

**A FAILING COMPANY DEFENSE E O DIREITO ANTITRUSTE: O  
SOERGUMENTO DE EMPRESAS INSOLVENTES POR MEIO DE ATO DE  
CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**

**THE FAILING COMPANY DEFENSE AND ANTITRUST LAW: THE UPLIFT OF  
INSOLVENT ENTERPRISES THROUGH THE ACT OF ECONOMIC  
CONCENTRATION**

Felipe Guimarães de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO**

O autor almeja, no presente estudo, analisar a possibilidade de aplicação do instituto de Direito Comparado da *Failing Company Defense* no Brasil. Tratando-se de procedimento a ser executado no bojo do processo de recuperação de empresas com grandes possibilidades de decretação de falência e, tendo como única possibilidade de salvaguarda dos ativos da empresa insolvente, a realização de um ato de concentração (sobreposição horizontal mercantil). O presente trabalho tem como objetivo, analisar a visão interdisciplinar entre o Direito Empresarial e o Direito da Concorrência Brasileiro, perfazendo um estudo aprofundado no regime falimentar instituído no ordenamento jurídico pátrio através da Lei nº. 11.101/2005, suas especificidades e procedimentos próprios, bem como da análise concorrencial da aplicação do instituto, haja vista a constituição de ato de concentração horizontal na operação mercantil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Empresa; Failing Company; Recuperação Judicial; Falência; Concentração Econômica.

**ABSTRACT**

The present article aims to analyze the possibility of application of the institute of Comparative Law of Failing Company Defense in Brazil. In the case of procedure to be performed on the contents of the Insolvency with big possibilities of adjudication of failure and with the only possibility of safeguard the assets of the insolvent Company, the realization of a concentrate act (mercantile horizontal overlap), the study is based the interdisciplinary between the Commercial Law and the Brazilian Antitrust System (SBDC), making a depth study in the failure regime established of Brazilian law by the Law nº 11.101/2005, its specificities and procedures, as well as the competitive analysis of the application of the institute, given the constitution of an act of horizontal concentration in commercial operation.

**KEY-WORDS:** Firm; Failing Company; Judicial Recuperation; Failing; Economic Concentration.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pesquisador no Grupo de Pesquisa “Direito Econômico, Intervenção Estatal e Políticas Públicas” vinculado ao Diretório CAPES/CNPq do Mestrado em Direito do CESUPA. Advogado. E-mail: fguma.oliveira@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O mercado, a globalização e as formas societárias presentes no século XXI, são um reflexo muito claro da nova formatação mercadológica concebida a nível internacional, e da concepção atribuída à empresa e sua função neste mercado.

Os fatores associados à globalização econômica são a intensificação do aumento do volume do comércio internacional, a dispersão internacional do processo produtivo, o acirramento da concorrência por mercados estrangeiros e pelos nacionais com concorrentes estrangeiros, com a conseqüente relativização da relação entre concorrência, mercado e território nacional, bem como o aumento da concorrência em tecnologia e inovação, a partir da relação entre globalização e o progresso tecnológico.<sup>2</sup>

O direito, em decorrência deste avanço, também não pode continuar estático, na verdade, o dinamismo na legislação internacional é, por isso mesmo, o grande responsável pelos mecanismos de controle e satisfação dos interesses concorrenciais atualmente existentes, a exemplo do pioneirismo norte-americano na regulação dos *trustees*, com o *Sherman Act de 1890* e o *Clayton Act de 1914*.

Assim, também evoluíram os institutos de proteção ao mercado, de defesa dos consumidores e de manutenção/preservação da atividade empresarial, seja por meio dos processos convencionais de recuperação judicial ou falência, presentes na grande maioria dos ordenamentos jurídicos, seja por meio de remédios antitrustes, como o presente instituto da *Failing Company Defense*.

O que se pretende com o presente estudo é elucidar como se opera a aplicação da teoria da *Failing Company Defense*, de acordo com o direito comparado, em especial, o direito norte-americano, onde foi fundado este remédio, suas especificidades e requisitos, e a possível aplicabilidade deste instituto no direito antitruste brasileiro, levando em consideração o atual panorama normativo brasileiro sobre a matéria, presente na Lei nº 11.101/05 que regula a recuperação judicial, extrajudicial e o processo de falência, e, também, a Lei nº 12.529/11, que estrutura e regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Visando alcançar este objetivo, o leitor será apresentado primeiramente ao instituto da *Failing Company Defense*, suas características, fundamentação e a importância do direito comparado no estudo do presente remédio, como o já mencionado direito norte-americano,

---

<sup>2</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139.

berço da *Failing Company*, as normas antitruste do ordenamento jurídico estadunidense, a saber: *Sherman Act*, *Clayton Act*, e o posterior, *Horizontal Merger Guidelines*, normas estas que possibilitaram, *a posteriori*, a efetivação e aplicação da *Failing Company* na *práxis* mercantil a nível mundial.

Compreendida a formatação do instituto, a necessidade de sua aplicação em casos de grande debilidade financeira da empresa e/ou falência do agente econômico, e, tendo a realização de um ato de concentração econômica como última forma de salvaguarda dos ativos tangíveis e intangíveis do mercado relevante da empresa insolvente, será demonstrado como o direito brasileiro poderia abrigar esse instituto nas mais diversas formas de insolvência empresarial.

É claro, *ab initio*, que este instituto representa na verdade mais uma das formas de exteriorização do princípio da conservação da empresa insculpido nos artigos 974, 1030, 1033 e 1085 do Código Civil de 2002. Este princípio da preservação da empresa é o corolário do princípio da função social da empresa em que há um interesse público na manutenção e na continuidade das atividades de produção de riquezas – produção e comercialização de bens ou prestação de serviços. Ele não atende apenas aos interesses do empresário individual ou das sociedades empresárias na figura de seus sócios, atende também aos interesses de todos os seus parceiros e colaboradores negociais diretos ou não.<sup>3</sup>

É neste sentido, que a realização das finalidades do processo de insolvência demanda que os ativos da empresa devedora sejam preservados e, se possível, valorizados. Não se trata de tutelar os ativos capazes de soerguer a empresa que desfrute de seu titular ou de seus administradores, mas da recuperação da unidade econômica e da manutenção de sua atividade produtiva, para satisfação dos credores e proveito da sociedade.<sup>4</sup> Na verdade, a aplicação do presente instituto, também desta forma, satisfaz o princípio da conservação e maximização dos ativos da empresa.

Espera-se assim, contribuir para o amadurecimento científico da aplicação do mecanismo da *Failing Company Defense* no direito antitruste brasileiro e a consequente aplicação do mesmo na *práxis* judicial dos tribunais brasileiros ao tratarem das recuperações judiciais, homologação de planos de recuperação extrajudicial e do processo falimentar, como também, da sua aplicação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE),

---

<sup>3</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: empresa e atuação empresarial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.v.1, p. 394.

<sup>4</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

autoridade antitruste no Brasil responsável pelo controle das concentrações econômicas, e, finalmente, da perene busca de aprimoramento das técnicas de defesa da concorrência e antitruste atualmente estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. O INSTITUTO DA *FAILING COMPANY DEFENSE*, O FUNDAMENTO DO ANTITRUSTE E O DIREITO COMPARADO**

O instituto da *Failing Company Defense*, assim como os demais remédios<sup>5</sup> antitruste e de defesa da concorrência, mais uma vez, surge no direito comparado, em especial, no direito norte-americano, prevalecendo, logicamente, neste sistema, a maior fundamentação e aprofundamento científico sobre o tema.

A teoria de defesa da empresa insolvente constitui-se então, como uma forma de proteção aos agentes econômicos operantes no mercado, que estejam com grande dificuldade econômico-financeira ou em iminente risco de falência, e que, por meio de ato de concentração econômica com outra empresa, objetiva reerguer economicamente a empresa debilitada com a manutenção de seus ativos no mercado relevante. Ressalta-se que a aplicação do instituto ocorre apenas de maneira extrema, ou seja, somente será aplicado quando não existirem outras formas de soerguimento da empresa em dificuldade econômica, senão a de concentração, sendo a saída de seus ativos do mercado relevante, uma hipótese altamente factível, caso a operação em análise não seja consumada.

A primeira aplicação desse instituto se operou nos Estados Unidos em 1930, pela Suprema Corte, no julgamento do processo *Shoe CO. v. FTC*. A *Federal Trade Commission* concluiu que a operação diminuiu substancialmente a concorrência no mercado relevante em violação do Artigo 7 da Lei Clayton. A Suprema Corte reverteu a decisão, sustentando que a HW McElwain enfrentou uma grave probabilidade do insucesso empresarial e não tinha qualquer comprador alternativo, e a transação não foi substancialmente capaz de diminuir a concorrência, aplicando-se, portanto, a *Failing Company Defense* na ocasião.<sup>6</sup>

Esta defesa é articulada na Comissão Federal de Comércio dos EUA e pelo Departamento de Justiça por meio do *Horizontal Merger Guidelines* ("Diretrizes para Concentrações"), em que as empresas tentam geralmente seguir na avaliação das transações e propostas de concentração. Ademias, esta defesa também está estabelecida na jurisprudência

---

<sup>5</sup> Assim como o sistema de notificação prévia de atos de concentração (*prior review concentration acts*) e a penalidade de multa pela prática da integração prematura (*gun jumping*), ambos assentados na Lei nº 12.529/11, artigo 88, parágrafo 2º e 3º.

<sup>6</sup> FINA, Thomas; MEHTA Vishal. **The Failing Firm Defense: Alive and Well.** In: *The Antitrust Source*. Califórnia: ABA, 2011. p. 1. (tradução livre)

dos Estados Unidos, embora seja reduzido seu campo de aplicação, uma vez que a maioria dos casos, como o de fusões, é feito no nível de agência<sup>7</sup>, com apenas uma pequena probabilidade de alcançar os tribunais. A lógica por trás desse argumento é que uma fusão não é suscetível de criar ou reforçar o poder de mercado ou para facilitar o seu exercício, se a falha iminente de uma das empresas na concentração é verificada, e conseqüentemente, sem a operação, fizer com que os ativos da empresa em questão, saíssem permanentemente do mercado relevante.<sup>8</sup>

Consoante o *Horizontal Merger Guidelines*, a empresa que tiver interesse na aplicação da *Failing Company*, deverá, cumulativamente, satisfazer as seguintes condições<sup>9</sup>:

- 1) A empresa a ser adquirida está com grande dificuldade financeira ou estará impossibilitada de honrar seus compromissos em um futuro próximo.
- 2) A empresa terá que demonstrar ser incapaz de se reorganizar por meio da recuperação judicial na forma padrão estabelecida em lei.
- 3) O agente econômico deverá empreender condutas de boa-fé para obtenção de ofertas alternativas e razoáveis que mantenham os ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que ofereçam menos danos à concorrência do que com a concentração econômica.
- 4) Se ausente se mostrar a concentração, os ativos da empresa insolvente sairiam naturalmente do mercado relevante.

Cumpra mencionar, que este mercado relevante configura-se como uma das formas de exteriorização do conceito de poder econômico, podendo ser este uma das facetas de tal poder. Esse mercado relevante designa o poder de determinada empresa ou agente econômico na exploração de determinado bem ou serviço com grande percentual de exclusividade no curso desta exploração, ou seja, será um dos grandes aspectos levados em consideração na aplicação ou não da *Failing Company*.

No Brasil, preceitua o artigo 36, parágrafo 2º da Lei nº 12.529/11 o seguinte:

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

---

<sup>7</sup> Órgão administrativo responsável pela análise e julgamento das operações concentracionistas nos Estados Unidos, no caso, a Federal Trade Commission (FTC).

<sup>8</sup> NORRIS, Lauren. **The Failing Firm Defense**. In: *The Antitrust Source*. Califórnia: ABA, 2011. p. 1. (tradução livre).

<sup>9</sup> DELEGATION OF UNITED STATES. **Roundtable On Failing Firm Defense**. In: *Organization for Economic Cooperation and Development*, 2009.

Observa-se que a lei brasileira, em uma das formas presumidas de aferição da posição dominante de determinada empresa, dispõe sobre o controle de 20% ou mais do mercado relevante podendo este percentual ser alterado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos critérios que assim achar conveniente.

Importante ressaltar que este percentual pode ser significativo nas concentrações empresariais, o que pode levar, inclusive, o CADE a negar um pedido de concentração econômica<sup>10</sup>, face única e exclusivamente, à análise da posição dominante pelo mercado relevante de determinado bem ou serviço. Neste sentido, cumpre ressaltar, que esse mercado relevante assume duas feições, no aspecto material e/ou no aspecto geográfico, cuja análise agora será realizada.

O mercado relevante material configura-se como aquele em que, necessariamente, o produto ou bem em si que é produzido ou prestado por determinado agente econômico, tem pouca ou quase nenhuma produção / prestação pelos demais concorrentes.

Traduz-se como uma espécie de exclusividade a determinado agente econômico relacionado ao material (bem ou serviço) produzido ou prestado por este. O mercado relevante material (ou mercado de produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece<sup>11</sup>.

Primeiramente, deve-se atentar para a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro. Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a *fungibilidade* (ou *intercambialidade*) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante idêntico. (...) No entanto, a *intercambialidade*, nem sempre é fácil de ser constatada. Podemos ter indício de que dois ou mais produtos são intercambiáveis (ou fungíveis) quando o aumento no preço de um deles conduz ao aumento da procura do(s) outro(s) (fenômeno da elasticidade cruzada ou cross elasticity). Ocorrendo tal hipótese, há certo indicativo de que os consumidores estão dispostos a substituir um bem pelo outro, o que situaria ambos em relação de concorrência e autorizaria sua integração no mesmo

---

<sup>10</sup> É bastante comum, principalmente na doutrina estaduniense, que se identifique o mercado relevante com o abuso de posição dominante, ou mesmo com o poder de mercado. Por essa razão, a maioria dos livros estrangeiros trata das matérias em conjunto. Tecnicamente, entretanto, tal aproximação não deve ser automática, pois o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste (e não, apenas, o abuso de posição dominante). Com efeito, a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do mercado relevante no qual esses efeitos serão sentidos. Em outras palavras, não se pode falar de impactos anticoncorrenciais senão em determinado mercado: o mercado relevante. In: FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012. p. 211.

<sup>11</sup> Ibid, p. 218.

mercado relevante material. Aqui as pesquisas junto aos consumidores podem mostrar-se úteis.<sup>12</sup>

Assim, pode-se afirmar que o conceito de mercado relevante material está relacionado à *substituibilidade* de determinado bem ou serviço à esfera de opções dadas ao consumidor. Quanto menor for esta opção de substituibilidade, maior será o mercado relevante material.

Enquanto o mercado material estrutura-se no estudo no produto em si e sua fungibilidade em relação aos consumidores, no mercado relevante geográfico, a análise será efetivada sob o aspecto territorial onde é vendido um bem ou prestado determinado serviço.

Segundo Forgioni:

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva. Destarte, o mercado relevante geográfico não pode ser determinado abstratamente, pois depende da localização do agente econômico e também da natureza do produto e da conduta que está sendo analisada.<sup>13</sup>

Consoante Paula Forgioni, Aldo Frignani e Cristóforo Osti, alguns aspectos são importantes na delimitação do mercado relevante geográfico, que são:

- (i) **Hábito dos Consumidores.** Deve ser verificado se o consumidor está disposto a se afastar do local onde se encontra para adquirir outro produto ou serviço similar ou idêntico. Esse fato somente será determinado em cada caso concreto, podendo variar de acordo com a intensidade e as características da prática antitruste considerada.
- (ii) **Incidência de Custo de Transporte.** Os custos de transporte constituem um dos mais fluentes fatores na determinação do mercado relevante geográfico, fazendo com que muitas vezes, os produtores locais encontrem-se em posição de independência e indiferença em relação a agentes econômicos localizados em áreas diversas.
- (iii) **Características do Produto.** Tais como a durabilidade, resistência ao transporte etc. Analisando-se as características dos bens, já se decidiu que os mercados relevantes geográficos do leite pasteurizado e do leite fresco não se identificam (o leite pasteurizado pode ser comercializado – e, portanto, “concorrer” – em uma área mais ampla que a referente ao leite fresco).
- (iv) **Incentivos de Autoridades Locais** à produção ou comercialização.
- (v) **Existência de Barreiras à Entrada** de novos agentes econômicos no mercado.
- (vi) **Taxa de Câmbio** praticada pelo país, que inviabiliza a importação de produtos estrangeiros a preços competitivos, ou mesmo entraves burocráticos, podem isolar o mercado relevante geográfico.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ibid, p. 218-219.

<sup>13</sup> FORGIONI, op. cit. p. 213.

<sup>14</sup> FORGIONI, op. cit. p. 216-217.

Uma última forma de mercado relevante pode ocasionalmente ser encontrada, quando analisado o poder econômico de mercado de uma determinada empresa ou agente econômico, o chamado, mercado relevante temporário ou temporal, diagnosticado pela doutrina<sup>15</sup> como aquele em que se estuda tanto a dimensão geográfica (espacial) quanto a dimensão material (produto ou serviço).

Esse mercado relevante configura-se, sobretudo, pela interferência do fator tempo na disponibilidade ou não de determinados serviços e produtos, principalmente, como aqueles advindos de contratos com prestação futura, como acontece em casos de safra, em que o mercado relevante pode ocorrer somente nas épocas de colheita e comercialização de determinado produto.

A aferição do mercado relevante temporal em sede de concentração empresarial pode ser difícil de ocorrer, porém não se nega a possibilidade de existência da referida formação, ainda mais quando restar configurado um regime de oligopólio na exploração de determinada atividade econômica.

Destarte, ainda se faz necessária, a análise das duas maiores referências de defesa da concorrência e antitruste a nível mundial: a legislação norte-americana antitruste, em especial, o *Sherman Act* de 1890 e o *Clayton Act* de 1914.

### 1.1 THE SHERMAN ANTITRUST ACT DE 1890 (*SHERMAN ACT*)

O *Sherman Act*, promulgado em 1890, é considerado como o verdadeiro marco legislativo na história do direito da concorrência, assumindo a vanguarda na proteção do mercado e dos monopólios destrutivos. Foi uma das primeiras normas legais elaboradas com o fulcro de promover o desenvolvimento concorrencial prudente, amistoso e saudável entre os agentes exploradores da atividade econômica.

Nesses diversos fatores encontram-se os principais motivos determinantes do *Sherman Act*. A preocupação com a proteção do consumidor contra os abusos por parte das grandes

---

<sup>15</sup> Interessante a abordagem com exemplos descrita por Paula Forgioni: “Em virtude de safras em épocas distintas, mercados relevantes poderiam ser apartados, de forma que haveria, também um mercado relevante temporal a ser considerado. Não vemos elementos, entretanto, para considerar o caráter temporal do mercado relevante como distinto daquele material: se, por questões temporais, os produtos não se encontram em direta relação de concorrência e não são intercambiáveis, é porque não fazem parte do mesmo mercado relevante material. *In*: FORGIONI, op. cit. 2012. p. 212-213.

concentrações é levantada como um deles, contudo, parte da doutrina americana<sup>16</sup> questiona o argumento do bem-estar do consumidor, apontando a crescente redução dos preços nos principais mercados com altos índices de concentração no período que antecede à lei (redução de 61% no preço do petróleo refinado, 18% nos preços do açúcar) e, ainda, a aprovação pelo Congresso, no mesmo exercício legislativo, da McKinley Tariff, um dos impostos mais danosos ao consumidor na história americana.<sup>17</sup>

Nesse sentido, a seção 1 do *Sherman Act*, Trusts, entre outros, na restrição do comércio e as penalidade aplicáveis, *in fine*:

**SECTION 1. TRUSTS, ETC., IN RESTRAINT OF TRADE ILLEGAL; PENALTY**

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.<sup>18</sup>

Depreende-se da análise da seção 1, *ab initio*, o caráter altamente impositivo da lei contra as práticas anticompetitivas pelos agentes de mercado envolvidos. Exalta-se, em um primeiro momento, a preocupação do *Sherman Act* com os cartéis, hoje tão combatidos em *terrae brasilis*, vedando todo contrato, combinação em forma de confiança, conspiração ou restrição do comércio. E, assim, inicia-se o verdadeiro combate, agora também legal, dos processos de trust, entendidos nesse primeiro momento, como acordos convencionais entre agentes econômicos.

---

<sup>16</sup> Em grande parte por decorrência do próprio capitalismo, tornando a empresa como fator central da economia moderna consoante John Galbraith. Cf. GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

<sup>17</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 2005. p. 51.

<sup>18</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1**. Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. “Trusts, etc, na restrição do comércio ilegal; pena. Todo contrato, combinação em forma de confiança ou de outra forma, ou conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerada culpada de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punida com multa não superior a 10 milhões dólares se uma corporação, ou qualquer outra pessoa, US\$ 350.000, ou com pena de prisão não superior a três anos, ou por ambos, dessas punições, a critério do tribunal” (Tradução Livre).

Por outro lado, na Seção 2, avança o legislador concorrencial norte americano também no ferrenho combate às formas de monopólio, entendendo-os como graves e danosos esquemas de estruturas, tendenciosos à concentração empresarial e fortalecedores de posição dominante abusiva, nos seguintes termos:

**SECTION 2. MONOPOLIZING TRADE A FELONY; PENALTY**

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.<sup>19</sup>

Por sua vez, o *Sherman Act*, na Seção 3, definiu o âmbito de aplicação da norma concorrencial no aspecto territorial, a fim de conferir maior efetividade à medida antitruste, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito:

**SECTION 3. TRUSTS IN TERRITORIES OR DISTRICT OF COLUMBIA ILLEGAL; COMBINATION A FELONY**

Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 2.** Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. “*Seção 2. Monopolizar o comércio; Crime; Pena. Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, de monopolizar qualquer parte do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, será considerada culpada de um crime, e, em suas convicções, será punido com multa não superior a 10 milhões dólares se uma corporação, ou se qualquer outra pessoa, US\$ 350.000, ou com pena de prisão não superior a três anos, ou por ambas punições, a critério do tribunal*”. (Tradução Livre).

<sup>20</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 3.** Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. “*Trusts em Territórios ou Distrito de Columbia; Ilegal; Configuração de Crime; “Todo contrato, combinação em forma de confiança ou de outra forma, ou conspiração em restrição de comércio em todo o território dos Estados Unidos ou do Distrito de Columbia, ou na restrição do comércio ou comércio entre qualquer território e outro, ou entre qualquer território ou territórios e qualquer Estado ou Estados ou do Distrito de Columbia, ou com nações estrangeiras, ou entre o Distrito de Columbia e os Estados-nações ou Estados ou estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração, será considerado culpado de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a 10 milhões dolares se uma corporação, ou, se qualquer*

Ainda que de forma precária e insuficiente, o *Sherman Act*, em sua seção 4, estabeleceu a competência dos tribunais distritais (órgãos jurisdicionais) para combater as violações e infrações previstas nas sete seções do *Sherman Act*. *In verbis*:

**SECTION 4. JURISDICTION OF COURTS; DUTY OF UNITED STATES ATTORNEYS; PROCEDURE**

The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.<sup>21</sup>

De outra banda, na Seção 5, o *Sherman Act*, preceituou a possibilidade de chamar terceiros durante um processo em tribunais distritais, afim de que as infrações cometidas pudessem ter seus reais autores identificados e devidamente punidos, como segue:

**SECTION 5. BRINGING IN ADDITIONAL PARTIES**

Whenever it shall appear to the court before which any proceeding under section 4 of this title may be pending, that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned, whether they reside in the district in which the court is held or not; and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.<sup>22</sup>

---

*outra pessoa, \$ 350.000, ou com pena de prisão não superior a três anos, ou ambas punições, a critério do tribunal*". (Tradução Livre).

<sup>21</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 4**. Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. Seção 4. Competência dos órgãos jurisdicionais; Dever dos advogados dos Estados Unidos; Procedimento; “*Os vários tribunais distritais dos Estados Unidos são investidos com a competência para prevenir e reprimir as violações das seções 1 a 7 deste título, e deve ser o dever dos vários advogados dos Estados Unidos, em seus respectivos distritos, sob a direção do Procurador geral, interpor recurso no patrimônio líquido para prevenir e coibir tais violações. Tais processos podem ser por meio de petição, expondo o caso e rezando para que tal violação deva ser ordenada ou não proibida. Quando as partes se queixarem de ter sido devidamente notificada dessa petição, o tribunal deve proceder, tão logo, com a audiência e a determinação do caso, e enquanto se aguarda essa petição e antes da sentença final, o juiz pode, a qualquer momento, fazer tal ordem de restrição temporária ou interdição, que será considerada apenas no local*”. (Tradução Livre)

<sup>22</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 5**. Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. Seção 5. Trazendo Terceiros para o Processo. “*Sempre que um terceiro tiver de se apresentar no tribunal perante qualquer processo nos termos do ponto 4 do presente título pode ser pendente, que os fins da justiça exijam que outras partes devam ser levadas perante o tribunal. O tribunal pode levá-los a serem convocados, se residir no mesmo distrito do tribunal ou distinto, com intimações para esse fim, podendo ser servido em qualquer distrito pelo marechal do mesmo*”. (Tradução Livre)

No intuito, de garantir efetividade aos processos julgados pelos tribunais distritais, o *Sherman Act*, em sua seção 6, especificou modelo análogo ao adotado em sede de execução judicial, hoje vivenciado pelos tribunais em todo o mundo, efetuando-se a constrição de bens e valores objetos da combinação/conspiração para o Governo dos Estados Unidos:

#### **SECTION 6. FORFEITURE OF PROPERTY IN TRANSIT**

Any property owned under any contract or by any combination, or pursuant to any conspiracy (and being the subject thereof) mentioned in section 1 of this title, and being in the course of transportation from one State to another, or to a foreign country, shall be forfeited to the United States, and may be seized and condemned by like proceedings as those provided by law for the forfeiture, seizure, and condemnation of property imported into the United States contrary to law.<sup>23</sup>

Ao fim, definiu o conceito de pessoas, consagrado na lei, consoante a Seção 7:

#### **SECTION 7. "PERSON" OR "PERSONS" DEFINED**

The word "person", or "persons", wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.<sup>24</sup>

Destarte, mesmo que de forma superficial, inespecífica e bastante precária, o *Sherman Act*<sup>25</sup>, inovou todo o sistema concorrencial até então adotado, contribuindo, significativamente, como precedente para a legalização paulatina, nos ordenamentos jurídicos, da matéria concorrencial, constituindo-se como verdadeiro marco na defesa da concorrência, não só nos Estados Unidos, mas em todo o Mundo.

Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejam.

---

<sup>23</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 6.** Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. Seção 6. Perda de Bens em Trânsito. “Qualquer propriedade pertencente ao abrigo de qualquer contrato ou por qualquer combinação, ou por força de qualquer conspiração (e sendo o assunto do mesmo) mencionado na seção 1 deste título, e sendo no curso de transporte de um Estado para outro, ou para um país estrangeiro, será executada para os Estados Unidos, e podem ser apreendidos e condenados por processos análogos, como as previstas na lei para o confisco, a apreensão e condenação dos bens importados para os Estados Unidos contrária à lei”. (Tradução Livre).

<sup>24</sup> Statutes Enforced by the Antitrust Division. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 7.** Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013. Seção 7. "Pessoa" ou "pessoas"; Definição; A palavra "pessoa", ou "pessoas", sempre que utilizado em seções de 1 a 7 deste título será considerado para incluir as corporações e associações existentes sob ou autorizado pelas leis de ambos os Estados Unidos, as leis de qualquer dos Territórios, as leis de qualquer Estado, ou as leis de qualquer país estrangeiro. (Tradução Livre).

<sup>25</sup> Conhecem-se, todavia, as dificuldades que esta legislação encontrou na sua aplicação. Com efeito, no caso *Standard Oil of New Jersey v. United States*, de 1911, o Supremo Tribunal adoptou uma posição mais flexível admitindo uma “*rule of reason*” (regra da razoabilidade), que, em certas circunstâncias, poderia justificar uma derrogação das interdições previstas na lei antitruste americana. In: CORDEIRO, António José da Silva Robalo. **As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência**. Lisboa: Lusolivro, 1994. p. 13.

Ressentia-se no texto do Sherman Act, da vagueza de suas previsões. Não se pode ainda olvidar que o Sherman Act não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando à margem da regulamentação prática geralmente condenada pela opinião pública.<sup>26</sup>

Contudo, conforme já mencionado, o *Sherman Act* deixava diversos aspectos concorrenciais em obscuridade, sendo omisso em relação à grande parte dos problemas envolvendo infrações e concentrações empresariais. Surgiu neste contexto, o *Clayton Act*, como promessa de solidificação definitiva da matéria concorrencial no ordenamento jurídico norte americano, sob análise a seguir.

## 1.2 THE CLAYTON ANTITRUST ACT DE 1914 (*CLAYTON ACT*)

No ano de 1914, é promulgado o *Clayton Act*, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição e controle de outras companhias.<sup>27</sup>

O *Clayton Act* reinaugura o processo inicial de defesa da concorrência, mas com um novo enfoque sobre algumas práticas: a) Discriminação de Preços; b) Promoções Exclusivas; c) Processos Privados; d) Organização Sindical dos Trabalhadores, e, e) Fusões Anticompetitivas.

Cabe ressaltar que o *Clayton Act* se originou basicamente do julgamento de 3 (três) casos paradigmáticos<sup>28</sup> dentro da perspectiva concorrencial, quais sejam: 1) United States

---

<sup>26</sup> FORGIONI, op. cit. p. 73.

<sup>27</sup> Ibid, p. 73.

<sup>28</sup> Importante relevo também mostraram-se os casos Microsoft, AT&T e Kodak, assim entendidos: **Microsoft:** Antitrust laws examples also include the famous Microsoft case. When Microsoft began bundling their Microsoft Internet Explorer with Microsoft Windows products they ran afoul of the law. However, in this case there were other options on the market such as Macintosh Apple. Consumers were not forced to purchase Microsoft products and had the right to refuse the product. Microsoft was still held liable under anti-competition laws and lost nearly \$70 billion in market value after the verdict. **AT&T:** The forced breakup of AT&T still has repercussions for Americans today. Antitrust laws examples differ here slightly as AT&T was allowed to work as a natural monopoly by the government for many years. However in 1974, Attorney General William Saxbe filed an antitrust lawsuit against them. It would take seven years for the Department of Justice to render a verdict and the end result was a division of the company into seven separate regional corporations. Today only three remain: AT&T, Verizon and Qwest. **Kodak:** Another antitrust laws example is the division of Kodak. At one time, Kodak controlled 96 percent of the film and camera market in the U.S. Despite winning several antitrust lawsuits, two would lead to strengthening of the laws. In one lawsuit in 1921, Kodak was prevented from selling any private-label film under their label. Following this, they developed Kodacolor film that could only be developed by Kodak. They began to include a fee in the pricing structure of the film that paid for processing and delivery. In 1954, this was deemed product “tying” and a violation of the Sherman Act. After the verdict Kodak was required to license the processing to third party vendors. Disponível em <http://www.antitrustlaws.org>. Acesso em 12.04.2013.

*versus* Addyston Pipe & Seel Co.; 2) Standard Oil Co. *versus* United States e 3) United States *versus* Terminal Railroad Association of Saint Louis.<sup>29</sup>

Esses casos inspiraram a promulgação, em 1914, do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission (FTC) Act*. O primeiro reduziu a discricionariedade judicial proibindo algumas uniões arrançadas, tais como acordos de exclusividade, a fixação de preços e entre outras variáveis concorrenciais e concentrações obtidas pela compra de fundos. A *FTC Act* finalizou o *executive branch's public enforcement monopoly* (formação de um corpo administrativo para construção de uma política antitruste). Desse modo seguindo as decisões do *Standard Oil e do Terminal Railroad*, além do *Clayton Act* e da criação do *FTC*, parecia que naquele momento histórica implementação de uma política antitruste iria engrenar; contudo, o sistema antitruste entrou em um período de relativo repouso. Entre 1915 e até a metade de 1930, as Cortes confiaram seriamente em testes racionais para avaliar as condutas empresariais e até mesmo trataram comportamentos suspeitos de forma permissiva. Ao mesmo tempo, o “*executive branch*” se opunha às investigações agressivas realizadas pelo Departamento de Justiça do *FTC*.<sup>30</sup>

Com a perspectiva da concorrência ganhando relevo mundial, o mercado, os agentes econômicos e a economia dos grandes países mudaram. O direito, finalmente, amoldou uma nova forma de regulamentar o fato social decorrente das práticas mercantis e sobre a disciplina da concorrência, tornando-se um instrumento eficaz no que acena para o combate aos *trustees*, como é o caso da *Failing Company Defense*, cujo estudo de sua possível aplicabilidade no direito brasileiro será realizado a seguir.

## **2. A RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL, JUDICIAL E O PROCESSO DE FALÊNCIA NO BRASIL: APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA *FAILING COMPANY* NA PRÁXIS JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Entendido o fundamento do instituto *Failing Company Defense*, sua origem e a influência do direito comparado neste estudo, em especial o direito norte-americano, faz-se necessário construir, a partir de então, um esboço de como o modelo normativo brasileiro poderia abranger a aplicação desse recurso em *terrae brasilis*, de acordo com os mecanismos processuais existentes na legislação pátria, de modo a favorecer a salvaguarda da empresa<sup>31</sup> em debilidade financeira ou insolvente, e, assim, mantê-la no mercado.

---

<sup>29</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>31</sup> Sobre esse aspecto, Ana Frazão de Azevedo Lopes ensina: “A própria Constituição já previu alguns princípios que necessariamente orientam e direcionam o exercício da livre iniciativa empresarial, tais como a livre concorrência. Por meio desta, a Constituição pretende assegurar um certo nível de competitividade (concorrência praticável) que tanto possibilite a liberdade dos agentes econômicos, para fins de ingresso e permanência no mercado, como também assegure aos consumidores o menor preço que decorre da competição e da liberdade de escolha e de difusão do conhecimento econômico”.

A falência, a recuperação judicial e a recuperação extrajudicial são institutos gerais do direito das empresas em crise. A generalidade desses institutos significa uma aplicação mais ampla do que a dos regimes especiais (intervenção, regime de administração temporária e liquidação extrajudicial), mas não uma aplicação discriminada.<sup>32</sup>

No Brasil, a legislação aplicável sobre o tema é a Lei nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, definindo os parâmetros e procedimentos próprios a serem observados para a efetivação da superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, ou mesmo da convocação da recuperação em falência por deliberação da assembleia geral de credores, pela não apresentação de plano de recuperação no prazo legal previsto, rejeição do plano de recuperação, ou mesmo pelo descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano apresentado em juízo, na forma do artigo 73, incisos I a IV, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas, doravante, LFR.

Com efeito, o objetivo do processo falimentar se movimenta para uma liquidação de ativos, com o afastamento do devedor empresário de suas atividades, visando preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens e recursos produtivos.<sup>33</sup> A tentativa de soerguimento da empresa insolvente, poderá ser realizada consoante a LFR, portanto, por meio da recuperação extrajudicial, recuperação judicial e pelo processo de falência.

A recuperação extrajudicial é negócio jurídico consensual entre devedor e uma ou outras classes de credores, um negócio de cooperação, de repactuação na divisão dos riscos, que, em alguma medida, se assemelha aos negócios plurilaterais.<sup>34</sup> Na verdade, toda a recuperação desta modalidade é feita de maneira extrajudicial, porém, há permissão legal preceituada no artigo 162 da LRF, para que o devedor requeira a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, a fim de conceder maior segurança jurídica à operação firmada.

Neste sentido ainda cabe ressaltar que a própria Lei nº 11.101/05, no artigo 50, inciso II, descreve que, constitui-se como meios de recuperação judicial, observada a legislação

---

*In*: LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade: Função Social e Abuso de Poder Econômico**. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2006. p. 278.

<sup>32</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 3. vol. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9-10.

<sup>33</sup> CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. São Paulo: Renovar, 2006. p. 7.

<sup>34</sup> SZTAJN, Raquel. **Da Recuperação Extrajudicial**. *In*: Paulo Toledo; Carlos Abrão (Orgs). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 418.

pertinente, a cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios nos termos da legislação vigente, o que já demonstra claramente, na própria legislação falimentar a permissão legal para que seja possível a aplicação do instituto da *Failing Company Defense* no Brasil, já que ela autoriza que empresas em processo de insolvência se reestruturem também a partir de espécies concentracionistas, o que de algum modo poderá ou não ter interferência no âmbito do Direito Concorrencial, conforme o caso, como a seguir será melhor estudado.

O objetivo principal da recuperação é preservar as organizações produtivas, as fontes de riqueza e as empresas, uma vez que o devedor e seus credores terão liberdade para um acordo que permita recuperar a sociedade empresária e manter os empregados gerados.<sup>35</sup>

Entendemos, neste sentido, que o instituto da *Failing Company* pode ser aplicado em casos de recuperação extrajudicial. Destarte, haveria submissão prévia, caso assim fosse necessário, do plano de recuperação extrajudicial ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que constituiria em ato de concentração econômica, levando em consideração que, após a Lei nº 12.529/11, apenas algumas concentrações empresariais passaram a ser obrigatórias a título de notificação prévia para constituição no mercado.

Sobre o controle de concentrações e a análise prévia (*prior review*), dispõe o artigo 88, incisos I e II, e parágrafo 2º, da Lei nº 12.529/11, com valores alterados pela Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e da Fazenda, nº 994/2012:

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\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta 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\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

---

<sup>35</sup> GUERRA, Érica; LITRENTO, Maria Cristina Frascari (Orgs). **Nova Lei de Falências**. Campinas: LZN, 2005. p. 95.

Da leitura do artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência, extrai-se, portanto, que nem todas as concentrações empresariais, antes de serem constituídas, deverão, necessariamente ser submetidas ao CADE.

A título de exemplificação, se uma empresa **A** (incorporadora), possui faturamento bruto anual anterior à operação no valor de R\$ 798.000.000,00 (setecentos e noventa e oito milhões) e uma empresa **B** (incorporada), R\$ 34.000.000,00 (trinta e quatro milhões), nessa hipótese, não haverá necessidade de submissão prévia do ato de concentração sublinhado no plano de recuperação extrajudicial da empresa **B**, no qual se aplicaria o instituto da *Failing Company*, sem qualquer exigência de aprovação do ato pela autoridade antitruste.

Esse fracionamento de matéria para homologação do acordo perante o juízo da recuperação e perante o CADE para aprovação do ato, se opera, levando em consideração a competência legal de cada um dos órgãos envolvidos na operação, o que não gera, *prima facie*, um eventual conflito de competência, mas tão somente, a análise da aplicação da *Failing Company* na operação mercantil em momentos distintos por órgãos distintos, haja vista o conteúdo misto da matéria legal especial envolvida.

Na aplicação do instituto da *Failing Company* em recuperação extrajudicial<sup>36</sup>, ocorreriam, portanto, as seguintes hipóteses: 1) Plano de recuperação extrajudicial não obrigatório à submissão perante o CADE; 2) Plano de recuperação extrajudicial obrigatório à submissão ao CADE. Na situação 1, o plano de recuperação seria apresentado ao CADE, e, após sua aprovação, apresentado ao juízo competente para homologação na forma do artigo 162 da LRF. Na situação 2, por outro lado, a atuação do CADE seria prescindível, podendo o plano ser diretamente apresentado ao juízo competente para aprovação, já que estaria desobrigado à análise da *prior review* pela autoridade concorrencial, levando em consideração que não exortam os limites previstos nos incisos I e II do artigo 88 da Lei nº 12.529/11.

Em caso de aprovação do plano extrajudicial (ato de concentração) pelo CADE, este poderia naturalmente, ser apresentado para homologação ao juízo falimentar, diferentemente

---

<sup>36</sup> Interessante o comentário de Manoel Justino Bezerra Filho sobre a Recuperação Extrajudicial: “Este instrumento próprio a que se refere a Lei é o documento firmado pelas partes, para cuja validade são requisitos o agente capaz, o objeto lícito e a forma não defesa em lei, como determina o art. 104 do Código Civil. Da leitura do Capítulo VI verifica-se que a Lei deixa que atue, de forma ampla, a vontade das partes que celebram o acordo de recuperação, como aliás já ocorria, de fato, na antiga chamada “concordata branca”, de tal forma que, se não houver proibição específica na lei falimentar, tudo pode ser objeto de acordo, a ser firmado por documento particular, independentemente de maiores formalidades, no que tange à elaboração do termo de acordo. *In*: BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperações e Falências Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 353.

dos casos de não aprovação, em que o melhor juízo por nós entendido, orienta as partes a estabelecerem novo acordo, consoante as outras hipóteses do artigo 50 da LRF.

De outra banda, a aplicação da *Failing Company*, também poderá ser executada, e aqui com maior frequência e cotejo à realidade da *práxis*, por meio da recuperação judicial, prevista entre os artigos 47 e 72 da Lei nº 11.101/05.

Consoante Eduardo Pimenta<sup>37</sup>, a recuperação judicial seria uma série de atos praticados sob supervisão judicial e destinados a reestruturar e manter em funcionamento a empresa em dificuldades econômico-financeiras temporárias.

Sua finalidade está claramente exprimida no artigo 47 da LRF, em que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Este trabalho, contudo, não prima pela elucidação dos todos os procedimentos a serem seguidos no bojo de um pedido de recuperação judicial, mas tão somente, a demonstração da aplicabilidade do instituto da *Failing Company*, também em sede de recuperação judicial, de forma pormenorizada, no seio do plano de recuperação judicial, documento hábil a possibilitar a aplicação desse remédio.

Desta feita, deferido pelo juízo da recuperação o processamento do pedido de recuperação judicial, deverá o devedor apresentar plano de recuperação, cujo teor será um ato de concentração econômica, nas hipóteses do inciso II do artigo 50 da LRF e suas formas concentracionistas lá preceituadas. Neste momento, poderia ser aventada novamente a dúvida com relação à recuperação extrajudicial, no que tange ao conflito de competência do juízo da recuperação judicial para apreciação de ato de concentração, já que é da Superintendência-Geral do CADE, a competência para julgar concentrações econômicas, consoante o artigo 13, inciso V da Lei nº 12.529/11.

Novamente, não há que se falar em conflito de competência, mas tão somente, apreciação da matéria de forma isolada, em momentos distintos, por ambas as instâncias, no que lhes são de competência. Explico-me:

---

<sup>37</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006. p. 68.

Deferido o processamento do pedido de recuperação judicial pelo juiz, terá o devedor o prazo de 60 (sessenta dias) para apresentação do plano de recuperação judicial, plano este que conterá todas as informações referentes ao ato de concentração da empresa em recuperação, na forma do artigo 53, incisos I, II e III c/c artigo 50, II, ambos da LRF.

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

A suspensão do processo até julgamento final do ato de concentração encontra fundamentação legal no próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 265, inciso IV, “a”, no sentido de suspender o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

*Mutatis mutandis*, ensina Alexandre Câmara sobre esta hipótese de suspensão:

Trata-se de caso de suspensão prejudicial do processo, em que este é paralisado para que se aguarde a decisão de questão prejudicial externa (também chamada exógena), ou seja, questão prejudicial a ser apreciada em processo diverso daquele em que se examina a questão prejudicada. (...) Ocorre que tal questão constitui objeto de outro processo pendente (“objeto principal”, como diz a lei, mas que nada mais é do que o objeto do processo, o mérito da causa, o *Streitgegenstand* dos alemães). Deverá pois, o processo onde se aprecia a questão prejudicada ser suspenso, até que se resolva a questão prejudicial.<sup>38</sup>

Considerando que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não integra o Poder Judiciário, e funciona como Tribunal Administrativo, muito poderia se indagar, se a aplicação do artigo 265, IV, “a”, seria viável, já que não se trata de processo judicial e sim meramente administrativo.

Em uma visão perfunctória, é evidente que uma interpretação literal da lei neste sentido não seria benéfica para ninguém na relação processual e nem ao próprio judiciário, primeiro porque o juiz não teria conhecimento técnico específico para analisar o ato de concentração econômica, e, segundo porque a competência definida em lei para análise e

---

<sup>38</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 328-329.

aprovação de ato de concentração é do próprio CADE (artigo 13, inciso V da Lei Nº 12.529/11), não havendo neste sentido qualquer óbice à remessa do plano para apreciação da autoridade antitruste.

Na verdade, a análise do ato de concentração pelo juiz da recuperação, essa sim, comportaria verdadeira excrecência, já que seria uma decisão prolatada por quem não possui competência material para tal desiderato, o que por sua vez, ocorreria naturalmente, caso fosse realizada uma leitura literal ou gramatical do referido dispositivo.

Preferimos, portanto, lançar mão de uma interpretação teleológica do artigo 265, inciso IV, “a” do CPC, de modo a favorecer a correta aplicação do instituto da *Failing Company*, nos moldes processuais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, determinando-se assim, a suspensão do pedido de recuperação judicial após o deferimento do processamento, com a remessa do plano de recuperação judicial para o CADE e seu julgamento, quando a partir de então, este retornaria para o juízo da recuperação e seguiria sua tramitação nos moldes da lei processual vigente.

Sobre este método interpretativo, ensina Tercio Ferraz Júnior:

Em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das *consequências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências.<sup>39</sup>

Porém, ainda poderia surgir mais uma questão de fundo nesta hipótese de aplicação do instituto da *Failing Company* no bojo da recuperação judicial: o retorno do ato de concentração não aprovado pela autoridade antitruste. Neste caso, qual a válvula de escape a ser perquerida?

A resposta mais uma vez está na própria Lei nº 11.101/05, artigo 73, e incisos, com a convação da recuperação judicial em falência, ou mesmo de acordo com outros procedimentos cabíveis e de competência do próprio juízo falimentar.

Finalmente, cumpre ainda abordar a possibilidade de aplicação do instituto da *Failing Company*, nos casos de falência, ou seja, nas hipóteses previstas na Lei nº 11.101/05, artigo 94 e incisos, para decretação de falência da empresa insolvente.

---

<sup>39</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 304.

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

A falência cuida-se de processo concursal instaurado por uma sentença constitutiva, que tem por objetivo solucionar as relações jurídicas oriundas da inviabilidade econômico-financeira revelada pela insolvência do agente econômico, tendo em vista o tratamento paritário de seus credores.<sup>40</sup>

Contudo, caso decretada a falência, não haveria o que ser requerido ao juízo falimentar quanto a eventual pedido de aprovação de ato de concentração. *In casu*, a submissão do ato de concentração econômica seria realizada diretamente pelo agente econômico ao CADE, já que sua falência foi decretada e as possibilidades de recuperação judicial se mostraram ineficientes, porém, ainda assim, com a concentração e manutenção dos ativos da empresa insolvente no mercado e a ausência de efeitos danosos à concorrência, a operação concentracionista se mostra mais rentável e viável do que a própria dissolução daquela determinada atividade empresarial, aplicando-se assim, também, o instituto da *Failing Company* em casos de falência.

Outro ponto fundamental, capaz de legitimar a aplicação deste instituto no Brasil, na seara concorrencial, é a previsão contida na Lei Antitruste nº 12.529/11, quando dispõe sobre a possibilidade de relativização da regra de *per se* em prol da regra da razão (*rule of reason*),

---

<sup>40</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. op.cit. p. 659-660.

racionalidade esta, que inclusive, é um dos fatores determinantes para aprovação ou não do ato pelo CADE, com fundamento no artigo 88, parágrafos 5º e 6º do referido diploma.

A conduta ilícita *per se* é entendida como aquela que se amolda aos termos legais de política concorrencial que disciplina as infrações à ordem econômica, bastando, para a configuração da infração, o enquadramento da conduta econômica no texto legal punitivo, ou seja, uma análise precária e não teleológica sobre os administrados, muitas vezes, nem se perquirindo se o infrator detém ou não poder de mercado capaz de produzir danos efetivos à concorrência.

A ilicitude *per se* desobriga o órgão antitruste a realizar um estudo mais profundo do ato realizado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como “ilícita *per se*” e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada.<sup>41</sup>

Essa possibilidade de relativização da ilegalidade, *prima facie* identificada, poderá ser mitigada, caso seja possível eventual flexibilização da caracterização do ilícito, por aplicabilidade do princípio da razoabilidade, que se revela nos casos afetos ao direito da concorrência, em especial, na regra da razão (*rule of reason*), oriunda do direito norte-americano<sup>42</sup>, hipótese em que, apesar de existir o ilícito econômico formalmente, pela busca da verdade material e dos reais efeitos do ato econômico executado, serão revertidos os efeitos das sanções de forma que o mesmo não seja considerado ilícito.

A regra da razão não se identifica com a abordagem caso a caso das práticas analisadas, como muitas vezes se tem dado a entender. O chamado *case by case approach* é outra das válvulas de escape que pode lançar mão o intérprete na aplicação de uma norma antitruste, e significa, em linhas gerais que cada caso deve ser analisado individualmente, considerando-se suas particularidades, o contexto econômico no qual se insere e os efeitos anticompetitivos que produz no(s) mercado(s) relevante(s) atingido(s). A regra da razão, por sua vez, é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma “não razoável”.

---

<sup>41</sup> FORGIONI, op. cit. p. 199.

<sup>42</sup> A regra da razão na verdade se enquadra bem no direito concorrencial norte-americano pois se aplica a um estatuto que prescreve o seguinte: “ todo contrato, acordo na forma de trust ou de outra forma, ou conspiração, que provoque a restrição do comércio entre os vários Estados federais com nações estrangeiras será declarado ilegal”. Lendo esta norma de forma literal, parece que todo contrato deve ser proibido, pois todo contrato por si só restringe comércio de uma forma ou de outra (se eu prometo vender uma maçã a você, eu não posso vendê-la a nenhuma outra pessoa, ou seja o comércio daquele bem fica restrito uma vez que o acordo de venda seja feito). A adoção da regra da razão nos Estados Unidos foi necessária para criar um mecanismo de diferenciação entre acordos desejáveis e não desejáveis. Uma construção interpretativa literal desta norma levaria a resultados absurdos. In: LOPES DE LIMA, José Antonio Farah. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: Mizuno, 2008. p. 71-72.

Percebe-se, portanto, que a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde.<sup>43</sup>

O direito brasileiro acompanhou também a tendência de aplicação da *rule of reason* do direito norte-americano, estando preceituada a permissão de relativização da ilegalidade *per se*, no art. 88, parágrafos 5º e 6º, da Lei nº 12.529/11, que assim dispõem:

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.

§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Observa-se que o parágrafo 5º do art. 88, expõe, claramente, a ilegalidade *per se* na proibição dos atos de concentração empresarial que impliquem na eliminação dos demais concorrentes em parte substancial de mercado relevante, ressalvando, porém, os casos em que tal restrição, apesar de ser verificável, poderá ser autorizada, por meio da aplicação da regra da razão, disposta no mesmo artigo no parágrafo seguinte, desde que tais operações societárias de forma cumulada ou alternativa, aumentem a produtividade ou a competitividade, melhorem a qualidade dos bens e dos serviços ofertados no mercado, ocasionem eficiências econômicas e desenvolvimento tecnológico, e que, tais benefícios, decorrentes do ato, sejam repassados diretamente aos consumidores. Assim, autoriza-se, ato que, em análise formal, seria ilícito, mas que, em análise teleológica-material, é plenamente aceitável e lícito, fomentando, inclusive, a concorrência e melhorando as condições de mercado.

A jurisprudência do CADE é firme neste sentido, aplicando, sempre que possível, em operações submetidas à análise perante a autoridade antitruste, a regra da razão, conforme exemplifica, o julgado do ato de concentração nº 08012.009118/98-26 de relatoria do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, estudado pelo ex-Conselheiro do CADE, Mauro Grinberg<sup>44</sup>, sedimentado no voto do Conselheiro João Grandino Rodas: “*Pautando-se,*

<sup>43</sup> FORGIONI, op.cit. p. 199.

<sup>44</sup> GRINBERG, Mauro. **O CADE e a Regra da Razão**: A aplicação da Regra da Razão pelo CADE e sua análise por meio de um julgamento. Disponível em: <www.gcba.com.br>. Acesso em 26/09/2013.

para a interpretação, na boa-fé das partes, certamente acolhe a regra da razão, já que a regra *per se* não permitiria esse tipo de interpretação, face à prova de um determinado acerto entre os dois concorrentes”, deixando clara assim, a existência, aplicabilidade e a forma de exteriorização da regra da razão no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no direito processual concorrencial e na prática forense.

O presente caso, de forma bastante clara, ainda mais quando se lê com maior cautela os votos dos Conselheiros, explicita que a perspectiva da regra da razão não se sobrepõe sobre a regra *per se* ou vice-versa, muito pelo contrário, revelam-se como regras a serem aplicadas conforme a necessidade do caso e sua possibilidade fática de ocorrência, independentemente do mercado operar em regime de competição perfeita<sup>45</sup>, até porque a regra não é esta.

## CONCLUSÃO

Inexorável, pois que o remédio antitruste da *Failing Company Defense*, representa verdadeiro avanço normativo a título internacional e, não pode, e nem deve, ser ignorado pela realidade empresarial/concorrencial brasileira, ainda mais quando o próprio sistema normativo autoriza a sua realização, a exemplo do artigo 50, inciso II da Lei nº 11.101/05, em que se constitui como meio de recuperação judicial, as formas convencionais concentracionistas, possibilitando, desta forma, a aplicação do instituto pelo direito antitruste brasileiro.

Como estudado, a *Failing Company Defense* representa verdadeiro avanço e reflexo do aprofundamento legislativo sobre a matéria, em especial, do *Sherman Act*, *Clayton Act* e o *Horizontal Merger Guidelines*, constituindo assim, um marco na investigação e estudo do instituto.

A salvaguarda da empresa insolvente que tem como único meio de manutenção de seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado, por meio de ato de concentração econômica representa assim, uma decorrência de dois princípios aplicados no direito empresarial, em especial, o princípio da preservação da empresa e o princípio da conservação e maximização dos ativos da empresa.

Neste diapasão, a aplicação do instituto estudado também é possibilitada pela intercorrência da relativização da regra de *per se* em prol da regra da razão (*rule of reason*), mecanismos antitrustes e defesa da concorrência, de modo a garantir a presença e manutenção

---

<sup>45</sup> Cf. interessante discurso sobre o monopólio e os conceitos de competição pura e perfeita. In: MC WRIGHTM, David. **Capitalismo**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959.

da empresa insolvente do mercado, desde que, mesmo diante de eventual restrição à concorrência, os efeitos decorrentes da operação sejam benéficos e se constituam em verdadeiras eficiências econômicas, a exemplo do artigo 88, parágrafo 6º da Lei nº 12.529/11, de forma cumulada ou alternativa, aumentando a produtividade ou competitividade, melhorando a qualidade de bens ou serviços ou propiciando a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, repassando ainda, aos consumidores, parte relevante dos benefícios decorrentes.

Essa integração entre o direito empresarial e o direito concorrencial, na busca do soerguimento da empresa insolvente e manutenção de ativos no mercado relevante por meio de ato de concentração econômica, reflete também, outro princípio de direito econômico, encabeçado no Brasil pelo Prof. Washington Albino, o notável princípio da economicidade. Pela “economicidade”, isto é, pela racionalidade baseada na ideologia adotada e traduzida na Política Econômica, é que se compreendem tais posições. Nela situa-se a explicação do fato de se controlar o poder econômico privado, mesmo no modelo liberal, impedindo-o de infringir os seus princípios fundamentais<sup>46</sup>, dentre os quais, cita-se, o princípio da livre iniciativa e o princípio da defesa da concorrência, previstos na ordem econômica da CRFB/88.

Desta forma, observando o tratamento normativo brasileiro concedido pelo legislador nas recuperações e falências, bem como na disciplina do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBCD), por meio da Lei nº 12.529/11, entendemos como uma hipótese plenamente aplicável ao sistema antitruste e falimentar brasileiro, o instituto da *Failing Company Defense*, como mecanismo hábil a soerguer a empresa insolvente, que somente por meio de ato de concentração econômica, pode viabilizar a manutenção de seus ativos tangíveis e intangíveis no mercado.

## REFERÊNCIAS

ALBINO DE SOUZA, Washington Albino; Giovani Clark (Orgs). **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperações e Falências Comentada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

---

<sup>46</sup> ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. O Conceito e Objeto do Direito Econômico. *In*: ALBINO DE SOUZA, Washington Albino; Giovani Clark (Orgs). **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. São Paulo: LTr, 2011. p. 21.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 328-329.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: O Novo Regime da Insolvência Empresarial**. São Paulo: Renovar, 2006.

CORDEIRO, António José da Silva Robalo. **As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência**. Lisboa: Lusolivro, 1994.

DELEGATION OF UNITED STATES. **Roundtable On Failing Firm Defense**. In: Organization for Economic Cooperation and Development, 2009.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FINA, Thomas; MEHTA Vishal. **The Failing Firm Defense: Alive and Well**. In: *The Antitrust Source*. Califórnia: ABA, 2010.

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

GALBRAITH, John Kenneth. **A Economia das Fraudes Inocentes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GRINBERG, Mauro. **O CADE e a Regra da Razão: A aplicação da Regra da Razão pelo CADE e sua análise por meio de um julgamento**. Disponível em: <[www.gcba.com.br](http://www.gcba.com.br)>. Acesso em 26/09/2013.

GUERRA, Érica; LITRENTO, Maria Cristina Frascari (Orgs). **Nova Lei de Falências**. Campinas: LZN, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 2005.

LOPES DE LIMA, José Antonio Farah. **Direito Concorrencial Europeu**. São Paulo: Mizuno, 2008.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MC WRIGHTM, David. **Capitalismo**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959.

NORRIS, Lauren. **The Failing Firm Defense**. *In*: The Antitrust Source. Califórnia: ABA, 2011.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: O Controle da Concentração de Empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de Empresas**. São Paulo: IOB, 2006.

STATUTES ENFORCED BY THE ANTITRUST DIVISION. **Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C.** Disponível em: [www.justice.gov](http://www.justice.gov). Acesso em: 13.05.2013.

SZTAJN, Raquel. **Da Recuperação Extrajudicial**. *In*: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Paulo Toledo; Carlos Abrão (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 3 vol. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.