

EMPRESAS EM ESTADO DE CRISE: ASPECTOS RELEVANTES À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

*BUSINESS IN THE STATE OF CRISIS: ISSUES RELEVANT TO THE LIGHT
OF ECONOMIC LAW*

Adriana Marengo Dumans e Mello¹

Carolina Fichmann²

SUMÁRIO: Introdução - Empresa Em Crise: Nítida Relação Entre O Direito e a Economia. 1. Influências no Mercado Conferidas pela Lei 11.101/2005. 2. A Lei 11.101/2005 e o papel do Poder Judiciário. 3. Recuperação Judicial e Direito À Concorrência. Considerações Finais. Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

A atual forma de atuação do Estado na regulação da atividade econômica privada, em contraponto ao antigo modelo liberal abstencionista, reflete valores histórico-sociais reconhecidos como fundamentais na pauta regulatória, legislativa e jurisdicional do país. O Direito Econômico presta-se, nesse sentido, a desenvolver o regime jurídico do mercado, estabelecendo regras para esta atuação. Desta forma, estão abrangidos, ainda de forma mais intensa, os casos de empresas em estado de insolvência, no tocante ao papel do Estado no domínio econômico, de forma a resguardar os valores constitucionais estatuídos para a ordem econômica, dentre eles, e principalmente, a função social da empresa. O que se pretende desenvolver no presente artigo é exatamente esta atuação, relacionando as variáveis envolvidas no processo de recuperação judicial de empresas com o direito à livre concorrência, como seu limitador.

Palavras-chave: Ordem Econômica Constitucional; Direito Econômico; Regime Jurídico do Mercado; Intervenção do Estado na Economia; Empresa em Crise; Recuperação Judicial de Empresas; Falência; Livre Concorrência.

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Assistente Jurídico no Tribunal de Justiça de São Paulo.

² Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogada em São Paulo.

ABSTRACT

The current form of state action in the regulation of private economic activity, in contrast to the old temperance liberal model reflects recognized as fundamental historical and social values in the regulatory, legislative and judicial agenda of the country. The Economic Law lends itself, accordingly, to develop the legal framework for the market, establishing rules for this action. Thus, they fall, even more intensely, cases of insolvent companies, regarding the role of the state in the economic domain, in order to protect the constitutional statutory values for the economic order, including, and especially, the social function of property. What we intend to develop in this article is exactly this action, relating the variables involved in the judicial Insolvency right to free competition, as her Limiter.

Keywords: Constitutional Economic Order; Economic Law; The Legal Regime of The Market; State Intervention in the Economy; Now in Crisis; Judicial Recovery Companies; Bankruptcy; Free Competition.

INTRODUÇÃO - EMPRESA EM CRISE: NÍTIDA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

Reflexo da evolução histórica da forma de atuação do Estado no domínio econômico, passando do antigo modelo abstencionista liberal ao atual modelo regulador, o reconhecimento de que a crise econômico-financeira da empresa vincula não somente interesse privado do empreendedor individual e suas relações com credores, mas também interesses coletivos, expõe a mudança nos valores que salvaguarda a sociedade atual, uma vez que a Constituição Federal, determinando o modelo de democracia social, coloca em pauta valores lastreados nos chamados direitos sociais (art. 6º, da CR), nos direitos dos trabalhadores, na defesa dos consumidores, levando, assim, em consideração a função social da empresa.

O estado de crise, também denominado estado de insolvência, é a situação em que a empresa não possui condições próprias para se recuperar e, por tal motivo, há necessidade de intervenção, tendo em vista o intento legal de preservação do empreendimento econômico, como outrora asseverado.

Vale dizer, o primeiro estado da crise, como regra, é de ordem econômica. Nesse momento, constata-se a diminuição da demanda do produto.

Imperioso salientar que referida diminuição pode ser decorrente de fatores normais de mercado; logo, é necessário verificar se a crise de ordem econômica se dá em âmbito geral ou, tão somente, no interior da empresa. Isto, justamente, para que seja vislumbrada a melhor forma de intervenção do Estado.

O segundo estado da crise é, normalmente, de ordem financeira: a empresa passa a descumprir obrigações. Como regra, a crise econômico-financeira é consequência da crise do fluxo de caixa de uma empresa, ou seja, faltam-lhe recursos líquidos para pagar seus passivos.

Por fim, há crise de ordem patrimonial. Vale dizer, nesse estado, a empresa perdeu demanda, descumpriu obrigações e, com o desiderato de cumprir com algumas delas, passa a se desfazer de parte do patrimônio empresarial.

Insta consignar, desde logo, que aludida ordem não é absoluta; pré-estabelecida. Entretanto, há empresa em estado de crise quando existem problemas econômicos, financeiros e patrimoniais, independentemente da sequência em que se deram.

Posto isto, a empresa revela-se insolvente.

Com o advento da Lei 11.101/2005, ante a insolvência da empresa, emergem duas possibilidades: (i) recuperá-la ou (ii) promover a sua liquidação.

Com efeito, mencionada Lei de Recuperação e Falências traz intrínseca a adoção do princípio da preservação da empresa e da eficiência, eis que objetiva evitar a liquidação das unidades produtivas³.

Isto é, de acordo com o novo sistema legal, a ideia de recuperação é dominante.

³ Nesse sentido, dispõe o artigo 47 da LRF: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Nesse sentido, assinalam Marcelo Guedes Nunez e Marco Aurélio Freire Barreto⁴, que o objetivo final da recuperação da empresa é viabilizar de forma definitiva a sobrevivência da empresa, de forma a torná-la lucrativa, capaz de crescer e acarretar resultados positivos para acionistas, empregados, credores e para toda a sociedade.

Entretanto, é imprescindível mencionar a ressalva feita por Ronaldo Vasconcelos⁵, segundo a qual “não obstante a adoção desse princípio da conservação da empresa, não se pode aceitar um mecanismo indiscriminado para manter qualquer atividade econômica.”

Logo, seguindo tal escólio, em que pese a vigência do aludido princípio da preservação da empresa, a falência será a melhor solução se seus custos – sociais e econômicos – forem menores do que aqueles despendidos para a recuperar a empresa.

Destarte, a regra da recuperação da empresa não é absoluta, tendo em vista que a viabilidade econômica deve ser considerada e, por vezes, a rápida liquidação é a medida mais oportuna a ser adotada.

Seguindo essa linha de raciocínio, ensina o Professor Manoel Justino Bezerra Filho⁶:

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

⁴ NUNEZ. Marcelo Guedes; BARRETO. Marco Aurélio Freire. Alguns Apontamentos sobre a Comunhão de Credores e Viabilidade Econômica. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 325.

⁵ VASCONCELOS. Ronaldo. **Direito Processual Falimentar (de acordo com a lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 125

⁶ BEZERRA FILHO. Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133-134.

MELLO, Adriana Marengo Dumans e; FICHMANN, Carolina. Empresas em estado de crise: aspectos relevantes à do econômico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

No mais, Aclibes Burgarelli⁷, ao tratar do instituto falimentar, faz menção a uma pesquisa realizada no Estado do Paraná a respeito da Reforma Constitucional Administrativa (EC nº 19/1998).

A conclusão do trabalho foi de que a filosofia da reforma, baseada na linha norte-americana, teve como preocupação essencial a supremacia dos resultados econômicos; rompendo-se, por conseguinte, com a visão, de tradição européia, da supremacia dos interesses públicos.

Tal filosofia apenas reforça a ideia outrora mencionada. Vale dizer, inobstante a adoção do princípio da conservação da empresa, há de se ter em mente os resultados economicamente favoráveis, para que se possa melhor decidir pela recuperação ou liquidação da empresa insolvente.

Dessa maneira, inclusive, preceitua o artigo 75 da Lei de Recuperação e Falência: "A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa."

Reitere-se: há a predominância dos resultados economicamente favoráveis, e não necessariamente a manutenção da empresa.

Verifica-se, destarte, a manifesta correspondência entre o Direito e a Economia, eis que "(...) estão vinculados numa relação de causa e efeito, de forma que toda e qualquer alteração ou transformação no sistema econômico reflete sobre o sistema jurídico, o qual deve se adaptar às novas circunstâncias econômicas."⁸

Nessa perspectiva, diante de uma empresa em estado de crise a solução deve ter como escopo os resultados economicamente favoráveis e, para tanto, é substancial a análise conjunta dos meios jurídicos disponíveis, bem como uma visão crítica acerca da realidade do mercado.

⁷ BURGARELLI. Aclibes. **Direito Comercial**: falência. 2. ed. São Paulo: Rideel. p. 20.

⁸ VASCONCELOS. Ronaldo. *Op. Cit.* p. 111.

2. INFLUÊNCIAS NO MERCADO CONFERIDAS PELA LEI 11.101/2005

A antiga Lei Falimentar de 1945 tratava a empresa como um ente descartável, sem considerar a realização de sua função social. O pensamento predominante era, portanto, o da liquidação do comerciante e da sociedade comercial.⁹

E, uma vez determinada a quebra, de imediato, a empresa era fechada e lacrada – a intenção, obviamente, era impedir que o devedor frustrasse o pagamento de seus credores.

Tal caráter sancionatório não atingia, tão somente, o empresário, mas, em especial a empresa, ante a deterioração de ativos e a imensa perda de intangíveis.

Ressalte-se que a antiga lei de falência incentivava a liquidação das empresas, inclusive daquelas que poderiam tornar-se saudáveis após uma reorganização. Na hipótese de insolvência, a empresa era fechada para que sua estrutura fosse desmontada e vendida aos pedaços. Isso, efetivamente, acarretava grande perda, inclusive social, eis que empregos eram eliminados e os ativos da empresa desvalorizavam drasticamente e, por conseguinte, restava inviável o pagamento das dívidas.¹⁰

Ademais, em que pese a previsão da concordata preventiva – *que visava, justamente, a prevenir a falência* -, a antiga lei possuía um caráter extremamente draconiano, sendo certo que, nos quase completos sessenta anos de sua aplicação, destruiu empresas de grande importância, sobretudo porque o instituto da concordata não era compatível com a realidade das rápidas relações

⁹ Atualmente, fala-se em falência e recuperação do empresário e da sociedade empresária. Isto, em razão da própria amplitude do sistema que, seguindo a lógica do artigo 966 do Código Civil, considera como empresário *quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços*.

¹⁰ CASTRO, Eduardo Spinola e. A arbitragem e a Nova Lei de Falências. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 133.

comerciais, sem realizar, sequer, a separação entre a culpa do empresário e a sobrevivência da empresa.¹¹

Nessa toada, em razão desse caráter extremista, restava evidente a negativa influência na atividade econômica, como consequência lógica do pensamento conferido pela antiga lei de falência, cuja sistemática simplesmente ignorava a função social da empresa.

Com efeito, após aproximadamente doze anos de tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005).

Por meio desta lei, busca-se, em primeiro lugar, recuperar a empresa, ao em vez de simplesmente destruir seu patrimônio, sem, sequer, atentar-se à viabilidade econômica do negócio.

Não é incorreto dizer – tendo em vista as considerações outrora feitas a respeito da supremacia do interesse econômico – que “a falência é exceção que somente caberá se, ao longo de todas as tentativas de recuperação da atividade do empresário ou da sociedade empresária, outro meio não se colocar à disposição.”¹²

E, é justo – do ponto de vista econômico e social – buscar a solução da crise na empresa, visando ao “lucro do titular da empresa (empresário ou sociedade empresária); os salários (de manifesta natureza alimentar) dos trabalhadores; os créditos dos fornecedores; os tributos do Poder Público.”¹³

Enquanto a recuperação é mecanismo apto a restabelecer a situação anterior à crise econômica, financeira e patrimonial; a falência é a morte da pessoa jurídica ou da atividade empresarial, na qual se exige o afastamento dos administradores de suas atividades, a fim de serem evitados prejuízos ainda maiores do que aqueles causados pela própria crise.

¹¹ VASCONCELOS. Ronaldo. *Op. Cit.* p. 123.

¹² BURGARELLI. Aclibes. *Op. Cit.* p. 21.

¹³ ALMEIDA. Amador Paes de. **Curso de Falência e recuperação de empresa:** de acordo com a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304.

A falência é, portanto, a forma instrumental na qual se objetiva a liquidação patrimonial. Mas, com o advento da Lei de Recuperação e Falências, não se trata de qualquer liquidação, uma vez que tem por propósito o aproveitamento do estabelecimento comercial.

Insta consignar: o processo falimentar, quando interfere na dinâmica da atividade econômica, interrompe-a, de fato, num primeiro momento, com o nítido escopo de verificar as condições mais favoráveis ao aproveitamento dos elementos da empresa – quais sejam: ativos e passivos-, a fim de evitar a deterioração dos direitos imateriais, tendo em vista, ademais, a função social da empresa.¹⁴

Destarte, a Lei 11.101/2005 se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento da atividade econômica, eis que encaminha, ao particular, mecanismos flexíveis para superação da crise. E, não sendo possível tal superação, tem em mira o aprimoramento produtivo dos bens.

As influências no mercado conferidas pela Lei de Recuperação e Falências são manifestamente positivas – se comparadas com àquelas verificadas na antiga sistemática -, eis que, como se pretendeu demonstrar, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica são valores primordiais.

3. A LEI 11.101/2005 E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Com o advento da Lei de Recuperação e Falências, no ano de 2005, veio à tona, como questão fundamental, o papel do Poder Judiciário no que tange ao necessário conhecimento técnico da realidade da empresa em crise; exigindo-se, por conseguinte, a familiarização do magistrado com os dados do mercado.

Como primeira medida, criou-se, no Estado de São Paulo, as chamadas varas especializadas, além da Câmara temática no Tribunal de Justiça.

¹⁴ ALMEIDA. Amador Paes de. **Curso de Falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 113.

Porém, conforme lição do Magistrado Carlos Henrique Abrão¹⁵, tal medida não é suficiente, pois, em suas palavras:

Necessita-se de uma revolução no corpo de funcionários, nos equipamentos, na informática, nos acessos aos bancos de dados, comunicações com os Registros de Empresas, Juntas Comerciais, Banco Central, Receita Federal, e toda a gama de subsídios que se incorpora a favor da reorganização da sociedade empresária.

Conjugam-se esforços voltados para dinamizar a efetividade da decisão, transforma-se o coração do processo no panorama de procedimento, com a menor intervenção possível e o maior resultado desejado, no sentido de reduzir os recursos e priorizar soluções.

De toda forma, a Lei 11.101/2005 garante inúmeras possibilidades de intervenções, pois, como já antes afirmado, a ideia principal é conservar a empresa. E, uma vez que tal preservação não se revelar como a melhor solução – *com base nos resultados econômicos* –, decide-se pela decretação da quebra e consequente liquidação.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário passou a ter função ativa, uma vez que se exige o aperfeiçoamento constante do conhecimento técnico para que, efetivamente, haja um envolvimento com a realidade da empresa em crise. Portanto, a atuação do magistrado vai além das fronteiras impostas pelo direito.

Vale dizer, é cediço que a recuperação, nos moldes da Lei de Recuperação e Falências, é o objetivo precípuo.

Para tanto, a lei confere, ao particular, os mecanismos necessários para buscar a preservação da empresa. Em outras palavras, o Judiciário intervém para propiciar a solução da crise econômico-financeira por meios privados – ou seja, outorga aos particulares meios hábeis para tanto.

¹⁵ ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 165.

Isto é, no âmbito da Lei 11.101/2005, muitos poderes antes conferidos aos magistrados foram retirados, sem que isto diminuísse a importância da prestação jurisdicional.

De forma diversa ao que se vislumbrava no sistema anterior, a Lei de Recuperação e Falências entrega aos credores o destino do processo, até porque são os principais titulares e interessados no fim do processo¹⁶.

Incumbe ao Juiz, portanto, buscar pelo bom andamento do aparelho judiciário, com vistas à celeridade, à economia processual, à segurança jurídica, à moralidade e à análise entre custo e benefício em seu contexto social na busca para a melhor solução à empresa em crise.

4. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DIREITO À CONCORRÊNCIA

Posta como premissa a possibilidade/necessidade da recuperação judicial como um óbice à quebra, que simplesmente elimina aquele agente econômico do mercado, passando-se a tutelar interesses individuais e difusos, não há como deixar de relacionar a recuperação judicial - em que o estado atua como Juiz, solucionando o déficit daquela empresa em crise - com a regulação da concorrência, na qual o estado atua como agente regulador, de maneira a evitar que determinada solução acarrete a interferência nociva no mercado.

Isto porque a lei 11.101/2005 dispõe de diversas formas de intervenção para recuperar a empresa em estado de crise.

Ocorre que, dentre as regras de intervenção na ordem econômica privada, algumas podem impactar negativamente o ambiente concorrencial sadio entre os diversos agentes que atuam no mesmo mercado, alheios aos *stakeholders* envolvidos com a empresa recuperanda, ou até mesmo com a massa falida, de sorte que o tema da recuperação judicial, ou da falência propriamente dita,

¹⁶ BURGARELLI. *Acilbes. Op. Cit.* p. 113.

encontra-se estreitamente ligado aos mecanismos regulatórios de proteção à concorrência.

Discute-se aqui, basicamente, dois dispositivos legais: o artigo 50 da Lei 11.101 e o artigo 88 da Lei 12.529/11, que trazem importante questão a ser esclarecida. Vejamos.

O artigo 50 da LRF, nos seus incisos II e III, traz possibilidades que constituem meios para recuperação judicial e inclui, neste rol, operações tipicamente societárias, quais sejam: (i) cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; e (ii) alteração do controle societário.

É importante frisar, desde logo, que é inadmissível que tais meios ameacem a estabilidade das relações concorrenciais.

O artigo 174¹⁷, da Constituição Federal Brasileira, define expressamente a atuação do Estado no plano econômico, como agente de estímulo, de forma a expandir os preceitos da livre iniciativa e ampla concorrência - *por tal motivo, a natureza do planejamento econômico é indicativa para o setor privado* -; e, em poucas exceções, o Estado intervém diretamente na economia.¹⁸

O artigo 47, da LRF, por seu turno, revela que a recuperação judicial deve ser um *estímulo à atividade econômica*. E, dessa maneira, materializa o preceito constitucional supracitado, segundo o qual o planejamento econômico é indicativo para o setor privado.

Ocorre que, se uma empresa em estado de crise `crise econômico se vestir sob o purismo das leis de mercado – portanto, sem a presença do Estado na ordem

¹⁷ Art. 174, CFB. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹⁸ GUERRA. Glauco Martins e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e Recuperação Judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 245.

econômica – será, por óbvio, uma séria candidata à eliminação, numa espécie de ‘seleção natural’ – conforme preceituou a moda liberal-burguesa.¹⁹

Destarte, faz-se necessária a intervenção do Estado, a qual se dá, efetivamente, nas relações de mercado.

A partir deste raciocínio, surge a problemática: qual a posição concorrencial de uma empresa em recuperação judicial?

De efeito, o Estado – através do Poder Judiciário –, ao conferir a tutela da recuperação judicial, intervém na ordem econômica. Ocorre que, esse mesmo Estado, que intervém pontualmente na economia, deve amparar a recuperação da empresa e, também, preservar a livre concorrência.

Para tanto, é preciso buscar equilíbrio.

Desde logo, desponta uma premissa: uma empresa que passa por uma recuperação judicial - e, *portanto, está em estado de crise* – não representa ameaça à livre concorrência. Entretanto, essa premissa deixa de ser absoluta ante as manobras societárias conferidas para a conservação da empresa.

Sendo assim, mais uma vez seguindo a lição de Glauco Martins Guerra e Rodrigo R. Monteiro de Castro, referidos meios societários para recuperação da empresa devem, necessariamente, passar pelo controle de proteção concorrencial.²⁰

Com efeito, a concorrência, nas palavras de Vicente Bagnoli²¹

[...] é a essência da relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Fundamental para possibilitar maior variedade de

¹⁹ GUERRA. Glauco Martins e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e Recuperação Judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 247.

²⁰ GUERRA. Glauco Martins e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e Recuperação Judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 249.

²¹ BAGNOLI. Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 260.

produtos e o aprimoramento da qualidade desses mesmos produtos numa economia de mercado, a concorrência também contribui para a redução de preços e a promoção do desenvolvimento. A concorrência, portanto, ao promover o desenvolvimento do mercado, beneficia os consumidores, como também aprimora a economia de um país para ingressar e permanecer competitiva no mercado externo, sobretudo em tempos de globalização.

Logo, para a proteção da concorrência – e, por conseguinte, do desenvolvimento do mercado – forçoso convir pela obrigatoriedade da submissão da operação societária, que se dá no âmbito da recuperação judicial, aos órgãos de controle da concorrência (SDE e CADE), nos termos do artigo 88 da Lei 12.529/11.

Isto, de fato, se coaduna com os preceitos trazidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988 que prestigiou a livre iniciativa e, portanto, impossibilita a intervenção absoluta do Estado (ainda que, por via oblíqua, através do Poder Judiciário) no domínio privado.

Pois bem. Partindo agora de novo pressuposto, relativo à obrigatória submissão dos atos societários dispostos no artigo 50 da Lei 11.101/2005, com a necessária submissão aos órgãos estatais de proteção à concorrência para análise técnica referente à configuração de atos de concentração, o tema não se encerra tão somente à atuação destes órgãos de forma regular. É dizer, quando avalia empresas solventes.

Para encerrar o debate enfrentado neste artigo, outra questão coloca-se fundamental: é imperiosa uma reflexão que não se pretende exaurir no quanto desenvolvido, mas apenas suscitar e direcionar estudos futuros aprofundados.

Com a crise de 2008, volta à tona a denominada *Failing Company Theory*, ou *Failing Company Defense*, desenvolvida nos EUA exatamente a partir desta reflexão.

Em linhas gerais, a legislação norte-americana estabelece critérios claros e específicos que, observados no caso concreto, sustentam a aprovação de operações societárias que não seriam aprovadas, fosse o caso de empresas saudáveis.

Tais critérios seriam, principalmente, a comprovação de que determinada operação com determinada compradora é a única saída viável para a empresa insolvente – e também a comprovação de que a empresa está realmente insolvente e acabará quebrando, caso inexista a operação mercantil

No tocante aos órgãos brasileiros de regulação concorrencial, desponta, portanto, a necessidade de regulamentação ainda mais clara e expressa acerca da utilização destes critérios quanto se debruça sobre operações envolvendo empresas insolventes, de forma a evidenciar e garantir que a situação de hipossuficiência seja tutelada com especialidade; aplicando-se, aqui, o princípio da isonomia, apto a ensejar uma decisão que considere a desigualdade entre as partes no cotejo das variáveis envolvidas no ato sob análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o tema da intervenção estatal na economia envolve diversos subtemas, dentre os quais a empresa em crise e o direito da concorrência.

Não se desconhece que a recuperação judicial, por diversas vezes, figura como saída idealista, ou até mesmo ilusória, e por que não dizer injusta, se analisada sob a ótica do sacrifício público em prol do interesse individual, obviamente quando este se sobrepõe àquele, o que somente a casuística permite avaliar.

Ocorre que, ressalvadas as posições em sentido contrário, a empresa em crise impacta não somente interesse privados individuais do devedor com seus credores, mas direitos difusos como o dos trabalhadores, dos consumidores, do fisco, dentre outros.

Neste ponto, sobreleva notar que o Estado buscará atuar ativamente no processo de recuperação judicial, sopesando todos os supramencionados valores, em busca da melhor solução ao caso concreto.

Conclui-se que, não apenas o Estado-Juiz, mas o Estado como agente regulador da economia, envolve-se no processo, de sorte que os atos de reorganização

MELLO, Adriana Marengo Dumans e; FICHMANN, Carolina. Empresas em estado de crise: aspectos relevantes à do econômico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

societária previstos no artigo 50 da Lei 11.101/2005, devem ser submetidos, de forma inequívoca, à apreciação dos órgãos estatais de regulação concorrencial, nos exatos termos do artigo 88, da Lei 12.529/11, ainda que aprovado o plano de recuperação judicial pelos credores, sendo imprescindível, para sua homologação judicial, esta submissão administrativa à competência do CADE.

A reflexão que se pretende suscitar diz respeito especificamente à necessidade de regulamentação expressa acerca da pauta a ser seguida pelo CADE, quando se debruça sobre operações envolvendo agentes econômicos em estado de crise, ocasiões em que deve incidir o princípio da isonomia, em seu caráter correccional de diferenças encontradas quando se negocia com agentes em tais situações.

Daí o porquê da menção à teoria norte americana da *Failing Company Defense*, que exsurge exatamente a partir deste raciocínio, apontando o exemplo dos EUA sobre o tema, definindo claros critérios de análise pelos órgãos de defesa concorrencial de empresas em crise submetidas a operações de fusão e aquisição, tendo em vista a possibilidade de aprovação de atos que não seriam aprovados, não fosse a situação de insolvência de um dos agentes em exame.

Como dito, este último ponto foi mencionado com intuito provocador de futuros estudos mais aprofundados sobre o tema, cujo exaurimento não se pretendeu no presente trabalho.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRÃO, Carlos Henrique. O papel do Judiciário na Lei 11.101/05. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ALMEIDA. Amador Paes de. **Curso de Falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAGNOLI. Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MELLO, Adriana Marengo Dumans e; FICHMANN, Carolina. Empresas em estado de crise: aspectos relevantes à do econômico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BEZERRA FILHO. Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência**: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BURGARELLI. Aclibes. **Direito Comercial**: falência. 2. ed. São Paulo: Rideel.

CASTRO, Eduardo Spinola e. A arbitragem e a Nova Lei de Falências. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GUERRA. Glauco Martins e CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Intervenção do Estado no domínio econômico e Recuperação Judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUNEZ. Marcelo Guedes; BARRETO. Marco Aurélio Freire. Alguns Apontamentos sobre a Comunhão de Credores e Viabilidade Econômica. *In*: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de & ARAGÃO, Leandro Santos de (coord.), **Direito Societário e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PRADO, Roberta Nolas (coordenadora). **Aspectos relevantes da empresa familiar**: governança e planejamento patrimonial sucessório. São Paulo: Saraiva, 2013

PRADO, Roberta Nolas e PEIXOTO, Daniel Monteiro (coordenadores). **Reorganizações empresariais**: aspectos societários e tributários. São Paulo : Saraiva, 2011.

MELLO, Adriana Marengo Dumans e; FICHMANN, Carolina. Empresas em estado de crise: aspectos relevantes à do econômico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de e ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VASCONCELOS. Ronaldo. **Direito Processual Falimentar (de acordo com a lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005)**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.