

# 10

## Da função social aplicada ao controle dos atos de concentração empresarial *The social function applied to the control of corporate concentration*

DANIEL FERNANDO PASTRE

Advogado sócio do escritório Castardo & Pastre Advogados Associados, Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba, Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Academia de Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST.

Endereço eletrônico: [daniel.pastre@gmail.com](mailto:daniel.pastre@gmail.com)

### RESUMO

A Lei Antitruste proíbe, no Brasil, a prática de atos e contratos que possam afetar negativamente a ordem econômica; especialmente porque tais atos visam ao aumento exagerado do poder de mercado. O artigo 54 da referida lei autoriza, todavia, que aqueles atos ou contratos, ainda que prejudiquem a concorrência, possam ser aprovados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto por uma tríade estatal, que perquirirá (para a autorização) sobre o aumento da qualidade, produtividade ou eficiência do produto ou serviço ofertado. Nada menciona a lei sobre o cumprimento ou não da função social, nem mesmo se a função social pode complementar a interpretação ou, mesmo, sobrepujar outros princípios constitucionais, análise que cabe ao presente estudo.

**Palavras-chave:** direito da concorrência, função social, Lei Antitruste.

### ABSTRACT

Antitrust law prohibits, in Brazil, the practice of acts and contracts that may negatively affect the economic order, especially because such acts are aimed at an exaggerated increase in market power. Article 54 of the Act authorizes, however, that those acts or contracts, that undermine the competition, may be approved by the Brazilian System for Protection of Competition (SBDC), a triad composed of state, which will inquire (for approval) on increased quality, productivity or efficiency of the product or service; nothing mentions the law enforcement or not of the social function, not even if the social function can complement the interpretation or even override other constitutional principles, an analysis that fits the current study.

**Keywords:** competition law, social function, antitrust law.

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se fala, na doutrina nacional, acerca da função social da propriedade, do contrato e, mais recentemente, da empresa. Alega-se, com relação à propriedade, que a função social pode ser um limitador ao direito absoluto ou um condicionador; mas o fato é que são várias as normas, quer constitucionais, quer infraconstitucionais, que garantem o cumprimento daquela função, ora limitando, ora impondo um comportamento determinado ao proprietário.

Para o contrato, o Código Civil foi expresso ao prescrever, no artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Sendo assim, a doutrina é pacífica ao entender que os contratos devem ser interpretados e regulados sob uma disciplina socialmente benéfica. Miguel Reale<sup>1</sup> já dizia que “é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público”.

Se aplicada ao ramo empresarial, a função social, apesar de negada por alguns doutrinadores, prescreve um comportamento da empresa no sentido de trazer benefícios aos trabalhadores, aos consumidores e à sociedade em que atua. Contudo, apesar de muito discutida em outros ramos do Direito, pouco se falou acerca do princípio da função social aplicado aos atos de concentração empresarial.

A concentração empresarial deve ter uma função específica, além do óbvio papel de aumentar a lucratividade das empresas envolvidas; cabe, portanto, a análise social do fenômeno, e não mais a análise puramente econômica.

Destarte, o caminho lógico a ser percorrido inicia-se na conceituação preliminar de ato de concentração e mercado relevante, passando pelos mecanismos estatais de controle e o fenômeno da constitucionalização do direito privado para, ao final, verificar a aplicação do princípio da função social para complementar ou; até mesmo; sobrepujar os preceitos da lei antitruste.

Ressalte-se que o próprio conceito de função social deve ser redefinido e atualizado ao sistema concorrencial, trazendo-se considerações da função social da propriedade, do contrato e da empresa (apesar das ressalvas feitas por parte da doutrina nacional).

O foco central do estudo é, portanto, a interpretação da ordem econômica constitucional e o relacionamento dos princípios que regem essa ordem, assim como a atuação da autoridade antitruste com o arcabouço jurídico disponível, já

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. Função social do contrato. Home Page, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2008.

que, “no fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens”<sup>2</sup>.

Para tanto, serão vistos, ao final, alguns julgados e pareceres das autoridades antitruste, buscando-se constatar se o seu atuar é vinculado aos princípios e garantias fundamentais, uma vez que se quer verificar se há ou não influência da dignidade da pessoa humana e da função social na ingerência estatal na atividade empresarial.

## 2. CONCEITOS PRELIMINARES

Como intento preliminar, julga-se importante destacar o conceito de ato de concentração empresarial, assim como a intrínseca ligação deste com o conceito de mercado relevante. Postas as premissas básicas, ver-se-ão os mecanismos de controle estatal daqueles atos e se o exame estatal pode ter como fonte basilar o princípio da função social.

### 2.1. Atos de concentração empresarial

Para a completude do estudo, inicia-se a conceituação de ato de concentração empresarial, consistente, basicamente, em qualquer ato jurídico ou contrato que propicie um incremento de riquezas das empresas participantes.

A concentração, para a doutrina brasileira, entende-se por aumento de riquezas em poucas mãos<sup>3</sup>; portanto, o aumento de poder econômico das empresas é a preocupação central do direito antitruste nacional.

Cabe destacar que não é todo e qualquer incremento que atrai a atenção dos organismos de controle do Estado, mas sim somente os atos de concentração que revelem domínio de 20% do mercado relevante ou aqueles em que qualquer das empresas envolvidas apresente faturamento bruto anual, no Brasil, superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), conforme dicção do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei Antitruste e a Súmula n. 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 13.

<sup>3</sup> FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 84.

<sup>4</sup> Súmula n. 1: “Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n. 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.”

Destarte, um ato de concentração empresarial busca um incremento de poder empresarial-econômico e tem a possibilidade de ser caracterizado por condutas ou por modificações nas estruturas das próprias empresas, podendo ter como finalidade um benefício ou um prejuízo ao mercado<sup>5</sup>.

Frise-se que não só as empresas privadas submetem-se a esta ordem econômica e ao controle (e restrições) dos organismos estatais, mas também as próprias empresas públicas e sociedades de economia mista, dentre outras que explorem atividade econômica<sup>6</sup>. Portanto, qualquer alteração significativa no mercado é passível de levar a uma intervenção estatal direta, podendo esta mudança ser autorizada ou não pela autoridade antitruste nacional, consoante critérios estabelecidos pelo artigo 54, parágrafo 1º, I, da Lei Antitruste<sup>7</sup>.

Eros Roberto Grau<sup>8</sup> expôs que a intenção do intérprete é, na verdade, possibilitar a existência de um ato que restrinja a concorrência, desde que as “eficiências sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos”.

Como se depreende da leitura do texto legal e da mencionada interpretação doutrinária, aqueles critérios da legislação não mencionam expressamente a função social como princípio autorizador (ou não) do ato de concentração, cabendo ao intérprete da lei verificar se é possível tal inclusão. A conclusão poderá ser vista ao fim deste artigo.

## 2.2. Classificação dos atos de concentração empresarial

Sobre a classificação dos atos de concentração empresarial, aceita pela doutrina de forma unânime, Paula Andréa Forgioni<sup>9</sup> disse que eles se subdividem em:

<sup>5</sup> AREEDA, Philip E. & KAPLOW, Louis *apud* NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

<sup>6</sup> PINTO JÚNIOR, Mário Engler. O antitruste e as empresas estatais. *Revista de Direito Mercantil*, n. 138, São Paulo, abril/junho, 2005, p. 179.

<sup>7</sup> “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (...).”

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andréa. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 195.

<sup>9</sup> FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 467.

(...) horizontais, verticais e conglomerados. Assim como os acordos horizontais, as concentrações desse tipo envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando, portanto, em direta relação de concorrência. Ao invés, é vertical se os partícipes desenvolvem suas atividades em mercados relevantes “a montante” ou “a jusante”, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição o produto.

As concentrações conglomeradas dizem respeito, por sua vez, a empresas que atuam em mercados relevantes completamente apartados (...).

Isto posto, são três as formas de concentração: horizontal, vertical e conglomerados – conceitos que serão esmiuçados sequencialmente.

### 2.2.1. Concentração horizontal

Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo<sup>10</sup>, a concentração horizontal “envolve duas ou mais empresas atuantes no mesmo mercado relevante ou em mercados de produtos sucedâneos, que possam competir entre si”.

Trata-se, portanto, de uma relação íntima entre empresas antes competidoras, no sentido de relevar a concorrência direta e estabelecer a cooperação em determinado ramo (produto ou serviço), sendo a forma de concentração mais ameaçadora à livre concorrência, pois dela “resulta a saída de um concorrente do mercado, aumentando o grau de concentração”<sup>11</sup>.

Evidentemente que tais operações podem resultar em incremento de poder de mercado, quicá a formação de um oligopólio ou, mesmo, um monopólio; porém, a vedação cega aos monopólios está sendo desmistificada, entendendo parte da doutrina que uma “sucessão de monopólios é economicamente melhor do que a competição estática entre empresas”<sup>12</sup>. Ou seja, para que um monopólio supere o outro, é necessário um incremento na atividade econômica, seja por minimização de custos (e, conseqüentemente, do preço final ao consumidor) ou por desenvolvimento de novas tecnologias; foi o que Joseph Schumpeter<sup>13</sup> chamou de “a onda de destruição criativa”<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 46.

<sup>11</sup> NUSDEO, *idem*.

<sup>12</sup> SCHUMPTER, Joseph *apud* POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen, 2002. p. 281.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *A gale of creative destruction*.

Pelo exposto, vê-se que a concentração horizontal, apesar de tendente ao incremento do poder de mercado, pode ser útil aos consumidores e ao mercado em geral; atendendo, em tese, à função social do próprio ato, como poderá ser melhor explicado posteriormente.

### 2.2.2. Concentração vertical

A concentração vertical, fundada, assim, em acordos verticais, pode ser conceituada como atos ou contratos entre agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, que atuam em elos distintos da corrente de produção ou distribuição de determinado bem ou serviço, ou seja, consiste “na operação envolvendo agentes econômicos distintos que ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva”<sup>15</sup>.

Nestes termos, diz-se que o acordo vertical pode ser “a montante” (para cima), quando relacionado ao elo de produção; ou “a jusante” (para baixo), quando concatenado ao processo de distribuição<sup>16</sup>.

Corroborando esse entendimento, Calixto Salomão Filho<sup>17</sup> disse que “os acordos verticais têm uma estrutura bastante diversa dos horizontais. Seu objetivo não é eliminar a concorrência, mas sim eliminar a oposição de interesses entre seus membros”.

Gize-se, assim, que o agente econômico que busca associar-se com outro em linha vertical procura, na verdade, diminuir os riscos inerentes à atividade empresarial, e não diminuir a própria atividade empresarial, eliminando a concorrência; busca, portanto, segurança<sup>18</sup> para o desenvolvimento de sua atividade econômica ou a eliminação das incertezas<sup>19</sup>.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a diferença básica entre concentração horizontal e vertical é que, na primeira, há eliminação direta de um concorrente (posto que os antigos concorrentes reúnem esforços para a maximização de lucro); na segunda, todavia, não se elimina ou inviabiliza a concorrência pela simples concentração – há a reunião de esforços, mas não a eliminação direta de um concorrente do mercado.

<sup>15</sup> Guia prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicacoes/cartilha.asp>>. Acesso em: 05 de agosto de 2008.

<sup>16</sup> FORGIONI, *op. cit.*, p. 467.

<sup>17</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 291.

<sup>18</sup> ROBINSON, E. A. G. *apud* FORGIONI, *op. cit.*, p. 418.

<sup>19</sup> SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 299.

Outro ponto que merece destaque é o uso das restrições verticais como forma de viabilizar o próprio ato de concentração vertical, ou seja, as empresas utilizam-se de meios restritivos quando acordam a cooperação na cadeia produtiva ou de distribuição; como maior exemplo, tem-se o contrato de exclusividade, por meio do qual um agente econômico compromete-se a comprar ou vender de outro exclusivamente incentivado por um subsídio ou pela facilitação da distribuição do produto ou serviço.

Outras formas de restrições verticais podem ser estudadas, além da exclusividade, como recusa de negociação, divisão territorial, controle do preço de revenda e de base de clientes e vendas casadas<sup>20</sup>; mas não é o foco estudar em detalhes todas as formas restritivas, ainda mais porque há severa disputa doutrinária sobre o tema.

Basta, então, visando a não estender o tema em demasia, concluir que os acordos verticais e as restrições impostas poderão gerar eficiências produtivas entre os agentes econômicos participantes, posto que as partes terão a possibilidade de compartilhar conhecimentos especializados em diferentes setores específicos, que dificilmente seriam assimilados se não existisse este vetor de comunicação, propiciando o contato direto com novas técnicas produtivas<sup>21</sup>; ou seja, se entendido que a função social caracteriza-se pelo incremento tecnológico, poderia ser utilizado tal conceito para autorizar um ato de concentração vertical (ou uma restrição vertical), ainda que prejudicial à concorrência.

### 2.2.3. Conglomerados

As concentrações conglomeradas<sup>22</sup>, por sua vez, configuram-se como aquelas que não são horizontais ou verticais, por exclusão dos conceitos já relatados, caracterizando-se pela reunião de esforços empresariais de agentes que não concorrem diretamente nem possuem qualquer vínculo na cadeia produtiva ou de distribuição, sendo complexa a avaliação direta da eficiência de tais atos ou da aplicação da função social ao caso.

É muito contestada a necessidade de atuação da autoridade antitruste quando da verificação de grandes conglomerados econômicos, fundamentalmente porque

<sup>20</sup> As restrições citadas encontram menção expressa na Resolução n. 20/99 do Cade. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao/resolucoes/20resol99.asp>>. Acesso em: 02 de agosto de 2008.

<sup>21</sup> KERBER, Wolfgang & VEZZOSO, Simonetta. EU Competition policy, vertical restraints, and innovation: an analysis from an evolutionary perspective. In: 10th INTERNATIONAL JOSEPH A. SCHUMPETER SOCIETY CONFERENCE – ISS. *Proceedings...* Milan: Philipps-Universität Marburg, 2004. p. 16.

<sup>22</sup> NUSDEO, *op. cit.*, p. 50.

tal prática não restringiria diretamente a concorrência (posto que não geraria poder de mercado), nem aniquilaria (de plano) um concorrente do mercado, como acontece nos acordos horizontais.

Roberto Bork<sup>23</sup> chegou a dizer que a formação de conglomerados entre duas ou mais empresas que atuam em mercados distintos e não têm nenhuma relação entre si não cria nem aumenta o poder de mercado de uma delas (ou de ambas), devendo ser desconsiderada pelo Direito antitruste.

Parece, contudo, que a formação de conglomerados e a atuação da autoridade antitruste, no Direito brasileiro, é de fundamental importância, posto que advém do regramento do artigo 54, parágrafo 3º, da Lei Concorrencial<sup>24</sup>.

A doutrina<sup>25</sup> esclarece o artigo mencionado, dizendo que os critérios apresentados são objetivos, em especial o critério de faturamento, posto que também os conglomerados devem submeter-se à eventual chancela da autoridade antitruste.

Sendo assim, importa dizer que, independente do incremento do poder de mercado, a formação de conglomerados que atinjam os critérios legalmente estabelecidos deve ser submetida à autoridade concorrencial para análise de eventuais prejuízos à concorrência, inclusive com base na função social, como posteriormente será exposto.

### 2.3. Mercado relevante

Como visto anteriormente, a relação entre os vários tipos de concentração depende da análise do impacto de tais atos sobre o mercado, não de maneira geral, mas sim de forma específica, ou seja, sobre o mercado relevante geográfico ou do produto.

Isto porque a demarcação do mercado relevante define se um ato de concentração, por exemplo, é vertical, horizontal ou conglomerado; ou, ainda, pode esclarecer se há o domínio empresarial mínimo, como definido na lei, no percentual já exposto.

<sup>23</sup> BORK, Roberto H. *Antitrust Paradox*. New York: Aspen, 1993. p. 246.

<sup>24</sup> “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade. (...) § 3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

<sup>25</sup> SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 319.

Assim, o mercado relevante pode ser classificado como geográfico e do produto. Calixto Salomão Filho<sup>26</sup> entendeu que mercado relevante geográfico caracteriza-se pelo espaço geográfico onde o agente econômico pode, sem perder grande número de clientes ou alavancar a distribuição de produtos da concorrência, aumentar os preços de seus produtos.

Sendo assim, o mercado relevante geográfico não pode ser “determinado abstratamente, pois depende não apenas da localização do agente econômico, mas também da natureza do produto e da prática que está sendo analisada”<sup>27</sup>.

Já o mercado relevante de produtos<sup>28</sup> deve ser analisado no espectro de concorrência direta, tendo o consumidor papel fundamental, posto que é ele quem deve estar disposto a trocar o produto consumido por um similar; parte, portanto, de um mesmo mercado relevante. Ou seja, produtos fungíveis entre si pertencem, regra geral, a um mesmo mercado relevante material (ou do produto), ainda que não pareçam semelhantes em primeiro momento.

Postas todas as premissas essenciais, como a conceituação de atos de concentração e seus tipos, assim como a relação íntima com a definição de mercado relevante, cumpre especificar a quem compete aplicar estes conceitos e se, partindo-se destes mesmos conceitos, pode-se chegar a uma função social aplicável ao Direito antitruste, visando a complementar ou sopesar as regras legais.

### 3. CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO: SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae).

Tais organismos estatais têm a função primordial de promover uma economia de mercado competitiva, fundando-se na livre iniciativa e na livre concorrência, para o fim especial de trazer benefícios sociais e econômicos, coibindo qualquer ato ou contrato que possa limitar ou prejudicar aqueles princípios máximos.

Comentando as inovações da Lei n. 8.884/94, Carolina Pancotto Bohrer Munhoz<sup>29</sup> disse que:

<sup>26</sup> SALOMÃO FILHO, *op. cit.*, p. 109 e ss.

<sup>27</sup> FORGIONI, *op. cit.*, p. 234.

<sup>28</sup> FORGIONI, *op. cit.*, p. 241.

<sup>29</sup> MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006. p. 181.

Com a inclusão da Seae, vinculada ao Ministério da Fazenda, no âmbito dos órgãos concorrenciais brasileiros, surgiu a tríade Cade-SDE-Seae, que passou a ser conhecida como Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência. Cabe ao Cade, como última instância decisória na esfera administrativa, julgar os processos em matéria de concorrência, após receber os pareceres da SDE e da Seae, que não são vinculativos. Estes dois órgãos detêm funções de análise e investigação, levando em consideração, respectivamente, os aspectos jurídicos e econômicos dos fatos ocorridos.

Pode-se dizer, atualmente, que as competências da SDE e da Seae já não mais são tão bem definidas, posto que, em 2005, foi editada portaria<sup>30</sup> conjunta com o objetivo de melhorar a eficiência de tais secretarias, por intermédio de instrução conjunta para a análise de atos de concentração e análise conjunta de condutas anticompetitivas. Vê-se, assim, que o sistema brasileiro de Direito antitruste funda-se em órgãos especializados, com competências administrativas distintas e decisão final, irrecorrível, do Cade.

O estudo presente visa a enquadrar na competência para análise e julgamento da tríade o conceito de função social, não excluindo, obviamente, as premissas constitucionais (ou legais) ou os princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Repise-se, não se está querendo aniquilar tais princípios e exaltar a questão puramente sociológica; o que se pretende, como abaixo é demonstrado, é incluir a função social (e a hermenêutica constitucional) no rol das diretrizes básicas da ordem econômica nacional, utilizando-se de tais conceitos conjuntamente com os princípios já mencionados.

#### 4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE

Como exposto alhures, a Lei Antitruste não menciona expressamente a função social como critério para autorização de atos de concentração empresarial que restrinjam a concorrência; propõe tão somente a análise da produtividade, qualidade, eficiência e desenvolvimento tecnológico e econômico.

Os critérios, assim sendo, são objetivos, apesar dos traços subjetivos trazidos pela lei Antitruste, como já anteriormente discutido. Apenas tais premissas não se coadunam com o crescente fenômeno da constitucionalização do direito privado (portanto, em tese, do Direito antitruste), fundada na proteção à dignidade da pessoa humana, já que a preocupação central daquela lei é a proteção do mercado e da concorrência, e não garantir a observância desse princípio constitucional máximo.

<sup>30</sup> Portaria Conjunta Seae/SDE n. 33, de 4 de janeiro de 2006. Disponível em: <[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)>.

Tal fenômeno, como será visto, poderá mitigar (ou acrescentar) os critérios estabelecidos na lei, conforme interpretação constitucional ao final, dando nova roupagem para a proteção à ordem econômica nacional.

#### 4.1. Constitucionalização do direito privado

A separação clássica entre os ramos do Direito em público e privado acarretou ao longo dos anos um isolamento do Direito Civil em relação aos demais ramos, mormente em função ao Direito Constitucional.

Tereza Negreiros<sup>31</sup> explicou que “o paralelismo entre Direito Civil e Direito Constitucional fica representado pela existência de duas ‘Constituições’: ao lado da Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a ‘Constituição da vida privada’, baseada na propriedade e no contrato (...)”.

Na sociedade moderna, especialmente com a hierarquia inerente ao sistema constitucional, o Direito Civil passou a ser bombardeado por regras e princípios de ordem maior, ou seja, a hierarquia constitucional passou a influenciar as relações privadas.

Novamente, a doutrina<sup>32</sup> esclarece ao dizer que, “nutrindo-se desta força normativa atribuída aos princípios constitucionais, a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o Direito Civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição.”

Antônio Carlos Efig<sup>33</sup> lembrou que:

(...) não se pode mais conceber a distinção entre direito público e direito privado como sendo este o ramo do Direito que rege as situações da sociedade e aquele o que rege a atuação estatal, da mesma forma que não mais se admite pensar que a Constituição Federal é a lei do Estado, e a lei da sociedade corresponde aos códigos e demais diplomas legais.

Sendo assim, a Constituição deixa de ser instrumento de proteção do indivíduo em relação à ingerência estatal e passa a ser instrumento para concretização de direitos e garantias fundamentais. Isso quer dizer que a Carta Magna passa a prescrever comportamentos específicos ao Estado, cujo foco é a proteção dada ao indivíduo e a satisfação de direitos sociais.

<sup>31</sup> NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49.

<sup>32</sup> NEGREIROS, *op. cit.*, p. 56.

<sup>33</sup> EFING, Antônio Carlos. *Direito Constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal*. In: EFING, Antônio Carlos (coord.). *Direito do consumo*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 15/36.

“A sociedade moderna – que se diz civilizada – clama pelo respeito, acima de tudo, da dignidade humana. O ser humano deve ser o alvo de todas as atenções, ao passo que o patrimônio e os negócios jurídicos seriam os instrumentos dessa realização coletiva”<sup>34</sup>.

É importante destacar que o patrimônio referido pelo autor não é interpretado restritivamente, ou seja, não se trata patrimônio como sinônimo de propriedade, mas sim como sinônimo de todas as formas de “titularidade que envolve pessoas e patrimônio (material e imaterial)”<sup>35</sup>.

Conclui-se, assim, que a constitucionalização do Direito Civil tem “a pretensão de reerguer, articulando-os sistematicamente, os destroços do direito civil liberal-individualista, com base em uma renovada axiologia, estabelecida pela Constituição a partir da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana”<sup>36</sup>.

É o princípio da dignidade da pessoa humana base sólida para a reconstrução do direito privado, ou seja, o fenômeno da personificação do direito privado é crescente e tem bases constitucionais, devendo ser analisado sequencialmente.

#### 4.2. O fenômeno da despatrimonialização

A personalização ou despatrimonialização do direito privado são, apesar de algumas diferenças apontadas pela doutrina, fenômenos análogos, consistentes no desapego à mercantilização, assim como na proteção ao ser humano ou à dignidade da pessoa humana.

Carlos Martínez Aguirre y Aldaz<sup>37</sup> ensinou que “a personalização do direito, [é] fundada na exaltação dos direitos da personalidade e na proteção específica propiciada pelo direito à pessoa humana”. Tais ensinamentos, no entanto, colidem frontalmente com a análise puramente econômica do direito, como rezava a Escola de Chicago. Apesar de se reconhecer que “a economia é um poderoso instrumento para analisar uma vasta gama de questões jurídicas<sup>38</sup>”, a análise puramente econômica macula a interpretação constitucional, esquecendo, sobremaneira, que o direito advém de uma realidade social, não puramente mercadológica.

Sendo assim, também na interpretação do direito da concorrência deve prevalecer a hermenêutica social, consistente na exaltação do ser humano ou da

<sup>34</sup> EFING, *op. cit.*, p. 15.

<sup>35</sup> EFING, *op. cit.*, p. 24.

<sup>36</sup> NEGREIROS, *op. cit.*, p. 60.

<sup>37</sup> AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martínez de. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 116.

<sup>38</sup> POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed. New York: Aspen, 1992. p. 3.

dignidade da pessoa humana, isto porque “a propriedade e a livre iniciativa são princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim”<sup>39</sup>.

Destaque-se que a interpretação conforme a Constituição não pode ser confundida com o modelo de proteção exacerbada à parte hipossuficiente, não se trata de beneficiar as partes desiguais (na medida de suas desigualdades), nem de um modelo concorrencial paternalista; tal proteção, aliás, já foi alvo de críticas da doutrina, posto que causa soluções distintas para casos semelhantes<sup>40</sup>.

Melhor explicando, o modelo paternalista é útil para proteger as partes hipossuficientes em uma determinada relação (por exemplo, relações de consumo); porém, aplicado indistintamente, acabaria por desequilibrar aquela relação, já que outorgaria benefícios à determinada parte que não é hipossuficiente perante outra, gerando, daí sim, a ruína do próprio sistema de garantias.

Conclui-se, desta forma, que a interpretação consoante a dignidade da pessoa humana deve ser utilizada pela autoridade antitruste (como fenômeno crescente na doutrina), mas não de maneira que cause insegurança entre o meio empresarial; insegurança que, ao final, somente geraria maior ineficiência no controle dos atos de concentração empresarial.

Deve ser usada, sem dúvida, de forma a complementar e subsidiar os critérios legalmente estabelecidos, dando, como já dito, roupagem humanística às premissas legais.

### 4.3. Conceito de função social em matéria antitruste

O artigo 170<sup>41</sup> da Constituição Federal dá base à ordem econômica nacional, destacando que, dentre as fontes norteadoras, encontra-se a função social. Muito

<sup>39</sup> FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (coord.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 662/714.

<sup>40</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 115/166.

<sup>41</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

já se discutiu acerca da função social da propriedade, do contrato e da empresa; todavia, pouco se debate sobre o conceito de função social quando da interpretação do direito concorrencial.

Deve-se entender, preliminarmente, que a função social pode ser interpretada em face de fatores internos ou externos, assim lecionando Flávio Tartuce<sup>42</sup>:

(...) deve-se imaginar que o contrato tem uma finalidade em relação ao meio que o cerca e, portanto, com ele deve ser analisado. Se um contrato for ruim para as partes, também o será, de forma indireta, ruim para a sociedade, pois não atende à sua finalidade social. De forma inversa, um contrato que é ruim para a sociedade também o é para as partes contratantes, em regra. Isso porque os elementos parte-sociedade não podem ser concebidos isoladamente, mas analisados como um todo.

Desta forma, todo ato de concentração empresarial poderá ser analisado tanto sob o aspecto interno (do ato ou contrato entre as empresas participantes) como no aspecto externo, consistente nos reflexos sobre a sociedade e sobre o mercado.

No caso específico do Direito antitruste, a análise da função social não pode ficar adstrita ao ato ou contrato que, em tese, será prejudicial ao mercado; não se verificará (essencialmente) se uma das partes agiu ancorada na função social ou não.

Os agentes econômicos envolvidos sabem (ou deveriam saber) dos riscos e dos benefícios do negócio que pretendem realizar; sendo assim, para a autoridade concorrencial, pouco importa se o contrato realizado entre aqueles cumpriu ou não a sua função social. Deve-se verificar, sim, os efeitos externos ou reflexos sobre para a sociedade, advindos daqueles atos ou contratos. Humberto Theodoro Júnior<sup>43</sup> muito bem colocou que “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros)”.

Sendo assim, como primeira linha norteadora, tem-se que a função social, no Direito antitruste, deve ser vista sob a ótica externa, ou seja, não focada no ato ou contrato realizado entre as empresas, mas sim nos efeitos reflexos sobre a sociedade e sobre o mercado.

Posta a ideia básica, deve-se inquirir quais são os efeitos externos que se coadunam com a função social, ou seja, como pode ser conceituada a função social para justificar (autorizar) uma conduta anticoncorrencial.

<sup>42</sup> TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007. p. 249.

<sup>43</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29.

Analogicamente, parte da doutrina pode dizer que a função social é vinculada a uma verificação da eficiência gerada, já que, como disse Rachel Sztajn<sup>44</sup>, “eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado (rendimento), com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, produtividade; de adequação à função”.

De outro lado, a função social pode ser relacionada com a inovação tecnológica como “causa eficiente, enquanto o progresso econômico é a causa final. As empresas não inovam simplesmente por inovar. O seu objetivo é o de produzir o progresso econômico, entendido como uma situação de equilíbrio desejado no mercado, com resultados sociais marcantes: o bem-estar do consumidor, a realização pessoal do trabalhador”<sup>45</sup>.

Ocorre que a pura eficiência econômica ou o progresso tecnológico não podem ser comparados ou dar bases à função social; desta forma, a função econômica, consistente no estímulo aos novos métodos de produção e incremento de produtividade, deve ter um diferencial não encontrado na lei: o bem-estar da sociedade<sup>46</sup>.

É, então, sob este viés que o artigo 54 da Lei Antitruste pode ser complementado pela verificação do cumprimento ou não da função social, já que não só interessa a análise econômica, mas sim a análise social, o benefício social trazido, assim como o benefício trazido aos consumidores, destinatários finais da legislação concorrencial.

Ressalte-se que os “Estados sociais-liberais, como o nosso, conquanto reconheçam e asseguram a propriedade privada e a livre empresa, condicionam o uso dessa mesma propriedade e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social (artigo 170 da CF/88)”<sup>47</sup>.

Assim, condicionando-se o pleno exercício empresarial aos ditames constitucionais ou ao bem-estar social, certamente haverá conflito entre os princípios que regem a ordem econômica (de índole capitalista) e os princípios que asseguram a dignidade da pessoa humana, sendo importante estudar como eles devem se relacionar na atual conjuntura do Estado brasileiro.

<sup>44</sup> SZTAJN, Rachel. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil*, n. 137, p. 228-232, São Paulo, janeiro/março, 2005.

<sup>45</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos de limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, p. 14, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, Brasília, setembro/dezembro, 1997.

<sup>46</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 258/278.

<sup>47</sup> BESTER, Gisela. *Cadernos de Direito Constitucional: direito positivo constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 216.

#### 4.4. Relacionamento da função social com os princípios que regem a ordem econômica constitucional

Conceituada a função social no Direito antitruste, singelamente consistente no benefício social advindo dos atos de concentração empresarial, inclusive com a melhoria da sociedade de consumo, como dito, destinatária final da Lei Antitruste; é de se ressaltar que, em certos casos, a função social colidirá frontalmente com as disposições daquela lei. Ou seja, na análise de determinado ato ou contrato, a autoridade antitruste poderá se deparar com uma situação em que optará pela hierarquização axiológica<sup>48</sup> dos princípios que regem a ordem econômica nacional: proteção à livre iniciativa e concorrência (fundamento da lei concorrencial) ou proteção à dignidade da pessoa humana (fundamento da constituição).

É impossível dizer, de plano, que deva prevalecer a interpretação constitucional humanista, posto que, em tese, não há hierarquia entre princípios, sendo que somente o caso concreto poderá dar base a uma interpretação acertada.

Sobre a colisão de princípios fundamentais e a regra de interpretação, lecionou o doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho, para quem

(...) as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso<sup>49</sup>.

Para a doutrina, apesar de consagrado o princípio da unicidade da Constituição (o que, por si só, vedaria qualquer alegação, sob o ponto de vista jurídico, de hierarquia entre princípios constitucionais), como visto, a hierarquização dos princípios constitucionais pode ser aplicada no caso concreto, desde que prevista a análise dos efeitos dessa sistematização, assim como as consequências para o sistema econômico nacional.

Frise-se, o direito não pode ser visto como sistema asséptico e estático, centrado na norma, posto que “toda e qualquer concepção de direito em grau, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-

<sup>48</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>49</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.194.

se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance”<sup>50</sup>.

É de se concluir, na esteira dos ensinamentos de Juarez Freitas<sup>51</sup>, que:

(...) havendo, assim, antinomia entre normas de Direito público e de Direito privado, tudo tende a se dissipar com a hierarquização de determinado bloco de princípios aplicáveis topicamente, ou seja, recorrendo-se à diretriz capaz de, no plano mais alto, sobrepujar a antinomia, a qual não se equaciona apenas no domínio semântico, mas também no campo pragmático, reconhecidos os princípios como superiores às regras.

Assim, a fim de se verificar no caso concreto qual princípio prevalecerá, é importante conceituar os princípios da livre iniciativa e concorrência, para, após, fazer-se a análise comparativa entre os mesmos.

A livre iniciativa advém da própria relação de liberdade individual, conceituada no artigo 5º da Constituição Pátria, calcada na ideia de que a todos é dado o direito de exercer a atividade que lhes aprouver, conforme, inclusive, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça<sup>52</sup>:

José Afonso da Silva<sup>53</sup> entendeu a livre iniciativa como a liberdade para o desenvolvimento da atividade econômica, podendo ela gozar de facilidades e limitações do poder estatal.

A livre concorrência, por outro lado, para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins<sup>54</sup>, rege-se pela existência mútua de uma vasta gama de bens e serviços, de consumidores e produtores, visando às boas condições de competitividade e

<sup>50</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 15.

<sup>51</sup> FREITAS, *op. cit.*, p. 230.

<sup>52</sup> PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535. NÃO COMPROVAÇÃO. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. SUPERMERCADOS. FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS. POSSIBILIDADE. LIVRE INICIATIVA. (...) 2. Dispõe a Constituição Federal que: “a ordem econômica é calcada na livre iniciativa e na liberdade de concorrência”, por isso que é assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica” (art. 170, § único, da Constituição Federal). 3. É vedado ao Poder Público e ao intérprete do ordenamento antever exegese que transponha a intangibilidade da livre iniciativa que a todos é assegurada em relação a qualquer atividade. 4. O respeito ao Princípio da Legalidade impõe que se permita o que a lei não proíbe, no campo da “livre iniciativa”. *In*: Superior Tribunal de Justiça. Livre Iniciativa. Recurso Especial n. 689.390/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 15 de novembro de 2007.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 760.

<sup>54</sup> BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7. vol. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 25.

concorrência, de modo a forçar o comércio de maneira geral à constante atualização, inclusive com incrementos tecnológicos regulares em busca da redução de custo e da maximização de lucros, para o fim especial de beneficiar o consumidor. Os citados juristas concluíram que o monopólio e o oligopólio são situações contrárias ao regime constitucional da livre concorrência.

Eros Roberto Grau<sup>55</sup> acreditou que o princípio da livre concorrência conceitua-se como um livre jogo de mercado em busca de clientela (lucro), e somente pode ser atingido em condições de desigualdade de competição, mas de igualdade formal e jurídica. Prescreveu o referido doutrinador que seria desnecessária a menção constitucional expressa do princípio da livre concorrência, posto que acreditou este estar contido na ideia central da livre iniciativa.

Nesta mesma linha de raciocínio, acreditando que a livre iniciativa implica necessariamente liberdade de concorrência, Paula Forgioni<sup>56</sup> esclareceu que:

(...) no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agente econômicos, de forma a implementar um política pública, dando concreção aos ditames do art. 3º e do art. 170 da CF. Em conclusão, quando a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, tal qual modernamente concebidos e existentes no seio de nossa Constituição.

Este foi o mesmo entendimento de José Afonso da Silva<sup>57</sup>, quando lecionou que os dois preceitos complementam-se em um mesmo e único objetivo: a tutela de um sistema de mercado. Este sistema, quando regido de forma antissocial, deve sofrer intervenção do Estado, coibindo-se abusos prejudiciais à economia popular e ao consumidor.

Conceituados os princípios envolvidos, entender como se relacionam ao caso concreto e como podem ser utilizados (especialmente a função social) pela autorizada antitruste é a preocupação central deste estudo, como já exposto anteriormente.

É de se lembrar a exposição de Eduardo Teixeira Farah<sup>58</sup> quando disse que os princípios da propriedade e da livre iniciativa são princípios “meio”, devendo obedecer aos valores da pessoa humana como fim, o que reforça aquela ideia de constitucionalização do direito privado, como acima já exposto.

<sup>55</sup> GRAU, EROS Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 222.

<sup>56</sup> FORGIONI, *op. cit.*, p. 273.

<sup>57</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 761.

<sup>58</sup> FARAHA, *op. cit.*, p. 662/714.

O mesmo autor<sup>59</sup> concluiu, dizendo que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na livre concorrência, deve obedecer ao princípio da solidariedade, entendendo este como o privilégio do ser humano como sujeito de direitos nos processos de produção.

Sendo assim, deve-se concluir que os princípios constitucionais e os preceitos da Lei Antitruste podem colidir quando a autoridade concorrencial for analisar um determinado ato ou contrato sujeito à intervenção estatal. Desta colisão, surge a necessidade de incluir-se a função social na gama de soluções apresentadas, especialmente para verificar se aqueles atos ou contratos cumprem as premissas sociais básicas: benefício direto à sociedade e aos consumidores.

Ainda que não exista hierarquia entre os princípios que regem a ordem econômica e o princípio da função social, é importante sopesar o relevo social da decisão que autorizar ou não uma atuação empresarial, sob pena de violação não aos preceitos mercadológicos (livre iniciativa e livre concorrência), mas sim às premissas sociais (defesa da dignidade da pessoa humana). Ou seja, o Estado deve, sob pena de negar a estrutura básica sob a qual foi criado, aplicar ao caso concreto a solução que melhor atenda aos anseios sociais.

Tais anseios, deve-se salientar, nem sempre corresponderão ao desejo do empresariado ou do próprio mercado, mas deverão ter peso fundamental na decisão proferida pela autoridade antitruste, já que derivam da razão de ser do Estado Democrático de Direito.

## 5. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Com base em tudo o que foi exposto, é essencial a análise da atuação da autoridade antitruste máxima, com vistas a verificar concretamente o relacionamento das premissas legais com os princípios constitucionais, atentando-se notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social.

### 5.1. O caso da Companhia de Bebidas das Américas – Ambev

Na data de 29 de março de 2000, o Cade julgou o Ato de Concentração n. 46/99-12, o que seria, até então, um dos maiores casos de ato de concentração, qual seja, a criação da Companhia de Bebidas das Américas, advinda da fusão entre duas das maiores cervejarias do país: Antarctica e Brahma.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

Para explicar o caso, é importante destacar alguns dados essenciais ao melhor entendimento da situação, disponíveis na versão pública do parecer proferido pela SDE<sup>60</sup>. Tem-se, inicialmente, que a fusão acarretaria imenso aumento do poder de mercado da nova companhia cervejeira (consequentemente, poderia gerar abuso do poder monopolista criado), já que a mesma deterá mais de 65% de todos os mercados relevantes geográficos, chegando a 80% e 90% em parte dos Estados do Norte e Nordeste brasileiros.

Da mesma forma, se aprovada a fusão, seriam criadas barreiras à entrada de novos competidores no mercado, tendo em vista fatores como os altos custos para a construção de fábricas e lançamento de produtos, elevados gastos em propaganda e *marketing* para fixação da nova marca no mercado, assim como a necessidade de desenvolvimento de uma rede de distribuição.

Por outro lado, visando a sobrepujar as questões mencionadas, alegou-se que a fusão traria benefícios econômicos e diminuiria o preço do produto ao consumidor final, já que haveria uma maior eficiência na produção e gestão das mercadorias vendidas.

O SDE<sup>61</sup> assim resumiu a questão discutida:

Como foi amplamente demonstrado, a consumação do presente ato de concentração eliminaria substancialmente a dinâmica concorrencial do mercado de cervejas, nas cinco regiões geográficas definidas por esta Secretaria. De fato, a união das duas maiores rivais nesses mercados resultaria numa empresa com poder absolutamente incontestável, que comandaria um amplo portfólio de marcas (incluindo as três mais aceitas), as três redes de distribuição de cerveja com maior penetração no país e capacidade instalada suficiente para atender, sozinha, à totalidade da demanda nacional atual.

Tendo em vista as características desse mercado, a nova empresa teria plena capacidade de agir de forma indiferente em relação aos demais concorrentes, abusando de sua posição dominante por meio da fixação de preços monopolistas. Além disso, tudo indica que as eficiências geradas pela operação seriam apropriadas exclusivamente pelas requerentes, não acarretando nenhum aumento de bem-estar social. Destarte, os efeitos líquidos da operação seriam negativos, o que exige a

---

<sup>60</sup> BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Parecer vinculado ao Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12. Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A e Ecap e Braco S/A. Rel. Hebe Romano, julgado em 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/>>. Acesso em: 08 de dezembro de 2008.

<sup>61</sup> Itens 614/616 do parecer proferido, p. 194/195.

atuação das autoridades de defesa da concorrência para restabelecer a dinâmica concorrencial no mercado.

Diante disso, conclui-se que: (i) nos mercados relevantes de chás, sucos, isotônicos, águas e refrigerantes, a operação deve ser aprovada, sem restrições; (ii) no mercado relevante de cerveja, a operação não atendeu aos requisitos legais do artigo 54 da Lei n. 8.884/94, não devendo ser aprovada da forma como foi apresentada. Assim sendo, passa-se a examinar quais seriam as medidas necessárias para adequar a operação aos parâmetros legais.

Como sabido, a Lei Antitruste prescreve que o Cade pode autorizar um ato de concentração nestes termos, desde que exista real aumento de produtividade, incremento da qualidade das mercadorias e eficiências econômicas ou tecnológicas, lembrando que a aprovação do ato não poderá causar eliminação de parte importante da concorrência.

Constatou-se, porém, que nenhum dos termos na legislação foi atendido, sendo o parecer pela reprovação do ato como posto inicialmente, mas favorável à aprovação com restrições. Estas acabam por acolher a ideia de função social do direito antitruste trabalhada no decorrer deste trabalho, já que focalizam o benefício social-consumerista perquirido pela Constituição.

Ao final, decidiu-se pela aprovação do ato de concentração com as restrições relatadas, consistentes em um conjunto de medidas que almejam a eliminação dos efeitos anticoncorrenciais e o incremento do benefício social, quais sejam: venda da marca Bavária, alienação de outras cinco fábricas e compartilhamento da rede de distribuição, proibição de exclusividade nos pontos de venda e manutenção do nível de emprego, além do que a eventual desativação de alguma fábrica deveria ser precedida por oferta pública.

Conclui-se, assim, que as medidas impostas fundaram-se no conceito de função social proposto, já que trouxeram não só benefícios diretos ao mercado, mas também aos consumidores e aos trabalhadores.

Se a legislação que rege a matéria é insuficiente, deve-se buscar a solução do problema em princípios (mormente na função social), dentre eles os encontráveis na Constituição. Ora, se a ordem econômica nacional funda-se na valorização do trabalho e na garantia a todos de uma existência digna, consoante ditames da justiça social, a decisão do Cade atendeu aos anseios sociais, tendo em vista que garantiu as eficiências econômicas (melhoria da mercadoria, diminuição de preço etc.), assim como proporcionou aos trabalhadores a manutenção de seus empregos e aos consumidores (ou para a própria sociedade) a compra de produtos com maior qualidade por um preço inferior.

## 5.2. O caso Nestlé e Garoto

Outro caso bastante importante e com repercussão nacional foi a análise do Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89, envolvendo as empresas Nestlé Brasil S/A e Chocolates Garoto S/A, julgado pelo Cade na data de 4 de fevereiro de 2004.

Sinteticamente, alegaram-se as mais variadas eficiências econômicas, principalmente em relação ao poder de competição junto ao mercado externo, através de importações. Porém, resumindo muito bem a questão, lembraram Gesner Oliveira e João Grandino Rodas<sup>62</sup> que:

Tratar-se-ia de um mercado com elevadas barreiras à entrada, notadamente no que concerne aos elevados investimentos necessários em propaganda e *marketing*, para garantir a fidelidade dos consumidores às marcas, aos atributos específicos dos produtos e à necessidade de deter um amplo portfólio de produtos para garantir presença nos postos de vendas. Constatou-se, também, que a rivalidade remanescente após o ato seria insuficiente para impedir aumento de preços, sendo o nível das eficiências incapaz de compensar o risco concorrencial.

Este fato é corroborado pelo alto poder de mercado oriundo do ato de concentração, importando destacar a constatação de que haveria domínio quase absoluto do mercado de cobertura de chocolate, beirando os 90%; de achocolatados, cerca de 62%; e de chocolates sob todas as formas, perto de 60%.

Assim, apesar dos pareceres favoráveis à aprovação com restrições, emitidos pela SDE e pela Seae, o ato não foi aprovado, sendo ordenada a sua desconstituição imediata.

Neste caso, também se utilizou da função social, já que a própria ementa<sup>63</sup> salienta que as “eficiências [são] insuficientes para compensar o dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor”.

O bem-estar do consumidor e, conseqüentemente, de toda a sociedade, em apreciação final, conduziram o Cade a julgar pela reprovação do ato, já que impossível contornar os danos potenciais previstos.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 460.

<sup>63</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89. Requerentes: Nestlé Brasil S/A e Chocolates Garoto S/A. Rel. Thompson Andrade, julgado em 4 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 07 de dezembro de 2008.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no decorrer do presente estudo, percebe-se que os atos de concentração empresarial visam a incrementar o poder econômico dos agentes envolvidos, podendo ser divididos em horizontais, quando da atuação de concorrentes diretos, verticais, quando escalonados na cadeia produtiva ou distributiva, ou conglomerados, quando se relacionam às empresas que não concorrem diretamente ou atuam no mesmo mercado relevante vertical.

O mercado relevante, por sua vez, é classificado como geográfico, quando se analisa o local onde são travadas as relações comerciais; ou do produto, quando posta a premissa básica da fungibilidade do produto ou do serviço.

Todos esses conceitos e espécies são vistos pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela tríade Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), a quem cumpre analisar e julgar os casos de concentração empresarial.

Por sua vez, para este julgamento, são utilizados os conceitos objetivos trazidos pela Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste), assim como princípios constitucionais, como a livre iniciativa e a livre concorrência, silenciando a legislação sobre a utilização do basilar preceito da função social. Esta, como visto, caracteriza-se pelo relevo social da questão posta, não pela percepção mercadológica, mas sim pelo benefício social-consumerista proposto.

Os casos postos para análise demonstraram que as autoridades antitruste buscam também a concretização dos princípios constitucionais vistos, especialmente em relação aos princípios da função social e da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o bem-estar econômico ou, mesmo, as garantias da ordem econômica capitalista podem ser subjugadas pelo bem-estar social.

Sendo assim, é nítido que a função social, advinda da constitucionalização do direito privado, mesmo que não prevista no rol do artigo 54, parágrafo 1º da Lei Antitruste, pode complementar as disposições legais, entendendo-se que aquele rol não é taxativo, mas sim exemplificativo; inclusive, poderá a função social, prevista constitucionalmente ao lado do regramento da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), sobrepujar as leis de mercado para que prevaleça o interesse social, não o interesse do mercado, mas sim dos consumidores, como exaustivamente posto, destinatários finais da proteção dada ao mercado.

## REFERÊNCIAS

- AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos Martinez de. *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1991.
- AREEDA, Phillip E. & HOVENKAMP, Herbert. *Fundamentals of Antitrust Law*. 3. ed. New York: Aspen, 2006.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7. vol. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BESTER, Gisela. *Cadernos de Direito Constitucional: direito positivo constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- BORK, Roberto H. *Antitrust Paradox*. New York: Aspen, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. *Revista de Direito Econômico*, n. 26, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Brasília, setembro/dezembro, 1997.
- FONSECA, José Júlio Borges da. *Direito antitruste e regime das concentrações empresariais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- EFING, Antônio Carlos. Direito constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal. In: EFING, Antônio Carlos (coord.). *Direito do consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (coord.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto & FORGIONI, Paula Andréa. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

KERBER, Wolfgang & VEZZOSO, Simonetta. EU competition policy, vertical restraints, and innovation: an analysis from an evolutionary perspective. In: 10th INTERNATIONAL JOSEPH A. SCHUMPETER SOCIETY CONFERENCE – ISS. *Proceedings...* Milan: Philipps-Universität Marburg, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos – parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito privado: parte geral*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. *Direito, livre concorrência e desenvolvimento*. São Paulo: Lex, 2006.

NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner & RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. O antitruste e as empresas estatais. *Revista de Direito Mercantil*, n. 138, p. 178-192, São Paulo, abril/junho, 2005.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 4. ed. New York: Aspen, 1992.

REALE, Miguel. Função social do contrato. Home Page, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. *Manual de análisis económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper & Row, 1976.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *Revista de Direito Mercantil*, n. 137, p. 227-232, São Paulo, janeiro/março, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.