

# **A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E A LIVRE CONCORRÊNCIA NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira<sup>1</sup>

Renata Poloni Sanches<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a viabilidade da manutenção da empresa em crise, desde que economicamente viável, através da fusão ou incorporação, como um dos meios eficazes contidos no instituto da recuperação de empresa. A função social da empresa como princípio constitucional é consequência do Estado Democrático de Direito e dos Princípios da Ordem Econômica contidos na Constituição Federal/1988. A aquisição da empresa para superação da crise econômico-financeira é traduzida pela livre iniciativa mantendo-se a empresa, os empregos e gerando uma nova economia no mercado. Resta, porém, analisar, se a livre iniciativa não vai à contramão da livre concorrência uma vez que a fusão ou incorporação de empresas em crise por empresas de grande poderio econômico não traduziria no desequilíbrio e concentração de mercado. É neste sentido que surge o questionamento entre o princípio da livre concorrência e o princípio da preservação da empresa decorrente do processo de recuperação judicial gerando empresas com vantagens competitivas perante as demais do mesmo ramo de atividade a qual poderá limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação do mercado relevante de bens e serviços.

**PALAVRAS CHAVE:** Função Social da Empresa. Lei Antitruste. Recuperação de empresas.

## **PRESERVING COMPANY AND FREE COMPETITION IN JUDICIAL REORGANIZATION**

**ABSTRACT:** This article has the purpose to assess the viability of the firm's crisis , where economically feasible , through merger or acquisition , as an effective means of recovery contained in the institute of company . The social function of the company as a constitutional principle is a consequence of the democratic rule of law and the principles

---

<sup>1</sup>Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR. Advogada. e-mail: saraadv@sercomtel.com.br

<sup>2</sup> Mestranda em Direito da UNIMAR. Advogada. e-mail: renasanches@uol.com.br

contained in the Constitution Economic Order Federal/1988. The acquisition of the company to overcome the economic and financial crisis is translated by free enterprise while keeping company, jobs and generating a new market economy. It remains, however, to analyze if not free enterprise goes against free competition since the merger of companies in crisis by large economic power companies do not translate the imbalance and market concentration. It is in this sense that questioning arises from the principle of free competition and the principle of preservation of the company arising from the bankruptcy reorganization process generating companies with competitive advantages against the other in the same branch of activity which may limit or hinder free competition or result in domination of the relevant market of goods and services.

**KEYWORDS :** Social Function of the Company. Antitrust Law . Business recovery.

## **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 em relação à ordem econômica inserida no artigo 170 e a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/05) trouxeram significativas modificações quanto à relevância da manutenção de empresas economicamente viáveis ao mercado tendo em vista sua importância e sua função social, preservando-se, assim, a manutenção dos empregos e da livre concorrência, proporcionando o desenvolvimento regional. De outra parte, a Lei Antitruste (Lei 12.529/11) visa assegurar o desenvolvimento econômico com a garantia da distribuição eficiente na economia brasileira gerando o incentivo no aumento do emprego, da renda da população e do crescimento econômico visando, ainda, impedir a indevida transferência de renda entre fornecedor e consumidor e a exclusão do mercado de consumo de parcela da população.

Em algumas fusões ou incorporações de empresas em crise, como meio de recuperação da empresa, por empresas de expressão econômica que atuam no mesmo setor, a intenção não é outra senão a aquisição dos bens e serviços daquelas, retirando-as, posteriormente, do mercado.

Surge, a partir daí, o questionamento entre o princípio da livre concorrência e o princípio da preservação da empresa decorrente do processo de recuperação judicial. E ainda, em razão da solução aplicada no processo de recuperação judicial da empresa a operação adotada poderá limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens e serviços, saindo, mormente prejudicado, o consumidor.

O estudo analisa os fundamentos de congruência e coerência existentes em maior ou menor grau entre os textos normativos trazidos à colação, justificando, em igual esteira, o relevo da abordagem, considerando a persecução de seus fins.

A problematização decorre do próprio contexto sob investigação, eixo de tutelas diversas, considera o conjunto da reflexão para realizar, com base na razoabilidade, um exercício hermenêutico eficiente afim de interpretar o complexo núcleo legislativo referenciado, de maneira a contribuir para a efetiva preservação da empresa, sem prejuízo para o mercado.

A metodologia adotada tomou por base a ponderação de princípios, seguindo as possibilidades plurais da análise crítica permeada pela pontuação axiológica necessária à contextualização temática.

## **1- FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O BEM-ESTAR SOCIAL**

A empresa deixou de ser um meio único de obtenção de lucro aos sócios. Agrega-se o respeito aos princípios basilares constitucionais onde a dignidade da pessoa humana através do trato com seus empregados, fornecedores e consumidores faz-se necessário, onde o respeito às leis trabalhistas, do consumidor, ambientais e tributárias afeta diretamente a empresa em sua coletividade e não mais somente aos sócios.

Ao analisar os princípios fundamentais constitucionais percebe-se a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana.

Luiz Antonio Rizzato Nunes afirma que a Constituição Federal deve observar os princípios para o desenvolvimento mais humano e não se limitar aos interesses econômicos e financeiros, ainda esclarecendo segundo suas palavras que a pessoa humana é o valor supremo do direito.<sup>3</sup>

No mesmo sentido, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida e a ordem econômica deverão assegurar a todos a existência digna.<sup>4</sup>

Como premissas básicas e preliminares para a vida digna das pessoas, diante de um Estado Democrático de Direito, tem-se o propósito de assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a liberdade e a justiça.

---

<sup>3</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 108-109

Nesse diapasão, destaca-se a livre iniciativa como principio constitucional incentivado na proteção do capitalismo e na liberação do mercado sem deparar-se com as restrições do Estado.

José Cretella Júnior traduz que “a livre iniciativa é um dos fundamentos da Constituição Federal para que o Estado de Direito ou Estado Democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária”.<sup>5</sup>

Ressalta ainda o autor que se admite a livre concorrência para promover a competição e a alta qualidade dos serviços posto no mercado: “a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação, representados pelo Estado”.<sup>6</sup>

O conceito de empresa social se deu após a promulgação da Constituição Federal de 1988 relativizando muitos valores e direitos que visam ampliar o bem-estar social, onde, dentre os quais destacamos o artigo 5º, XXIII e o artigo 1º, IV c/c artigo 170 e incisos da CF/88 que menciona a função social da propriedade em face da livre iniciativa.

A empresa cumprirá sua função social se estiver cumprindo ou respeitando um ou porque não todos os princípios constitucionais.

Eros Grau interpreta e pontua que “as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.<sup>7</sup>

A empresa seja ela de pequeno, médio ou grande porte traz a nova concepção de função social visto que a manutenção da mesma é imprescindível para a circulação de bens e riquezas no país, fonte de emprego, tributos e desenvolvimento econômico em geral.

A função social da empresa diante da sociedade consiste não apenas na obtenção de lucro aos seus sócios, mas ao bem-estar coletivo, lembrando-se que o lucro

---

<sup>5</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

<sup>6</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 247

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003.p. 269.

não é incompatível com a função social, e sim, representa uma consequência para a empresa que cumpre sua função.

A Lei de Falência, ao permitir que a empresa seja adquirida como um todo por um investidor ou outro empresário para a realização do ativo do falido, coroou o princípio da função social da empresa. Deixou de ser vista apenas como uma organização privada, que proporcionava benefícios apenas para poucos, para ultrapassar os muros dos interesses exclusivamente individuais, de forma a beneficiar toda a coletividade com uma vida digna, de acordo com os ditames da justiça social.

A nova realidade introduzida pela Constituição motivou a busca pela função social do direito e pela igualdade entre os indivíduos, deixando o plano formal para ingressar no contexto da materialidade; a própria autonomia privada sofreu suas limitações, restringindo o individualismo, agora orientado pelas novas concepções dos interesses sociais.<sup>8</sup>

Como condição da própria funcionalidade do direito, e, em decorrência da alta complexidade das relações sociais, a sociedade contemporânea exige um direito voltado mais para papéis do que para pessoas, integrando o controle social, o direito participa da definição dos papéis sociais, tanto sobre as expectativas de comportamento quanto sobre os limites para definir o comportamento desviado.<sup>9</sup>

O pensamento funcional defende a busca de soluções mais adequadas à sociedade sem querer com isso preterir as soluções individuais, mas contextualizá-las de forma mais explícita no ambiente em que, de fato, se inserem objetivando socialmente soluções mais convenientes para o corpo social. A funcionalização é inerente ao direito não havendo direito sem um fim. Assentadas essas primeiras premissas, cabe investigar a função do direito a partir de uma perspectiva teórico-conceitual, objetivando apreender outros ambientes onde a função demarca limites, sendo em si, princípio, meio e fim.<sup>10</sup>

A função social como princípio constitucional voltado a atender os interesses sociais afasta a contemplação pretérita, e até então prioritária, dos interesses individuais no ambiente empresarial, como sustentada pelo modelo anterior.

---

<sup>8</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. *In*: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf). Acesso em 10 de set. de 2013

<sup>9</sup> FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 115-116. *In*: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf), pag. 51/73. Acesso em 10 de set./2013

<sup>10</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Sustentabilidade Negocial em Tempo de Crise. *In*: **Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2008, p. 81.

Toda e qualquer ação no campo do direito que não for para atender a função social do direito fere princípio constitucional e, sendo assim, será considerado como inconstitucional por não serem permitidas na esfera jurídica ações ou interpretações contra a Constituição. A reflexão acerca da função social da empresa avulta como relevantíssima.<sup>11</sup>

## **2- RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS**

Nas relações obrigacionais, regra geral, o patrimônio do devedor é a garantia dos credores, que, em caso de não cumprimento voluntário da obrigação, o credor insatisfeito deve buscar a tutela individual, por meio da execução, a fim de promover o adimplemento forçado da obrigação.

Influenciado por novos pressupostos o Código Civil Brasileiro de 2002, ao adotar a Teoria da Empresa, revogou toda a parte geral do Código Comercial Brasileiro. Também orientou a elaboração da atual Lei de Falências e Recuperação das Empresas indicando que somente o empresário pode ser sujeito de recuperação ou falência nos moldes legais.

Inovou-se, também, na ordem jurídica brasileira, pois é a primeira vez que se busca manter a empresa em atividade, em evidente benefício da coletividade. É a positivação dos valores da função social da propriedade e da empresa, de forma a preservar o emprego e o desenvolvimento regional e social do local onde a empresa estiver instalada.

Com a nova concepção de função social, a empresa passa a assumir um papel muito mais relevante na sociedade. O poder-dever do empresário, dos controladores e dos administradores<sup>12</sup> da empresa de harmonizarem as suas atividades conforme os interesses da sociedade – quer seja como geradora de empregos, renda, tributos, riquezas em geral [função social *lato sensu*], quer seja por meio de deveres positivos e negativos previstos nas leis e na Constituição Federal [função social *stricto sensu*] – trouxe uma nova visão da empresa também para o Direito Falimentar, que passou a ter como foco primordial a reestruturação da empresa em crise (a empresa não ficaria mais submetida à conduta do empresário, como se entre eles houvesse uma relação dominial.).

---

<sup>11</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa *In*: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf). Acesso em 10 de set. de 2013

<sup>12</sup> Art. 116 da Lei n. 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações.

Foi, portanto, essa a concepção que embalou o legislador falimentar de 2005 na criação do instituto da recuperação judicial e extrajudicial da empresa. Note-se que não se trata de preservar, a qualquer custo, toda sorte de empresas, mas de lutar pela manutenção daquelas que, apesar do estado de crise, mostrem-se viáveis economicamente e, conseqüentemente, capazes de representar benefícios à coletividade.

Desta feita, abandona-se o ideal de defesa exclusiva dos interesses dos credores e do devedor, como ocorria sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945, adotando-se o intuito de atender, no máximo possível, aos interesses de toda a sociedade.

Positivando o princípio da preservação da empresa por meio do princípio da função social, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, direciona seu objetivo para a manutenção da atividade empresarial, considerando a falência como medida última a ser tomada.<sup>13</sup>

A Lei n. 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência) trouxe o instituto da recuperação [judicial ou extrajudicial] em substituição à antiga concordata. Objetivou o legislador, ao máximo, proteger o empresário de uma possível decretação de falência, pois criou mecanismos para que uma sociedade empresária ou firma individual possa superar uma crise econômico-financeira que momentaneamente esteja passando.

Através do instituto da recuperação é possível manter em funcionamento a empresa devedora preservando a manutenção da fonte produtora, o emprego e o interesse dos credores. Isso porque a função social da empresa passou a ser tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio de forma mais agressiva e evidente, adequando a situação pretérita de individualidade aos anseios sociais da atualidade.

O artigo 47 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência traz os objetivos da recuperação judicial que são: viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores; promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Com isso, verificamos que o instituto da recuperação judicial pode ser entendido como um conjunto de medidas jurídicas, econômicas, administrativas e organizacionais tendentes a reestruturar e recuperar uma atividade empresarial em crise,

---

<sup>13</sup>FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser.

In: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf). Acesso em 10 de set. de 2013

mantendo a fonte de produção, de emprego e de interesses dos credores e garantindo, ainda, a preservação da função social da empresa. Podemos ainda entender a recuperação como a medida judicial, de iniciativa exclusiva do devedor, tendente a reunir e renegociar as dívidas do empresário.

Mesmo tendo a Lei 11.101/05 garantindo tratamento diferenciado no procedimento da Recuperação das micro ou pequenas empresas, positivando o princípio esculpido no art. 170, inciso IX da CF, críticas são tecidas, pois abrangeu o referido plano de recuperação apenas os créditos quirografários, não contemplando os tributários, trabalhistas, previdenciários e com garantias reais. Ao deixar de fora tais créditos, pode-se inviabilizar a recuperação da empresa em dificuldade.

Podemos dizer, mesmo que superficialmente, que o processo de recuperação judicial visa a propiciar a apresentação de uma proposta de medidas para a superação das dificuldades econômicas do devedor e a aprovação, pelos credores, de tais medidas, sempre com vista à manutenção da atividade.

Para tanto, com o advento da Lei 11.101/2005, o foco volta-se para a empresa e não para o empresário, uma vez que a empresa que gera empregos, renda, agrega utilidade no meio que se insere, deve ser recuperada.

O primeiro pressuposto exigido pela Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101./05) é a sua viabilidade, ou seja, que a mesma tenha potencial para soerguer-se, que, conforme o contido no artigo 53 haverá necessidade de apresentação do plano de recuperação pelo devedor em juízo em prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter, dentre outros itens a demonstração de sua viabilidade econômica.

Empresa viável será sempre aquela que tem condições de devolver à sociedade brasileira, pelo menos em parte, este sacrifício feito para salva-la. Nesse mister, Fábio Ulhoa Coelho<sup>14</sup> apontou alguns critérios como baliza que o Poder Judiciário deve tomar na análise da empresa viável: importância social da empresa; mão de obra e tecnologias empregadas; volume do ativo e do passivo; tempo de funcionamento e porte econômico [que são fatores indicativos também do atendimento de uma maior ou menor função social].

---

<sup>14</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 383-385.



Não basta a viabilidade econômica. Para o devedor utilizar-se da recuperação judicial, há que se falar em preenchimento de alguns requisitos, expostos na Lei 11.101./05.

Exige a lei que o requerente do benefício seja empresário, ou seja, somente aquele que explore atividade econômica de produção ou circulação de bens ou de serviços, de maneira profissional e organizada, nos termos do artigo 966 do Código Civil.

Não basta a condição de empresário. É preciso que seja um empresário regular, entendendo-se como regular aquele empresário que tem registro na Junta Comercial de seu Estado com inscrição de, ao menos, dois anos.

O empresário, nos termos da lei, não pode ser falido ou, se o foi, esteja com todas suas obrigações extintas e reconhecidas por sentença.

Há ainda que preencher o requisito de não haver utilizado tal benefício – da recuperação judicial, nos últimos cinco anos, cujo cômputo do prazo será da sentença concessiva da recuperação anterior e da data do protocolo do novo pedido. Tal previsão nada mais é do que para evitar que o instituto se transforme em medida de uso constante, com utilização de forma reiterada.

Exige-se, ainda, ausência de condenação por crime falimentar de qualquer dos sócios ou dos administradores da sociedade empresária.

A Lei 11.101./05 traz mecanismos capazes de viabilizar a reestruturação da atividade empresarial, tendo como mola propulsora a função social da empresa na escolha do legislador quanto à criação de mecanismos mais efetivos para o soerguimento da empresa e não somente o atendimento dos interesses dos empresários e dos credores.

Com isso, a Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências trouxe a lume um fértil elenco de meios capazes de proporcionar a recuperação empresarial, possibilitando ao devedor a propositura de um plano de recuperação moldado às suas condições, exatamente para permitir a remoção da causa da crise.

A recuperação da empresa, que tanto pode ser judicial ou extrajudicial, contempla alguns meios para a manutenção da empresa economicamente viável, elencando no artigo 50 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências um rol exemplificativo, tais como a fusão ou cessão da empresa; a alteração ou substituição do bloco de controle social e de administradores; aumento do capital social; arrendamento; constituição de garantias reais ou pessoais e condições especiais de pagamentos.

Sobre o assunto convém transcrever a lição de Waldo Fazzio Junior: “com a oportunidade da necessária reforma da legislação falimentar, vem a não menos necessária reformulação dos propósitos justificadores de soluções para as crises econômico-financeiras das empresas nacionais. Essas soluções não estão mais ancoradas, simplesmente, à proteção dos fornecedores do devedor, mas amarram-se à tutela de créditos sociais e públicos. Percebeu-se que de nada adianta a concessão de perdões e moratórias para a preservação da atividade empresarial, se a empresa endividada e descapitalizada não cumpre sua função social e acaba constituindo um estorvo para o mercado.”

É de suma importância que o plano de recuperação seja econômica e financeiramente viável para que haja o sucesso da recuperação da empresa. Raquel Stajn<sup>15</sup> leciona que os planos poucos viáveis, além de manter a situação de crise, podem – e é provável que assim ocorra – agravá-la, gerando efeito oposto ao que foi pretendido pela lei. Nesse ponto fazem necessárias as ponderações da autora: “aprovar planos formulados a pretexto de que a *função social da empresa* se superpõe aos interesses dos credores pode resultar em aprofundamento da crise, envolvimento de maior número de credores quando a falência vier a ser a única solução para a crise da tal empresa”.

O plano de recuperação é o coração da recuperação. Nele pode representar o sucesso ou o fracasso da medida, conforme a qualidade de sua proposta. Tal proposta nada mais é que um plano de medidas tendentes à recuperação da atividade a serem implementadas pelo devedor empresário, contendo, a descrição detalhada dos meios de recuperação, a demonstração da viabilidade econômica da atividade, o laudo econômico-financeiro e o laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor.

O plano deve ser negociado com os credores do devedor, pois será apreciado pelos mesmos para aprovação.

O princípio da preservação da empresa tornou-se, dentro do mais moderno direito, um princípio fundamental do direito societário, dedicado à proteção, defesa do interesse social por meio da preservação da empresa.

De qualquer modo, o que podemos afirmar é que, sendo esse princípio de elevado valor para a sociedade, tinha realmente que ser posto em prática e, tendo em vista que se trata de princípio inovador ainda não previsto expressamente nas legislações, como não poderia deixar de ser, tem sua origem na jurisprudência. O princípio preservativo da empresa não possui existência própria por si só, necessita,

---

<sup>15</sup> SZTAJN, Rachel. Comentário a recuperação extrajudicial de empresas. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência/ coordenadores. – 2. Ed. ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 473.

todavia, da mediação do juiz, logo, cabe a ele dar vida e a consequente força indispensáveis para o seu cumprimento.

Contudo, não basta saber a importância, o caráter vinculante e a origem do princípio em voga, tem-se que investigar e, assim, tentar demonstrar na continuidade deste estudo como ocorre sua atual aplicação, tentando cristalizar algumas de suas manifestações.

### **3- PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E O PERIGO À LIVRE-CONCORRÊNCIA**

Enquanto a economia preocupa-se com a lei da oferta e da procura com a busca de novos mercados, o desenvolvimento econômico objetiva a manutenção do equilíbrio em relação ao crescimento econômico, assegurados os valores e princípios constitucionais.

Nesse sentido, os fundamentos constitucionais do art. 170 referentes à atividade da ordem econômica, consagram “a delimitação principiológica explicitada pelo cardápio de valores do art. 170 e consubstanciada pelos princípios que estabelecem, a um só tempo, os fins e o funcionamento da ordem econômica”.<sup>16</sup>

O princípio da preservação da empresa nasce exatamente da necessidade de se lutar pela preservação dessa peça fundamental de nossa economia hodierna. É princípio que se baseia em garantias constitucionais e que se tornou um verdadeiro princípio fundamental do Direito Empresarial a imperar sempre que necessário, sendo aplicado em prol da sobrevivência da sociedade por cotas, de responsabilidade limitada e da empresa por ela exercida. Não há que se discutir sobre sua prevalência ou não em face de outras regras do Direito Empresarial tendente a um objetivo contrário à manutenção da empresa.

Trata-se, pois, de princípio balizador do princípio da livre-iniciativa, que consiste em instrumento por meio do qual se deve orientar o exercício da livre-iniciativa, “(...) mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro”<sup>17</sup>.

Em outras palavras, o princípio da livre concorrência limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo

---

<sup>16</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Sustentabilidade Negocial em Tempo de Crise. *In*: Empreendimentos Econômicos e Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Arte & Ciência; Marília: UNIMAR, 2008, p. 55.

<sup>17</sup> GABAN, Eduardo Molan *et al*, Direito Antitruste, 3ª ed., 2012, Saraiva, p. 53/54 *apud* Nusdeo, 2002, p.237.

de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, *i.e.*, a todos os agentes do mercado.

A livre concorrência, princípio que orienta não apenas a ordem econômica constitucional brasileira (artigo 170, inciso IV), mas também o ideal capitalista pode ser visualizado na Lei de Falência.

Por meio das regras que compõem a livre concorrência busca-se dar acesso e garantir a todos permanência no mercado. Tratando deste tema Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado por Eros Roberto Grau (2005, p. 210) afirma que “de um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder”.

Traduz a ideia de competitividade. A Lei de Falência, ao permitir a preservação da empresa quando da realização do ativo, possibilitou que a atividade desenvolvida para a produção ou circulação de um tipo de bem ou um serviço específico fosse preservada, de forma a fomentar a concorrência entre os vários empresários do mesmo ramo.

Ao adquirir a empresa, o arrematante tem condições de novamente inseri-la no mercado, fazendo com que ela seja mais um elemento a participar da guerra saudável entre os segmentos da mesma natureza na busca por novos mercados consumidores ou, até mesmo, aumentar o número de consumidores que já possui.

Comprova-se que o princípio da livre concorrência a até mesmo a proteção dos direitos do consumidor foram contemplados na Lei de Falência, mesmo que de forma não tão explícita.

Pelo princípio da livre concorrência é dada liberdade aos empresários para adentrarem na economia no setor ou ramo de indústria ou comércio que melhor lhe aprouverem, competindo com os demais. Contudo, é necessário haver certas restrições impostas pelo Estado, inclusive para que se mantenha a lealdade empresarial sob pena de caracterização da concorrência desleal ou de infração à ordem econômica, dependendo da abrangência do ato.

O elemento primordial da concorrência é alcançar a clientela em detrimento dos demais competidores que exploram o mesmo tipo de mercado, o objetivo imediato do empresário em competição é simplesmente o de cativar consumidores, através de recursos (publicidade, melhoria de qualidade, redução do preço etc.) que os motivem a direcionar suas opções no sentido de adquirirem o produto ou serviço que ele, e não outro empresário fornece.

Nesse ínterim, torna-se complicada a diferenciação entre a concorrência leal da concorrência desleal, pois as duas têm em comum a sua finalidade, vez que pretendem angariar os clientes alheios. Logo a concorrência por si só não é capaz de tornar o ato ilegal, devendo restar demonstrado à má intenção do competidor que objetiva desviar a clientela utilizando meios artificiosos.

“[...] não é simples diferenciar-se a concorrência leal da desleal. Em ambas, o empresário tem o intuito de prejudicar concorrentes, retirando-lhes, total ou parcialmente, fatias do mercado que haviam conquistado. A intencionalidade de causar dano a outro empresário é elemento presente tanto na concorrência lícita como na ilícita. Nos efeitos produzidos, a alteração nas opções dos consumidores, também identificam a concorrência leal e a desleal. São os meios empregados para a realização dessa finalidade que as distinguem. Há meios idôneos e inidôneos de ganhar consumidores, em detrimento dos concorrentes. Será, assim, pela análise dos recursos utilizados pelo empresário, que se poderá identificar a deslealdade competitiva”. (ULHÔA, 2006, p. 191)

Poder econômico consiste na possibilidade de exercício de uma influência notável e em principio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, a qual influi necessariamente na conduta das demais concorrentes em dado mercado, ou, noutros termos, na possibilidade de ação individual por parte de um agente econômico subtraindo-se à influência de seus concorrentes, através de uma conduta indiferente e delas efetivamente independente em alto grau<sup>18</sup>.

O poder econômico não pode padecer de mau uso ou abuso, sob pena de contrariar os princípios corolários da ordem econômica, notadamente a relação entre os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência<sup>19</sup>.

Assim, nas palavras do mesmo autor, a regra de repressão ao abuso do poder econômico, em síntese, não veicula mais que o mandamento de “é proibido” abusar ou mal utilizar uma posição de vantagem competitiva em um dado mercado. No mais, detalhes sobre o que seria um abuso ou mau uso estão postos na Lei Antitruste, e são apurados na atividade de sua aplicação.

---

<sup>18</sup> Afonso da Silva, 2003, p. 680 *apud* GABAN, Eduardo Molan *et al*, Direito Antitruste, 3ª ed., Saraiva, 2012, p. 57

<sup>19</sup> \_\_\_\_\_, p.58/59

#### **4 – A CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL, O DIREITO CONCORRENCIAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Há vários anos se verifica os atos de concentração empresarial como as fusões e incorporações, visando vários objetivos, tais como a recuperação econômica de duas empresas deficitárias, o fortalecimento da cadeia produtiva de ambas ou de uma delas, o mercado distribuidor, acesso a insumos, dentre outras motivações.

Os efeitos benéficos da fusão ou incorporação são vistos, tanto na esfera das partes envolvidas quanto frente à terceiros e à coletividade, ao mesmo tempo em que, quanto a estes dois últimos, podem também se verificar efeitos maléficos que por vezes se sobrepõem ao efeito benéfico.

Em se falando de truste, remete-se a um conceito econômico, de natureza capitalista, que consiste numa concentração de empresas visando a dominação do mercado através da eliminação de concorrência, e conseqüentemente imposição a preços arbitrários.

Com isso, verifica-se, por obvio, que não é interesse de cada uma dada coletividade a ocorrência desses monopólios que geram um grave custo socioeconômico, uma vez que prejudica-se o próprio desenvolvimento de novas tecnologias, a prática do preço justo, a geração de empregos, dentre tantas outras conseqüências negativas.

Nos ensinamentos de Fonseca<sup>20</sup>, “o poder econômico privado se corporifica na capacidade que tem as empresas de influir nas condições e nos resultados econômicos do mercado, de tal forma a dele retirar vantagens que as coloque em posição de superioridade perante as demais e em posição de domínio sobre os trabalhadores e consumidores”.

Essa relação é oriunda da própria essência de tais institutos, que, apesar de amparados pelo princípio da livre iniciativa, são o caminho natural da ocorrência da concentração de mercado. E, embora, seja vigente em nosso ordenamento o princípio da livre iniciativa, este não é absoluto, há que se atentar ao princípio da livre concorrência, que visa o equilíbrio do mercado competitivo, de modo a evitar os efeitos nocivos da concentração indevida dos mercados.

---

<sup>20</sup>FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 491p.

Diante dessa antinomia aparente entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, é que se torna relevante o conhecimento da legislação protetiva da concorrência, a atuação dos órgãos governamentais, suas competências e o poder controlador de tais atos de concentração, de modo a encontrar o ponto ideal de equilíbrio, propiciando a análise de eventual fusão ou incorporação de sociedades.

Assim, faz-se necessário conhecer a atuação preventiva e repressiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão ao qual são submetidos à apreciação atos que possam importar em concentração de mercado no Brasil, além de seus julgamentos e a respectiva executividade das decisões.

Considerando que o ato de fusão ou incorporação, que tem respaldo no próprio princípio da livre iniciativa, não é ilícito em si, mas sim as suas consequências é que podem ser indesejadas pelo ordenamento, surgindo dúvidas frequentes acerca da perfeita adequação e da eficácia destes atos perante as disposições limitadoras da legislação antitruste.

A realização de fusão e incorporações em atenção ao princípio da livre iniciativa, sempre terá ao seu fundo a busca da maximização das eficiências da atividade econômica desenvolvida, não perdendo de vista que um dos objetivos principais de uma empresa é o lucro. E a fusão ou incorporação, neste compasso, serão lícitas e legítimas na medida em que não atentem ao abuso de poder econômico, com eliminação da concorrência.

Muito embora o CADE tenha poder coercitivo e reconhecida autoridade em suas decisões, não exclui a intervenção judicial, em respeito ao direito de ação, e a respectiva inafastabilidade da jurisdição diante da lesão ou ameaça de lesão a um direito.

Neste diapasão, é que se tem verificado, em determinados atos de concentração submetidos a análise do CADE, principalmente aqueles que geram repercussão na sociedade, causando conflito de interesses entre os agentes envolvidos na operação e grupos de consumidores, trabalhadores, e entidades diversas.

## CONCLUSÃO

Face à realidade econômica, o fenômeno empresarial encontra-se no centro dos interesses, sejam particulares (dos sócios) ou públicos (de toda a coletividade).

A crise econômico-financeira da empresa põe em risco os interesses dos credores, do Estado, dos trabalhadores e daqueles que realizam investimentos na

empresa. Por envolver esta gama de interesses é que surgiu a necessidade de o Estado disponibilizar mecanismos que visem à manutenção da empresa.

A Lei nº 11.101/05 prevê um rol exemplificativo de meios de recuperação da empresa que podem abranger operações societárias como a fusão, incorporação e cisão. Ocorre que muitas vezes tais operações podem configurar como um meio de concentração de empresas, ocasionado à supressão da concorrência e, por conseguinte, reforçando ou garantindo ao agente econômico a confortável posição monopolística.

Nesta trilha, a busca pela preservação da empresa que configura, inicialmente, como um ato benéfico à sociedade, pode se caracterizar, por outro lado, como um ato lesivo às estruturas do livre mercado. Surge, dessa maneira, a difícil missão de sopesar e definir qual princípio (preservação da empresa ou livre-concorrência) terá primazia em detrimento do outro.

Não restam dúvidas, portanto, dos benefícios e da necessidade de se fomentar o empreendedorismo, de modo a viabilizar uma economia forte e competitiva. Ampliam-se os horizontes comerciais, com o surgimento de novos mercados relevantes geográficos, de âmbito, inclusive, internacional, e, a Constituição Federal deve dar instrumentos para permitir a manutenção da força do empresário nacional.

Por outro lado, a tendência neoliberalista do mundo capitalista atual é incompatível com o crescimento exagerado que repercute em efeitos negativos à sociedade, ao consumidor, ao trabalhador e à economia em geral. A concentração de mercado que restrinja a livre concorrência e que gera o abuso de poder econômico compõe o outro lado da moeda.

Necessária se faz a reorientação deste seguimento para que na prática a aquisição de empresas em crise, especialmente em determinados setores do mercado, através da fusão ou incorporação pela recuperação de empresa, tenha como escopo a garantia constitucional da função social da empresa e não somente o domínio de mercado em detrimento à livre concorrência e ao consumidor.

## **REFERÊNCIAS**

AFONSO da Silva, 2003, p. 680 *apud* GABAN, Eduardo Molan *et al*, Direito Antitruste, 3ª ed., Saraiva, 2012

CASTELLANI, Fernando F. A empresa em crise: falência e recuperação judicial de empresas. 1ª ed. Saraiva, 2008.



COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: volume 3: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

FERRAZ, Tercio Sampaio Jr. **Introdução ao estudo do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2001. p. 115-116. In: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf), pag. 51/73.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. In: [http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade\\_empresarial.pdf](http://www.unimar.br/publicacoes/2010/atividade_empresarial.pdf).

FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1960, Vol 2.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. Revista dos Tribunais. 2012

GABAN, Eduardo Molan *et al*, Direito Antitruste, 3ª ed., 2012, Saraiva, p. 53/54 *apud* Nusdeo, 2002

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2003

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva, 2006

PETTER, Lafayete Josué. Principios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. Revista dos Tribunais. 2008.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico. 1ª ed. Del Rey. 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

SZTAJN, Rachel. Comentário a recuperação extrajudicial de empresas. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de, ABRÃO, Carlos Henrique. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência/ coordenadores. – 2. Ed – São Paulo: Saraiva, 2007