

ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA COM A DINÂMICA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

GUILHERME TENO CASTILHO MISSALI

Advogado na área de Direito Concorrencial e Anticorrupção em São Paulo.

SAMUEL HÜBLER

Advogado na área de Direito Empresarial em Maringá, atuando principalmente em Falência e Recuperação de Empresas.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Societário; Administrativo

RESUMO: O presente trabalho propõe-se ao exame de relevante questão envolvendo a análise de atos de concentração no âmbito de processo de recuperação judicial como meio de preservação da empresa em crise. A problemática será enfrentada à luz do regime de análise prévia dos atos de concentração e da natureza contratual do acordo de vontades na recuperação, abordando assim a interface entre os procedimentos administrativos e judiciais. Como resultado, objetiva-se fornecer elementos de segurança jurídica às partes e balizas no tratamento dessa questão para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial e também se preservem os valores concorrenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Atos de concentração – Recuperação judicial – Análise prévia – Notificação – Integração prematura – Autorização precária e liminar – Interface.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the relevant matter concerning the merger filings review in the context of judicial reorganization as a manner to preserve the company in crisis. The issue will be addressed in the light of the merger filings' prior review as well as the contractual nature of the intentional agreements in the judicial reorganization, thus approaching the interaction between administrative and judicial procedures. As a result, the goal is to provide elements of legal certainty to the parties and beacons on this issue, so as to achieve the aims of judicial reorganization and also preserving the competitive value.

KEYWORDS: Merger filings – Judicial reorganization – Prior regime of review – Notification – Premature integration – Preliminary and temporary authorization – Interface.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O regime de análise prévia dos atos de concentração: 2.1 *Gun jumping*; 2.2 Autorização precária e liminar – 3. Atos de concentração em processo de recuperação judicial: 3.1 Plano de recuperação judicial, assembleia geral de credores e a natureza contratual do acordo de vontades formado pelas partes; 3.2 Notificação do ato de concentração e análise pelo Cade: 3.2.1 Caso concreto de análise; 3.2.2 Exercício hipotético de análise – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.529, de 30.11.2011 (“Lei 12.529/2011” ou “Nova Lei de Defesa da Concorrência”), reestruturou uma série de aspectos de cunho estrutural, procedimental e material do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). Nesse contexto, uma das mudanças mais relevantes diz respeito à alteração do regime *a posteriori* para o regime *a priori* de notificação de atos de concentração,¹ que veio acoplada ao espírito de sensibilização da política antitruste, objetivando estimular uma mudança da cultura.²

Para fins deste artigo, merecem destaques dois novos institutos relacionados à preservação do equilíbrio da ordem econômica no bojo da recuperação judicial, a saber, *gun jumping* e autorização precária e liminar. Esta será a linha mestra norteadora do estudo.

Após esta introdução, o capítulo segundo, segmentado em dois, contextualizará os institutos supracitados.

No primeiro subcapítulo (2.1) será abordado o instituto do *gun jumping*, buscando verificar o impacto decorrente da consumação prematura de uma operação quando as partes realizam *atos de integração* previamente à autorização antitruste.³ No segundo subcapítulo (2.2) será abordado o instituto da autorização precária e liminar, com o intuito de justificar a integração antecipada, a rigor, vetada ante as regras de *gun jumping*, considerando hipótese excepcional e condicionada a situações específicas.

Em seguida e com o panorama antitruste delineado, no capítulo terceiro, cerne deste artigo, ao considerar casos excepcionais passíveis de autorização precária e liminar, cogitar-se-ão aqueles situados no universo da recuperação judicial. Dado

-
1. O regime de análise prévia de atos de concentração trouxe uma série de inovações e desafios que impactaram o mercado, sobretudo no que tange à alteração dos critérios de notificação. O mercado absorveu relativamente bem essa nova cultura e os processos ganharam maior dinamicidade e eficiência, sobressaindo uma atuação profícua do Cade na nova ordem estabelecida. A propósito, até 2011, dos mais de 90 países com controle estrutural, apenas Brasil, Egito e Paquistão adotavam o regime de análise posterior. A modificação do sistema de notificação brasileiro vem, portanto, na esteira das melhores práticas internacionais (EUA e União Europeia).
 2. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118: “O Brasil, no primeiro momento de aplicação da NLAB, enfrentará um processo (possivelmente penoso) de amadurecimento e de mudança cultural em que o risco do *gun jumping* possivelmente será em vezes maior que o risco de mérito propriamente dito”.
 3. O *gun jumping* foi disciplinado no ordenamento antitruste brasileiro no bojo dos seguintes dispositivos: art. 88, §§ 3.º e 4.º, da Lei 12.529/2011 e art. 108, § 2.º, e 112 do Regimento Interno do Cade (“RI-Cade”).

Finalmente, passar-se-ão às conclusões, que, dentre outras, atestará a pertinência de se discutir o tema, em especial visando fornecer elementos de segurança aos administrados, além de balizas ao juízo recuperacional e antitruste nas respectivas homologação e análise do ato.

2. O REGIME DE ANÁLISE PRÉVIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

2.1 Gun jumping

A Lei 12.529/2011 instituiu o sistema de análise prévia de atos de concentração, albergando o instituto do *gun jumping*.⁷ Simplificadamente, entende-se que “*gun jumping*, *jumping the gun* ou *premerger coordination* (...) é a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar se é favorável ou não à operação submetida a sua análise”.⁸⁻⁹ Na essência, a preocupação é evitar que um ato (negócio jurídico) dê ensejo à troca de informações indevidas ou integração prematura sem a aprovação do Cade.¹⁰

7. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 118.

8. Há certas distinções doutrinárias quanto à definição de *gun jumping*, sobretudo no que tange ao caráter ilícito da expressão. Há quem entenda que *gun jumping* se refere a atos proibidos pela legislação antitruste em que as partes integram suas operações antes da autorização para o fechamento da operação. Há também quem defina *gun jumping* de forma mais abrangente, abarcando toda e qualquer atividade praticada anteriormente à consumação da operação com o objetivo de facilitá-la, viabilizá-la ou assegurá-la após a autorização concedida pelas autoridades antitruste. Maiores detalhes a esse respeito, ver HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David. *Premier planning and coordination – How to avoid “gun jumping” under U.S. Antitrust Law*. ICLG Merger Control, 2008; e CORDOVI, Leonor. *Gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?* In: Fox, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart, Publishing, 2009.

9. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 118, quando de uma perspectiva comparada, para identificar possíveis subsídios de atos de *gun jumping*: “(...) a experiência internacional, que provavelmente servirá de base à jurisprudência que se formará no âmbito do SBDC, arrola algumas hipóteses que ensejariam *gun jumping* (...): medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de *marketing* competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais; ações que alterem os incentivos entre os *players*, como comercialização de produtos da empresa adquirida; unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer descontos em função de eventual operação; compartilhar informações confidenciais por razões diversas às perguntas de *due diligence*”.

10. Conforme pontuado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“ProCade”) no âmbito do AC 08700.005775/2013-19. A consumação de atos que configurem integração prematura (entre as empresas integrantes do ato de concentração) implica conduta anticompetitiva danosa, ainda que em potencial, ao regime antitruste, conforme se infere de MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade.

o universo de reflexões e a inter-relação temática, tal capítulo encontra-se dividido em dois subcapítulos.

No primeiro (3.1), busca-se situar o instituto da recuperação judicial, contemplado no bojo da Lei 11.101, de 09.02.2005 (“Lei 11.101/2005” ou “LRF”),⁴ abordando aspectos de interface aos institutos antitruste em evidência. Em específico, no processo de recuperação, ver-se-á aptidão para o exercício da autonomia da vontade das partes diretamente envolvidas,⁵ de modo a definir as condições do plano, dentre as quais os meios de recuperação a serem empregados (art. 50 da LRF). Nesse exame, restará cediço que o acordo realizado pelas partes na negociação e votação do plano (art. 53 da LRF) em assembleia geral de credores (arts. 35 e 45 da LRF) possui natureza contratual.⁶ Assim, e partindo da premissa de que dentre os possíveis meios de recuperação do devedor em situação de crise situam-se os atos de concentração (i.e. cisão, incorporação, fusão etc.), o estudo antitruste se revelará imperativo a fim de compatibilizar entendimentos no tocante aos institutos do *gun jumping* e da autorização precária e liminar.

No segundo subcapítulo (3.2), serão feitas considerações à luz da natureza contratual do acordo de vontades, visto que o mesmo pode estabelecer meios de reorganização empresarial que impliquem atos de concentração com impacto antitruste. Pela relevância do tema e para fins de clareza, este subcapítulo encontra-se segmentado em dois.

No primeiro (3.2.1), chamar-se-á a atenção para um caso concreto, de modo a acompanhar o avançar do tema, delineando aspectos a serem desenvolvidos e o atual estágio em termos de jurisprudência. No segundo (3.2.2), será empreendido exercício hipotético de análise, por meio do qual se suscita e analisa, afora outros, o lapso temporal em que ato de concentração, imerso no seio de recuperação judicial, submeter-se-ia ao crivo antitruste (i.e. desde o momento da notificação do ato até eventual autorização precária e liminar), abordando, também, a questão da harmonização de prazos e procedimentos das legislações antitruste e de recuperação de empresas e falências.

4. Lei que abarca o microsistema jurídico de tutela do empresário e da sociedade empresária em crise econômico financeira, realizada por meio da recuperação judicial, da extrajudicial e da falência. Para fins deste artigo, o escopo restou delimitado ao instituto da recuperação judicial, insculpido na norma-objetivo do art. 47 da LRF.

5. Por exemplo, devedor, credores e eventuais terceiros que possam vir a ter interesses diretos no processo.

6. Ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 331-332; MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93-94; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 129.

Ora, contextualmente no Brasil, a preocupação com o *gun jumping* adquire substância com o advento do novo paradigma de análise concorrencial. Embora legalmente previsto, o Cade enfrentou resistência e questionamentos do empresariado a pretexto dos termos genéricos utilizados para regulamentar o instituto em análise. Alegou-se (e ainda se alega) insegurança jurídica entre os administrados dada falta de objetividade das expressões que orientam o *gun jumping* (ou assim deveriam fazê-lo, segundo críticos).

A inquietude da comunidade antitruste, buscando maior clareza e segurança para nortear os passos e não incorrer em *gun jumping* representa ponderação plausível. Num primeiro momento restavam dúvidas acerca da precisa dimensão do *manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas*, visto não haver diretriz clara dimensionando, por exemplo, se todas e quaisquer alterações nas estruturas físicas estariam vedadas de antemão. Mais ainda, há campo fértil para juízo de valor, leia-se, subjetivismo ao tratar da influência de uma parte sobre a outra, ou então para extrair entendimento uniforme sobre *informações concorrencialmente sensíveis e estritamente necessárias* para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Pois bem, é razoável e até natural que controvérsias e indagações de ordem prática tenham ocorrido (e continuem a ocorrer)¹¹ à luz de um cenário de reestruturação na sistemática antitruste. Paulatinamente, seja no âmbito da advocacia da concorrência (*advocacy*), com elucidações junto aos administrados por meio de fóruns de discussões e consultas públicas,¹² seja à luz de casos concretos, o Cade vem apresentando entendimento mais firme sobre o tema.¹³

RIBRAC 22/57-80, São Paulo: Ed. RT. Elucidando o tema, SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. *Gun-jumping* e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração. RIBRAC 24/11-29, São Paulo: Ed. RT, observa que "(...) atos de *gun jumping* ocorrem na hipótese de troca de ativos ou interação entre as partes de uma operação sob análise do Cade, em prejuízo de sua independência empresarial e das condições da concorrência entre si".

11. Fato que não significa necessariamente ponto negativo, do contrário. De certo modo polêmicas e inquietudes são oportunidades interessantes de aperfeiçoamento, de rever a efetividade de regras, de aproximação com o administrado no intuito de diálogo e alinhamento de inteligências (i.e. compreender a dinâmica empresarial), etc.
12. São aguardadas para o ano de 2015 diretrizes endereçando o *gun jumping*, de modo a conferir maior conforto aos administrados, inclusive para fins de *compliance* antitruste, pauta que vem sendo fortalecida na agenda de prioridades do Cade no contexto de seu papel de *advocacy*.
13. De acordo com informações públicas, o Cade já analisou até o momento quatro casos em que inferiu pela infração de *gun jumping*, quais sejam: AC 08700.005775/2013-19 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras); AC 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); AC

Desse modo, no horizonte de aproximadamente dois anos e meio da Nova Lei de Defesa da Concorrência, no que tange às *circunstâncias caracterizadoras de consumação antecipada da operação*, poder-se-iam vislumbrar com relativa tranquilidade as seguintes circunstâncias: (i) transferências de ativos (ingerência); (ii) usufruto de ativos (ingerência); (iii) qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra; (iv) troca de informações concorrencialmente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal que vincule as partes; (v) pagamento integral ou parcial do valor da transação; (vi) anterioridade da data da vigência do contrato em relação à sua data de celebração; e (vii) transferência ou usufruto de valores mobiliários com direito a voto.¹⁴ Ainda que potencial, a prática desses atos daria margem à infração de *gun jumping*.¹⁵

2.2 Autorização precária e liminar

Em compasso com o *gun jumping*, a Lei 12.529/2011 também previu a autorização precária e liminar em sede de integração prematura. Em caráter excepcional e tendo por base condições específicas, a autoridade concorrencial

08700.008289/2013-52 (Requerentes: Aurizônia Petróleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); e AC 08700.002285/2014-41 (Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC). No *leading case* (AC 08700.005775/2013-19), a Conselheira rel. Ana Frazão observou que a pena de nulidade representa o “corolário lógico do controle preventivo implementado a partir da entrada em vigor do novo diploma antitruste”. Consequentemente, no regime de autorização prévia, a consumação de uma operação traduz variável sensível. Outrossim, no que tange à dosimetria quando da aplicação da multa pela infração de *gun jumping*, Ana Frazão salientou ser tal infração sempre de gravidade elevada, ainda na hipótese de a operação precocemente consumada não despertar preocupações concorrenciais. Ou seja, esse entendimento corrobora a sensibilidade do *gun jumping* em face do regime de análise prévia.

14. Ver AC 08700.007899/2013-39. Nesse caso, à luz de situações específicas, os indícios de *gun jumping* foram afastados. Pontue-se também o Parecer 182/2013 da ProCade no âmbito do AC 08700.005775/2013-19. Na ocasião, a ProCade observou que a ausência de cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade ensejaria circunstância propícia ao *gun jumping*. A *contrario sensu*, a mera assinatura de instrumento vinculativo entre as partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de *due diligence*, não teriam, segundo a ProCADE, o condão de configurar a consumação prematura da operação.
15. De acordo com a Conselheira rel. Ana Frazão no AC 08700.005775/2013-19, “(...) parece claro que qualquer ato jurídico capaz de alterar, ainda que apenas potencialmente, as relações concorrenciais no mercado deve ser objeto da referida pena de nulidade. Aqui é importante rejeitar a tese de que seriam nulos apenas os atos que efetivamente gerassem efeitos negativos no mercado. Tal tese confunde os efeitos decorrentes da nulidade associada à consumação prematura da operação com os efeitos da decisão de mérito do Cade que constatar a redução da concorrência oriunda de uma dada operação”.

poderá admitir que o comportamento concentracionista seja acelerado (art. 59, § 1.º).¹⁶

Pontue-se que a excepcional autorização para a realização prematura de um ato de concentração deve ser analisada à luz do caso concreto, não sendo, pois, um dispositivo de aplicação automática. Os três requisitos, cumulativos, para efeitos de autorização precária e liminar são: (i) que não haja perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) que as medidas cuja autorização for requerida sejam integralmente reversíveis; e (iii) que o requerente logre demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não for concedida.¹⁷

Em face desse panorama, o dispositivo da autorização precária emerge como instrumento de vital relevância, notadamente quando da hipótese de um ato vir a ser impugnado ao Tribunal, dado que, nesse contexto, a análise do caso pode se alongar e comprometer o fechamento do negócio, resultando em prejuízo às partes.¹⁸ Dessa maneira, ao prever determinadas garantias, a transferência de ações entre as partes (i.e. fechamento do negócio) poderá não comprometer a eficácia de eventuais condições de aprovação que vierem a ser estabelecidas pelo Cade, ao

16. *In verbis*: “O conselheiro relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto”. Adicionalmente a este fundamento legal, ver também arts. 115 a 117 do RI-Cade.

17. Em virtude das especificidades exigidas para a autorização precária, alegar-se-ia uma espécie de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (“Apro”) reverso ou “às avessas”. Ver ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 210. Em termos contratuais, importante estabelecer cláusulas que assegurem a efetividade da decisão final do Cade, ainda que diante da autorização precária para a consumação antecipada do negócio. Nesse sentido, a título de exemplo de como ocorria no Apro – Lei 8.884/1994, cláusulas estabelecendo a manutenção: de estruturas administrativas próprias, sendo vedado aos membros do Conselho de Administração e da Diretoria de uma empresa o exercício de funções de administração da outra; do pleno funcionamento das respectivas unidades produtivas; do nível de emprego; da personalidade jurídica de ambas as empresas; a não alteração de formas de apresentação e comercialização de produtos, dentre outros aspectos.

18. Consideração paralela e além seria no sentido de cogitar a pertinência em flexibilizar certos atos tidos por infratores ao *gun jumping* em face da empresa em crise, ante o excepcional contexto de não preenchimento dos requisitos da autorização precária, ao mesmo tempo em que a situação fática exigisse medida de urgência. Caso o Cade considerasse a flexibilização medida pertinente, cuidado redobrado seria necessário, vez que tal hipótese poderia implicar artifício das partes por meio do qual a autorização precária e liminar seria utilizada como uma “plataforma legal” para essas mesmas partes escaparem ou “justificarem” a violação do *gun jumping*.

mesmo tempo em que assegura a antecipação do processo de “captura de sinergias decorrente da combinação dos negócios, operações e ativos das partes”.¹⁹

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 *Plano de recuperação judicial, assembleia geral de credores e a natureza contratual do acordo de vontades formado pelas partes*

O instituto da recuperação judicial, insculpido na norma-objetivo do art. 47 da LRF,²⁰⁻²¹ é remédio de superação da situação de crise econômico-financeira passageira destinado aos empresários ou às sociedades empresárias economicamente viáveis,²² doravante denominados *devedor*, sendo que a solicitação se dá pela via judicial e por iniciativa que cabe, exclusivamente ao devedor (art. 48) através do *pedido de recuperação judicial*.

Na busca dos objetivos preceituados pelo art. 47, a LRF regula o processo e os procedimentos da recuperação e fornece ferramentas e meios para que o devedor reorganize suas atividades a fim de superar a situação de crise, com a “criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor”, conforme salienta Ricardo Negrão.²³

19. ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Op. cit., p. 210.

20. *In verbis*: “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.”

21. Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 265.

22. O número de processos de recuperação judicial vem aumentando significativamente com o passar dos anos, fato que pode ser imputado ao paulatino amadurecimento da Lei 11.101/2005 e também às vicissitudes enfrentadas pelo mercado brasileiro, notadamente após o ano de 2008. Em uma exposição comparativa de [ano]: “recuperações requeridas”/“recuperação com processamento deferido”: 2005: 110/53; 2006: 252/156; 2007: 269/195; 2008: 312/222; 2009: 670/492; 2010: 475/361; 2011: 515/397; 2012: 757/618; 2013: 874/690; 2014: 775/634 (até o mês de novembro), com base em dados levantados pela Serasa Experian, disponíveis em: [www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm]. Acesso em: 14.12.2014.

23. A respeito, comenta Ricardo Negrão, “Substancialmente, os institutos de recuperação desde o Código Comercial de 1850 até o Dec.-lei 7.661/1945, revogado pela Lei 11.101/2005, previam instrumentos de prevenção e de suspensão da falência, com pagamentos parciais ou totais ou, ainda, tão somente concessão de prazo, conforme a qualificação da falência. (...) Distancia-se a legislação de 2005 de todas as revogadas em alguns pontos essenciais: (a) ampliação do universo de credores, até então limitado os credores quirografários; (b)

Há nítida preocupação com a efetiva reorganização das atividades do devedor.²⁴ Assim a lei prevê a necessidade de apresentação do *plano de recuperação judicial* (art. 53 da LRF), peça mais importante do processo, o qual deverá conter *discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados* (inc. I); *demonstração de sua viabilidade econômica* (inc. II); e *laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada* (inc. III).

Ainda, a disciplina legal da recuperação judicial preocupa-se com a legitimidade da solução adotada e com a busca conjunta pelas partes diretamente afetadas dos meios mais eficazes de reorganização das atividades do devedor.²⁵ Por esse motivo chama os credores a participarem ativamente do processo, principalmente em sede de *assembleia geral de credores* (art. 35, I) que terá por competência, *lato sensu*, deliberar sobre qualquer assunto que possa afetar os interesses dos credores e o destino do processo.²⁶ Dessa forma, os credores reunidos em assembleia deliberam sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação e a decisão da maioria, na forma do art. 45 da LRF, obriga a minoria,²⁷ medida em que se aproxima da concordata de maioria da Lei 2.024/1908 e da Lei 5.746/1929.

não limitação dos meios recuperatórios; (c) criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor; (d) clara definição do processo recuperatório." NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33-36.

24. Acerca das vantagens do instituto da recuperação judicial com relação à concordata, ver PERIN JR., Êcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 334.
25. Sobre a atuação em certo grau cooperativa entre devedor e credores na busca de uma solução conjunta MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *RDB* 36/184. São Paulo: Ed. RT, 2007.
26. A assembleia geral de credores tem por competência, na recuperação judicial, deliberar sobre *aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor* (alínea a); *a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição* (alínea b); *o pedido de desistência do devedor* (alínea d); *o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor* (alínea e); *qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores* (alínea f).
27. "Dominada por princípios jurídicos que lhe são peculiares, a concordata não perde, entretanto, a sua feição contratual, seja um contrato anômalo, desde que ao devedor, já impossibilitado de pagar, já inábil para contratar sobre bens, interesses e direitos da massa, é conferida a extraordinária faculdade de, antes ou durante a sua falência, celebrar com os credores os acordos que entender; seja um contrato original, em virtude da exceção do princípio da liberdade de contratar, isto é, da preponderância que a maioria dos credores exerce sobre a minoria, forçando-a a aceitar a sua vontade, pois homologada, a concordata adquire eficácia vinculativa a todos." CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 331-332.

Em razão do espaço para exercício de autonomia da vontade das partes diretamente envolvidas no processo, diz-se que o acordo de vontades entre devedor e credores formado em assembleia geral sobre as condições do plano e o destino da recuperação possui natureza contratual,²⁸ pois ainda que o processo tenha finalidade publicista a solução negocial será construída, respeitados os limites legais, autonomamente pelas partes e será, a princípio, homologada pelo Poder Judiciário (art. 58 da LRF).²⁹

A solução negocial que busca a concessão da recuperação e o soerguimento da situação de crise tem início com a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor, que será submetido à análise dos credores que podem objetá-lo (art. 55 da LRF), o que implicará na necessidade de convocação da assembleia geral (art. 56 da LRF). Assim, na relação contratual ocorrida dentro do processo de recuperação, o devedor propõe os termos iniciais do *contrato*, no plano de recuperação, para apreciação dos credores; em sede de assembleia geral pode haver a *anuência e compromisso em assinar do contrato* pelos credores, com o voto favorável à aprovação do plano ainda que com modificações; e, na sequência, a efetiva *assinatura*, com a homologação do resultado da assembleia pelo poder judiciário.

Como visto, um dos requisitos do plano é a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, os quais estão relacionados de forma meramente ilustrativa no art. 50 da LRF. Dentre os meios de recuperação sugeridos pelo art. 50 estão presentes, afóra outros, cisão, incorporação e fusão (inc. II),³⁰ os quais representam, via de regra, atos de concentração (art. 90 da Lei 12.529/2011)

28. A respeito da natureza contratualista do acordo de vontades entre devedor e credores: CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 129. MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93-94.

29. Diz-se a princípio, porque há: i) o poder-dever do judiciário em exercer o controle de legalidade sobre o plano e sobre a assembleia, conforme STJ, REsp 1.314.209/SP, 3.ª T., j. 22.05.2012, rel. Min. Nancy Andrighi; ii) celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade do judiciário interferir no mérito do plano; iii) a possibilidade de concessão da recuperação judicial mesmo que o plano tenha sido rejeitado em assembleia, na forma do art. 58, § 1.º, da LRF, chamada *cram down*.

30. A cessão de cotas ou ações (inc. II), assim como a alteração do controle societário (inc. III) dependerão do exame concreto para verificar o enquadramento no rol de atos de concentração e a correspondente obrigatoriedade de notificação, em particular à luz da Res. 02/2012 do Cade, recentemente alterada pela Res. 09/2014. Ainda, vale observar APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial: (i) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades; e (ii) alienação de participações societárias detidas pelo devedor (artigo 50, II, da Lei Falimentar). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 335-354.

e que, em determinados casos, devem ser submetidos à aprovação do Cade (art. 88 da Lei 12.529/2011).

O controle dos atos de concentração no SBDC, conforme já exposto, deve ser prévio, sob pena de configuração de *gun jumping*. Já na recuperação judicial há uma singular formação do *contrato*, que pode adotar, como meio de recuperação, determinado ato de concentração, em que há o envolvimento de devedor, credores, Poder Judiciário e terceiro adquirente, realizada dentro de processo judicial. Na harmonização da solução negocial construída em sede da recuperação judicial e que implique ato de concentração, sujeito ao controle do Cade, é que reside um dos cerne do presente trabalho.³¹

3.2 Notificação do ato de concentração e análise pelo Cade

Na dinâmica do processo de recuperação judicial, os atos de concentração podem ter as tratativas iniciais e serem *propostos* em diversos momentos: (i) *previstos em concreto pelo plano* que quando apresentado pode conter todas as informações detalhadas da operação que se pretende realizar; (ii) *previstos em abstrato pelo plano* que prevê a possibilidade da realização do ato, desde que em momento futuro, antes da realização da assembleia,³² apareça terceiro interessado; (iii) *sem previsão no plano e antes da concessão da recuperação* quando pode haver proposta de terceiro em assembleia para apreciação pelos credores, sendo necessária a anuência do devedor;³³ (iv)

31. A respeito da necessidade de submissão ao Cade de atos de concentração realizados no bojo da recuperação judicial: “Vale dizer: seja pela própria convicção do legislador, seja pelo cotejo dos bens juridicamente tutelados, fica evidente a necessidade de submissão de atos alcançados pela lei antitruste às autoridades competentes. Daí, aliás, a convicção que não há conflito de competências entre ambos os diplomas; muito pelo contrário, a chamada Lei de Falências não apenas admite como eleva os demais diplomas incidentes à condição da realização da recuperação. [...] Felizmente; caso contrário o instituto da recuperação correria o risco de desvirtuamento, podendo inclusive ser utilizado como planejamento para evitar a incidência da Legislação Antitruste”. GUERRA, Glauco Martins; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. 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 (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 263-265.

32. Não se entende pela possibilidade do plano prever ato de concentração em abstrato a ser definido em detalhes e consumado após a realização da assembleia e eventual concessão da recuperação, porque nessa hipótese os credores, no ato de votação do plano, não teriam certeza da viabilidade econômica e da efetivação do meio de recuperação proposto, bem como não seria possível elaborar laudo econômico-financeiro a partir de mera probabilidade da ocorrência do ato e sem a definição de suas condições (art. 53 da LRF).

33. Situação ocorrida no AC 08700.008605/2013-86. Entretanto, no caso não se analisou a correlação entre a análise concorrencial e os efeitos sobre o processo de recuperação.

sem previsão no plano e após a concessão da recuperação,³⁴ hipótese em que o terceiro apresentará a proposta ao devedor, caso este concorde será ouvido o Comitê de Credores, ainda e eventualmente, será convocada assembleia geral de credores para deliberação e na sequência será imprescindível a anuência judicial.³⁵

Dada a natureza contratual do acordo de vontades na recuperação judicial, formado entre devedor, credores e terceiro adquirente, realizado dentro de processo judicial com a necessidade de chancela do juiz, a assinatura do instrumento formal que vincule as partes para realização de ato de concentração pode ocorrer em dois períodos, considerados os momentos da proposta elencados acima: (i) quando da aprovação do plano em assembleia e posterior homologação do resultado pelo Judiciário com consequente concessão da recuperação; (ii) após a concessão da recuperação e dentro do período de supervisão judicial, em que o devedor permanece em recuperação (art. 61 da LRF) antes da prolação da sentença de encerramento do processo (art. 63 da LRF), em que será necessário o acordo entre as partes diretamente envolvidas e, em seguida, a anuência judicial. Verifica-se que, tanto em um período como no outro, o momento de assinatura do instrumento vinculativo é bipartido, pois estendido no tempo entre o acordo das partes diretamente envolvidas e a chancela judicial.

3.2.1 Caso concreto de análise

No regime de análise *a priori*, o Cade ainda não contou com muitas oportunidades para se manifestar acerca dos atos pretendidos no curso da recuperação judicial. Em sede dos reduzidos precedentes,³⁶ o debate igualmente não adentrou no cerne da problemática em questão, mormente por conta das peculiaridades de cada caso.

Em que pese esse fato, um caso que trouxe considerações preliminares sobre a matéria, em parecer da ProCade, foi o AC 08700.008187/2012-56, envolvendo as

34. Ato de concentração realizado antes da prolação da sentença de encerramento da recuperação judicial (art. 63 da LRF) e durante o biênio de supervisão judicial (art. 61 da LRF), pois o devedor permanece em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial.

35. Citam-se: AC 08700.008187/2012-56; AC 08700.008212/2012-00; e AC 08700.008605/2013-86.

36. Mais recentemente (segundo semestre de 2014), o Cade examinou casos de recuperação judicial envolvendo a empresa LBR Lácteos Brasil S.A., sem, entretanto, adentrar no escopo particular deste artigo. Ver: AC 08700.008080/2014-70 (Requerentes: Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); AC 08700.008081/2014-14 (Requerentes: Colorado Imóveis e Participações Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); AC 08700.008082/2014-69 (Requerentes: Laticínios Bela Vista Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); e AC 08700.007436/2014-58 (Requerentes: Lactalis do Brasil – Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).

requerentes Camil Alimentos S.A. ("Camil") e Carreteiro Alimentos S.A. ("Carreteiro"). Trata-se de um caso paradigmático e que, pelas luzes iniciais lançadas, merece um estudo mais detido.

A título de contextualização, a devedora Carreteiro, que ao final do processo teve a recuperação judicial concedida com base no *cram down* (art. 58, § 1.º, da LRF), apresentou termo aditivo ao plano originário em que previu, como meio de reorganização de suas atividades e levantamento de recursos, a constituição de SPE ("Sociedade de Propósito Específico") a partir de bens de UPI ("Unidade Produtiva Isolada"). Definiu-se a alienação da SPE para a empresa adquirente Camil, por determinado valor, com cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade.

Ocorre que a sentença concessiva da recuperação determinou que o depósito judicial referente à operação de alienação da UPI e constituição da SPE fosse realizado no exíguo prazo de 72h após a intimação de Camil, independente da análise do ato pelo Cade e, ainda, determinou³⁷ (i) o depósito judicial do valor da operação por Camil; e (ii) a formação imediata da SPE para continuidade das atividades da UPI.

Os termos da decisão proferida pelo juízo recuperacional geraram dúvidas acerca de indevida limitação ao exercício pelo Cade de sua competência. Em seu parecer, a ProCade expôs as competências de atuação do Poder Judiciário e do Cade para, ato contínuo, analisar os exatos termos e efeitos da sentença, chegando à conclusão de que não houve, no caso, limitação da competência do Cade, como também que não houve a realização de atos de integração prematura em cumprimento à decisão. Conforme argumentado no parecer (i) o depósito judicial não configurou pagamento do preço de Camil para Carreteiro, porque o valor foi depositado como forma de garantia de realização da operação e ficaria retido até análise do ato pelo Cade; e que (ii) a constituição da SPE não implicaria sua transferência imediata para Camil, de forma que, caso o ato não fosse aprovado pelo Cade, a SPE poderia ser alienada para outrem.³⁸

37. Consta da decisão que "não se faz necessário aguardar o prazo do recurso administrativo de 15 dias pelos interessados, para realização do depósito judicial ou de qualquer outra medida tendente à operação da UPI", conforme Autos 005178576.2012.8.19.0001, em trâmite na 7.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.

38. O parecer da ProCade destacou que "a questão apresenta repercussões tanto no âmbito da recuperação judicial quanto no âmbito concorrencial, e parece natural que assim ocorra, pois a legislação aplicável à matéria não veda a análise concorrencial das operações de concentração conduzidas sob a recuperação judicial, nem impede a recuperação judicial que envolva medidas com possível impacto concorrencial. Há, nesse campo, efetiva separação do campo de aplicação das regras específicas a cada matéria, de modo que a coerência da atuação do poder público (em sentido amplo, por meio de medidas administrativas ou judiciais) em casos como esse depende de uma correta observância dos limites de competência".

3.2.2 Exercício hipotético de análise

Conforme já mencionado, alguns atos de concentração podem ser empregados para viabilizar a recuperação judicial. Partindo dessa premissa, a fim de conferir objetividade à análise, elegeu-se a *incorporação* (art. 227 da Lei 6.404/1976) como o ato de concentração a ser considerado.³⁹ Em resumo, trata-se de operação em que o devedor sociedade empresária A, requerente da recuperação ou em recuperação,⁴⁰ será incorporado pelo terceiro incorporador sociedade empresária B que, ao absorver A, lhe sucederá em todos os direitos e obrigações, inclusive aquelas obrigações decorrentes do plano de recuperação judicial.

Pois bem, assume-se que o caso hipotético é de notificação obrigatória ao Cade (preenchimento dos critérios objetivos), com a existência do *instrumento formal vinculativo* contemplando cláusula suspensiva com relação à aprovação pelo Cade.⁴¹

Estabelecida tal premissa, passa-se a investigar os desdobramentos da operação de incorporação, realizada em sede de processo de recuperação judicial, precipuamente no que se refere (i) ao momento da notificação da operação ao Cade; (ii) à análise da operação pelo Cade; (iii) à realização de atos que configurem *gun jumping*; e (iv) à autorização precária e liminar, com a imposição de condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, com vistas à preservação da empresa e defesa dos interesses protegidos pelo art. 47 da LRF.

Com efeito, é de certo modo simplista afirmar que a notificação do ato de incorporação deve ser protocolada preferencialmente após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Isso porque, como visto, as tratativas para que B incorpore A podem ser iniciadas em diversos momentos; já a *assinatura do instrumento* pode ocorrer em dois períodos de momentos bipartidos: (i) quando da *aprovação do plano em assembleia* e posterior homologação do resultado pelo judiciário com consequente *concessão da recuperação*; (ii) *após a concessão da recuperação* e dentro do período de supervisão judicial, em que será necessário o *acordo entre as partes diretamente envolvidas* e, em seguida, a *chancela judicial*.

39. *In verbis*: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Para efeitos deste exercício, assume-se que grupos econômicos distintos estão envolvidos na operação hipotética.

40. *Requerente* é a posição jurídica do devedor que apresentou em juízo o pedido de recuperação judicial, mas que ainda não obteve a concessão da recuperação. *Em recuperação* é a posição jurídica do requerente após a concessão da recuperação na forma do art. 58 da LRF.

41. Cf. AC 08700.005775/2013-19, que adicionou ao rol exemplificativo de situações que podem deflagrar o *gun jumping* a ausência de cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade.

Sob a égide da recuperação judicial, quando se fala em *assinatura* do contrato, está-se na iminência da consumação da operação, (i) pela condição de crise de A, que demanda premente aporte de recursos por parte de B para desenvolver suas atividades e honrar com as obrigações assumidas no plano; (ii) pela existência de decisão judicial, que homologa os atos das partes e as vincula, ainda que a decisão e o acordo das partes tenham a eficácia condicionada à aprovação pelo Cade. Nesse cenário, mesmo que não se tenha verificado de fato a *assinatura do instrumento vinculativo*, de caráter peculiar na recuperação judicial, é recomendável que a notificação do ato ao Cade seja realizada no momento em que B formaliza a proposta de incorporação de A, seja antes da assembleia geral de credores, durante a assembleia ou após a concessão da recuperação, mesmo que a operação não venha a se concretizar.

A recomendação mostra-se relevante pois, ao menos na letra da LRF, o processo de recuperação judicial deveria desenvolver-se da data do deferimento do processamento da recuperação (art. 52 da LRF) até a homologação do resultado da assembleia (art. 58 da LRF), em 180 dias (art. 6.º, § 4.º, e art. 56, § 1.º),⁴² e, mesmo que o prazo seja excedido, a celeridade dos processos de recuperação é crucial para tentar soerguer o devedor da situação de crise e evitar a falência; ao passo que controle prévio dos atos de concentração será realizado, a princípio, em até 240 dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.⁴³ Ao proceder dessa forma, B contribuiria para a harmonização entre os prazos judiciais do processo de recuperação e o prazo administrativo para análise do ato pelo Cade,⁴⁴ em benefício do sucesso da recuperação de A.

Na hipótese de B entender por bem aguardar a efetiva *assinatura do contrato*, com o aceite da proposta de incorporação pelos credores e subsequente homologação judicial, de toda sorte, não haveria infração ao sistema de análise prévia dos atos de concentração, pois a *simples assinatura do instrumento vinculativo entre as*

42. Conforme se denota do prazo do *automatic stay* fixado em 180 dias (art. 6.º, § 4.º, da LRF), podendo ser prorrogado quando a demora não foi causada pelo devedor; bem como da previsão de que “data designada para a realização da assembleia geral não excederá 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial” (art. 56, § 1.º, da LRF). Na prática tem-se que os prazos originalmente planejados pelo legislador são dificilmente cumpridos, principalmente em razão de recursos e da morosidade judicial, de forma que é comum o processo se estender por mais de 360 dias.

43. Recordando que, em caráter excepcional, tal prazo poderá ser dilatado, (i) por até 60 dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou (ii) por até 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão (art. 88, § 9.º, da Lei 11.529/2011).

44. Merece nota SALLES, Luiz Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *RIBRAC* 21/111-140, São Paulo: Ed. RT, 2012.

*partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de due diligence, não tem o condão de configurar a prática de gun jumping no direito brasileiro.*⁴⁵

Ao revés e sob pena de incorrer em consumação prematura, e daí, em *gun jumping*, B estaria impedido, até decisão do Cade, de (i) realizar transferência de ativos para A ou para os credores, em pagamento das parcelas do plano; (ii) usufruir dos ativos de A, em continuação da atividade produtiva ou comercial; (iii) realizar qualquer tipo de influência sobre A; (iv) trocar ou ter acesso a quaisquer informações concorrencialmente sensíveis de A; (v) pagar integral ou parcialmente o valor da transação para A ou para os credores; (vi) transferir ou permitir o usufruto para os sócios de A ou credores de valores mobiliários com direito a voto.⁴⁶ Assim, a rigor, B não poderá realizar aporte de recursos em A, assumir a atividade produtiva ou comercial, nem realizar pagamento aos credores, o que, por vezes, representa ameaça à efetividade do resultado da recuperação judicial.

Não se pretende, com isso, buscar justificativa para suplantar a necessidade de aprovação do Cade para consumação da operação; do contrário, busca-se, sim, destacar a importância de que a notificação, ou melhor, a impugnação da análise ao Tribunal ocorra com a maior brevidade possível,⁴⁷ evitando, inclusive, tensão entre a decisão judicial no processo de recuperação e a autonomia do Cade para apreciar os aspectos concorrenciais da operação.

À primeira vista, qualquer ingerência de B sobre A, antes da autorização pelo Cade, poderia acarretar nulidade dos atos e imposição de multa às partes. Contudo, na análise do AC 08700.008292/2013-76, balizou-se que a prática de atos banais e corriqueiros da atividade empresarial não configuraria *gun jumping*.⁴⁸ Nesse racio-

45. Cf. Parecer ProCade 182/2013 no AC 08700.005775/2013-19.

46. Hipóteses exemplificativas à luz do AC 08700.007899/2013-39.

47. Isto é, se factível ante a situação concreta, abreviar o prazo de 30 dias estipulado no art. 115, § 2.º, do RI-Cade (e igualmente para a apreciação do Tribunal – ou seja, quer-se prestigiar uma análise célere, cujo parâmetro não seja o máximo prazo legal). Tal procedimento viria no intuito de lograr sinergia entre a decisão judicial e a decisão antitruste, como também aumentar as chances de efetividade do processo recuperacional. Oportuno notar que a LRF, em seu art. 79, estabelece que, no âmbito processual cível, “os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância”, disposição esta que vem sendo aplicada igualmente para os processos de recuperação judicial, nos quais o fator tempo é de extrema relevância para que a empresa recuperável em tese seja recuperável de fato.

48. Entendeu-se que “algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam elas ser alcançadas pela pena de nulidade prevista no art. 88, § 3.º, da nova Lei Antitruste”, tais como “o pagamento a certos tipos de fornecedores (ex.: contas de luz e água), a aquisição de equipamentos de uso corriqueiro (ex.: materiais de escritório) e a contratação de serviços sem

nal, ainda que *B* não possa assumir de imediato os ativos/atividades de *A*, poderia, ao menos, realizar atos destinados à manutenção do estado de funcionamento de *A* e à preservação das condições da operação, desde que sem efeitos concorrenciais relevantes, até o ulterior julgamento da incorporação pelo Cade.⁴⁹

Dada a situação econômico-financeira sensível do devedor requerente da recuperação ou em recuperação judicial e a necessidade premente de aporte de recursos e início das atividades de reorganização da atividade empresarial, seria de suscitar a possibilidade de se requerer autorização precária e liminar para a realização prematura de um ato de concentração. Conforme trabalhado ao longo deste artigo, caso a medida fosse requerida, caberia a *B* demonstrar (i) inexistência de perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) que as medidas cuja autorização for requerida são integralmente reversíveis; e (iii) que logre demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para *A*, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não for concedida.

Nesse contexto de autorização precária e liminar, poder-se-ia cogitar eventual *flexibilização de critérios* com relação à configuração do *gun jumping* e integração prematura, em que *B* estaria autorizado a realizar atos de integração com *A* em um cenário em esse mesmo *A*, ainda que viável economicamente, estivesse totalmente descapitalizado e necessitando da consumação da operação para manter-se em atividade e conseguir honrar com as obrigações previstas no plano de recuperação. Sob esse diapasão, portanto, a autorização precária e liminar seria o recurso derradeiro em nome da preservação da empresa e em busca dos objetivos insculpidos no art. 47 da LRF.

Destarte, ainda que se busque na autorização precária e liminar meio de salvaguardar a manutenção presente das atividades de *A* e o efetivo êxito futuro do empreendimento a ser incorporado por *B*, é de se atentar para a questão temporal. Isto é, o prazo máximo para concessão da autorização precária, mesmo que mais célere em relação ao prazo da análise regular, poderia se revelar, em casos envolvendo recuperação judicial, sensivelmente longo. Para que o conselheiro relator possa eventualmente autorizar, precária e liminarmente, o ato de concentração econômica (art. 59, § 1.º, da Lei 12.529/2011) é necessária, primeiramente, manifestação da superintendência-geral a respeito, emitida no prazo de 30 dias a contar da notificação do ato, para, somente então e em igual prazo, o conselheiro relator (Tribunal) apreciar o pedido (art. 115, §§ 2.º e 3.º, do RI-Cade). Nessa situação

qualquer relevância concorrencial (ex.: manutenção predial)", sendo que aplicar a pena de nulidade e multa nesses atos seria, "pelo menos à primeira vista, desarrazoada, seja porque gera custos sociais gigantescos, a serem arcados principalmente por terceiros de boa-fé, que não estão de forma alguma relacionados à prática infrativa".

49. Cf. SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. Op. cit.

é possível verificar o transcurso de até 60 dias para que a autorização em análise seja concedida, período que, muitas vezes, pode ser excessivamente longo para a situação de A, o qual se encontra com a saúde financeira e estrutura organizacional combalidos, e necessita, ao menos, de premente aporte de recursos.⁵⁰ Em síntese, a preocupação se manifesta em virtude do prazo para a concessão da autorização precária e liminar, que, com efeito, pode ser um óbice relevante aos objetivos da recuperação judicial.⁵¹

Para ilustrar a possível incompatibilização de prazos, mesmo em se falando de concessão de autorização precária para fechamento, imagine-se que a proposta de incorporação de A por B tenha sido realizada nos autos de recuperação judicial no interregno entre a apresentação do plano de recuperação e realização da assembleia geral de credores, sendo, por fim, delineada e aprovada na própria assembleia, com subsequente homologação judicial.

Nessa hipótese, os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 03 meses anteriores ao pedido de recuperação, até o limite de 05 salários mínimos por trabalhador, deverão ser pagos em até 30 dias da homologação (art. 54, parágrafo único, da LRF). No transcurso desse prazo seria possível que não se vislumbresse a análise do pedido de concessão para autorização precária. Soma-se a isso o fato de que, não raro, A não disporia, por conta própria, dos recursos necessários para referido pagamento, o qual, se não realizado, poderá configurar descumprimento do plano e ensejar a convolação da recuperação em falência (art. 94, III, g, da LRF).

Assim, mesmo se A e B buscarem a concessão de autorização precária e liminar para o fechamento, o êxito da operação realizada no âmbito da recuperação judicial demandará celeridade extrema na análise, tanto em razão dos prazos específicos da LRF, como também pela necessidade de manter A em funcionamento de forma competitiva (no limite do possível), em prol do mercado e da dinâmica dos negócios.

Não obstante o exposto, cabe reiterar que a análise deverá ser casuística e realizada com cautela extrema, sob o risco de se violar preceitos e valores concorrenciais, além de potencial incentivo ao ilícito, qual seja, a adoção do pro-

50. Nesse sentido, ver nota de rodapé 51.

51. Escapa ao mérito deste artigo explorar a fundo o fator segurança jurídica da medida, entretanto, não se pode negligenciar que o art. 116 do RI-Cade, a depender de como interpretado, daria margem para incertezas ao dispor que o Tribunal, a qualquer momento, poderá rever a autorização. A leitura do dispositivo deveria vir acoplada ao art. 117 do mesmo RI-Cade para fins de consistência. A respeito do art. 117, as partes devem estar cientes de que, uma vez descumprida quaisquer das obrigações estipuladas na decisão de autorização precária e liminar, a consequência será, dentre outras, o retorno ao *status quo ante* em face da revogação da medida.

cesso de recuperação judicial como forma de burlar restrições às concentrações econômicas.⁵²

Por derradeiro e repisando racional basilar, todo e qualquer ato de concentração econômica pretendido no âmbito de processo de recuperação judicial, mesmo que homologado por decisão judicial (art. 58 da LRF), terá sua implementação e efetivação condicionada à aprovação pelo Cade no procedimento e nos termos da Lei 12.529/2011.⁵³

4. CONCLUSÕES

Buscou-se no presente trabalho abordar, em resumo e de forma objetiva, a análise prévia dos atos de concentração no âmbito do processo de recuperação judicial. Enfrentou-se a problemática da harmonização do sistema de análise prévia dos atos de concentração adotado pelo SBDC, a partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, com a dinâmica do processo de recuperação judicial, previsto na Lei 11.101/2005. A questão, atual e complexa, demanda a harmonização de prazos e procedimentos judiciais e administrativos para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial e se preservem os valores concorrenciais.

A fim de tornar o artigo dinâmico e prático, além de se abordar caso concreto, que adentrou referencialmente no assunto, também se buscou delinear um caso hipotético, visando capturar argumentos a serem explorados quando da análise de atos de concentração em processo de recuperação judicial pelo Cade. Para tanto, jogou-se luz para a autorização precária e liminar, mecanismo ainda pouco usual na praxis antitruste, mas de importância ímpar nessas circunstâncias.

Ante o exposto e em virtude das vicissitudes do mercado brasileiro, que se acentuaram nos últimos anos e acarretaram aumento do número de processos de recuperação judicial, a discussão em torno da operacionalidade do instituto da autorização precária e liminar fez-se imperativa. Notadamente, o tema é de suma importância para salvaguardar empresas em situação de grave crise, aliada a relativa marginalidade desse instituto, cuja aplicação merece ser incentivada, sob o risco de se tornar um dispositivo inócuo, por vezes olvidado, prejudicando a dinamicidade exigida no mercado.

Portanto, ao descortinar o tema, o presente artigo inferiu que o instituto da autorização precária a liminar seria operacional e pertinente na hipótese analisada, e, dessa maneira, procurou fomentar sua aplicação diante de casos envolvendo recuperação judicial na iminência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis,

52. A respeito ver MIRANDA, Gabriel Mattioli de; ROCHA, Camila Pires da. Implicações do regime de falências no direito concorrencial. *RIBRAC* 25/139, São Paulo: Ed. RT, 2014.

53. Ver parecer ProCade no AC 08700.008187/2012-56.

com o propósito de manter o equilibrado funcionamento da ordem econômica e preservar a higidez da empresa em crise.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial: (i) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades; e (ii) alienação de participações societárias detidas pelo devedor (artigo 50, II, da Lei Falimentar). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- CORDOVIL, Leonor. Gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis? Fox, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart, Publishing, 2009.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Glauco Martins; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. 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 (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David. *Premier planning and coordination – How to avoid “gun jumping” under U.S. Antitrust Law*. ICLG Merger Control, 2008. Disponível em: [www.kayescholar.com/news/publications/2007054/_res/id=sa_File1/MC]. Acesso em: 21.08.2014.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Ed. Singular, 2012.
- MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o Cade. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 22, p. 57-80, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 63, p. 131, São Paulo: Ed. RT, 2014.

- MIRANDA, Gabriel Mattioli de; ROCHA, Camila Pires da. Implicações do regime de falências no direito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 25, p. 139, São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *O novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping: traçando parâmetros para as empresas*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio de Janeiro (Orientador: Prof. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo). Rio de Janeiro, nov.-2012.
- MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do mercado de Capitais*, vol. 36, p. 184, São Paulo: Ed. RT, 2007.
- NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PERIN JR., Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.
- RIBEIRO, Camilla Schrappe. Impacto da análise prévia dos atos de concentração nas operações societárias. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, p. 37-58, São Paulo: Ed. RT, 2013.
- SALLES, Luiz Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 21, p. 111-140, São Paulo: Ed. RT, 2012.
- SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. Gun-jumping e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 24, p. 11-29, São Paulo: Ed. RT, 2013.

Sítios eletrônicos:

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br].
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Subchefia para assuntos jurídicos*. Legislação. Disponível em: [www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao].
- Serasa Experian. Disponível em: [www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm].

Jurisprudência Cade: Atos de Concentração

- AC 08700.008080/2014-70 (Requerentes: Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).

- AC 08700.008081/2014-14 (Requerentes: Colorado Imóveis e Participações Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.008082/2014-69 (Requerentes: Laticínios Bela Vista Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.007436/2014-58 (Requerentes: Lactalis do Brasil – Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.002285/2014-41 (Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC.).
- AC 08700.005775/2013-19 e parecer ProCADE 182/2013 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras).
- AC 08700.008289/2013-52 (Requerentes: Aurizônia Petróleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.).
- AC 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.).
- AC 08700.007899/2013-39 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Total E&P do Brasil Ltda.).
- AC 08700.008605/2013-86 (Requerentes: Energisa S.A. e Rede Energia S.A.).
- AC 08700.008187/2012-56 e parecer ProCADE n.º 11/2013 (Requerentes: Camil Alimentos S.A. e Carreteiro Alimentos S.A.).
- AC 08700.008212/2012-00 (Requerentes: Equatorial Energia S.A. e Centrais Elétricas do Pará S.A.).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade, de Amanda Athayde Linhares Martins – RIBRAC 22/57 (DTR\2012\451382);
- Implicações do regime de falências no direito concorrencial, de Gabriel Mattioli de Miranda e Camila Pires da Rocha – RIBRAC 25/139 (DTR\2014\9443); e
- 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, de Fernando Antônio Alves de Oliveira Jr. – RIBRAC 19/137 (DTR\2011\1836).