB), também conhecida como nova Lei de Defesa da Concorrência (LDC), aprovada em 5-10-2011 e em vigor desde 29 de maio de 2012, preservou o enfoque duplo de atuação (condutas e estruturas) e tipificou as infrações à ordem econômica em seu art. 36”.

¹²¹ Bagnoli (2017, p. 331) destaca uma terceira via de atuação do Cade, ainda marginalizada, mas que não será objeto de estudo no presente trabalho: “Além da função *preventiva*, no tocante à análise de atos de concentração, e *repressiva*, referente à análise de infrações à Ordem Econômica, o CADE também desempenha função *educativa* [...]”. Trata-se da advocacia da concorrência.

consideradas infrações à Ordem Econômica, razão pela qual é denominado controle repressivo. Já no controle dos atos de concentração, busca-se impedir que concentrações contrárias à legislação (capazes de violar a livre concorrência) sejam levadas a cabo, de forma prévia, caracterizando uma espécie de “controle preventivo”.

A atuação dúplice do Cade se dá por meio da instauração dos seguintes procedimentos: (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, instaurado nas hipóteses em que a SG tenha dúvidas acerca da competência do órgão antitruste para análise da conduta; (ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, aplicável nos casos em que não há indícios suficientes para instauração imediata de processo administrativo para imposição de sanções; (iii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, instaurado nos casos em que há indícios suficientes da prática de infrações à Ordem Econômica; (iv) processo administrativo para análise de ato de concentração econômica, que se inicia com a submissão do ato de concentração pelas partes perante o Cade; (v) procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica, instaurado quando houver suspeitas de que determinada operação deveria ter sido submetida ao Cade e não foi; e (vi) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais, com vistas à apuração do descumprimento de deveres ancilares por parte das empresas que participam da operação ou seus representantes (FORGIONI, 2016, p. 153-154).

No presente trabalho nos interessam os procedimentos voltados ao controle estrutural, ou seja, aqueles que buscam “[...] examinar mudanças ocasionadas por movimentos empresariais nas estruturas dos mercados [...], de forma a evitar a formação de monopólios ou estruturas oligopolísticas que favoreçam a prática de preços supracompetitivos” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 51), que serão abordados a seguir.

Primeiramente, é preciso compreender as hipóteses de atuação do Cade no controle dos atos de concentração, pois, por uma questão de economia e celeridade, é impossível que o órgão antitruste analise todas as operações de concentração que ocorrem no país ou projetem seus efeitos sobre o Brasil.

A partir da legislação antitruste vigente, é possível concluir que dois critérios devem ser observados quando da submissão de um ato de concentração perante o Cade, os quais se encontram discriminados nos artigos 88 e 90 da Lei n.º 12.529/2011, quais sejam: (i) o

faturamento das empresas envolvidas na operação; e (ii) a espécie de negócio jurídico realizado entre as empresas requerentes.

O primeiro critério, relativo ao faturamento das empresas envolvidas encontra fundamento no art. 88, incisos I e II, da Lei n.º 12.529/2011 (2019), que dispõe que:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Com base no § 1º, do referido artigo, os valores de faturamento anual bruto foram atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, devendo ser submetidos à apreciação apenas os casos em que o faturamento anual bruto seja de: “[...] I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011” (PORTARIA INTERMINISTERIAL 994/2012, 2019, ART. 1º). Dessa maneira, somente serão obrigatoriamente submetidos à análise pela autoridade antitruste as operações em que, de forma cumulativa, pelo menos uma das empresas apresente faturamento anual bruto equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) e outra equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões). Nesse cenário, *v.g.*, uma operação envolvendo empresas com faturamento anual bruto inferior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) não precisará ser notificada perante o Cade, assim como uma operação que envolva empresa que observe o montante descrito no inciso I, do art. 1º, da Portaria Interministerial 994/2012, quando nenhuma das demais empresas envolvidas observar o patamar mínimo de faturamento anual bruto descrito no inciso II do mesmo artigo.

É interessante salientar que a opção pelo critério de faturamento mínimo para o segundo participante (inciso II) foi aplaudida pela doutrina, principalmente por “[...] afastar a obrigação de notificação de operações irrelevantes do ponto de vista concorrencial que, na ausência desse segundo filtro, vinham sendo submetidas para aprovação do Cade em função apenas do faturamento de um dos grupos econômicos envolvidos” (CORDOVIL *ET AL*,

2011, p. 40). No mais, a exclusão do critério de participação no mercado relevante também foi comemorada¹²².

O segundo critério, por sua vez, encontra fundamento no art. 90, da Lei n.º 12.529/2011, que prevê as operações que serão classificadas como atos de concentração para os fins legais. Somente deverão ser submetidas ante o Cade as concentrações decorrentes: (i) da fusão entre duas empresas anteriormente independentes; (ii) da aquisição, direta ou indireta, por compra ou permuta de ações/títulos/valores mobiliários conversíveis em ações/ativos, por via contratual ou não, do controle ou de parte de uma ou mais empresas¹²³; (iii) da incorporação de empresas; (iv) da celebração de consórcio, contrato associativo¹²⁴ ou *joint venture*¹²⁵, com exceção daqueles atos destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (LEI N.º 12.529/2011, 2019, art. 90).^{126 127}

Acerca do caráter cumulativo dos requisitos para submissão dos atos de concentração, disserta Forgioni (2016, p. 438-439):

De acordo com o sistema de nossa Lei Antitruste, as operações de concentração devem ser submetidas ao CADE previamente à sua concreção, quando se subsumirem às hipóteses previstas nos arts. 88, *caput*, e 90 da Lei 12.529/2011. Assim, nem todos os negócios que geram concentração são de apresentação obrigatória, mas apenas as operações expressamente mencionadas no art. 90, acima comentado (fusões, incorporações, compra de controle e de ativos etc.). E mesmo as concentrações mencionadas no art. 90, *caput*, estão dispensadas de apresentação se não alcançarem os patamares postos pelo art. 88, *caput*, alterados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012 [...]. Os critérios são *cumulativos*, ou

¹²² Sobre o tema, Cordovil *et al* (2011, p. 197) conclui que “A nova Lei excluiu o requisito de participação em dada porcentagem mínima do mercado relevante (ainda vigente até a revogação da Lei 8.884/1994) e incluiu um segundo critério embasado no faturamento. Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/1994. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva taxa de participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação”.

¹²³ Para saber mais sobre a notificação de aquisição de participações societárias, ver art. 9º e seguintes da Resolução n.º 2/2012 (2019, p. 5-5).

¹²⁴ Por força do disposto no art. 2º da Resolução n.º 17/2016 (2019, p. 1), “Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e I - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”.

¹²⁵ Ao tratar sobre *joint ventures*, a Resolução n.º 2/2012 (2019, p. 6) cita a existência de duas espécies: (i) “[...] *joint venture* clássica (criação de empresa para explorar outro mercado)”;

¹²⁶ Ver Quadro 11.

¹²⁷ Outra exceção diz respeito às operações de oferta pública de ações, que podem ser notificadas a partir de sua publicação e independem de autorização prévia do Cade para consumação, sendo vedado, apenas, o exercício dos direitos políticos decorrentes da aquisição da participação (REGIMENTO INTERNO DO CADE, 2019, p. 32, ART. 107).

seja, se uma empresa com faturamento superior a setecentos e cinquenta milhões de reais, adquirir o controle de outra que fature menos de setenta e cinco milhões, não precisará pedir a autorização do CADE. Igualmente, caso nenhum dos partícipes atinja o patamar de faturamento de setecentos e cinquenta milhões, a operação não precisará ser informada.

Adicionalmente aos critérios para submissão dos atos de concentração perante o Cade, é necessário abordar os limites de sua atuação. Nesse sentido, com base no art. 2º, da Lei Antitruste (2019)¹²⁸, percebe-se que a atuação da autoridade antitruste não se limita aos atos praticados no território nacional, mas se estende também às concentrações econômicas que envolvam agentes econômicos estrangeiros, desde que estas sejam capazes de gerar efeitos no território nacional. Ainda, a simples existência de filial ou representante, por exemplo, é suficiente para que a empresa seja considerada domiciliada em território nacional, atraindo a aplicação da legislação brasileira. Sobre a importância do dispositivo legal citado, dissertam Cordovil *et al* (2011, p. 51):

Tal dispositivo é de extrema relevância, sobretudo no contexto da economia globalizada em que concentrações econômicas muitas vezes ocorrem entre empresas transnacionais que possuem apenas filiais no Brasil, e, independentemente dos efeitos em outras jurisdições, no território nacional tais efeitos são considerados prejudiciais ao funcionamento do mercado.

É preciso adentrar ao procedimento de notificação, o qual sofreu severas alterações a partir da revogação da Lei n.º 8.884/1994. Até maio de 2012, as notificações poderiam se dar de forma posterior à conclusão do negócio jurídico, dada a adoção pelo controle *a posteriori* dos atos de concentração. Todavia, com a nova legislação, restou instituído o controle prévio dos atos de concentração, de tal maneira que as empresas têm o dever de notificar o interesse na operação de concentração antes de sua conclusão, ou seja, a consumação da operação somente ocorrerá após a expressa autorização do Cade, devendo ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas na negociação. Há apenas duas exceções ao controle prévio dos atos de concentração: (i) na oferta pública de ações; e (ii) na aprovação precária (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 141).

¹²⁸ Dispõe o texto normativo em comento que “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos” (LEI N.º 12.529/2011, 2019, ART. 2º).

Na hipótese de consumação do ato de concentração antes da aprovação pelo Cade, restará configurado o *gun jumping*¹²⁹ – consistente na “queima da largada”, na consumação prévia do ato de concentração-, que poderá ensejar a aplicação de multa pecuniária, abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à Ordem Econômica e a nulidade da operação (GUIA PARA A ANÁLISE DE CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2015, p. 14)¹³⁰. Acerca das modalidades do *gun jumping*, disserta Silva (2018, p. 77-78):

O prolapado *Gun Jumping* pode ocorrer em dois contextos distintos: trata-se do *Gun Jumping* processual, que se efetiva quando os agentes econômicos deixam de notificar ao Órgão Antitruste um ato de concentração de subsunção obrigatória; ou o *Gun Jumping* substantivo, quando as partes iniciam o processo de coordenação de suas ações antes da consumação do ato de concentração econômica.

Segundo Bagnoli (2017, p. 346), “Para evitar a condenação pela incidência de *gun jumping*, nos casos em que os custos de aguardar a decisão do CADE são decisivos para as empresas, pode-se apresentar as justificativas ao CADE e solicitar uma autorização precária, portanto, antes da decisão final do CADE [...]”. Entretanto, apenas nos casos em que restar demonstrada a inexistência de dano irreparável à concorrencial, a reversibilidade das medidas e a iminente ocorrência de prejuízos financeiros para a empresa adquirida, o Tade poderá autorizar a operação de forma precária e liminar¹³¹. A decisão terá efeitos até o julgamento final do caso ou revogação da medida¹³².

Quanto ao primeiro procedimento passível de instauração perante o Cade relacionado ao controle estrutural, tem-se que o Processo Administrativo no Controle de Atos de Concentração Econômica se inicia com a notificação por parte das empresas interessadas, que devem requerer a aprovação do ato de concentração perante a autoridade competente, instruindo o requerimento com as informações e documentos essenciais, os quais encontram-se discriminados na Resolução n.º 2, de 29 de maio de 2012 (2019). Caso seja necessário, a

¹²⁹ Gaban e Domingues (2016, p. 136) esclarecem que “Entende-se por “*gun jumping*” (ou “*jumping the gun*”) a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar favoravelmente, ou não, sobre a operação submetida à análise.

¹³⁰ Para mais informações sobre a prática de *gun jumping*, ver: Guia para a análise de consumação prévia de atos de concentração econômica (2015).

¹³¹ Para mais informações, ver o art. 114 e seguintes do Regimento Interno do Cade (2019, p. 34).

¹³² Sobre a autorização precária, Cordovil *et al* (2011, p. 160) ensinam que “Trata-se da possibilidade de as requerentes iniciarem os procedimentos de integração e demais etapas necessárias à realização do ato de concentração antes de o Cade vir a julgá-lo, mas observando determinadas condições a serem impostas pelo Conselheiro-Relator”.

SG poderá determinar a emenda do requerimento, uma única vez. Completa a documentação, compete a SG publicar edital contendo o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores envolvidos.

Ao analisar o requerimento, a SG poderá: (i) determinar a realização de instrução complementar, que poderá ser refeita, se necessário; ou (ii) conhecer do pedido e proferir decisão terminativa, nos casos de menor potencial ofensivo ou de dispensa de novas diligências. Caso a operação se mostre complexa a SG poderá, ainda, determinar a realização de nova instrução complementar, sempre de forma fundamentada e específica. Nesse caso, o prazo para apreciação do ato de concentração – que é de 240 (duzentos e quarenta dias) - poderá ser prorrogado por mais 90 (noventa) dias, desde que autorizado pelo Tade¹³³.

Concluída a instrução do procedimento, a SG: (i) aprovará a operação sem restrições; ou (ii) oferecerá impugnação ao Tade, caso entenda pela rejeição ou aprovação com restrições do ato de concentração, bem como nas hipóteses em que não houver elementos conclusivos quanto aos efeitos da concentração no mercado.

Na hipótese de aprovação do ato de concentração pela SG, os terceiros interessados ou a respectiva agência reguladora (em caso de mercados regulados) poderão apresentar recurso dirigido ao Tade, no prazo de 15 dias. Recebido o recurso, o Conselheiro-Relator deverá: (i) conhecer o recurso e incluí-lo na pauta de julgamento; (ii) conhecer o recurso e determinar a realização de instrução complementar; ou (iii) não conhecer o recurso e determinar seu arquivamento. Ainda, o Tribunal poderá avocar o processo para julgamento, mediante provocação de um de seus Conselheiros. Durante a tramitação do processo perante o Tade a execução do ato de concentração deve permanecer suspensa.

Já nos casos em que a SG impugnar o pedido de aprovação, aos requerentes será facultado apresentar resposta no prazo de 30 (trinta) dias. Devidamente oportunizado o contraditório, o Conselheiro-Relator poderá: (i) incluir o processo em pauta, quando devidamente instruído; ou (ii) determinar a realização de instrução complementar, com a posterior inclusão do processo em pauta.

¹³³ De acordo com os incisos I e II, do § 9º do art. 88, da Lei n.º 12.529/2011 (2019), o prazo para análise das operações de concentração somente poderão ser prorrogados: “[...] I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo”.

Ao analisar a operação de concentração econômica, o Tribunal proferirá decisão aprovando a concentração, de forma integral ou com ressalvas¹³⁴, ou reprovando-a¹³⁵. Em se tratando de aprovação com ressalvas, a autoridade antitruste poderá determinar a aplicação de medidas voltadas à mitigação dos efeitos nocivos do ato de concentração no mercado relevante afetado, tais como a venda de ativos, a alienação do controle societário, a separação jurídica de atividades etc.

O Quadro 14 a seguir, resume o trâmite administrativo perante o Cade para análise de atos de concentração econômica, em sua forma ordinária:

Quadro 14 – Resumo do trâmite do processo administrativo para análise de ato de concentração econômica ordinário



Fonte: Autora.

A fim de garantir maior celeridade, a Resolução n.º 2, de 29 de maio de 2012 (2019, p. 3) instituiu o Procedimento Sumário para Análise dos Atos de Concentração, aplicável aos casos mais simples, com menor potencial ofensivo à concorrência¹³⁶. A decisão quanto ao

¹³⁴ Na hipótese de aprovação com ressalvas, poderá ser firmado Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Nesse sentido, o trecho a seguir, do Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal (2016, p. 56): “Nos casos em que os benefícios do AC não forem superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, o Cade poderá aprovar o AC com restrições, aplicadas de forma unilateral ou por meio de um Acordo com as partes, sempre que ficar comprovado que a imposição das restrições restabelecerá o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica”.

¹³⁵ Em todos os casos, a decisão proferida pelo Cade é vinculante, não podendo ser revista por qualquer órgão do Poder Executivo. Sobre a revisão da autorização dada pelo Cade, sustenta Forgioni (2016, p. 441) que “A autorização concedida pelo CADE é vinculante para a autoridade antitruste, podendo ser revista, apenas, caso baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelos interessados, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas, *ou não forem alcançados os benefícios visados* (cf. art. 91, *caput*, da Lei 12.529/2011)”. Ainda, dispõe § 3º, do art. 60, da Lei n.º 12.529/2011 (2019) que “Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”.

¹³⁶ De acordo com o art. 8º, da Resolução 02/2012 (2019, p. 4-5): “São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações: I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou

enquadramento da operação no referido procedimento é discricionária, mas, uma vez reconhecida, ensejará a emissão de decisão simplificada por parte da SG (nos moldes do art. 54, inciso I, da Lei n.º 12.529/2011) e a observância do prazo de 30 (trinta) dias para finalização do procedimento (salvo reclassificação do ato de concentração em análise em Procedimento Ordinário). Caso o prazo não seja observado, a mora deverá ser fundamentada e a operação terá sua análise considerada prioritária (RESOLUÇÃO N.º16/2016, 2019, p. 1).

Quanto ao segundo procedimento referente ao controle estrutural, consistente no Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC), tem-se que este não encontra delimitação legal em sentido estrito. Todavia, suas hipóteses de incidência podem ser retiradas da Resolução n.º 24, de 8 de julho de 2019 (2019), que dispõe:

Art. 1º O procedimento administrativo para apuração de ato de concentração (APAC) terá como objeto: I – atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011; II – atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo Cade, nos termos do § 3º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011; III – atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade, nos termos do § 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

Como se depreende da leitura do artigo citado, serão sujeitos ao APAC os casos: (i) de *gun jumping* material e processual; e (ii) que versem sobre notificação não obrigatória, mas que possa ser requerida pelo Cade, com fulcro no art. 88, § 7º, da Lei n.º 12.529/2011 (2019), que dispõe que “É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

verticalmente relacionados; II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo; (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014) III - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial; (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014) IV - Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014) V - Ausência denexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014) VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada. (Redação dada pela Resolução nº 09, de 1º de outubro de 2014)”.

O APAC será instaurado pela SG de ofício ou mediante provocação. Em relação à hipótese de cabimento prevista no inciso I, a instauração do procedimento visa a imposição de multa, a declaração de nulidade dos atos e/ou a abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à Ordem Econômica, em razão da consumação do ato de concentração em desacordo com o disposto no art. 88, § 3º, da Lei Antitruste. Em relação à hipótese de cabimento delineada no inciso II, além dos objetivos já indicados, pode ainda ser determinada a notificação do ato de concentração pelas partes. Finalmente, no que tange ao APAC instaurado em decorrência da faculdade atribuída ao Cade no art. 88, § 7º, da Lei n.º 12.529/2011, este visa a submissão de ato de concentração que não observa os requisitos do art. 88 cumulado com os do art. 90, da Lei de Defesa da Concorrência, observados os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Nesse cenário, as partes terão 30 (trinta) dias para submissão da operação perante o Cade, quando serão observados os prazos legais para apreciação da concentração.

Já em relação ao terceiro procedimento passível de instauração perante o Cade, com vistas ao controle dos atos de concentração, tem-se que o Processo Administrativo para imposição de sanções processuais incidentais, como dito alhures, tem como objetivo a apuração do descumprimento de deveres ancilares por parte das empresas (ou seus representantes) que participam da operação. O processo será instaurado quando verificadas as infrações constantes dos arts. 40, 41, 42, 43 e 44, da Lei n.º 12.529/2011, com vistas à imposição da pena de multa.

Art. 40. A recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo Cade ou pela Secretaria de Acompanhamento Econômico constitui infração punível com multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, se necessário para garantir sua eficácia, em razão da situação econômica do infrator. [...] Art. 41. A falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos, no curso de inquérito ou processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada falta, aplicada conforme sua situação econômica. [...] Art. 42. Impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção autorizada pelo Plenário do Tribunal, pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral no curso de procedimento preparatório, inquérito administrativo, processo administrativo ou qualquer outro procedimento sujeitará o inspecionado ao pagamento de multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), conforme a situação econômica do infrator, mediante a lavratura de auto de infração pelo órgão competente. Art. 43. A enganosidade ou a falsidade de informações, de documentos ou de declarações prestadas por qualquer pessoa ao Cade ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico será punível com multa pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do

infrator, sem prejuízo das demais cominações legais cabíveis. Art. 44. Aquele que prestar serviços ao Cade ou a Seae, a qualquer título, e que der causa, mesmo que por mera culpa, à disseminação indevida de informação acerca de empresa, coberta por sigilo, será punível com multa pecuniária de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem prejuízo de abertura de outros procedimentos cabíveis (LEI N.º 12.529/2011, 2019).

Feitos os esclarecimentos acerca dos procedimentos elencados na Lei n.º 12.529/2011, resta verificar as hipóteses de aprovação ou reprovação dos atos de concentração. Nos termos do art. 88, § 5º, da Lei Antitruste (2019), “Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante¹³⁷, que possam criar ou reforçar uma posição dominante¹³⁸ ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”. Ou seja, qualquer ato de concentração capaz de ensejar os efeitos descritos no §5º do art. 88 deverá ser reprovado, salvo quando, de forma cumulada ou alternativa, a concentração ensejar: (i) o aumento da produtividade ou da competitividade; (ii) a melhoria da qualidade de bens ou serviços; e/ou (iii) eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico. Ainda, exige-se que parte relevante dos benefícios seja repassada aos consumidores. Nesse sentido, o Quadro 15, abaixo colacionado, no qual são descritas as hipóteses de proibição de atos de concentração e respectivas exceções legais:

¹³⁷ “O mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. É o que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo. Assim, um mercado relevante é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica em que tal(is) produto(s) é (são) produzido(s) ou vendido(s), de forma que uma firma monopolista poderia impor um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preços, sem que com isso os consumidores migrassem para o consumo de outro produto ou o comprassem em outra região. Esse é o chamado teste do monopolista hipotético e o mercado relevante é definido como sendo o menor mercado possível em que tal critério é satisfeito” (PERGUNTAS GERAIS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2016).

¹³⁸ “A Lei de Defesa da Concorrência determina que ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa de tal forma que a empresa ou grupo de empresas seja capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. A parcela substancial de mercado relevante que trata a lei é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante em questão. Porém, dependendo do caso concreto, a lei autoriza o Cade a alterar esse percentual para setores específicos da economia (artigo 36, §2º da Lei N.º 12.529/11)” (PERGUNTAS GERAIS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA, 2016).

Quadro 15 – Atos de concentração proibidos e exceções à proibição

ACs proibidos (Art. 88, § 5º, da Lei n.º 12.529/2011)	Eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante	Criação ou reforço de posição dominante	Dominação de mercado relevante de bens ou serviços
Exceções (Art. 88, § 6º, da Lei n.º 12.529/2011)	Aumento da produtividade ou da competitividade	Melhora da qualidade de bens ou serviços	Eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico
	Repasse de parte relevante dos benefícios aos consumidores		

Fonte: Lei n.º 12.529/2011 (2019).

Quanto à análise dos atos de concentração, esta encontra-se baseada “[...] em critérios legais previstos na Lei 12.529/11, no Regimento Interno do Cade, no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 1º de agosto de 2001), na Resolução 2 do Cade e na própria jurisprudência do órgão” (PERGUNTAS SOBRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA, 2016).

De maneira geral, a análise dos atos de concentração horizontal se dá por meio da observância das seguintes fases: (i) delimitação do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração, a fim de verificar se a nova empresa terá condições de exercer poder de mercado; (iii) avaliação da probabilidade de uso efetivo do poder de mercado, considerando as variáveis de entrada tempestiva, provável e suficiente e rivalidade; (iv) avaliação do poder de compra; e (v) ponderação das eficiências econômicas alcançadas com o AC. As etapas não são obrigatórias e podem ser complementadas, *v.g.*, por simulações pela análise contrafactual (GUIA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, 2016, p. 9-10).

No que diz respeito às eficiências econômicas, entende-se que “Cumprido ao Cade verificar se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo” (GUIA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, 2016, p. 8). Tem-se, portanto, que na ponderação acerca dos efeitos dos atos de concentração devem ser levados em consideração os benefícios e os malefícios decorrentes da operação. Devem, em suma, ser comparados os benefícios decorrentes da concentração e os prejuízos potenciais a serem sentidos pelos consumidores, decorrentes da eliminação/diminuição da concorrência¹³⁹.

¹³⁹ Nas palavras de Gaban e Domingues (2016, p. 120): “Na análise de uma operação empresarial, se percorridas as três etapas iniciais de análise (definição do mercado relevante, determinação da parcela de participação de mercado e avaliação da probabilidade de exercício de poder de mercado) e concluir-se pela probabilidade de exercício de poder de mercado, passa-se à avaliação das eficiências econômicas eventualmente geradas pelo negócio para, então, concluir-se pela necessidade de restringir-se ou não a liberdade dos agentes econômicos.

4.5 DOS REFLEXOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA (LEI N.º 11.101/2005) SOBRE O CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EXERCIDO PELO CADE

A Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comumente conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência, é responsável pela disciplina legal dos processos/procedimentos de recuperação judicial e extrajudicial e de falência do empresário ou da sociedade empresária¹⁴⁰, não se aplicando, todavia, às empresas públicas e de economia mista, bem como às instituições financeiras, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades de plano de assistência à saúde, seguradores, sociedades de capitalização e demais equiparadas (LEI N.º 11.101/2005, 2019, ARTS. 1º E 2º).

A referida lei inaugurou o que os doutrinadores nomeiam como a Quarta Fase do Direito Falimentar no Brasil, alterando substancialmente os institutos de direito concursal, em especial, com a inserção dos fenômenos da recuperação judicial e extrajudicial¹⁴¹. Acerca das fases anteriores, é necessário destacar: (i) a primeira fase, englobando o período entre o Código Comercial até a República, marcada pela falta de precisão na conceituação dos

As eficiências podem ser entendidas, de modo geral, como o ganho de bem-estar econômico decorrente do ato de concentração empresarial que, de outro modo, não poderia ser gerado à sociedade. Se o incremento de bem-estar econômico puder ser obtido, em um período inferior a dois anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvam menores riscos para a concorrência que a concentração empresarial, o SBDC tende a não considerá-lo como eficiência econômica decorrente da operação empresarial”.

¹⁴⁰ Sobre o objeto e a inovação da Lei n.º 11.101/2005, ensinam Salomão e Santos (2005, p. 7) que “A Lei 11.101/2005, completando 10 anos de vigência em junho de 2010 [*sic.*], passou a regular, em nosso País, a partir de 8 de junho de 2005, a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, assim como a falência. De fato, após inúmeras vicissitudes na tramitação legislativa – que durou cerca de 11 anos -, a atual legislação trouxe diversas inovações ao direito concursal. Alterou conceitos e termos jurídicos, extinguindo a concordata e a continuação dos negócios por falido, como previsto no revogado Decreto-lei 7.661/1945. Introduziu a recuperação extrajudicial e judicial de empresas, modificando radicalmente o sistema falimentar então vigente”.

¹⁴¹ Ao explicitar a inovação do procedimento de recuperação da empresa, Teixeira (2017, p. 424) destaca o viés de preservação da empresa em detrimento do interesse em expurgar a empresa em crise do mercado: “O instituto da recuperação de empresas é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pela Lei n. 11.101/2005, porém já é mais experimentada em outros países, como Estados Unidos e França. No ordenamento jurídico brasileiro, até 2005, o que tínhamos era a concordata, preventiva e suspensiva. Lembremos de que a Lei n. 11.101/2005 revogou o Decreto-lei n. 7.661/45, que tinha como princípio fundamental tirar do mercado o comerciante “doente”, com problemas financeiros ou econômicos. Por sua vez, a Lei n. 11.101/2005 possui uma visão mais moderna, que busca recuperar a empresa que está em crise. Apesar de ser relativamente recente no Brasil, aos poucos o número de recuperação de empresas vem aumentando no cenário nacional. A recuperação da empresa não se esgota na simples satisfação dos credores, como a falência. É uma tentativa de solução para a crise econômica de um agente econômico, enquanto uma atividade empresarial. Isso ocorre porque a recuperação tem por objetivo principal proteger a atividade empresarial, não somente o empresário (empresário individual ou sociedade empresária)”.

institutos, pela demasiada autonomia aos credores na organização falimentar e caracterização da falência a partir da cessação de pagamentos; (ii) a segunda fase, fundada na aplicação do Decreto n.º 917, de 1890, que previa a moratória (cabível apenas antes do protesto, com a anuência de $\frac{3}{4}$ dos credores, prevendo o pagamento total dos débitos em até um ano), o acordo extrajudicial (de natureza contratual, admissível antes do protesto, sendo decretada a falência em caso de negativa) e a cessão de bens (possível antes do protesto, a depender da aprovação dos credores, a partir de um contrato de união); e (iii) a terceira fase, baseada na aplicação do Decreto-lei n.º 7.661/1945, que eliminou a natureza amigável da concordata, reforçando o aspecto judicial da falência e da concordata (proibição da moratória amigável) e aumentando os poderes do juiz em detrimento dos credores (SALOMÃO; SANTOS, 2015, p. 6-7).

Como dito alhures, na lei sob análise encontram-se regulados os institutos da recuperação judicial/extrajudicial e da falência. Esta se apresenta como a solução jurídica cabível nos casos em que a sociedade ou o empresário não possui meios para pagar obrigação líquida e vencida, sendo decretada por sentença, nas hipóteses de insolvência do art. 94 da LREF em face de sujeito que exerça atividade empresarial. A recuperação judicial, por sua vez, visa a preservação da empresa, por meio da apresentação de um plano de recuperação perante os credores, a fim de impedir futura falência. De forma prévia, admite-se ainda a recuperação extrajudicial, nos casos em que a renegociação parcial for suficiente (SALOMÃO; SANTOS, 2015, p. 47-48 e 288). De forma bastante elucidativa, Bezerra Filho (2014, p. 144) distingue os institutos da recuperação e da falência, ao sustentar que:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado.

Quanto às regras gerais que delimitam a atuação dos agentes envolvidos em processos de recuperação ou de falência (juízes, devedores, credores etc.), merecem destaque: (i) a preservação da empresa, prevista no art. 47 da Lei em comento, que sustenta a necessidade de salvamento da empresa economicamente viável, admitindo a decretação de falência apenas nos casos em que a preservação da atividade não puder ser efetivada; (ii) a separação dos conceitos de empresa e empresário, *vide* art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência; (iii) a proteção dos trabalhadores, tendo em vista a manutenção dos

empregos e garantindo a preferência no recebimento de créditos (art. 47 e art. 151, da LREF); (iv) a celeridade e a eficiência na falência (art. 22, II, “o” e art. 75, parágrafo único, da LREF); (v) a participação ativa dos credores, a fim de evitar fraudes, *ex vi* dos artigos 7º, § 1º, 26, 27, 35, 50, inciso V, 56 etc.; (vi) a maximização do valor dos ativos do falido, fundada no art. 113, da LREF, que prevê a aceleração na tomada de decisões a fim de evitar a desvalorização do patrimônio; (vii) a desburocratização em relação às micro e pequenas empresas (art. 70 e seguintes da Lei em destaque); e (viii) o maior rigor na punição de crimes, a exemplo dos artigos 168 e seguintes da LREF (SALOMÃO; SANTOS, p. 15-29).

Fazzio Jr. (2016, p. 560) dá destaque, ainda, a seis “princípios estruturantes” do regime legal de insolvência empresarial: (i) a viabilidade da empresa, ou seja, para o autor a LREF parte de uma dicotomia entre empresas viáveis (a serem recuperadas) e não viáveis (submetidas à falência); (ii) a prevalência do interesse dos credores, com vistas à satisfação creditícia equitativa, considerando também o interesse público relativo à empresa; (iii) a publicidade dos procedimentos, marcados pela transparência; (iv) o tratamento equitativo dos créditos; (v) a conservação e maximização dos ativos, com foco na recuperação da unidade econômica e da manutenção da atividade produtiva, em prol do interesse dos credores e do proveito da sociedade; e (vi) a conservação da empresa viável, sendo admitida apenas a liquidação de empresas que não comportem uma reorganização suficientemente eficiente.

A importância da Lei n.º 11.101/2005 consiste em permitir que, a partir do diagnóstico de crise empresarial, seja tomada a melhor decisão quanto à continuidade ou não da atividade empresarial, seja atuando com uma solução de mercado, por meio da reorganização judicial ou extrajudicial, ou pelo encerramento das atividades - liquidação de ativos (SALOMÃO; SANTOS, 2015, p. 11)¹⁴². Outrossim, a intervenção judicial nos casos de grave crise econômica e financeira é necessária, já que a atividade empresarial tende a gerar efeitos perante toda a sociedade. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 294) justifica a existência de mecanismo de recuperação da empresa em razão de seus possíveis prejuízos:

A crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os

¹⁴² É essencial destacar que a LREF não visa salvar a empresa em crise a todo e qualquer custo, muito pelo contrário. A permanência ou não da empresa no mercado tem custos, os quais devem ser sopesados quando da análise dos processos de recuperação judicial ou de falência. É sob esta perspectiva que Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 485) afirma que “Nem toda empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja na de perdas parciais ou totais de crédito”.

credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.

Na mesma linha de pensamento, Fernandes (2005, p. 2) ressalta que os efeitos decorrentes da decretação de falência de uma empresa não envolvem apenas os devedores e credores, “[...] mas afeta diretamente a economia, que sofre os efeitos das crises econômicas, fatores conjunturais, problemas de liquidez, acirramento da concorrência, desenvolvimento de novas tecnologias e até mesmo insolvência de fornecedores ou clientes”. Ou seja, embora a empresa insolvente tenha caráter privado, não é possível ignorar a relação intrínseca entre o desenvolvimento de atividades econômicas e a vida em comunidade (incluindo credores, consumidores e trabalhadores e, também, os demais agentes atuantes – direta ou indiretamente - no mercado relevante afetado).

Como será demonstrado, a reorganização da empresa ou o encerramento de sua atividade pode se dar por meio de operações que se caracterizam como atos de concentração, de tal maneira que “A leitura da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência) demonstra a necessidade de diálogo entre o Poder Judiciário e o Cade, especialmente em observância aos institutos da recuperação judicial e extrajudicial” (GUIA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, 2016, p. 54). Entretanto, nem sempre a atuação do juízo falimentar e do Cade terá em vista os mesmo objetivos, já que a o primeiro tende a buscar a preservação da empresa ou maximização do valor do seus ativos, assim como a proteção dos trabalhadores e dos interesses dos credores (como será abordado adiante), enquanto que o segundo visa, primordialmente, a manutenção da concorrência (e, conseqüentemente, a proteção do consumidor). Pondo em destaque a possível contradição entre os objetivos previstos na Lei de Recuperação da Empresas e Falência e a legislação antitruste, Franco e Sztajn (2008, p. 238) ensinam:

Qual dos dois valores – crise de empresa e funcionamento do mercado –, quando em oposição, deve prevalecer? Se a função social da empresa – preservação de postos de trabalho – predominar, então a concentração do mercado assumirá papel secundário; se, ao revés, sobretudo considerando efeitos de médio e longo prazos, preponderar a noção de que a concorrência é o valor fundamental, a alienação do controle a concorrente ficará prejudicada. A ver como a jurisprudência encaminhará a solução.

Dentre todas as previsões legais constantes na Lei de Recuperação de Empresas e Falência, para o presente trabalho importam de sobremaneira os artigos 47, 50, 75 e 140. Isto porque os textos normativos citados sintetizam os objetivos da recuperação de empresas e da falência, bem como descrevem possíveis atos de concentração cabíveis naqueles procedimentos.

Em relação ao art. 47, da LREF (2019), que dispõe que a recuperação de empresas, especialmente a judicial, tem como escopo “[...] viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”, este demonstra a preocupação do legislador com os agentes econômicos, os credores e os trabalhadores, cuja importância vem sintetizada nas ideias de preservação da empresa, da função social (entendida aqui como o equilíbrio entre os interesses econômicos e sociais¹⁴³) e também do estímulo da atividade econômica. Segundo Bezerra Filho (2014, p. 144-145) o artigo prevê uma ordem de preferência, na qual o objetivo primordial do instituto é garantir a manutenção da empresa (consistente na “manutenção da fonte produtora”), sem, contudo, ignorar questões atinentes aos interesses dos trabalhadores e dos credores.

Por sua vez, no que tange à falência, o art. 75, da LREF, prevê que “A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”, ou seja, diferentemente da recuperação voltada à manutenção da empresa, o instituto falimentar tem como escopo a preservação e a otimização dos bens, ativos e recursos da empresa em situação de crise (financeira e econômica) insolúvel¹⁴⁴.

¹⁴³ Acerca do papel da empresa para além da mera obtenção de lucro, Tomazette (2018, p. 141) disserta: “Pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior. Não interessam apenas os desejos do empresário individual, do titular da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) ou dos sócios da sociedade empresária: é fundamental que a empresa seja administrada em atenção aos demais interesses que a circundam, como os dos empregados, do fisco e da comunidade”. No mesmo sentido, Sanseverino (2018, p. 60) sustenta que “A função social da empresa tem íntima relação com o princípio da função social da propriedade sobre os bens de produção, sendo que “a nota dominante é da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais”. Supera-se a visão meramente econômica de sociedade empresária para uma visão institucional, abarcando os interesses dos sócios minoritários, dos trabalhadores, dos consumidores e da comunidade em geral em que a empresa está inserida. Identifica-se, assim, um interesse social mais amplo, envolvendo todas as pessoas que dependam da empresa ou que com ela dividam o seu espaço social. Desloca-se, portanto, a preocupação apenas com a propriedade dos bens de produção ou da titularidade da participação societária para o próprio poder de organização e controle da sociedade empresária”.

¹⁴⁴ Sobre o intuito maior da falência, Bezerra Filho (2014, p. 203) leciona: “Portanto, dentro do espírito da nova lei, que pretende recuperar a empresa, preservando-a, na falência a mesma busca existe, agora por

Finalmente, quanto aos artigos 50 e 140, da LREF, estes se sobressaem ao prever, respectivamente, meios para recuperação da empresa ou preservação de seus bens, ativos e recursos, que podem se constituir como atos de concentração. O art. 50, referente à recuperação judicial, prevê mecanismo para propiciar a continuidade da atividade empresarial, dentre os quais, muitos se apresentam como possíveis atos de concentração econômica. Trata-se de rol exemplificativo, no qual se destacam as modalidades de cisão, a fusão, a incorporação, o trespasse, a alteração do controle societário, a venda parcial de bens etc.¹⁴⁵ Já o art. 140, supracitado, dispõe acerca da liquidação dos ativos da empresa no processo de falência, tendo como objetivo a maximização do resultado financeiro obtido a partir da prática dos atos ali descritos. Dentre os atos citados encontra-se a alienação da empresa com a venda das unidades englobadas, a alienação da empresa com a venda das filiais ou unidades produtivas de forma isolada, bem como a venda dos bens em bloco ou separado (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 186-191). Em ensejando concentração econômica, observados os requisitos legais, as operações envolvendo massas falidas deverão ser submetidas perante o Cade¹⁴⁶.

Por fim, quanto ao tema em voga, é preciso frisar a competência do Cade para análise de eventuais atos de concentração a serem realizados perante o juízo falimentar. É majoritário o entendimento de que tais operações devem ser submetidas à apreciação da autoridade antitruste¹⁴⁷, isto porque, inexistente previsão específica na LREF que revogue o

preservação não mais da empresa, que é dissolvida pela falência (art. 1.044, do CC/2002), e sim da atividade produtiva”.

¹⁴⁵ É interessante destacar que, de acordo Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 488), as operações societárias não são *per se* aptas a garantir a continuidade das atividades empresariais, sendo “[...] necessário contextualizá-las num plano econômico que mostre como sua efetivação poderá acarretar as condições para o reerguimento da atividade. Se o devedor pleiteia o benefício da recuperação judicial mencionando genericamente que esta se dará por meio duma operação societária qualquer (“incorporação da sociedade devedora por outra economicamente bem posicionada”, por exemplo), isso não é minimamente suficiente para demonstrar a viabilidade do plano”.

¹⁴⁶ Como exemplo de operação submetida perante o Cade envolvendo massa falida, pode ser citado o Ato de Concentração n.º 08012.014340/2007-75, envolvendo as empresas Mineração Areiense S/A e Votorantim Metais Zinco S/A, abordada nos capítulos anteriores. Segundo Oliveira Jr. (2014, p. 135), “[...] o ato de concentração 08012.014340/2007-75, justamente aquele no qual a teoria da *failing firm* restou aplicada, referia-se justamente a uma concentração econômica decorrente da aquisição de ativos em leilão realizado por massa falida”.

¹⁴⁷ Nas palavras de Cruz (2018, p. 887) “Alguns autores, como Sérgio Campinho, entendem que esse caso configura uma situação excepcional que afasta a exigência de submissão prévia da operação societária à aprovação do CADE, mas se trata de entendimento minoritário e que não tem ocorrido na prática. Assim, de acordo com o entendimento majoritário, se o plano de recuperação judicial envolve a realização de operação societária que preenche os requisitos do art. 88 da Lei 12.529/2011, tal operação deve ser previamente submetida ao CADE, não cabendo ao juízo universal da recuperação usurpar a competência da autoridade antitruste”.

disposto no art. 88, da Lei n.º 12.529/2011. Mello e Fichmann (2013, p. 2161) defendem a competência do Cade para apreciação das concentrações embasadas no art. 50 da LREF:

Logo, para a proteção da concorrência – e, por conseguinte, do desenvolvimento do mercado – forçoso convir pela obrigatoriedade da submissão da operação societária, que se dá no âmbito da recuperação judicial, aos órgãos de controle da concorrência (SDE e CADE), nos termos do artigo 88 da Lei 12.529/11. Isto, de fato, se coaduna com os preceitos trazidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988 que prestigiou a livre iniciativa e, portanto, impossibilita a intervenção absoluta do Estado (ainda que, por via oblíqua, através do Poder Judiciário) no domínio privado.

No mesmo sentido, Fernandes (2013, p. 26) aduz que “O plano de recuperação aprovado pelo Conselho de Credores que se caracterize por um ato de concentração horizontal dentro do espectro da competência do CADE deveria ser notificado para análise”. Ainda, Oliveira Jr. (2014) advoga no sentido de ser competência privativa do Cade a análise de tais operações, pois assim estaria delineada a repressão ao abuso de poder econômico no art. 173, § 4º, da Constituição Federal, não havendo na LREF qualquer atribuição para apreciação de atos de concentração pelo juízo falimentar, quanto menos exceção à competência do Cade na Lei n.º 12.529/2011¹⁴⁸.

Verificadas as previsões de atos de concentração envolvendo empresas em crise na LREF e a competência do Cade para apreciação dessas operações, voltadas sempre à manutenção da empresa ou maximização de seus ativos, resta discutir a regulação das concentrações empresariais no âmbito do Código Civil Brasileiro.

4.6 DO ATO DE CONCENTRAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Em seu Livro II, denominado “Do Direito de Empresa”, o Código Civil (2019) regulamenta o exercício da atividade empresarial exercida por pessoas físicas ou jurídicas, regendo as figuras do empresário, da empresa individual de responsabilidade limitada, das sociedades em geral, das sociedades limitadas, das sociedades por ações etc. Acerca do direito comercial no Código Civil (CC), ensina Maria Helena Diniz (2013, p. 29) que:

¹⁴⁸ No mesmo sentido, Lima Filho (2016, p. 127-128) sustenta que “Digno de registro que o art. 50 do citado diploma legal arrola um portfólio de soluções de natureza exemplificativa para a solução da crise por meio de um plano de recuperação. Entre as várias possibilidades, inclusive, há a previsão de atos de concentração, como incorporação, fusão, entre outros. Naturalmente, esses atos devem passar pelo crivo do CADE, já que nem o magistrado e nem os credores avaliam os efeitos anticoncorrenciais do ato de concentração”.

O “direito comercial”, passa a ter, no Código Civil de 2002 (Livro II – Parte Especial), uma nova abordagem, sob a denominação de *direito da empresa*, já que, dando ênfase a empresarialidade, trata do empresário (título I), as sociedades (título II), do estabelecimento (título III) e dos institutos complementares (título IV). O Novo Código Civil, como observa Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil, fiel às diretrizes da política econômico-financeira, harmonizou os valores da iniciativa privada com os da certeza e segurança, prevendo normas garantidoras da estabilidade e autonomia das estruturas empresariais nos limites do bem comum e dos imperativos do desenvolvimento nacional.

No que concerne à figura do empresário (pessoa física que tem como profissão o exercício habitual da atividade econômica) e da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), inexistem quaisquer previsões no CC sobre atos de concentração, na medida em que a característica primordial dessas figuras é a existência de uma única pessoa física constituinte. Todavia, especificamente em relação à EIRELI, considerada por muitos uma sociedade unipessoal, é possível verificar: (i) a participação dessa espécie empresarial em operações de fusão e de incorporação, na medida em que o patrimônio da EIRELI pode ser transferido à empresa incorporadora ou a nova pessoa jurídica criada a partir da fusão entre a empresa individual e outra empresa (hipótese na qual a EIRELI será extinta sem dissolução e liquidação, na medida em que o titular de seu capital passará a figurar como sócio da sociedade recém fundada); e (ii) a ocorrência de cisão apenas por meio da venda de parte de seu patrimônio para uma ou mais sociedades ou da totalidade de seu patrimônio para duas ou mais sociedades, já que a divisão da EIRELI a resultar em duas empresas individuais com um mesmo titular é vedada por lei, nos termos do art. 980-A, § 2º, do Código Civil (GONÇALVES NETO, 2016, p. 140-141).

Em relação às concentrações econômicas envolvendo as sociedades reguladas pelo novo diploma, merecem destaque os artigos 1.116 a 1.122, contidos no Capítulo X, denominado “Da Transformação, da Incorporação, da Fusão e da Cisão das Sociedades”. Sobre os artigos em comento, é interessante destacar o entendimento de Salomão e Santos (2015, p. 9), que sustentam que o CC “[...] previu normas para liquidação, transformação, incorporação e fusão das empresas que podem também ser utilizadas como métodos para o desenvolvimento do plano de recuperação judicial [...]”. Os autores destacam de forma salutar a relação entre as concentrações econômicas previstas no Código Civil e a manutenção de empresas em crise.

Primeiramente, é importante esclarecer que se deixa de abordar os artigos 1.113 a 1.115 do CC, na medida em que regulam a transformação empresarial, instituto que, por

envolver apenas uma sociedade, sem apresentar reflexos em sua personalidade jurídica, não constitui concentração econômica¹⁴⁹.

Inicialmente, no que tange ao instituto da incorporação, dispõe o Código Civil (2019):

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos. Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo. § 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo. § 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada. Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

A partir dos artigos citados, é possível concluir que na incorporação (das sociedades regidas pelo Código Civil): (i) uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucedem em direito e obrigações, na medida em que as sociedades incorporadas são extintas, com a manutenção apenas da sociedade incorporadora; (ii) a reforma do ato constitutivo da sociedade incorporadora deverá ser aprovada pelos sócios; (iii) o patrimônio líquido da sociedade a ser incorporada deverá ser avaliado; (iv) a aprovação da incorporação deverá observar as regras atinentes às espécies de sociedade, em relação à incorporadora e às sociedades incorporadas; (v) aprovada a incorporação, a sociedade incorporadora deverá declarar extinta a(s) incorporada(s), promovendo a averbação dessa modificação no registro competente¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Acerca das semelhanças e diferenças entre a transformação e algumas espécies de atos de concentração, Gonçalves Neto (2016, p. 568-569) ensina: “Aproxima-se a transformação da fusão, incorporação e cisão, uma vez que todas essas operações importam alteração de estrutura societária – ou por outra, contêm uma organização societária. No entanto, a transformação verifica-se em relação a uma única sociedade sem reflexos na sua personalidade jurídica. As demais envolvem duas ou mais sociedades que se juntam ou que daí resultam, com alterações bem mais acentuadas do que as que se apresentam na transformação, tanto no que se refere a patrimônio, quanto a capital, a extinção ou a criação de pessoa jurídica, a sucessão etc.”

¹⁵⁰ Disserta Maria Helena Diniz (2013, p. 608) acerca das operações de incorporação que é “Fácil perceber, como nos alerta Paulo Checoli, que para a incorporação, ter-se-á uma sequência de atos: deliberação da operação pelos sócios das sociedades envolvidas; nomeação em assembleia ou reunião de sócios ou em documento *a latere* do contrato social, de peritos para avaliar patrimônio líquido da sociedade que será incorporada por outra; deliberação dos sócios da incorporada, após ciência das bases da operação, com autorização para que haja a prática dos atos necessários pelos administradores; aprovação pela incorporadora das bases de operação e do projeto de modificação do ato constitutivo; declaração da extinção *ex lege* da incorporada e tomada de providências pela incorporadora para averbação do ato de incorporação no registro competente, para que tenha efeitos *erga omnes*”.

No mesmo sentido, dispõe o Código Civil (2019) sobre a fusão entre sociedades:

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações. Art. 1.120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se. § 1º Em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade. § 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade. § 3º É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte. Art. 1.121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.

Verifica-se que, de acordo com o Código Civil, a fusão: (i) consiste na espécie de concentração na qual duas ou mais sociedades se unem, formando uma nova pessoa jurídica, que lhes sucede em direitos e obrigações; (ii) observará regras específicas atinentes a cada um dos tipos de sociedade que pretendem se unir; (iii) em reunião ou assembleia de sócios, que poderá ser ou não conjunta, será deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, assim como será previsto o plano de distribuição do capital social e nomeados peritos para avaliação do patrimônio das sociedades; (iv) em posse dos laudos, será decidida a constituição definitiva da nova sociedade (resultante da fusão).

Em relação à cisão, inexistente regulamentação específica no Código Civil, havendo apenas uma menção ao instituto quando, no art. 1.022¹⁵¹, são regulados os efeitos perante credores da incorporação, da fusão ou da cisão. Depreende-se do artigo em comento que: (i) a anulação judicial destes atos de concentração poderá ser requerida pelo credor anterior, em até 90 dias após a publicação; (ii) havendo consignação em pagamento do valor da dívida, a anulação pleiteada restará prejudicada; (iii) em caso de dívida ilíquida, a suspensão da anulação poderá ser deferida mediante garantia da execução; e (iv) na hipótese de falência da incorporadora, da sociedade nova resultante de fusão ou da sociedade cindida, o credor poderá requerer a separação dos patrimônios, a fim de garantir seus créditos.

¹⁵¹ *In verbis*: “Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles. § 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada. § 2º Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação. § 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas” (CÓDIGO CIVIL, 2019).

Há ainda, previsão legal acerca das coligações, definidas por Gonçalves Neto (2016, p. 518) como “[...] a junção de sociedades por *relações de capital*, isto é, pela participação de uma ou mais sociedades no capital social de outra ou de outras, como suas sócias ou acionistas”, as quais se encontram regidas nos artigos 1.097 a 1.101, do Código Civil; podendo ser controladas, filiadas ou de simples participação¹⁵². Por se tratar de possíveis atos de concentração, “Na coligação, em sentido amplo, ter-se-á, portanto, uma relação entre sociedades que poderá implicar um controle vertical, uma participação horizontal, sem vínculo de subordinação e uma participação simples entre as sociedades” (DINIZ, 2013, p. 630).

É interessante destacar que aos demais casos, apenas no silêncio legal, aplicam-se as regras do Código Civil às fusões, incorporações e cisões, nos termos do art. 2.033, do referido diploma (2019)¹⁵³. Dessa maneira, estão excluídos do alcance do Código Civil, *v.g.*, as sociedades por ações regulamentadas pela Lei n.º 6.404/1976 (2019), que prevê normas sobre fusão, incorporação e cisão (*vide* artigos 223 e seguintes), sobre sociedades coligadas, controladas e controladoras (*vide* artigos 243 e seguintes), sobre grupos de sociedades (*vide* artigos 265 e seguintes) e sobre consórcio entre empresas (*vide* artigos 278 e seguintes). Entretanto, tais previsões não serão abordadas no presente trabalho, dada a especificidade do tema.

¹⁵² Ensina Ricardo Negrão (2015, p. 521-522) que “O Código Civil prevê três espécies de empresas coligadas: (1) controladas; (2) filiadas; (3) de simples participação. A controlada se distingue em controlada por controle direto ou por controle indireto: a primeira é aquela cujo capital votante pertence majoritariamente a outra sociedade (possui a maioria dos votos nas deliberações dos cotistas ou assembleia geral), permitindo-lhe eleger a maioria dos administradores (art. 1.098, I, do Código Civil); a segunda- controlada por controle indireto- é aquela cujo controle sobre as ações ou quotas se encontra em poder de outra sociedade ou sociedades, que, por sua vez, é ou são submetidas a uma terceira que possui a maioria dos votos nas deliberações dos cotistas ou assembleia geral, permitindo-lhe eleger a maioria dos administradores (art. 1.098, II, do Código Civil). Filiada é a sociedade cujo capital, na ordem de dez por cento ou mais, pertence a outra sociedade, que, entretanto, não a controla (art. 1.099 do Código Civil). De simples participação é a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento com direito a voto (art. 1.100 do Código Civil)”.

¹⁵³ Dispõe o art. 2.033 do Código Civil (2019) que “Salvo o disposto em lei especial, as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, bem como a sua transformação, incorporação, cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código”.

4.7 DA CONFORMAÇÃO DA *FAILING FIRM THEORY* COM OS TEXTOS NORMATIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS PÁTRIOS, EM ESPECIAL A NOVA LEI ANTITRUSTE, A LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIA E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Feitos os esclarecimentos necessários acerca dos textos normativos constitucionais e infraconstitucionais relacionados, de forma imediata ou mediata, ao controle dos atos de concentração, procede-se à parte final da pesquisa, a fim de verificar a conformação da *failing firm* com os textos normativos indicados, ou seja, passa-se agora a verificar se, e em que medida, o instituto tem aplicabilidade pelo Cade.

Uma vez que, de acordo com a Teoria Estruturante do Direito, a Norma é sempre considerada a partir do texto normativo em conjunto com a realidade material, a verificação da compatibilidade da FFT com o Ordenamento Jurídico Pátrio se dará por meio do estudo de um caso hipotético, a seguir descrito, sendo guiado pelo processo de concretização.

Imagine-se uma manchete de jornal “Empresa A, da Família XYZ, a ponto de fechar as portas em razão da má-administração pelos herdeiros, pode ser incorporada por Empresa B, do Grupo ABC: a decisão encontra-se pendente de análise perante o Cade”. Do inteiro teor da notícia, que conta com a contribuição de profissionais do Direito, depreende-se que uma empresa denominada “Empresa A”, atuante no setor econômico “X”, com expressiva fatia do mercado, mas que, por razões variadas, encontra-se em situação de grave crise econômico-financeira, tende a fechar as portas. Seja em razão das eficiências decorrentes da aquisição dos ativos da empresa ou pela possibilidade de majoração de seu poder de mercado (as razões reais são desconhecidas), tem-se que uma segunda empresa, denominada “Empresa B”, está interessada em adquirir a totalidade dos ativos tangíveis e intangíveis da “Empresa A”, por meio da incorporação da referida empresa. A fim de finalizar a operação, as interessadas submeteram a questão perante o Cade. Tem-se na primeira oração, consistente na manchete jornalística, o que Müller denominou “Relato do Caso”, consistente numa descrição leiga da situação fática. Por sua vez, nas orações seguintes, dada sua especificidade, encontram-se as “Circunstâncias do Caso”, submetidas a um filtro técnico inicial.

Tendo em vista, especialmente, o regramento contido na Lei n.º 12.529/2011, na Lei e Recuperação de Empresas e Falência e na Constituição Federal, dos fatos narrados merecem destaque: (i) a existência de duas empresas autônomas; (ii) o interesse na realização de ato de concentração consistente na incorporação; e (iii) a submissão perante o Cade. Ainda, surgem

questionamentos quanto aos possíveis efeitos gerados pela operação: Há probabilidade de dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros? A concentração tende a trazer eficiência ou desenvolvimento econômico ou tecnológico, aumentar a competitividade ou produtividade ou, ainda, melhorar a qualidade de bens ou serviços? Não há chances de recuperação da empresa? Tais questionamentos, diretamente relacionados aos textos normativos podem ser denominados como “Âmbito da Matéria”.

Contudo, embora o relato apresentado contenha informações relevantes, estas não são suficientes para que se proceda à formulação do “Âmbito do Caso”. Isto porque, a fim de verificar a possibilidade do controle da concentração perante o Cade, questões prévias devem ser analisadas. Se, por um lado, o art. 88, § 2º, da Lei Antitruste, exige que o controle dos atos de concentração será prévio, por força do art. 88, inciso I e II e art. 90, incisos I a IV, não serão todos os atos de concentração que deverão ser apreciados pela autoridade antitruste. Assim, é necessário verificar se o tipo de operação se encontra elencado no rol do art. 90, bem como se os valores de faturamento anual bruto das empresas envolvidas observam o montante previsto na Portaria Interministerial n.º 994/2012. No caso hipotético analisado, tem-se que: (i) as empresas “A” e “B” pretendem realizar uma operação de incorporação, na qual a “Empresa A” será absorvida pela “Empresa B”; e (ii) a “Empresa B” (adquirente), registrou, em seu último balanço, faturamento anual bruto no ano anterior a operação superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), bem como a “Empresa A” (adquirida), registrou, nos mesmos moldes, um faturamento de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões). Ou seja, a princípio, encontram-se presentes os requisitos essenciais para submissão da operação de concentração perante o Cade. Frisa-se, ainda, que a operação a ser analisada não envolve as exceções previstas no parágrafo único, do art. 90, da Lei n.º 12.529/2011 (contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* para fins de participação em processo licitatório).

Além dessas informações, tendo em vista o disposto no art. 170, § 4º, da Constituição Federal, bem como o art. 88, § 5º e 6º, da Lei n.º 12.529/2011, é essencial conhecer o quadro econômico em que as empresas “A” e “B” se encontram.

Partindo-se da perspectiva de que a “Empresa A” se apresenta como uma *failing firm*, esta se encontra em situação de iminente insolvência, a ponto de deixar o mercado num futuro próximo, não encontrando qualquer solução alternativa, a não ser a incorporação oferecida pela “Empresa B”. No mais, embora não tenha se submetido aos procedimentos de

recuperação judicial ou falência, a “Empresa A” pode demonstrar de forma cabal a insuficiência de tais mecanismos para solucionar sua situação de crise. Os fatos em destaque compõem o “Âmbito do Caso”, ou seja, são fatos relevantes reconhecidos a partir da “Âmbito da Matéria”.

A partir da narrativa criada, entende-se serem aplicáveis ao caso: (i) em relação ao texto constitucional, os fundamentos da República consistentes na dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a valorização do trabalho e a livre iniciativa como fundamento de uma Ordem Econômica voltada à existência digna, os “princípios” da função social da propriedade, do pleno emprego, da livre concorrência e da defesa do consumidor, bem como a repressão ao abuso do poder econômico; (ii) em relação à Lei n.º 12.529/2011, são relevantes os §§ 5º e 6º, do art. 88, que versam sobre atos de concentração proibidos e suas exceções, além do art. 1º, no qual são elencados os ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; e (iii) no que diz respeito à Lei de Recuperação Judicial e Falência, os artigos 47 e 75, que versam, respectivamente, sobre a manutenção da empresa e sua função social em prol da fonte produtora, dos trabalhadores e dos credores e sobre a maximização da utilidade dos ativos da empresa falida.

Da leitura conjunta dos artigos constitucionais e infraconstitucionais elencados, é possível estabelecer algumas premissas no que concerne aos atos de concentração e seu controle: (i) à lei (ou seja, texto normativo infraconstitucional) compete reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; (ii) a Lei n.º 12.529/2011, em seu art. 88, § 5º, no exercício desta competência constitucional, veda expressamente as concentrações que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar a posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços; (iii) no mesmo artigo, em seu § 6º, por sua vez, a Lei Antitruste autoriza atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar a posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, desde que, cumulada ou alternativamente, estas operações resultem no aumento da produtividade ou competitividade, na melhora da qualidade de bens ou serviços, ou propiciem eficiência e desenvolvimento tecnológico e econômico; (iv) essas exceções podem ser insuficientes para solução de casos

concretos, não englobando expressamente valores constitucionais essenciais, como a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade (e da empresa), os valores sociais e a valorização do trabalho humano, o pleno emprego, entre outros; e (v) a Lei de Recuperação de Empresas e Falência prevê a utilização de concentrações econômicas para fins de recuperação da empresa e decretação de falência, elencando questões como a manutenção da fonte produtora, manutenção de empregos, interesses de credores e/ou preservação e otimização dos bens, ativos e recursos, os quais devem ser considerados pela autoridade antitruste quando da análise de operações envolvendo empresas em crise. Tais premissas, decorrentes de um processo interpretativo eminentemente gramatical e sistemático são constituintes do “Programa da Norma”.

No “Âmbito da Norma” pode ser elencado o contexto fático inerente à “Empresa A”, enquanto uma *failing firm*, ou seja, o fato de que sem a incorporação pela “Empresa B”, aquela sairá do mercado ou deixará de cumprir com suas obrigações, seus ativos deixarão o mercado e não há outra alternativa viável à concentração.

A primeira questão que se impõe, para análise da questão, é se a operação em si, tem o condão de gerar um aumento do poder de mercado, a ponto de ensejar a 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 de bens ou serviços. Se a resposta for negativa, não há razões para discussão acerca da FFT, na medida em que a operação não tem aptidão de gerar prejuízos concorrências podendo, inclusive, ser aprovada pela SG de forma sumária. Demonstrada a ausência de riscos à concorrência, e o não preenchimento das consequências do § 5º, do art. 88, a caracterização como *failing firm* serviria apenas para subsidiar a demonstração de inexistência de danos concorrenciais, dada a fragilidade econômica da empresa envolvida.

Todavia, se a resposta for positiva, é necessário verificar se a empresa em crise cumpre os requisitos previsto no art. 88, § 6º, da Lei n.º 12.529/2011, ou seja, se a operação tende a gerar um aumento da produtividade ou da competitividade, uma melhora na qualidade de bens ou serviços ou é capaz de propiciar eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, sempre com repasse de parcela relevante dos benefícios aos consumidores. Se a resposta for positiva, ou seja, se os resultados elencados forem alcançados com a operação de incorporação da “Empresa A” pela “Empresa B”, mais uma vez, a discussão acerca da aplicabilidade da *failing firm* restaria relegada a um segundo plano, pois a teoria se mostraria

desnecessária face a quase subsunção da situação fática ao texto do art. 88, § 6º, da referida legislação. Comprovados os benefícios do art. 88, § 6º, da Lei n.º 12.529/2011, a teoria da *failing firm* somente teria papel subsidiário, a fim de facilitar a análise fática do caso.

Todavia, se não forem alcançados nenhum dos benefícios elencados, ou se parte substancial desses benefícios não puder ser repassada aos consumidores, a análise da FFT tem espaço, enquanto defesa autônoma.

Tem-se no caso hipotético o interesse de incorporação da “Empresa A” pela “Empresa B”, com risco de implementação dos efeitos previstos no § 5º e sem os benefícios do § 6º da Lei Antitruste. A princípio, tal operação deveria ser reprovada. Todavia, de acordo com o disposto no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade (2016, p. 54) a operação poderá ser aprovada quando restar comprovado de forma cumulativa que, caso reprovada a operação de concentração, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras; os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, bem como seja demonstrado pela empresa que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas. Exige-se, ainda que haja preenchimento do requisito consistente na existência de efeitos líquidos não-negativos, ou seja, que a reprovação da operação resulte em maiores prejuízos concorrenciais do que a sua aprovação.

Nesse cenário, levando em consideração a exigência consistente na “imminente saída dos ativos da empresa do mercado”, é possível vislumbrar a aplicação do § 6º, do art. 88, desde que parte dos benefícios seja repassada aos consumidores, já que, muito provavelmente, alguma das eficiências elencadas no texto normativo poderá ser alcançada com a aquisição de bens, tecnologias, ativos tangíveis ou intangíveis por algum dos concorrentes diretos ou indiretos. Nessa situação, a *failing firm* atuaria, como dito alhures, como teoria subsidiária, complementar, servindo como exemplificação da hipótese prevista na lei.

Entretanto, caso mesmo com a saída dos ativos do mercado as eficiências elencadas no § 6º não fossem alcançadas ou não houvesse repasse de parcela substancial dos benefícios aos consumidores, a *failing firm* surgiria como uma hipótese “autônoma” de exceção às regras do art. 88, § 5º, da Lei n.º 12.529.

Sob este ângulo, tendo em vista todo o arcabouço normativo indicado é possível vislumbrar a consonância da teoria, nos moldes indicados pelo Cade, com as devidas complementações.

Em relação à exigência de que reste demonstrado que a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras, embora não se vislumbre a necessidade de prévia submissão ao processo de recuperação extrajudicial/judicial ou de falência (ausente qualquer obrigatoriedade legal nesse sentido), em observância à função social da propriedade e, consequentemente da empresa, é essencial que o Cade exija provas no sentido que a empresa realmente se encontra em situação de grave crise econômico-financeira, de tal modo que a submissão aos procedimentos da Lei n.º 11.101/2005 não seria capaz de solucionar a situação, garantindo a manutenção da empresa (por meio de sua recuperação) ou a maximização da utilidade de seus bens, ativos e recursos (na hipótese de decretação de falência), sem necessidade de realização da operação de concentração. Nesse sentido, exigir que seja demonstrada a perenidade da crise é essencial, sob pena de aprovação da operação, quando a recuperação judicial por outro meio seria a melhor saída, por exemplo. Nesse cenário, concorda-se com Carla Figueiredo Pinto (2016, p. 22-24) no que se refere aos cuidados a serem tomados na confirmação da situação de crise econômico-financeira da empresa, *vide* fls. 78.

Quanto ao requisito consistente na determinação de que reste demonstrado que os ativos da empresa não irão permanecer no mercado, caso a operação seja reprovada, entende-se que se trata de requisito garantidor da minoração dos efeitos anticoncorrencias da operação, na medida em que, a princípio, a dissipação desses ativos entre vários agentes econômicos seria mais benéfica do que a concentração dos mesmos na mão da empresa adquirente. Nessa perspectiva, a definição de Diamant (1979, p. 881), descrita às fls. 67 dessa pesquisa, se mostra verdadeira, pois tal requisito enseja a escolha do menor mal: prefere-se aos efeitos decorrentes da concentração àqueles decorrentes da saída dos ativos da empresa do mercado (tais como a redução de oferta, aumento do preço, redução do bem-estar econômico e, inclusive, aumento da concentração).

No que tange ao terceiro requisito, este está diretamente relacionado ao ônus da prova das partes envolvidas na operação. Compete aos interessados demonstrar de forma cabal que não existe solução alternativa à concentração, capaz de gerar prejuízos menores à

concorrência, bem como que foram realizadas buscas de boa-fé em prol de outras empresas possivelmente interessadas na aquisição da empresa em crise. Trata-se de requisito importante, na medida em que demonstra a excepcionalidade da defesa apresentada: não é sempre que uma operação envolvendo uma empresa em grave crise financeira poderá ser aprovada. Apenas quando preenchidos os requisitos anteriores e demonstrado, de forma cumulativa, que não há saída menos danosa à concorrência (como, por exemplo, a recuperação da empresa sob a égide da Lei n.º 11.101/1995) e que inexistem adquirentes alternativos mais benéficos. Nesse ponto, aquiesce-se com o entendimento de Nzero (2014, p. 452), apresentado às fls. 80, no sentido de que devem ser considerados os potenciais adquirentes que aceitem pagar um valor razoável, equivalente ou acima do valor de liquidação da empresa, sob pena de se ver frustrados, por exemplo, os interesses de credores (inclusive, de verbas trabalhistas) e acionistas.

Finalmente, quanto à determinação de que seja demonstrada a existência de efeitos líquidos não-negativos, compreende-se que este é o ponto mais importante dentre aqueles elencados pelo Cade para fins de aplicação da *failing firm theory* pela autarquia. Se, como exigido pelo Cade, as empresas interessadas na concentração demonstrarem que os efeitos anticoncorrenciais decorrentes da concentração não são tão ruins quanto aqueles decorrentes da reprovação da operação, a aprovação estará de acordo com a lógica constitucional de preservação da livre concorrência, por impedir a criação de um cenário concorrencial menos favorável à livre iniciativa e à livre concorrência.

Outro ponto que merece destaque é que este requisito adicional elencado pelo Cade, consistente na existência de efeitos líquidos não-negativos à concorrência, demonstra que, ao contrário do defendido por muitos doutrinadores norte-americanos, no Brasil, a *failing firm theory* não tem caráter absoluto. Não basta que sejam cumpridos os 3 requisitos formais inicialmente indicados, faz-se mister demonstrar que a concentração gerará efeitos anticoncorrenciais menores do que a reprovação da operação.

Em suma, estando a empresa em crise, não havendo solução aos problemas econômico-financeiros enfrentados pela empresa a ser adquirida, inexistindo adquirente alternativo mais benéfico, seus ativos estando a beira de deixar o mercado e, finalmente, restando demonstrado que a operação gerará um cenário *post* concentração melhor do que a reprovação da operação, não é possível vislumbrar justificativas para a reprovação da empresa, principalmente quando considerados em conjunto com os efeitos anticoncorrenciais,

os prejuízos econômicos e sociais gerados pela decretação de falência ou saída de uma empresa do mercado, tais como desemprego, a perda de investimentos, a retirada de produtos do mercado, a não arrecadação de impostos etc., muito bem elencados por Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 294) e explanados às fls. 140. Nesses casos, a aprovação estará embasada diretamente no “princípio” da livre concorrência, que exige do Estado uma atuação voltada a garantir a ausência de entraves à concorrência entre os agentes econômicos (*vide* art. 170, inciso IV, da CRFB/1988). Contudo, é vital, nestes casos, que sejam considerados não apenas os efeitos anticoncorrenciais minorados, mas também os efeitos incidentes diretamente sobre os consumidores, trabalhadores e credores. Há de se demonstrar, à exemplo do inciso II, do § 6º, do art. 88, que a concentração tende a gerar efeitos benéficos ou menos agressivos à coletividade, dada a incidência dos princípios da função social da propriedade, da proteção do consumidor, do pleno emprego, bem como as noções de valorização do trabalho e vida digna. Desse modo, acresce-se aos requisitos elencados pelo Cade uma quinta exigência, qual seja, do compartilhamento de benefícios com a coletividade, de tal maneira que a livre competição não seja sobrevalorizada em detrimento de valores tão fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e o pleno emprego, a defesa do consumidor, a função social da propriedade, assim como os demais valores constitucionalmente erigidos como princípios da Ordem Econômica ou Fundamentos e Objetivos do Estado.

Dito isto, voltando ao caso hipotético analisado, verifica-se que, uma vez observados os requisitos elencados pelo Cade para aplicação da *failing firm theory*, a incorporação da “Empresa A” pela “Empresa B” poderá ser autorizada, mesmo quando puder gerar os efeitos descritos no §5º e não se enquadrar nas exceções do §6º, do art. 88, da Lei n.º 12.529/2011. Nesse caso, a junção do “Programa da Norma” e do “Âmbito Normativo”, o art. 88, § 5º c/c o art. 170, IV, da CRFB/1988, dará ensejo à seguinte “Norma Jurídica”: “Não serão admitidas concentrações econômicas 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 de bens ou serviços, com exceção daquelas nas quais restar demonstrado que o cenário concorrencial *post* concentração será mais benéfico (inclusive sob o aspecto social, a envolver consumidores, trabalhadores e credores), por se tratar de operação envolvendo uma *failing firm*”. O caso resultará na “Norma de Decisão” consistente na aprovação da concentração.

A questão que se impõe é, na ausência de um dos requisitos exigidos pelo Cade ou não restando demonstrado que o cenário *post* concentração será mais benéfico do que o sem concentração, será possível vislumbrar a aprovação de uma operação envolvendo uma empresa em crise?

Assim como defendido por Lima Filho (2017, p. 425) e abordado às fls. 104, entende-se que a flexibilização dos requisitos da *failing firm theory* não é, a princípio vedada, sendo importante que a análise das concentrações econômicas se baseie em análises dos cenários concorrenciais *ex ante* e *ex post* concentração. Ou seja, em casos excepcionais, demonstrados os benefícios à coletividade como um todo, em especial, consumidores e trabalhadores, tendo em vista a função social da propriedade (e, conseqüentemente, da empresa), sem que haja uma violação direta e irreparável à concorrência, os requisitos da FFT poderão ser flexibilizados. Entretanto, reitera-se, esta abordagem deve ser excepcional, sob pena de esvaziamento do texto normativo constitucional da livre concorrência e do disposto no art. 173, § 4º, da CRF/88 e no art. 88, § 5º, da Lei n.º 12.529/2011. Nessas hipóteses, a opção pela aprovação da operação com ressalvas, por meio da formulação de ACC, pode ser uma saída possível, a fim de evitar o abuso do poder econômico e garantir que os benefícios à coletividade sejam alcançados. No mais, a fim de evitar a utilização descabida da defesa, deverá ser demonstrado de forma cabal a inexistência de solução alternativa a longo ou curto prazo, capaz de gerar os mesmos benefícios (concorrenciais e sociais) almejados com a operação.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho foi intentado com vistas a verificar se, e em que medida, a *failing firm theory* poderia ser utilizada pelo Cade no controle de atos de concentração, tendo como fundamento a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller. Partiu-se da hipótese de que, sob a perspectiva da TED, a aplicação da FFT no controle dos atos de concentração seria admitida pelo Ordenamento Jurídico Pátrio desde que não violasse, principalmente, a livre concorrência e a defesa do consumidor, bem como respeitasse os parâmetros estabelecidos na Lei n.º 12.529/2011 para a aprovação de atos de concentração. Quanto aos objetivos específicos, foram elencados três: (i) apresentar os conceitos essenciais da Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller como teoria de base; (ii) conceituar a *failing firm theory*, a partir das experiências dos Estados Unidos da América (EUA), da União Europeia (UE) e do Chile; e (iii) especificar quais os requisitos para aplicação da *failing firm theory* no Brasil, a partir da Teoria Estruturante do Direito.

Inicialmente, quanto aos objetivos específicos a serem alcançados com a pesquisa, tem-se que estes foram cumpridos. No primeiro capítulo, foram apresentados os conceitos mais importantes relacionados à TED, demonstrando-se que a teoria, que resultou de uma crítica construtiva à Teoria Pura de Hans Kelsen, se distingue no âmbito jurídico por apresentar uma nova concepção de Norma Jurídica, pautada na relação indissociável entre texto e realidade, ser e dever ser; bem como por buscar a maior racionalidade do processo decisório por meio da Metodica Estruturante. Por sua vez, no segundo capítulo foram discutidos a origem jurisprudencial da FFT, o desenvolvimento dos critérios de aplicação da defesa em comento no âmbito da UE, dos EUA e do Chile, bem como a aceitação da teoria por juristas e pelo Cade no Brasil. Finalmente, no último capítulo, foram abordados o conceito de concentração econômica e as razões que justificam o controle dos atos de concentração, bem como os textos normativos direta ou indiretamente relacionados com o tema, nas esferas constitucional e infraconstitucional.

Quanto à hipótese a ser comprovada, tem-se que a esta se confirmou em parte. Ao contrário do inicialmente proposto, verificou-se que, tendo em vista o regramento constitucional, o controle dos atos de concentração deve proteger bens jurídicos que não se resumem apenas à defesa da concorrência e do consumidor, tais como a dignidade da pessoa

humana, a função social da propriedade (e da empresa), o valor social do trabalho e da livre iniciativa, o pleno emprego etc.

Nesse cenário, foram firmadas algumas conclusões interessantes acerca da aplicação da FFT pelo Cade, tendo em vista os requisitos indicados pela autarquia em seu Guia para Controle de Concentrações Horizontais.

Primeiramente, verificou-se que a FFT apenas ganha espaço como defesa autônoma nos casos em que os efeitos anticoncorrenciais previstos no § 5º forem preenchidos, e os benefícios previstos no § 6º não forem alcançados (ambos do art. 88, da Lei n.º 12.529/2011). Caso não haja riscos à concorrência (art. 88, § 5º) ou, sendo estes existentes, forem alcançados os benefícios descritos na lei, com o devido compartilhamento com os consumidores, a FFT terá papel subsidiário, não servindo como fundamento direto para aprovação da operação.

Por outro lado, confirmados os efeitos do § 5º e ausentes os benefícios do § 6º, ambos do art. 88, da Lei n.º 12.529/2011, a FFT poderá ser utilizada para fins de justificativa para aprovação da concentração, desde que restem demonstrados: (i) de forma cabal, que, sem a concentração, a empresa sairá do mercado ou não poderá cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômico-financeiras, exigindo-se prova da perenidade da crise, como, v.g., a demonstração de que eventual submissão aos procedimentos da Lei n.º 11.101/2005 não seria capaz de solucionar a situação, garantindo a manutenção da empresa (por meio de sua recuperação) ou a maximização da utilidade de seus bens, ativos e recursos (na hipótese de decretação de falência); (ii) que os ativos da empresa não irão permanecer no mercado, caso a operação seja reprovada, a fim de garantir a minoração dos efeitos anticoncorrenciais da operação, na medida em que, a princípio, a dissipação desses ativos entre vários agentes econômicos seria mais benéfica do que a concentração dos mesmos na mão da empresa adquirente; (iii) que não existe solução alternativa à concentração, capaz de gerar prejuízos menores à concorrência, bem como que foram realizadas buscas de boa-fé em prol de outras empresas possivelmente interessadas na aquisição da empresa em crise, por se tratar de defesa excepcional, aplicável apenas quando não houver saída menos danosa à concorrência (como, por exemplo, a recuperação da empresa sob a égide da Lei n.º 11.101/1995) e inexistirem adquirentes alternativos mais benéficos; (iv) a existência de efeitos líquidos não-negativos decorrentes da concentração; e (v) o compartilhamento de benefícios com a coletividade.

Parte-se da perspectiva de que, preenchidos os requisitos elencados, não é possível vislumbrar justificativas para a reprovação da operação, principalmente quando considerados, em conjunto com os efeitos anticoncorrenciais, os prejuízos econômicos e sociais gerados pela falência. Tal conclusão, fundada diretamente no “princípio” da livre concorrência, que exige do Estado uma atuação voltada a garantir a ausência de entraves à concorrência entre os agentes econômicos (*vide* art. 170, inciso IV, da CRFB/1988), também se encontra embasada nos princípios da função social da propriedade, da proteção do consumidor, do pleno emprego, bem como nas noções de valorização do trabalho, vida digna etc.

Uma consequência interessante da conclusão defendida diz respeito ao caráter não absoluto da defesa no Brasil, a qual não terá aplicação direta, sendo necessário verificar sempre as consequências concorrenciais e sociais decorrentes da aprovação da operação, caso-a-caso.

Finalmente, quanto a possibilidade de flexibilização dos requisitos da FFT perante o Cade, concluiu-se que esta não é, a princípio vedada, sendo essencial a análise dos cenários concorrenciais *ex ante* e *ex post* concentração. Em suma, defendeu-se que, em casos excepcionais, demonstrados os benefícios à coletividade como um todo, em especial, consumidores e trabalhadores, tendo em vista a função social da propriedade (e, conseqüentemente, da empresa), sem que haja uma violação direta e irreparável à concorrência, os requisitos da FFT poderão ser flexibilizados. Contudo, foi ressalvada a excepcionalidade da flexibilização dos requisitos da FFT com o objetivo de evitar o esvaziamento do texto normativo constitucional da livre concorrência e do disposto no art. 173, § 4º, da CRF/88 e no art. 88, § 5º, da Lei n.º 12.529/2011. Outrossim, foi recomendada a aprovação de operações desse tipo com ressalvas, por meio da formulação de ACC, para impedir o abuso do poder econômico e garantir que os benefícios à coletividade sejam alcançados. Exigiu-se, por fim, a demonstração de que inexistente solução alternativa, a longo ou curto prazo, capaz de gerar os mesmos benefícios (concorrenciais e/ou sociais) almejados com a operação.

Esclarece-se que as conclusões foram obtidas a partir de um caso hipotético, de tal maneira que, em oportunidade futura, talvez a análise de um caso efetivamente julgado pelo Cade se mostre interessante.

REFERÊNCIAS

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. State antitrust enforcement handbook. American Bar Association, 2008.

AGRA, Walber de Moura. Art. 1º, II – a cidadania. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica constitucional e a teoria estruturante do direito. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 31-51, jul./set. 2008.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (Série Leituras Jurídicas: provas e concursos; v. 29).

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BLUM, Marc P. The failing company doctrine. **Boston College Law Review**, v. 16, p. 75-113, 1974. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol16/iss1/2>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Os valores sociais do trabalho. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.003955/2018-71**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYpDdxnX-hc43UcuSIuVWNmnITYwTgNRQae9noP1ZdkM. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.005137/2017-21**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZ

DAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9d
xRfPBcZ-NjPRaALovnv7aYSn1aMkEbrVpy3bQJowexsfI50A. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.007553/2016-83**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcXrIuc76NHRTlcgNYtbgrRHhmthNeqAzbaLrH4ZPBtmRZ. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.002155/2017-51**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcZga06rfPN7iJBh2TABPsb6wo12nYrU-RXubnU_m9Dh9. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.004163/2017-32**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcUdx9lNsVvb_ZBGYzi6W0nj6oZVSJ0QXPnijfe11Gq7p. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.006444/2016-49**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcT4Mrfp8UhypRY9cS2PFly9odzJGcIODxwYRRKojRrvE. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.003636/2016-01**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcU5G0jFWaDfWh9Akz8gL91Hqj9eoo-52mumg-oddKGIY. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.001180/2016-37**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcTBW0GuFIY2rm_HTtY4v9qN8DkZplObrNSZaX27H72Ao. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.002084/2016-14**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcR049rLzb9Rz22ZFg8uISiw8kUd3IPlwhl5fVyg6hq-I. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.001697/2002-89**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZ

DAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9d
xRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpCN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.002689/2011-41**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnWwEVGEWNM4K9Luu-SwM1gPHYPTe3nJFtfRyic06Mntu. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.007520/2009-62**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnboVzofJEIDaYYF1yscUGCwj2y__NsBcRaH9sy0W4Hqv. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.004423/2009-18**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnf7vHg-LR1QJXfFJHQI9-0XJs6lkY_5R147uI4sec_LK. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.010688/2013-83**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnaqGRuUEslfIpTmvp9jf94-aII68-7kv9t8xSG2j18cU. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.005205/1999-68**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcZqamDxvGShRd8NErsOXgoLmUdDUw0zDnNuMbzWHmJ4G. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.005184/1999-90**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcX4r1eQOH23-5c-8HUL4qF_FGwOv0518Uj_ge7oYZFrM. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 0084/1996**. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dXrFpBcTxQgQcrDgT1eblY7MH0WSCYIWqmqn--KrXF0hrMvuw2. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 0084/1996**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxQgQcrDgT1eblY7MH0WSCYIWqmqn--KrXF0hrMvuw2. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08000.013759/1997-98**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZHk3sM76j2ENlus54ctLdG5R9y6eL6HZhUXpAXV7RqD. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 0053/1995**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTjwgtfDW1EGMwmTM9VsVtywAzEuLBhHj5aQ603-7dc. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 44/1995**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcb-eO_-0yAKgXSga_EIqJ0VdPAI4JcMkKW8QqX2jrmMtO. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08700.003636/2016-01**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcU5G0jFWaDfWh9Akz8gL91Hqj9eoo-52mumg-oddKGIY. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.000304/1998-81**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQnfIRPKIM0yKQCCk-AinqRRSejce00H-Mh3kCNkhXcP. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.003324/2012-14**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnXVLiMTQOWmhJhwH1vh8ucTqGrWBp9M4s-kpZJoJw5KG. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 0167/1997**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcV5aPTbjhQSUijGoHQBFvbXzdmQs0DM8tQ9rdKsUKKj8. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08012.005843/1998-43**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcbAfMWZTgXaEXuZU_GvyOLbAtGiPIKMMxuRimCwE6Lqm. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 08000.000588/1997-64**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRzXzkyMzdufBwmiQ0aoGdecq3KkExlmPc1cgeNg9XpEQ. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Ordinário n.º 92/1996**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaPpwMme9eisxBwKbDkTG1Blxklg7KGGQuqGvbnRE. Acesso em: 1 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Sumário n.º 08012.007374/1997-34**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcT4Mrfp8UhyprY9cS2PFly9odzJGcIODxwYRRKojRrvE. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Autos do Ato de Concentração Sumário n.º 08012.014340/2007-75**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQ80hOkA2EyvTMU_k4i5Yslrs8KfVTWQmBnFLbJ44qG1. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. 2016.

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia análise de atos de concentração horizontal**. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de remédios antitruste**. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para a análise de consumação prévia de atos de concentração econômica**. 2015. Disponível em: www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas Gerais sobre Defesa da Concorrência**. 2016. Disponível em: www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas sobre atos de concentração**. 2016. Disponível em: www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica** (Resolução n.º 22, de 19 de janeiro de 2019). Disponível em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/Resoluon22NovoRegimentoInternodoCade.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 2, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/@@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 16, de 1º de setembro de 2016**. Alteração do artigo 7º da Resolução CADE nº 2/2012 e estabelecimento do prazo de 30 (trinta) dias para análise, pela Superintendência-Geral, de atos de concentração com base em procedimento sumário. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy2_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/@@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2016_01-07-2016.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 24, de 8 de julho de 2019**. Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/@@download/file/Resolu%C3%A7%C3%A3o%2024_2019.pdf. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n.º 17, de 18 de outubro de 2016**. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade n.º 10, de 29 de outubro de 2014 (publicada no DOU em 25/10/2016). Disponível em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/copy_of_resolucao-no-24-de-08-de-julho-de-2019/view. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Institui o Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência)**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Nova Lei Antitruste)**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm. Acesso em: 7 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Economia. **Secretaria de acompanhamento econômico**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seae>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda. **Portaria Interministerial n.º 994, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/@@download/file/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 2 out. 2019.

BRASIL. **Resolução Conjunta PGR/Cade n.º 1, de 30 de setembro de 2016**. Estabelece as condições para o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal junto ao CADE. Disponível em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao_conjunta_pgr_cade_n_1.pdf/view. Acesso em: 2 out. 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 3, p. 169-188, jul./dez. 2002. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/70182/008_muller.pdf?sequence=. Acesso em: 27 jul. 2019.

CHINAGLIA, Olavo Zago; MOTTA, Lucas Griebeler da. O diálogo entre vetores que orientam a preservação da empresa e a ordem econômica como fundamento da teoria da failing firm. **Revista do Advogado: Direito das Empresas em Crise**, Associação dos Advogados (AASP), Ano XXXVI, n. 131, out. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: volume 3, direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONN, Robert L. The failing firm/industry doctrines in conglomerate mergers. **The Journal of Industrial Economics**, v. 24, n. 3, p. 181-187, 1976. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2098268?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 31 out. 2019.

CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante do direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008.

CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Andréia da. A liberdade do juiz nas atividades de interpretação/aplicação do direito. **Pensar**, Fortaleza, v.10, n. 10, p. 11-18, fev. 2005.

CREMA, Renata Lais. **Concentração econômica e estruturas de mercado**. Monografia (Graduação em Direito). 78 p. Paraná. Universidade Federal do Paraná, 2010.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2018.

DIAMANT, Irene R. The failing company doctrine since general dynamics: more than excess baggage. **Fordham Law Review**, v. 47, p. 872-893, 1979. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol47/iss5/7>. Acesso em: 20 jun. 2019.

DICIONÁRIO PRIBERAM DE LÍNGUA PORTUGUESA. **Concentração**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/concentra%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 28 set. 2019.

DIGANGI, Kyle. Cutting the financial fat from the failing firm defense: refocusing the failing firm defense on antitrust law. **St. John's Law Review**. v. 86, n. 1, article 8, p. 277-286, 2012. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5520&context=lawreview>. Acesso em: 24 abr. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 8: direito de empresa. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). **About the FTC**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>. Acesso em: 7 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Department of Justice (DOJ). **About DOJ**. Disponível em: <https://www.justice.gov/about>. Acesso em: 7 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Department of Justice (DOJ); Federal Trade Commission (FTC). **Horizontal Merger Guidelines**. Publicado em 1992 (Revisado em 1997). Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Department of Justice (DOJ); Federal Trade Commission (FTC). **Horizontal Merger Guidelines**. Publicado em 2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. Art. 170, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FAGUNDES, Jorge. Análise antitruste e atos de concentração no setor bancário. In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (Org.). **Direito antitruste no setor financeiro**. São Paulo: Editora Singular, 2012.

FARIA, Werter R. **Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FAZZIO JR., Waldo. **Manual de direito comercial**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FERNANDES, Jean Carlos. Novos paradigmas do direito concursal brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, v. 10, 2005.

FERNANDES, Roberta Ribeiro. **Failing firm theory: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?** VIII Prêmio SEAE, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A reconstrução metódica estruturante da pessoa jurídica: uma aproximação ao direito concursal**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/rodrigo_almeida_magalhaes.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

FONSECA, Edson Pires da. **O direito como espaço de lutas: a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico**. Dissertação (Mestrado). 214 p. Florianópolis. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

FONTOURA, João Fábio Silva da. **Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante**. Dissertação (Mestrado em Direito). 153 p. Florianópolis. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula; GRAU, Eros Roberto. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei nº 8.884, de 1994, e lei nº 6.729, 1.979 (“Lei Ferrari”). **Boletín latino-americano de competencia**, n. 5, p. 3-7, nov. 1998.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de friedrich müller: reflexos na metódica jurídica**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). 132 p. Florianópolis. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES; Everton das Neves; STELZER, Joana. Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira. *In: Direito e economia* [Recurso eletrônico online]. Organização: CONPEDI/UFF. Coordenadores: Sônia Barroso Brandão Soares, Giovanni Clark, Felipe Chiarello de Souza Pinto. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>. Acesso em: 22 jun. 2019.

GONÇALVES; Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Seqüência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290, jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261/26955>. Acesso em: 22 jun. 2019.

GRAU, Eros Roberto. Art. 170, I. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA FILHO, Gerardo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da failing firm defense no direito concorrencial brasileiro. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 18, n. 2, p. 409-430, maio/ago 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/142/97>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LIMA FILHO, Gerardo Alves. **O paradoxo do processo de recuperação judicial de empresas no Brasil**: análise da aplicação do cram down como mecanismo de ajuste do sistema. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). 180 p. Brasília. Centro Universitário de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, 2016.

LOW, Richard E. The failing company doctrine revisited. **Fordham Law Review**, v. 38, p. 23-34, 1969. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol38/iss1/10>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Recensiones. FRIEDRICH MÜLLER: Strukturierende Rechtslehre, 2ª ed., completamente reelaborada, ampliada y actualizada, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, 464 paginas. In: **Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)**, n. 88, abr./jun., 1995.

MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de François Geny e a Metódica Estruturante de Friedrich Müller: há um paralelo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do direito? **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC** (online), ano 4, n. 9, jan./jul. 2010.

MALISKA, Marcos Augusto. Art. 1º, I – a soberania. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. Direito global, direito local e soberania. Reflexões a partir dos conceitos de abertura, cooperação e integração da ordem constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MALUF JR., João. **Metódica estruturante e ordem econômica**: análise de argumentos da jurisprudência do STF. Dissertação (Mestrado em Direito). 114 p. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

MANCEBO, Luis-Quintin Villacorta. El proceso estructurante de producción normativa propuesto por Friedrich Müller. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2823, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18769/el-proceso-estructurante-de-produccion-normativa-propuesto-por-friedrich-muller>. Acesso em: 31 out. 2019.

MELLO, Adriana Marengo Dumans; FICHMANN, Carolina. Empresas em estado de crise: aspectos relevantes à do econômico. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-

Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 out. 2019.

MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. Aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da *failing firm defense*. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 22, n. 1, p. 9-36, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27148>. Acesso em: 4 abr. 2019.

MOLINA, Mario Antonio Pérez. La excepción de la empresa en crisis (failing firm defense): la evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea. **Revista de Derecho**, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, n. 20, p. 99-124, 2016. Disponível em: <https://www.uca.edu.ni/fcj/index.php/63-publicaciones-fcj/revista-de-derecho/752-revista-no-20>. Acesso em: 28 mar. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 80, 2006. Entrevista concedida ao Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (UNIFOR) e ao Prof. Dr. Gilberto Bercovici (USP). Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/349/342>. Acesso em: 5 ago. 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Joinville: Bildung Editora, 2014.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 7, p. 315-327, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9, n. 27, set./dez. 1989.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial**: estudo unificado. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NORIS, Lauren N. The failing firm defense. **American bar association young lawyers division**. The 101 practice series: breaking down the basics, 2010.

NUNES, Rizzatto. Art. 170, V – defesa do consumidor. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NZERO, Ignatious. Interpretation and application of the failing firm doctrine in merger regulation in South Africa and the US: a comparative analysis (August 5, 2014). **Journal of Contemporary Roman-Dutch Law**, v. 77, p. 440-467, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2545293>. Acesso em: 20 jun. 2019.

OLIVEIRA JR., 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. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). 159 p. Brasília. Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília, 2014.

OLIVEIRA, Ana Carolina borges de. Diferenças e semelhanças entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 43-68, jan./jun., 2014. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista11/diferencasAna.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2019.

ORCULLO JR., N. A. **Fundamental of strategic management**. Rex Bookstore, 2007.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Roundtable on failing firm defence**: contribution by the United States. DAF/COMP/WD, 2009. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/us-submissions-oecd-and-other-international-competition-fora/failingfirm.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **roundtable of failing firm defence**: note by the delegation of the european commission. DAF/COMP/WD, 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/failingfirmdefence.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. **Defesa da concorrência no sistema financeiro**. São Paulo: Singular, 2006.

PAREDES, Troy. Turning the failing firm defense into a success: a proposal to revise the horizontal merger guidelines. **Yale Journal on Regulation**, v. 13, n. 1, p. 347-390, 1996. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol13/iss1/7/>. Acesso em: 31 out. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Direito Econômico/ Coordenador: Fernando Herren Aguillar).

PERSSON, Lars. The failing firm defense. **The Journal of Industrial Economics**, v. 53, n. 2, p. 175-201, jun./2005. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3569876>. Acesso em: 20 jun. 2019.

PINTO, Carla Figueiredo. **Em tempos de crise** – o argumento da empresa insolvente no âmbito das concentrações de empresas. Dissertação (Mestre em Direito). 47 p. Porto. Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito, 2016.

QUEIROZ, Pedro Aurélio de. **Direito antitruste: os fundamentos da promoção da concorrência**. São Paulo: Singular, 2018.

REPÚBLICA DO CHILE. Fiscalía Nacional Económica. **Guía para el análisis de operaciones de concentración**. Publicado em 2012. Disponível em: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia_oc_2012-1.pdf. Acesso em: 7 fev. 2019.

ROOS, Patrick. **Organizing for innovation in mature markets: a case study of SCA packaging**. Master thesis. Ekonomihögskolan. Lunds Universitet. 2006. Disponível em: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1436108&fileId=2434328>. Acesso em: 14 fev. 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Uma perspectiva jurídica neo-estruturalista para a análise do poder econômico. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 447-482, 2016.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. A função social da empresa na recuperação judicial. *In: Cadernos - FGV Projetos*, Recuperação de Empresas, ano 13, n. 33, set./2018.

SANTOS, Rodrigo Miotto dos. **Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). 125 p. Florianópolis. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Márcia Luiza da. **O sistema de análise prévia de atos de concentração e a prática infracional à ordem econômica denominada "gun jumping": os limites da legítima coordenação antecipada**. Dissertação (Mestrado em Direito). 254 p. Florianópolis. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 46, n. 1, p. 55-86, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Os valores sociais da livre-iniciativa. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. Recuperação judicial de microempresas e empresas de pequeno porte. *In*: **Cadernos - FGV Projetos**, Recuperação de Empresas, ano 13, n. 33, set./2018.

UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial da União Europeia. **Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas** (Orientações). Publicado em 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN). Acesso em: 7 fev. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial da União Europeia. **Regulamento (CE) n.º 139/2004 do conselho de 20 de janeiro de 2004**: relativo ao controlo das concentrações de empresas (regulamento das concentrações comunitárias). Publicado em 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>. Acesso em: 7 fev. 2019.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Valor social do trabalho e dignidade na constituição. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

WEIL, GOTSHAIL & MAGES LLP. Reorganizing Failing Businesses: A Comprehensive Review and Analysis of Financial Restructuring and Business Reorganization. American Bar Association, 2006.

ZULUAGA, Luis Ociel Castaño. La hermenéutica y el operador jurídico em el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica. **Opinión Jurídica**, Medellín/Colombia, v. 8, n. 15, p. 77-96, jan./jul. 2009.

ZWIRSKA, Agnieszka. **Failing firm defence**. Law Master Thesis - Master of European Affairs Programme. Henrik Norinder Competition Law. 2003. Disponível em:

<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1554682&fileId=1563408>. Acesso em: 20 jun. 2019.