

DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.7.60910>



Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional

RESENHA DO LIVRO: A TEORIA DA FAILING FIRM E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

REVIEW OF THE BOOK: FAILING FIRM THEORY AND IT'S APPLICATION IN BRAZIL

Breno Urbano Cardoso¹

RESUMO

O Direito da Concorrência é o ramo pelo qual o Estado utiliza mecanismos para a promoção do bem-estar do consumidor, visando a promoção da dignidade humana, a partir do desenvolvimento da economia. Esses são os fundamentos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC") e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"). Dentre os vários princípios previstos na Constituição da República, destacam-se neste livro a livre concorrência e a preservação da empresa. Em eventual conflito entre eles, a melhor solução deve ser encontrada no caso concreto com foco no desenvolvimento social do país, na promoção da dignidade humana e na realização da justiça social. O presente livro propõe a concretização de valores importantes que dizem respeito ao Estado Democrático de Direito, com destaque para a preservação da empresa e para a proteção da livre concorrência. Sabe-se que a teoria da *failing firm* é pouco debatida no Brasil, e são raros os casos em que o CADE analisou o tema. Será analisado que não é qualquer crise que legitima sua aplicação, além de critérios previamente estabelecidos, ela deve ser analisada através do método da ponderação.

Palavras-chave: Direito; Economia; Concorrência; Antitruste; Teoria da *Failing Firm*; CADE.

ABSTRACT

Competition Law is the branch through which the government uses mechanisms for the promotion of consumer welfare, aiming at the promotion of human dignity, and the development of the economy. These are the foundations of the Brazilian Competition Defense System ("SBDC") and the Administrative Council for Economic Defense ("CADE"). Among the various principles provided for in the Constitution of the Republic, free competition and preservation of the company stand out in this book. In the event of conflict between them, the best solution must be found in the concrete case, focusing on the social development of the country, the promotion of human dignity and the achievement of social justice. This book proposes the concretization of important values that concern the Democratic State of Law, with emphasis on the preservation of the company and the protection of free competition. It is known that the Failing Firm Theory is little discussed in Brazil, and the cases in which CADE has analyzed the theme are rare. It will be analyzed that not just any crisis legitimizes its application, besides previously established criteria, it must be analyzed through the weighting method.

Keywords: Law; Economy; Competition; Antitrust; Failing Firm Theory; CADE.

¹ Economista e estudante de Direito pela PUC-SP. Colaborador da área de Direito Concorrencial no Escritório Figueiredo e Velloso, advogados. breno.ucardoso@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0003-1412-3530>.

LIVRO

A Teoria da Failing Firm e sua aplicação no Brasil

Autor: Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Júnior

Editora: JusPodvm, 2016. ISBN 978-85-442-0816-8.

RESENHA

O presente trabalho trata da *failing firm theory*, ou teoria da empresa em crise, aplicada no Direito brasileiro, em concordância com a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Rememora-se que a livre concorrência é um fenômeno recente na história da humanidade, no qual ficou evidenciado com o surgimento do Estado Liberal, a partir do século XIX. Para trabalhar o conceito técnico-jurídico de livre concorrência, o autor faz menção em uma nota de rodapé o conceito de Princípios difundido pelo jurista Humberto Ávila. Parafrazeando o consagrado professor de Direito, são normas imediatamente finalísticas que exigem a delimitação de um ideal de coisas para contribuir ao lado de outras razões a tomada de decisão pelo intérprete. Dentre os vários que estão dispostos, destacam-se o da livre concorrência e a noção de liberdade, fundamentos da República Federativa do Brasil, e corolário para a efetivação da aplicação da *failing firm*. Com o princípio da livre iniciativa, os agentes econômicos buscam obter lucros no mercado relevante de várias formas. Nesse aspecto, a defesa da concorrência se preocupa em resolver problemas relacionados ao abuso do poder econômico. Contudo, no Brasil, essa teoria é pouco debatida devida a algumas razões: (i) são poucos os atos de concentração nos quais a discussão de *failing firm* foi justificada ou necessária; (ii) não há na legislação brasileira a previsão da *failing firm defense*; e (iii) são raros os trabalhos acadêmicos no Brasil que abordam o assunto.

Sabe-se que há um certo consenso de que a política concorrencial é um instrumento do Estado para promover a competição nos mercados, e que o bem-estar do consumidor é o principal objetivo do antitruste. Dessa forma, as normas de direito da concorrência são elaboradas para manter todo o mercado competitivo. As duas principais vertentes que contribuem com os objetivos da política antitruste e dão o suporte necessário para o seu alcance são: (i) Escola de Harvard; e (ii) Escola de Chicago, respectivamente tendo como expoente Herbert Hovenkamp e Richard Posner. A escola de Chicago defende categoricamente que a busca por eficiência deve ser a meta exclusiva de toda a política antitruste. Vale destacar também que esta Escola é construída com fundamento na economia neoclássica, que por sua

vez, defende a máxima de que, no longo prazo, os mercados tendem a corrigir as próprias imperfeições e a entrada de novos competidores no mercado resolveria a maioria dos problemas de competição. Por outro lado, a Escola de Harvard apresenta premissas diferentes. Tradicionalmente, seus economistas são conhecidos como “estruturalistas” no sentido de que eles tendem a ver o mercado como “não-competitivo” quando não estão presentes algumas condições estruturalistas básicas. Para eles, a concorrência será proporcionalmente maior na medida que o número de concorrentes for positivo e as barreiras às entradas forem negativas.

Embora o princípio da função social da empresa não se encontra na Constituição Federal, ele tem respaldo constitucional, geral e implícito. Em caso de eventual conflito, a solução deve ser analisada diante do caso concreto. Ao tratar do tema, Humberto Ávila ensina que a dignidade da pessoa humana é um sobreprincípio que confere unidade de sentido aos demais princípios constitucionais.

A defesa da concorrência, além de ser promovida na esfera administrativa, obtém orientação através das áreas civil e criminal, uma vez que os prejuízos causados pelas práticas ilícitas podem ser ressarcidos em ação civil pública, como também existem condutas que são tipificadas como crime. De forma resumida, sem pretender esgotar o tema, a SG cumpre a função de instruir e oferecer pareceres em atos de concentração, que antes eram realizados, prioritariamente, pela Secretaria de Acompanhamentos Econômicos (SEAE). Em relação ao TADE, o Tribunal decide sobre a existência ou não de infração à ordem econômica. Assim, compete ao CADE a análise de operações praticadas pelos agentes econômicos, a fim de avaliar se elas ofendem ou não a livre concorrência. Quando o CADE enxerga necessidade de intervenção, restrições ao negócio analisado são impostas, e em último caso, podendo até ser vetada a operação. Calixto Salomão Filho critica a visão de que a intervenção estatal na economia deve estar fundada apenas na busca de imperativos econômicos. Diante desse cenário, as autoridades antitruste tendem a compreender que a inclusão de outros valores não relacionados diretamente à competição pode ser arriscada, uma vez que sua atividade poderia ser vista para fins políticos.

O autor analisou a *failing firm* em sete diferentes jurisdições, na qual cada uma delas contém suas peculiaridades. O primeiro caso que a *failing firm* foi debatida e aceita ocorreu em 1930 no caso da *International Show e Co.* Restou decidido como precedente judicial da *Common Law* que a aquisição de uma companhia em crise não violaria a Lei Antitruste dos

Estados Unidos. Ao longo dos anos, a jurisprudência norte-americana absorveu a teoria em sua legislação.

Desde 1993, a aplicação e os requisitos da *failing firm* estão previstos no Guia de Análises de Concentrações norte-americano. Como requisito, a empresa deve ser incapaz de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo, ou em grave situação de crise caracterizada como insolvência. Em 2010, foi publicada a nova edição do citado Guia, e nele, as regras e a previsão da teoria da *failing firm* foram mantidas expressamente. Assim como nos Estados Unidos, a *failing firm* também é aceita no Reino Unido. Deve-se destacar que o Chile conta expressamente com a tese no Guia de Concentrações, uma vez que sua incidência ocorreu em 1981. Por outro lado, a Alemanha não conta com uma previsão legal, mas sua aplicação ocorre em casos excepcionais.

Em períodos de crise econômica, os agentes econômicos mais vulneráveis são incorporados pelos agentes de maior poder econômico, ou mais eficientes. A teoria econômica *mainstream* ensina que uma das características do processo competitivo é a eliminação de empresas ineficientes, ou empresas que não conseguem se adaptar ao dinamismo do capitalismo. Nesse aspecto, parte dos profissionais do antitruste brasileiro entendem que proteger empresas ineficientes ou em potencial de insolvência, mesmo que em períodos de crise, contraria uma das finalidades do direito concorrencial, que é promover a concorrência e não a sobrevivência dos *players* de mercado. A autoridade antitruste tem o dever de analisar as reais condições econômicas dos *players* e julgar os processos diante de caso a caso, em conformidade com os valores da livre concorrência e preservação da empresa.

Em conformidade com a Lei 12.529/2011 e a Constituição Federal, o autor defendeu a aceitação da teoria da empresa em crise, perante o CADE, a partir da ponderação de princípios de ordem econômica e de prévios critérios objetivos inseridos na lei. O Brasil ainda não conta com uma previsão legal para a incidência da *failing firm*. Porém, ela já foi levada ao conhecimento dos conselheiros do CADE que discutiram essa questão em alguns julgamentos, inclusive na vigência da Lei 8.884/1994. A primeira discussão com essa natureza ocorreu no ato de concentração 0016/1994, na qual envolveu as companhias Siderúrgica Laisa S/A (Grupo Gerdau) e Cia. Siderúrgica Pains (Grupo Korf GmbH). À época, o CADE descartou a tese, aprovou parcialmente a operação e reafirmou sua decisão, ainda que feito pedido de reapreciação pelas partes. Outros casos também foram tratados pelo autor, podendo ser notado que durante a antiga lei antitruste e a atual, a autoridade antitruste brasileira não reconheceu

expressamente a incidência dessa teoria no ordenamento jurídico nacional. A ausência de previsão no guia de concentração brasileiro e a falta de pesquisas de estudos contribuem para a não aplicação deste instituto.

A legitimação da aplicação da teoria da *failing firm* em atos de concentração em outras jurisdições dependem de duas premissas básicas: (i) critérios objetivos de eficiência; e (ii) correlação entre a teoria e o princípio da preservação da empresa. Logo, a ponderação entre os princípios de eficiência é necessária em uma análise antitruste para permitir a continuidade da atividade empresarial.

Nas palavras do autor, a aplicação da teoria representa uma ponderação, ou harmonização, entre os princípios da livre concorrência e preservação da empresa. A aprovação de uma operação, com foco nessa teoria, pode ser melhor para a concorrência do que deixar uma empresa em crise quebrar.

Utilizando-se de jurisdições estrangeiras, o autor lembrou que desde a primeira defesa desenvolvida nos Estados Unidos, sobretudo no caso da *International Show Co.*, os critérios para que a autoridade antitruste aplique a teoria da *failing firm* devem ser observados. São eles: (i) a empresa adquirida deve estar em situação eminentemente em estado de insolvência, ou extrema crise; (ii) a empresa não pode ser capaz de se recuperar; e o citado mais importante critério (iii) a empresa deve ter sido diligente em buscar alternativas que não tiveram resultado esperado, e que, portanto, sua crise mostra-se prejudicial para toda a concorrência. Por esse motivo que devem ser estudados os cenários com e sem a operação para se inferir as consequências no mercado relevante e compará-las.

CONCLUSÃO

Não é qualquer crise que legitima a aplicação da teoria. O estado eminentemente de insolvência é uma condição inicial e indispensável para a incidência da teoria pelos aplicadores da lei. Deve-se notar também se a concentração apresentada é a única alternativa viável para manter os ativos produtivos para que causem menos danos à concorrência. As análises dos cenários devem considerar os possíveis efeitos sobre o mercado relevante. No Brasil, historicamente não foi aceita a teoria da *failing firm* porque a condição ainda não foi preenchida essa condição de ser a última alternativa viável. O autor também chama atenção para que a autoridade de defesa da concorrência evite decisões negativas genéricas, no sentido de que não deveriam utilizar argumentos como “não restou demonstrada a inexistência de alternativas

viáveis”. Uma vez demonstrado que a empresa está em grave crise de insolvência e que não existem possibilidades de recuperação a não ser pelo ato de concentração, elencar a possibilidade de aplicação da *failing firm*, em conformidade com os requisitos estabelecidos na legislação, deve ser avaliado para a operabilidade concorrencial da economia.

Portanto, quando existir um potencial conflito entre os supracitados princípios, o aplicador da norma deve-se valer do método da ponderação, sempre observando o sobrepincípio da dignidade da pessoa humana. O CADE poderá inserir a teoria da empresa em crise, ou *failing firm*, na próxima edição do Guia de Análise de Concentrações Horizontais, uma vez que existem amparos tanto na Constituição Federal quanto na legislação concorrencial. Sugere-se a ponderação como mecanismo para conferir o melhor sentido aos princípios, bem como critério material com foco no benefício dos consumidores.

REFERÊNCIA

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A Teoria da Failing Firm e sua aplicação no Brasil**. Salvador, JusPodivm, 2016. ISBN 978-85-442-0816-8.

São Paulo

16 de fevereiro de 2023