

O grupo Ambev sob a ótica das coligações contratuais (parte 2)



Venceslau Tavares Filho
Advogado

Uma das grandes discussões a preencher o ambiente doutrinário e

acadêmico brasileiro nas últimas décadas, em matéria de Direito Contratual, é a controversa e instigante questão das redes ou coligações contratuais. Longe de superada, a questão ganhou mais força: com o decurso do tempo as relações econômicas tornaram-se ainda mais complexas, e os agentes que regem os cordões das atividades financeiras diárias demandam modalidades cada vez mais peculiares de contratos para manterem vivas as suas transações.

No mundo contemporâneo, as coligações contratuais são uma ferramenta absolutamente efetiva para tal fim e, como tal, seu uso é recorrente; o que enseja, naturalmente, que os mais diversos casos sejam analisados sob a ótica da teoria das redes contratuais. Na coluna passada, analisamos a formação do grupo Ambev a partir da teoria das coligações contratuais. Como já antecipamos, o Cade entrevistou e impôs, para a efetividade e legalidade do contrato de fusão, a celebração de contrato de trespasse que cedesse uma das marcas das duas empresas (a escolhida fora a cerveja Bavária) e cinco estabelecimentos fabris da Ambev (um em cada região do país); bem como exigiu que o comprador dos referidos itens participasse da rede de distribuição do grupo formado por quatro anos.

No caso em análise, verifica-se que não há óbice em descrever o fenômeno enquanto espécie de coligação, haja vista que todos os requisitos para tal caracterização estão presentes: contratos díspares que unem-se sob um mesmo vínculo funcional (a perpetração da fusão entre duas empresas) e econômico (compra e venda de uma marca e de cinco estabelecimentos industriais, bem como participação real do adquirente na rede de distribuição própria do alienante); além disso, poder-se-ia conjecturar que o contrato de trespasse é mero acessório do contrato principal, isto é, do contrato de fusão.

Caracterizada a coligação, pergunta-se se a elisão da cláusula de não concorrência, coisa que entra em desacordo com a maioria dos contratos de trespasse realizados no país, é admissível. Quanto a isso, voltemos aos dizeres de Rodrigo Xavier Leonardo, quando de sua análise de casos em que há situações atípicas de ameaça aos direitos de uma das partes, por conta de ações ou omissões de outros agentes em polos distintos da coligação. De saída, diz Xavier Leonardo: “por meio dessa teoria, busca-se reconhecer



que entre contratos aparentemente diversos [...] pode haver um determinado vínculo capaz de gerar consequências jurídicas autônomas em relação aos efeitos tradicionais desses contratos”[1].

Ou seja: é corriqueiro e comum das redes contratuais haver uma transmutação das consequências jurídicas hodiernas, como resultado da natureza dos vínculos que unem os contratos. Por isso mesmo, diz-se que há os deveres “paralelos” ou “supracontratuais” nas coligações, como os denomina o professor Rodrigo Xavier Leonardo, endereçados aos terceiros e aos próprios integrantes das miríades de obrigações que compõem o espectro contratual. É o que denominamos de eficácia paracontratual, “ou seja, ao lado e diversa daquela que se realiza no âmbito interno das relações contratuais, e que ‘se justifica pelo reconhecimento duma operação econômica unificada que se sobrepõe àquela decorrente de cada um dos contratos que se encontram coligados”[2].

Esses deveres não podem ser elididos, e o fato de emanarem dos vínculos da rede os torna imprescindíveis para o bom funcionamento daquela relação. Assim, os efeitos produzidos precisam ser no sentido de salvaguardar terceiros (no caso aqui analisado, os consumidores das bebidas) e os próprios integrantes da coligação (neste caso, especialmente os adquirentes no contrato de trespasse). Nesse sentido, existem diversos precedentes jurisprudenciais “que, para alcançar o resultado proteção do consumidor, reconhecem a contaminação de invalidades entre contratos interligados em rede”[3].

Com efeito, preleciona Xavier Leonardo que há a mudança de muitos efeitos, em relações oriundas de redes contratuais, para que haja tal preservação. Dá o exemplo de julgado que considerou ineficaz a garantia real de imóvel hipotecado em favor de instituição que financiara, através de incorporador, promissário comprador de outro imóvel de uma construtora: “Neste julgado, antes de concluir pela ineficácia da garantia real, o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior explicita que, não obstante a pluralidade de contratos, pode ser destacada a unicidade da operação econômica que denuncia a existência da rede contratual: ‘(...) é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário)”[4].

Assim, considerando as características próprias da coligação contratual, que irradia efeitos únicos que afetam todos os envolvidos e os terceiros, entendemos que a não existência da cláusula de não concorrência é fundamentada na própria natureza da rede contratual formada, bem como nos deveres paralelos de não lesar aos consumidores (que certamente restariam lesados, em virtude do monopólio ou oligopólio empresarial) e aos integrantes da coligação. É exemplo claro de um contrato, através dos vínculos formados, influenciando no outro.

Contudo, importa notar que, por mais que o trespasse tenha servido de ferramenta indispensável à validade do contrato de fusão, não depende mais dele e sua própria validade mantém-se ainda que a fusão venha a ser fulminada, em atenção à boa-fé dos terceiros adquirentes e da legitimidade que decorre do fato de que tais contratos foram celebrados em virtude de determinação do Cade.

Por isso, entendemos que os vínculos que constituem a rede contratual ora analisada não podem ser caracterizados enquanto coordenados, haja vista que um contrato pode subsistir válido apesar da nulidade do outro; mas compreendemos também que não é possível caracterizar esta relação enquanto ~~puramente “de dependência”, posto que não há um contrato que esteja subordinado ao outro. O mais~~



certo, nos parece, é que há uma variação da natureza dos vínculos: num primeiro momento, o contrato de trespasse é *accessório* ao contrato de fusão, enquanto que, após a aquisição das instalações e da marca, o contrato de fusão passa a ser *dependente* do contrato de trespasse. Isto porque, se o trespasse for declarado nulo por qualquer motivo que colocar em dúvida a legitimidade do contrato de fusão, ter-se-á (ao menos, em tese, já que é muito difícil crer que as instâncias superiores do Judiciário admitiriam o embaraço de contrato de tal porte) a nulidade do negócio jurídica da fusão.

Ademais, o fato de ser o Cade quem impôs a coligação não é óbice algum à caracterização da coligação. Com efeito, as redes contratuais podem ser resultado da força da lei, o que logicamente permite que um órgão a quem a lei deu poder detenha certa prerrogativa de arbítrio para tais situações, afora o fato de que as coligações podem ainda ser “necessárias”, no sentido de que o peso dos eventos (no caso, aqui, um perigo real de monopólio do mercado de bebidas brasileiro) obrigue a que seja tomado o curso referido. Destarte, em virtude da variação da natureza dos vínculos, bem como a depender da finalidade sistemática da coligação contratual, poderá haver ou não o efeito paracontratual da contaminação das invalidades.

Observe-se que, no caso da celebração de compromisso de compra e venda com outorga de poderes à incorporadora para hipotecar imóvel objeto de contrato de consumo, a invalidade de tal cláusula reputada abusiva contagia e irradia seus efeitos ao contrato de constituição da garantia hipotecária celebrada entre a incorporadora e uma instituição financeira[5]. Isto se dá em virtude do fato de que a finalidade comum da coligação contratual que se dá em virtude da celebração de promessa de compra e venda entre a incorporadora e o consumidor, e da celebração de contrato de constituição da garantia hipotecária entre a incorporadora e uma instituição financeira: a celebração de tais negócios visa a viabilização de empreendimento imobiliário para a aquisição de bens imóveis.

A coligação contratual que se dá entre o negócio jurídico de fusão e os contratos de trespasse tem por finalidade a viabilização da fusão entre as duas empresas com proteção a livre concorrência e aos interesses dos consumidores. No primeiro caso, a cláusula que permite a constituição da garantia de hipoteca pode privar a promessa de compra e venda do seu principal efeito, qual seja, o de viabilização a aquisição de imóvel livre de qualquer gravame. A contaminação das invalidades verifica-se neste caso a fim de permitir a realização da finalidade sistemática: a aquisição imobiliária.

No segundo caso, contudo, a fusão não se constitui em um fim em si mesmo. Importa preservar a eficácia do trespasse realizado por determinação do Cade, tendo em vista a prevalência da proteção do consumidor e da livre concorrência; deveres paracontratuais a serem observados em tal caso. Assim, como já explicamos, eventual invalidade da fusão não repercutiria na higidez dos contratos de trespasse. Daí porque se impõe a análise da natureza dos vínculos contratuais e da finalidade sistemática da coligação contratual, a fim de determinar se a eficácia paracontratual poderá determinar ou não a contaminação das invalidades.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*



[1] LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do STJ. **Revista dos Tribunais**, v. 832 (fev./2005). São Paulo: RT, p.100-111.

[2] LEAL, Larissa Maria de Moraes; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Notas sobre o empreendimento do shopping center – A questão do tenant mix e da cláusula de raio e seus efeitos no campo das relações empresariais e das relações de consumo. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, n. 2, v. 2 (jan.-mar./2015). São Paulo: RT, p. 137-155.

[3] LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003, p. 190.

[4] LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do STJ. **Revista dos Tribunais**, v. 832 (fev./2005). São Paulo: RT, p.100-111.

[5] Tal entendimento restou pacificado na Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Date Created

15/07/2019