

LORENA MOREIRA GOMES

***FAILING FIRM DEFENSE* NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: afirmação
no campo jurídico recuperacional brasileiro**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2022

LORENA MOREIRA GOMES

***FAILING FIRM DEFENSE* NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: afirmação
no campo jurídico recuperacional brasileiro**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Eumar Evangelista de Menezes Júnior.

ANÁPOLIS – 2022

LORENA MOREIRA GOMES

***FAILING FIRM DEFENSE* NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: afirmação
no campo jurídico recuperacional brasileiro**

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

AGRADECIMENTOS

Desde o início deste trabalho de conclusão de curso eu pensava nos meus agradecimentos pelo fato de que já possuía em mente uma lista de pessoas que não poderia deixar de homenagear e agradecer nesse momento de finalização de uma etapa que julgo uma das mais importantes até o presente momento.

Agradeço primeiramente a Deus, que foi meu alicerce principal e que depositou em mim toda sabedoria, paciência e perseverança necessárias para a realização de todas as etapas deste TCC, que nos momentos mais difíceis me deu coragem e me levantou sempre que necessário. Louvo a Deus, porque nada seria possível sem Ele.

Minha tão amada família, minha Tia Elizana; minhas primas-irmãs Anna Laura e Sofia; minha avó Josefina e ao meu querido e amado pai Lauriam. Obrigada por todo cuidado e prontidão em me ajudar, por cuidarem de mim durante todos esses anos, por não terem desistido de mim nos meus momentos difíceis e por todo amor e confiança depositados.

Deixo aqui o meu agradecimento e respeito a todos os professores do Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás, por todo empenho e dedicação nas aulas e no decorrer de todo curso, pela presteza em me auxiliar e sanar todas as dúvidas que tive no decorrer desses anos, contribuíram para a minha formação profissional, sempre me lembrarei de vocês com carinho.

Ao Professor Dr. Eumar Evangelista de Menezes Junior, meu estimado orientador, professor obrigada por todo o suporte na construção deste trabalho, por acreditar em mim e por não me deixar desistir nos momentos de desespero. Que Deus o abençoe e o conserve sempre em graça e sabedoria, o senhor fez toda diferença na minha formação acadêmica.

Por fim, aos meus estimados amigos Carlos Antônio Ochoa Junior pela amizade e suporte nessa reta final da minha graduação, obrigada pelas conversas, conselhos e ajuda nos momentos em que nem eu conseguia me ajudar. Em especial ao meu querido amigo Kleber Pinto Góes que partilhou dos momentos de angústia, aflição e medo que circundaram a construção deste trabalho.

RESUMO

O trabalho de Conclusão de Curso analisa a aplicabilidade ou não do Instituto *Failing Firm Defense* no curso especial da Recuperação Judicial regulada pela Lei 11101/2005. O estudo foi lançado a partir de uma problemática principal e alcançou um mapa jurídico, preenchido de legislação, doutrina e jurisprudência que afirma a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil. A pesquisa e seu objeto estiveram imersas no Direito Empresarial Brasileiro, como grande ramo, e para atingir o campo recuperacional das empresas seguiu para um dos seus principais sub-ramos – o Direito Recuperacional, regulado e disciplinado por Lei Federal de nº 11101 aprovação em 2005 que recentemente foi alterada pela Lei, também Federal de nº 14112 no ano de 2020. Para lograr êxito foi aplicado o método interpretativo legislativo, doutrinário e jurisprudencial preenchido por uma abordagem dedutiva-qualitativa e por procedimentos bibliográfico e documental. Nessa corrente o trabalho em resultados afirma a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil como meio de recuperação aos empresários em crise.

Palavras-chave: Brasil. Recuperação Judicial. *Failing Firm Defense*. Afirmação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – FAILING FIRM DEFENSE	03
1.1 Origem.....	03
1.2 Definição e conceitos	05
1.3 Aplicabilidade nos EUA e na Europa.....	06
1.4 Aplicabilidade no Brasil	08
CAPÍTULO II – RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL	10
2.1 Historicidade.....	10
2.2 Legalidade.....	12
2.3 Meios de recuperação	14
CAPÍTULO III – FAILING FIRM DEFENSE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: (in) aplicabilidade e afirmação no Brasil	18
3.1. In (aplicabilidade) na recuperação	18
3.2 Relação e correlação com o direito concorrencial brasileiro	20
3.3 Critérios para a aplicação do FFD no Brasil	22
3.4 Afirmação do FFD no campo jurídico brasileiro.....	23
CONCLUSÃO	25
REFERÊNCIAS.....	26

INTRODUÇÃO

A pesquisa que está incubada na grande área Direito Empresarial em diálogo com o Direito Constitucional e Econômico buscou alcançar uma resposta científica explicativa da aplicação do *Failing Firm Defense* como uma proteção dos ativos financeiros das empresas em processo de falência sem que prejudique a aplicação de outros dispositivos legais já firmados na legislação brasileira.

Aplicando o instituto de origem americana é trazer às recuperandas em processo de recuperação uma tentativa a mais de preservação a empresa. Recuperar e preservar a empresa é objetivo principal do Direito Recuperacional no Brasil ora positivado na Lei 11101 de 2005.

Nessa corrente, valendo-se da afirmação de um dispositivo a mais em prática no curso da recuperação dos empresários em crise, o objeto e sua análise se justificou, onde seus resultados são de extrema relevância para a academia e para os atores sociais envolvidos.

Nessa corrente, o trabalho de Conclusão de Curso analisou a aplicabilidade ou não do Instituto *Failing Firm Defense* no curso especial da Recuperação Judicial regulada pela Lei 11101/2005.

O estudo foi lançado a partir de uma problemática principal e alcançou um mapa jurídico, preenchido de legislação, doutrina e jurisprudência que afirma a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil.

A pesquisa e seu objeto estiveram imersas no Direito Empresarial Brasileiro, como grande ramo, e para atingir o campo recuperacional das empresas seguiu para um dos seus principais sub-ramos – o Direito Recuperacional, regulado e disciplinado por Lei Federal de nº 11101 aprovação em 2005 que recentemente foi alterada pela Lei, também Federal de nº 14112 no ano de 2020.

O trabalho de conclusão foi edificado por três capítulos. No primeiro foi apresentado um mapa contendo definição e conceito do Instituto do Failing Firm Defense. Narrar sua origem e descrever sua aplicabilidade. No segundo capítulo foi definido e conceituada a recuperação judicial e tão logo foi apresentada a regulação aplicável. Já no terceiro e último capítulo o trabalho analisou a aplicabilidade do Failing Firm Defense no curso de recuperações judiciais no Brasil.

Para lograr êxito foi aplicado o método interpretativo legislativo, doutrinário e jurisprudencial preenchido por uma abordagem dedutiva-qualitativa e por procedimentos bibliográfico e documental. Nessa corrente o trabalho em resultados afirma a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil como meio de recuperação aos empresários em crise.

CAPÍTULO I – FAILING FIRM DEFENSE

O presente capítulo trata detalhada a aplicação da *Failing Firm Defense* (FFD) (teoria da empresa insolvente), ela que é uma modalidade de recuperação empresarial aplicado nos Estados Unidos da América, na Europa, como também no Brasil.

No contexto é apresentado a origem, a definição, uma série de conceitos, o que projeta não só um axioma para a teoria, serve de instrumentalização para sua aplicabilidade.

1.1 Origem

A *Failing Firm Defense* (FFD) (teoria da empresa insolvente) é uma teoria relativamente nova, foi discutida pela primeira vez em meados de 1930 pela Suprema Corte dos Estados Unidos durante o julgamento do caso *International Shoes Co. versus FTC*, onde com base na análise da seção 7 da *Clayton Act* (segunda norma antitruste norte americana) analisaram a aquisição de mais da metade do capital social da *W. H. Mc Elwain Company pela Shoes Co* (HOVENKAMP, 2002).

No entanto, somente no ano de 1969 durante o julgamento do caso *Citizen Publishing Co. versus United States* que a FFD foi amplamente analisada e seus requisitos discutidos. Estabeleceram que os requisitos para aplicação da teoria seriam o risco iminente de falência; ausência de perspectiva de reestruturação e inexistência de outra alternativa de recuperação com efeitos anticompetitivos menores do que o *Failing Firm Defense* poderia oferecer (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016).

Na mesma linha pontua LIMA FILHO, Geraldo Alves de Lima Filho (2018, *online*) que

[...] a teoria da Failing Firm Defense (teoria da empresa insolvente) surgiu na década de 1930, nos Estados Unidos, no julgamento do caso *International Shoes Co. versus FTC*. A Suprema Corte Americana excepcionou a seção 7 do Clayton Act em virtude de a empresa se encontrar em crise. Nesse caso, pela primeira vez, foram aceitos argumentos relativos à análise diferenciada de uma empresa em crise. Com isso, a Suprema Corte considerou legítima a aquisição da maior parte do capital social da W. H. Mc Elwain Company pela *International Shoe Co*, com risco de efeitos anticoncorrenciais no mercado de fabricação de sapatos.

Completa LEÃO ARAUJO, Marina Souza Leão Araújo (2021, *online*)

[...] a crise da empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregaram capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional.

[...] é diante desse cenário que surge a teoria americana da failing firm defence, através da qual se argumenta que, em ocasiões específicas, a aprovação de uma operação problemática do ponto de vista concorrencial (ex: criar ou aumentar a posição dominante) não produz efeitos anticompetitivos.

As principais discussões acerca do tema se deram no período pós-guerra, onde o desenvolvimento industrial e tecnológico sofreu avanços significativos, a existência de Trustes passou a ser uma realidade no mercado financeiro e a discussão sobre o desequilíbrio econômico que tais atos de concentração causariam a economia tornou-se cada vez mais relevante (ALENCAR, 2016).

A teoria - *Failing Firm* surge como 'remédio' aos prejuízos causados ao mercado financeiro pelas normas Antitruste norte americanas, sejam elas a *Sherman Act* ou sua sucessora a *Clayton Act*, a referida teoria impede, através de atos de concentração, a perda de capital e posterior desequilíbrio no mercado financeiro causados pela perda de ativos de empresas em falência (HOVENKAMP, 2002).

O *Sherman Act* e o *Clayton Act* moldaram significativamente a política de defesa da concorrência norte-americana e contribuíram significativamente para o surgimento dessa nova modalidade de recuperação judicial (HOVENKAMP, 2002).

Tanto foi acentuada a política, que as críticas formuladas pela Escola de Chicago contribuíram para a relativização das normas perante os órgãos de controle norte-americanos, facilitando a mudança de entendimento da Suprema Corte e permitindo assim, o surgimento da *Failing Firm Defense* como uma proteção ao mercado financeiro.

1.2 Definição e conceitos

O aumento dos atos de concentração é um fenômeno resultante de um período de estabilidade econômica, no entanto a situação tende a agravar em períodos de desequilíbrio financeiro, onde um grande número de empresas passa a enfrentar dificuldades em cumprir seus compromissos financeiros, ingressando em um status de crise econômica.

Diante desta situação é comum que estas empresas declarem falência, fato que passa a permitir a análise da possível aplicação da *Failing Firm Defense*. O referido instituto nada mais é do que um modelo de 'recuperação judicial' das empresas em crise econômica.

Visa, de maneira direta, a aplicação de atos de concentração por meio de fusão e compra e venda de capital dessas empresas em crise por outras do mesmo ramo econômico. Possui por objetivo impedir a perda de ativos e um posterior desequilíbrio no mercado financeiro.

A *Failing Firm Defense* tem aplicação na promoção da livre concorrência, mais especificamente no controle de estruturas. Quando, em razão dos riscos à competição no mercado, uma operação econômica não teria sua aprovação recomendada, ou teria alguma restrição aplicada, os agentes econômicos tentam demonstrar que, naquele caso concreto, a situação de grave crise de alguma das empresas envolvidas, impõe análise do risco de saída dos ativos, bem como a

comparação dos cenários futuros com e sem a realização do ato, de maneira que a concentração, por não ser a causada deterioração da concorrência, possa ser admitida (ALENCAR, 2016).

Para Herbert Hovenkamp (2002) a *Failing Firm Defense* é uma defesa afirmativa, de modo que só se torna necessária, conforme disposto na seção 7 da *Clayton Act*, em casos de análise dos prejuízos que uma fusão empresarial acarretaria ao direito concorrencial do país.

Apesar do nome fazer uma referência direta a empresas em estado de falência, a aplicação da *failing firm* independe da existência de qualquer decreto de falência e, mais importante, não está atrelada sequer à verificação de qualquer processo falimentar instaurado contra o devedor.

Manoel Justino Bezerra Filho destaca que:

O empresário pode manter-se indefinidamente me situação de “falência de fato”, não passando desta para a situação de “falência de direito”, bastando, para tanto, que nenhum dos credores se interesse por pedir falência. Aliás, trata-se de situação bastante comum, sendo grande o número de empresários que, simplesmente, “fecham as portas” com dívidas e mesmo assim, sua falência nunca vem a ser requerida (2013, p. 47).

Neste sentido, passa a ser um possível beneficiário do instituto aquela empresa que ainda não possua decretação de falência, mas que apresente características necessárias a caracterização de crise empresarial, onde destacasse a aplicabilidade dos requisitos exigidos para a aplicação da FFD.

1.3 Aplicabilidade nos EUA e na Europa

A teoria da empresa insolvente surgiu pela primeira vez e aplicada foi em território americano (Estados Unidos da América). Sobre pontua Geraldo Alves de Lima Filho (2018, *online*)

[...] nos Estados Unidos, o Horizontal Merger Guidelines de 2010 estabelece como requisitos para aplicação da teoria os seguintes requisitos: impossibilidade de cumprimento das obrigações financeiras em um futuro próximo, incapacidade de reorganização e demonstração de esforços no sentido de buscar alternativas com menores efeitos anticompetitivos⁴. Acrescente-se que essa teoria tem

sido fundamental para viabilizar juridicamente atos de concentração de empresas em crise, como ocorreu nos casos de *Granader v. Public Bank*⁵, *United States v. M.P.M Inc.*⁶ e *FTC v. Great Lakes Chemical* [...]

Completa Everton das Neves Gonçalves (2019, *online*)

[...] nos EUA, com os prejuízos sofridos pelos consumidores finais, produtores rurais, trabalhadores e pequenos empresários, esses se revoltaram contra o poder concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos, liderados pelos trustes, e, então, passaram a pressionar o Congresso Norte Americano para que aprovasse iniciativa do senador Sherman. A legislação que ganhou a denominação oriunda do propositos, Sherman Act², foi promulgada em 1890, é considerado —o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la [...]

Já na Europa, a teoria foi aplicada inicialmente no Reino Unido. Geraldo Alves de Lima Filho (2018, *online*) narra

[...] no que tange à União Europeia, a teoria da failing firm, naquele continente, também denominada de rescue merger, encontra previsão no Guia de Concentrações Horizontais de 2004, com requisitos muito semelhantes aos consagrados na legislação norte-americana, como impossibilidade de honrar com as obrigações financeiras, inexistência de alternativa que não represente prejuízo ao ambiente concorrencial e a provável saída dos ativos do mercado na hipótese de negativa da operação.

A primeira aplicação da failing firm na Europa se deu em 1993 no caso *Kali & Salz*, em que a *Kali & Salz* (subsidiária da *BASF*) alcançou o monopólio no mercado de carbonato de potássio em decorrência da aquisição da *MdK*. A operação foi autorizada por força do preenchimento dos pressupostos da FFD, já que a ausência do ato de concentração implicaria na falência da *MdK*. Nos últimos anos essa teoria tem sido de grande relevância para evitar o agravamento de crises empresariais no bojo de um ambiente de evidente dificuldade das economias nacionais, tal como nos casos da aquisição da *Vatan Newspapers* pelo *Dogan Group*, em 2008, na Turquia, e na aquisição das lojas *Zavvi* pela *HMV*, em 2009, no Reino Unido [...]

Sobre dispõe Geraldo Alves de Lima Filho (2017, *online*)

A primeira aplicação da failing firm na Europa se deu em 1993 no caso *Kali & Salz*, em que a *Kali & Salz* (subsidiária da *BASF*) alcançou o monopólio no mercado de carbonato de potássio em decorrência da aquisição da *MdK*. A operação foi autorizada por força do preenchimento dos pressupostos da FFD, já que a ausência do ato de concentração implicaria na falência da *MdK*. Nos últimos anos essa teoria tem sido de grande relevância para evitar o agravamento de crises empresariais no bojo de um ambiente de evidente dificuldade das economias nacionais, tal como nos casos da aquisição da *Vatan Newspapers* pelo *Dogan Group*, em 2008, na Turquia, e na aquisição das lojas *Zavvi* pela *HMV*, em 2009, no Reino Unido [...]

1.4 Aplicabilidade no Brasil

No Brasil a teoria da empresa insolvente foi aplicada após ter sido ela aplicada nos Estados Unidos da América e na Europa, isso a partir do ano de 2016. Everton das Neves Gonçalves (2019) escreve que o surgimento e aplicação da teoria no campo jurídico brasileiro se deu pelos julgados do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) o que de fato reconheceu dela, que é reflexo de um sistema recuperacional internacional (Estados Unidos da América. Europa).

A aplicação da teoria no campo brasileiro dá graças à atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que de forma inaugural se valeu dos fundamentos consagrados na experiência norte-americana para aplicar os fundamentos daquela construção teórica. Sobre Geraldo Alves de Lima Filho (2018, *online*)

A esse respeito faz-se mister salientar que o art. 88, § 5º da Lei nº 12.529/2011 proíbe a realização de atos de concentração que provoquem eliminação da concorrência em parcela significativa de mercado relevante, criem ou reforcem posição dominante ou impliquem na dominação de mercado relevante. Não obstante, o § 6º autoriza a exceção a essas situações dentro dos limites estritamente necessários, desde que os consumidores recebam parte relevante dos benefícios decorrentes de uma das seguintes hipóteses: aumento de produtividade ou competitividade; melhoria de qualidade de bens ou serviços; ou melhoria de eficiência, bem como desenvolvimento tecnológico ou econômico. Destarte, a teoria da empresa insolvente pode ser aplicada no Brasil desde que se enquadre em alguma dessas hipóteses.

Acrescente-se, outrossim, que, além da Resolução nº 2 de 29 de maio de 2012, do CADE, que cuida da notificação e do procedimento sumário dos Atos de Concentração, a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, prevê o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. De acordo com esse manual detalhado, há cinco etapas para o exame da conveniência de uma junção de duas empresas: 1) definição do mercado relevante; 2) determinação da parcela de mercado detida pelas empresas requerentes; 3) verificação da probabilidade do exercício de poder de mercado; 4) exame das eficiências econômicas geradas; 5) avaliação da relação dos custos e benefícios, com elaboração do parecer final.

Na mesma linha de raciocínio pontua Marina Souza Leão Araujo (2021, *online*)

[...] a teoria da failing firm defence tem sido pouco abordada, na prática, pelo CADE, o que dificulta a construção de um entendimento sistematizado a respeito da FFD tanto na doutrina quanto na

jurisprudência. Nesse sentido, vale destacar que a FFD apenas foi expressamente aplicada no julgamento de poucos atos de concentração e a sua aplicação sempre ocorreu de forma associada com outros critérios de análise econômica favoráveis à aprovação do ato [...] Isso ocorreu, por exemplo, no julgamento do Ato de Concentração de nº 08012.014340/2007-7551, de relatoria do Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos, julgado em 07 de janeiro de 2008, em que a Votorantim Metais Zinco S/A visava a aquisição dos direitos minerários da Massa Falida de Mineração Areiense S/A. A aprovação do Ato se deu com respaldo nos critérios de análise econômica e argumentos levantados pela FFD, uma vez que foram observados poucos efeitos nocivos à concorrência e foi constatado que a empresa falida havia efetivamente buscado uma alternativa menos anticompetitiva mediante a realização de leilão judicial. No caso, o CADE concluiu que a aprovação da operação representava baixa barreira à entrada e aumento da rivalidade no setor.

A teoria em campo brasileiro não foi aplicabilidade a partir de uma legislação específica seja ela a Lei 12.529/2011 e/ou a Lei 11.101/2005. A FFD foi aplicada a partir de precedentes (julgados de procedimento administrativos) do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Em confirmação, aduz Everton das Neves Gonçalves (2019) que no Brasil, não se pode afirmar que existe um entendimento único e sistematizado a respeito da aplicabilidade da teoria no Brasil, ela é fruto do CADE, assim da doutrina que alcança os tribunais e se faz jurisprudencial, isso no curso da recuperação judicial das empresas em situação de crise econômica, financeira e patrimonial. Este assunto será estudado e apresentado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – RECUPERAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL

O presente capítulo traz consigo a trajetória da Recuperação Judicial no Brasil de modo a demonstrar sua origem histórica e legal, memorando os institutos da quebra que surgiu com o código comercial de 1850 e o instituto da concordata previsto no Decreto-Lei nº 7.661/45.

Tratará de forma especial da preservação da empresa com o advento da constituição federal de 1988, com foco na figura da recuperanda, de modo a atingir o objetivo principal do capítulo que é a Recuperação Judicial no Brasil a qual possui Legislação própria, sendo as Leis nº11.101/05 e nº 14.112/2020.

2.1 Historicidade

Historicamente o direito comercial no Brasil teve início com o Brasil colônia, com a chegada da família real ao país, fato que ocasionou a abertura dos portos para as nações próximas a coroa, resultando da abertura da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação.

Com a declaração da independência em 1822 iniciou-se um movimento para a criação do primeiro Código Comercial, o qual foi promulgado somente em 1850 através da Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. O código comercial surgiu justamente com a ideia de independência que circundava o país no período, onde enxergou-se a necessidade de criar uma lei própria a fim de substituir as legislações estrangeiras que disciplinava o comercio brasileiro.

Em 1945 surge no âmbito do Direito Comercial Brasileiro o Decreto-Lei nº 7.661/45 que trouxe consigo a figura da Concordata, que nada mais era do que uma “Forma de compor os interesses entre os credores e devedores e se evitar a decretação da falência. Sua previsão era decorrente da necessidade de criar alternativas para que o empresário em crise econômico-financeira, reversível, pudesse se reestruturar” (SACRAMONE, 2022).

A concordata se dividia em duas espécies distintas, qual seja a concordata preventiva e a concordata suspensiva, em ambas as formas a concessão dependia da vontade dos credores e eram concedidas por sentença judicial desde que fossem preenchidos os requisitos legais.

Na modalidade preventiva, desde que agindo de boa-fé, o comerciante poderia obter judicialmente remissão de valores ou prazo para o pagamento de seus credores, o seu pedido deveria ser feito até a citação do devedor no procedimento falimentar, impedindo o andamento do processo e sua posterior execução coletiva falimentar.

Possuía por requisitos legais para a sua concessão a exigibilidade de ser comerciante, não haver pedido de declaração de falência, deveria exercer regularmente comércio há mais de dois anos, possuir ativo cujo valor corresponde a mais de 50% de seu passivo quirografário e não possuir falência ou título protestado por falta de pagamento.

A suspensiva consistia na retomada das atividades pelo comerciante mesmo que este já tivesse sua falência decretada. Após a quebra, mas antes da liquidação dos ativos, o comerciante poderia pretender suspender a execução coletiva e reerguer a empresa. Nessa modalidade de concordata o devedor não poderá ter denúncia ou queixa recebida contra si ou diretores ou administradores da sociedade falida (SACRAMONE, 2022).

De antemão os credores poderiam opor embargos à concordata no prazo de cinco dias contados da data de publicação do aviso de impetração da concordata

ou do edital de ciência da mesma, cabendo a estes alegarem tão somente que a concordata lhe traria mais prejuízo do que a liquidação da falência.

Apesar de ser um instituto que visava a recuperação do empresário que se encontrava em crise, a concordata possuía uma estrutura muito engessada de modo que não permitia a adequação a realidade da atividade exercida pelo empresário fato que fez com que esse instituto se se torna inviável e perdesse força.

A restrição dos meios de reestruturação, sua limitação aos créditos quirografários e a independência de sua concessão em relação à viabilidade econômica da atividade não permitiram que o instituto desempenhasse sua função de efetivamente permitir a superação da crise econômico-financeira pelo empresário (SACRAMONE, 2022).

2.2 Legalidade

A recuperação judicial é um instituto jurídico de caráter personalíssimo, fato que significa que somente pode ser proposto pelo empresário. Neste sentido, a recuperação judicial é instituto, medida e procedimento que se defere apenas em favor de empresas, ou seja, que somente pode ser requerida por empresários ou sociedades empresárias (MAMEDE, 2021).

O pedido de recuperação judicial só é possível quando se tenha uma empresa regularmente constituída. Não é juridicamente possível o pedido de recuperação judicial de atividades negociais conduzidas e titularizadas por trabalhador autônomo ou sociedade simples, incluindo a sociedade cooperativa (MAMEDE, 2021).

Para a proposição de um pedido de recuperação judicial o Empresário ou Sociedade Empresária deve seguir alguns requisitos que estão dispostos na Lei nº 11.101/2005, quais sejam: não ser falido e, se faliu, que estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades decorrentes da falência.

Por conseguinte, não pode ter obtido concessão de recuperação judicial em um prazo menor que cinco anos e no mesmo prazo não ter obtido a concessão de

recuperação judicial do plano especial desenvolvido para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e por fim não ter sido condenado e nem ter como administrador ou sócio administrador, pessoa condenada por crimes falimentares.

Por outro lado, os fatos impeditivos da concessão da recuperação judicial são três, de modo que não é possível conceder o instituto à empresa que não possua dois anos de exercício empresarial; ao empresário que já esteja falido e quando não tenha ocorrido o lapso do prazo que deve mediar a concessão de uma recuperação ou o pedido de uma.

Acerca da exigência de dois anos de atividade empresarial, o doutrinador Gadston Mamede (2021) disciplina que o intuito é evitar que a medida extraordinária da recuperação judicial seja banalizada, atendendo ao insucesso de empresas que, já em seu nascedouro, mostram-se inviáveis ou pouco viáveis, chegando a crise financeira num par de anos.

Observa-se que no texto da legislação falimentar em momento algum o legislador exige o registro perante a junta por mais de dois anos, mas sim o exercício regular da atividade, de modo que o requisito, portanto não é atendido pelo tempo de registro, mas pelo tempo de efetivo exercício da empresa, aferido nas escriturações e demonstrações contábeis presentes no livro diário.

A Lei nº 11.101/2005 determina 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 econômica (SACRAMONE, 2022).

A Lei de falências possui não só o intuito de preservar o exercício da empresa, como também de trazer celeridade a liquidação dos bens na falência e assim garantir o direito dos credores. A preocupação da Lei 11.101/2005 em garantir a preservação da empresa e dos interesses dos credores é tão explícita que permite a alienação do estabelecimento empresarial sem que haja sucessão de obrigações trabalhistas e tributárias.

A referida lei alterou também a prioridade dos créditos na falência, de modo que os créditos com garantia real foram priorizados em detrimento dos créditos fiscais. Sob o argumento de que a recuperação dependia de financiamento bancário e que este deveria ser concedido com menores juros, a prioridade dos créditos com garantias reais, cuja maioria advém dos bancos, era sustentada como modo de reduzir os riscos do financiamento e, como consequência, como meio de reduzir os juros para permitir o desenvolvimento da atividade empresarial (SACRAMONE, 2022).

Na recuperação judicial o privilégio dos créditos bancários foi assegurado com a exclusão de sua submissão à recuperação quando garantidos pela transferência de propriedade fiduciária, principalmente, às instituições financeiras. Os créditos com direitos reais de garantia, como hipoteca, o penhor e a anticrese, figuram em classe própria na recuperação. (SACRAMONE, 2022).

2.3 Meios de Recuperação

Os meios de recuperação se dividem em dois, sendo o judicial e o extrajudicial. Quanto a recuperação judicial, esta deverá ser instruída por uma petição inicial que deverá seguir os moldes do artigo 319 do Código de Processo Civil, devendo ser dirigida ao juízo do principal estabelecimento do devedor, devendo conter na qualificação o nome dos empresários que desejam pleitear a ação de recuperação Judicial.

A peça inicial deverá ser acompanhada das causas concretas da situação patrimonial da recuperanda e das razões da crise econômico-financeira, ademais deverá conter as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais, tal como das levantadas para instruir o pedido de recuperação.

As demonstrações contábeis devem ser realizadas observando a legislação societária e devem ser compostas especialmente do balanço patrimonial, demonstração do resultado desde o último exercício social; relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção e da descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito.

No corpo do pedido deverão ser expostas as causas que geraram a insolvência ou a falta de liquidez temporária do empresário, as causas podem ser decorrentes de eventos externos e alheios a ação do empresário, como por exemplo a retração da economia, a suspensão de pedidos dos principais adquirentes, a mudança do mercado, deverá ser exposto de forma clara todos os eventos que levaram a empresa a atual situação de insolvência.

Quanto as demonstrações contábeis, estas permitirão aos credores identificar as causas da crise econômico-financeira que acomete o devedor, bem como as demonstrações levantadas desde o último exercício permitirão analisar se a atividade econômica do devedor continua viável (SACRAMONE, 2022).

No caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a documentação contábil poderá ter sua apresentação facilitada, pois poderão se beneficiar de uma escrituração contábil simplificada, bem como poderão ser liberados da escrituração dos livros obrigatórios, exceto do livro caixa, não poderá ser exigido dessas empresas o mesmo rigor da escrituração contábil dos empresários que possuem um maior faturamento.

O devedor deverá apresentar, ainda, a relação dos credores em seu pedido inicial. Devem ser incluídos na relação todos os créditos existentes por ocasião do pedido de recuperação judicial, vencidos ou vincendos, e que se submeterão ao plano de recuperação judicial (SACRAMONE, 2022).

A Lei de falências exigiu a apresentação da relação integral dos empregados. Devendo conter as funções de cada um dos colaboradores, seus salários, indenizações e outros valores ou encargos a que têm direito, indicando inclusive, os valores que estão pendentes e que são devidos.

A exibição da relação dos empregados é justificada para permitir aos credores avaliarem o custo operacional da empresa em recuperação judicial, a necessidade de readequação de suas operações e a repercussão social que eventuais medidas necessárias poderiam produzir em relação aos empregados. Os montantes pendentes de pagamento, por seu turno, indicariam a gravidade do

endividamento do empresário, notadamente diante da limitação temporal para que, mesmo na recuperação judicial, essas dívidas fossem satisfeitas (SACRAMONE, 2022).

O Empresário deverá estar em situação regular, situação está que poderá ser demonstrada através de Certidão Simplificada emitida pela Junta Comercial do Estado e do contrato de constituição e posteriores alterações caso existam. Ademais, a Lei 11.101/2005 exige que sejam apresentados os bens particulares dos sócios e administradores e essa exigência existe independente da responsabilidade ser ilimitada ou limitada pelas dívidas sociais.

Para esses casos o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que os documentos deverão ser tratados como sigilosos a fim de preservar a intimidade e proteger os dados dos empresários e administradores, de modo que o seu acesso deverá ser limitado tão somente ao administrador judicial, membro do Ministério Público e eventual credor que justifique seu interesse jurídico em aferir a informação.

Ainda no âmbito recuperacional o Decreto Lei 7.661/45 já revogado previa a possibilidade de composições, espécies de acordos, entre o devedor e seus credores, tais acordos eram inclusive considerados atos falimentares. A Lei de Recuperação e Falência não considera a composição entre devedor e credor, de forma extrajudicial, um ato falimentar.

Por meio de acordo individuais com alguns ou todos os credores, que vincularão os contratantes nos termos acordados pelo princípio da pacta sunt servanda e independentemente de qualquer homologação judicial, a atividade empresarial do devedor poderia ser reestruturada (SACRAMONE, 2022).

A recuperação extrajudicial é justamente a composição privada celebrada entre o devedor e uma parte ou totalidade dos credores de uma ou mais classes ou grupos, a qual é condicionada à homologação judicial e que permite a produção de seus efeitos em relação a todos os credores aderentes ou, desde que preenchidos os

requisitos legais, a vinculação da minoria dissidente às condições contratuais anuídas com a maioria dos credores (SACRAMONE, 2022).

O termo extrajudicial é utilizado tão somente para separar esse procedimento do procedimento da recuperação judicial, de modo que o acordo entre o credor e devedor é realizado de forma privada e somente seus termos são apresentados ao juízo para passarem por homologação judicial.

CAPÍTULO III – *FAILING FIRM DEFENSE* NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: (in) aplicabilidade e afirmação no Brasil

O presente capítulo analisa e procura trazer uma afirmação jurídica para a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil, de modo a demonstrar a sua efetividade e análise de riscos diante do direito concorrencial brasileiro.

De modo que compatibiliza a aplicação nas ações de recuperação judicial no Brasil e traz a luz de conhecimento a não necessidade de decretação de falência, bastando tão somente a demonstração de crise econômico-financeira para corroborar com o pedido de aplicação do referido instituto perante o CADE.

Ademais, de modo contíguo a análise de riscos, este capítulo traz consigo os critérios de aplicabilidade e a afirmação do *Failing Firm Defense* no âmbito do campo jurídico brasileiro, e a sua utilização, até então cautelosa, como forma de ampara a empresa em crise, evitando assim a posterior decretação de falência e a perda de ativos no campo econômico.

3.1 In (aplicabilidade) na recuperação

Tratar a aplicabilidade do *Failing Firm Defense* no curso de recuperações judiciais no Brasil é um trabalho árduo uma vez que não há previsibilidade legal, ou seja, não há previsão de uma regra, que esteja inscrita na Lei de Recuperação e de Falência (Lei 11.101/2005 – LRF) e/ou na Lei 12.529 de 2011 (CADE).

Frente a ausência legislativa, onde não se vê um artigo/regra entregue ao instituto, *Failing Firm Defense*, no curso de recuperações judiciais, ele se faz produto de ativismos judiciais e/ou administrativos, neste caso sendo resultado provindo de

processos administrativos deliberados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, quando da decisão inscrita nos processos de incorporação societária. Isto importa dizer que, se aplica a partir de entendimento jurisprudencial.

Nessa corrente, para sua afirmação o presente trabalho se ocupa de discutir a sua aplicabilidade no campo recuperacional brasileiro, de modo a enxergar um novo espectro da recuperação judicial, quiçá na sua modalidade mais econômica e viável ao Estado e ao empresário em crise.

Outrossim, insta salientar não necessariamente uma empresa precisa ter a sua falência declarada para que o instituto do Failing Firm Defense seja aplicado, bastando tão somente a demonstração de crise financeira a qual pode ser comprovada por meio de balancetes e análises de eficiência das atividades exercidas pela empresa.

Neste interim, faz-se necessária a diferenciação de situação financeira de situação econômica, observa-se que situação financeira se relaciona diretamente com a capacidade da pessoa jurídica de ser adimplente com suas obrigações, quais sejam o pagamento de suas dívidas, credores e fornecedores.

Quanto a situação econômica relaciona-se com a sua evolução patrimonial, observa-se neste caso o crescimento do patrimônio líquido da Empresa. Manoel Justino Bezerra Filho considera que uma empresa só se encontra verdadeiramente em crise quando apresenta tanto uma péssima situação financeira quanto econômica.

A falência destina-se ao empresário ou à sociedade empresária, que a lei chama de devedor, em estado de crise econômico-financeira. Ou seja, o devedor está em crise financeira porque não tem dinheiro suficiente para pagar as dívidas que estão vencidas. Em tal situação de crise financeira, terá título seu levado a protesto, protesto que será efetivado ante a ausência de dinheiro para pagamento da dívida já vencida e que está sendo exigida. No entanto, além da crise financeira, está também em situação de crise econômica insolúvel, ou seja, o giro de seu negócio não é suficiente para possa atender a todas as obrigações que estão vencidas ou estão para vencer, e não está também em condições de reverter tal situação (BEZERRA FILHO, 2013, p.191).

O ponto de vista acima relatado traz consigo a interpretação de que na verdade o instituto ora discutido nada mais é do que um meio pelo qual pode-se evitar a decretação da falência. No entanto a existência da situação recuperacional também não é um impedimento a aplicação do FFD.

Neste interim, Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Junior preceitua que:

Por esses motivos, no intuito de afastar a correlação direta e equivocada entre a teoria da *failing firm* e a decretação de falência, prefere-se traduzir a expressão *failing firm* para “empresa em crise”. Esta expressão, além de eliminar os problemas já mencionados, possibilita também a conclusão óbvia de que, caso a crise perdure, poderá ser decretada a falência do empresário (ou da sociedade empresária). A decretação da falência é uma hipótese a ser analisada, mas não é condição necessária à aplicação da defesa. (OLIVEIRA JUNIOR, 2016, p. 98)

3.2 Relação e correlação com o Direito Concorrencial Brasileiro

Com relação ao direito concorrencial brasileiro, vislumbra-se a receptibilidade nas normas brasileiras de proteção da concorrência em relação ao *failing firm*. No Brasil, é notória a sua aplicação em casos excepcionais como demonstrado anteriormente, onde o CADE por meio de interpretação de experiências norte-americanas analisa os atos de concentração horizontal e aplicabilidade do referido instituto.

Ocorre que para a sua aplicação faz-se necessária a análise de seus benefícios e riscos perante o direito concorrencial, observa-se que apesar dos já demonstrados benefícios, o FFD traz consigo, como todos os outros institutos já analisados no âmbito jurisdicional brasileiro, os seus riscos.

Ao avaliar a construção de um cenário prejudicial para economia que uma empresa em crise pode trazer, uma vez que esta situação poderá acarretar uma onda de desempregos, uma quebra no giro econômico do país, com conseqüente diminuição de investimentos e poder de compra dos indivíduos.

Com os riscos apontados, poderá ocorrer uma instabilidade no direito concorrencial, o qual sofrerá alterações significativas, caso aquela empresa em dificuldades financeiras, decreta falência e posteriormente “feche” as portas. Neste interim, observa-se que o FFD nada mais faz do que uma reparação, onde ao contribuir com a preservação da empresa fornece o equilíbrio e a proteção da livre concorrência.

Tratando diretamente dos atos de concentração, faz-se necessária a reflexão trazida por Gerardo Alves de Lima Filho (2017, *online*):

A saída dos ativos do mercado por si só representa ineficiência econômica. Desse modo, a análise do ato de concentração deve ponderar se esse efeito negativo supera ou não o prejuízo que advirá à concorrência na aquisição por um agente detentor de parcela substancial do mercado relevante.

Destarte, o exposto acima nada mais demonstra do que análise de riscos anteriormente demonstrada, de modo que traz a luz da reflexão fática a comparação de riscos e benefícios da aplicação do *Failing Firm Defense* quando colocado diante dos critérios já definidos de proteção da concorrência.

Noutro ponto, observa-se apesar de ser aparentemente vantajoso, o referido instituto, objeto deste trabalho, possui uma gama de riscos reais que não devem ser ignorados. Os atos de concentração podem ocasionar um prejuízo direito aos consumidores, por haver a possibilidade de um aumento no preço dos produtos e a redução da quantidade disponível para consumo no mercado.

Neste sentido, Gerardo Alves de Lima Filho (2017, *online*):

A *Failing Company Defense* também apresenta riscos que não podem ser desconsiderados. Inicialmente, não se pode menosprezar a constituição de poder de mercado para um determinado agente de forma permanente. O prejuízo à concorrência pode implicar efeitos nefastos para os consumidores. Não seria despiciendo lembrar a possibilidade de essa empresa elevar preços ou reduzir a quantidade de produtos ofertada aumentando seus lucros em detrimento do consumidor por tempo razoável.

Por conseguinte, apesar da discussão acima apontada, a aplicação do instituto em casos específicos e cautelosamente analisados pelo CADE traz consigo benefícios para a manutenção do mercado financeiro e do direito de concorrência,

posto isto, quando a sua aplicação não implicar em prejuízos reais a concorrência no Brasil.

Observa-se ainda que as normas da Lei de Concorrência brasileira são analisadas não somente no tema em comento, tal como aplicam-se em casos de procedimento de falência no país, de modo que estabelece inclusive as formas pelas quais se darão a alienação dos bens empresariais e dos ativos das empresas.

Por fim, insta salientar que quando se trata da alienação de ativos das empresas que se encontram em falência, no momento em que do leilão figurarem ato de concentração, o procedimento buscará o preenchimento dos requisitos do FFD, isso ocorre para evitar a tão temida e já citada de ativos das empresas em comento.

3.3 Critérios para a aplicação da FFD no Brasil

O *failing firm*, como já demonstrado anteriormente, apresenta uma composição estrutural que permite a sua aplicação sem que haja a exoneração dos preceitos contidos no direito concorrencial brasileiro, e apesar de não possuir uma previsão legal e de sua aplicabilidade ser condicionada a interpretações de normas infra legais, o FFD é bem recepcionado pelas normas do país.

Por se tratar de uma teoria alheia ao sistema jurídico brasileiro e suas normas, a análise de seus requisitos deve ser feita através do arcabouço legal dos Estados Unidos da América, especificamente dos que estão expostos no Guia de Concentrações Horizontais dos Estados Unidos, tal hermenêutica vem sendo utilizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que avalia tais critérios para julgar os poucos casos envolvendo o *failing company defense*.

Com relação aos seus critérios de aplicação são deduzidos em dois iniciais, quais sejam a impossibilidade de cumprimento das obrigações financeiras em um futuro próximo e a incapacidade de reorganização nos termos da legislação falimentar, no sentido de demonstrar tentativas habitas a buscar a aplicação de meios de recuperação que possuam menores efeitos anticompetitivos.

Com relação ao primeiro requisito, analisa-se inicialmente a possibilidade de obtenção de novas receitas ou o aumento do fluxo de caixa, caso comprove a impossibilidade ficará demonstrada a crise econômico-financeira fato gerador da aplicação do *Failing Firm Defense*.

No mesmo raciocínio, Gerardo Alves de Lima Filho (2017, *online*):

O primeiro pressuposto evidencia a necessidade de se tratar uma crise de insolvência grave e cabalmente demonstrada. Meras elucubrações acerca do futuro do empreendimento não são idôneas para ensejar a aplicação do FFD. Do mesmo modo não configuram a impossibilidade de pagamento o mero declínio nas vendas ou balanço negativo, inevitavelmente, a análise deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto. No entanto, é possível a enumeração de aspectos relevantes para a aferição do requisito. Como exemplo, a jurisprudência norte-americana examina diversos fatores como caracterizadores da grave crise, a saber: possibilidade de obtenção de novas receitas, fluxo de caixa, produtividade, origem da crise, entre outros.

De outro modo, o segundo critério alude a impossibilidade de reorganização da empresa conforme os parâmetros da lei falimentar. Tecnicamente, se demonstrada a possibilidade de composição entre o empresário e seus credores descarta-se diretamente qualquer possibilidade de aplicação do instituto.

Por fim, há um terceiro requisito, o qual determina que o empresário/empresa demonstre efetivamente que buscou outros meios, que sejam menos prejudiciais ao direito concorrencial, para evitar e sair do cenário de crise no qual se encontra.

Como tratado anteriormente, o CADE se vale dos requisitos acima retratados para analisar e julgar os raros casos envolvendo a teoria do *Failing Firm Defense* no Brasil, fato que vem corroborando para a construção jurisprudencial do órgão acerca do instituto.

3.4 Afirmação do FFD no campo jurídico brasileiro

Conforme explicitado durante o todo o trabalho o *Failing Firm Defense* é uma teoria que não possui consolidação ou respaldo legal na legislação brasileira e

que toda a sua aplicação é dada por meio da análise de casos externos ao Brasil e da jurisprudência inicialmente formada pelo CADE.

Ocorre que a discussão do tema no Brasil ainda é muito crua, de modo que não “ainda” não é possível tratar de uma afirmação do FFD no campo jurídico brasileiro, o que se permite apenas a título de apresentação demonstrar as particularidades da teoria e sua aceitabilidade diante do sistema normativo brasileiro.

Ademais, apesar de prematuro, o referido instituto aparenta-se promissor diante das situações excepcionais tratadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que quando trazidos a luz da experimentação teórica e prática demonstram a funcionalidade e a receptibilidade da teoria da empresa em crise perante o âmago jurídico brasileiro.

No que concerne ao sistema jurídico brasileiro, faz jus trazer à presente discussão o fato de que o mesmo já tolera e inclui na legislação falimentar, por exemplo, a possibilidade de realização de atos de concentração horizontais, como é o caso da fusão.

Com relação ao instituto, objeto do presente trabalho, a sua aplicação se deu por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que através de uma análise detalhada de riscos e se valendo de fundamentos já consagrados na experiência dos Estados Unidos da América, aplicou os fundamentos e construiu o as bases da afirmação do FFD no Campo Jurídico do Brasil.

CONCLUSÃO

O presente trabalho cuidou de detalhar a aplicação do *Failing Firm Defense* como uma possível modalidade de recuperação empresarial, demonstrando a sua origem e aplicabilidade nos EUA e nos países europeus e a analogia utilizada para demonstrar a sua integração no Brasil.

Ademais, a experimentação cuidou de trazer um resgate histórico da Recuperação Judicial no Brasil, a fim de demonstrar sua origem histórico-legislativa, no que concerne a discussão acerca da evolução dos institutos da quebra instituído pelo Código Comercial de 1850, da concordata previsto no já revogado Decreto-Lei nº 7.661/45 e por fim da recuperação judicial que possui Lei própria, qual sejam as Leis nº 11.101/05 e nº 14.112/2020.

Outrossim, enfatizou a afirmação jurídica do instituto de modo a demonstrar a sua aplicabilidade nas recuperações judiciais do país, demonstrando ainda que o *Failing Firm* poderá funcionar inclusive como uma prevenção a possíveis processos de recuperação, uma vez que não há a necessidade concreta da decretação da falência para que se torne viável a aplicação da FFD.

Por conseguinte, fora realizada uma análise de riscos e benefícios, que de modo contíguo aos critérios de aplicabilidade, cuidou de demonstrar a afirmação ainda prematura do instituto no campo jurídico brasileiro, afirmação está que ainda ocorre pela analogia de casos advindos de outros países, que corrobora para a formação jurisprudencial do CADE acerca dessa nova espécie de ato de concentração.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marina Souza Leão. O antitruste em tempos de crise e a aplicação da teoria da Failing Firm Defence. **Âmbito Jurídico**, 01/02/2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-comercial/o-antitruste-em-tempos-de-crise-e-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defence/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA *FAILING FIRM DEFENSE* NO BRASIL. **Percurso - ANAIS DO VIII CONBRADEC** vol.02, nº.29, Curitiba, 2019. pp. 1-27 (Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania). Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/3486-371374191-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

HOVENKAMP, Herbert. *The reckoning of post-Chicago antitrust*. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; DEN BERGH, Roger Van. **Post-Chicago delompments in antitrust Law**. Estados Unidos: Edward Elgar, 2002, pp. 01 -33.

LIMA FILHO, Geraldo Alves de. **A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da Failing Firm Defense no Direito Concorrencial Brasileiro**. 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2017/a-juridicidade-e-os-parametros-para-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defense-no-direito-concorrencial-brasileiro-gerardo-alves-de-lima-filho>. Acesso em 12 dez 2021.

LIMA FILHO, Geraldo Alves de. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da *Failing Firm Defense* no Direito Concorrencial Brasileiro. 2017. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 2, pp. 409-430, Mai.-Ago. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/142-935-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/142-935-1-PB%20(1).pdf). Acesso em 12 dez 2021.

LEÃO ARAUJO, Marina Souza. O antitruste em tempos de crise e a aplicação da teoria da *Failing Firm Defence*. **Revista 205, Direito Comercial, 2021**. Disponível

em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-comercial/o-antitruste-em-tempos-de- crise-e-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defence/>. Acesso em: 16 dez 2021. OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A Teoria da Failing Firm e sua Aplicação no Brasil**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. O estudo da failing firm defense, a partir da lei de falências, nos atos de concentração submetidos ao Cade: a aplicação do princípio da preservação da empresa no controle de estruturas. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19, pp. 137-159, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. **A empresa em crise e o direito da concorrência**: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência. 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/16424>. Acesso em: 20 de junho de 2022.