CASO NESTLÉ-GAROTO SOB A ÓTICA DA CONCENTRAÇÃO DE MERCADO [[1]](#footnote-1)

*Isabela Pessoa Lima[[2]](#footnote-2)*

*Alexsandro Rahbani [[3]](#footnote-3)*

**1 DESCRIÇÃO DO ENREDO DO CASO**

Em 22 de fevereiro de 2002, a Nestlé Brasil Ltda adquiriu (comprou) a Chocolates Garoto S.A. Deste modo, conforme previsão da Lei 8.884/94, em 15/03/2014 esta operação mediante a qual a Nestlé Brasil Ltda. subscreveu um aumento de capital na empresa Chocolates Garoto S.A. com posterior resgate de ações, foi notificada as órgão de defesa da concorrência do modo a submeter tal operação à análise da: (1) Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e (2) Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), que elaboram pareceres que embasam as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) (3).

Assim, com a efetivação do negócio ainda sob crivo do CADE, aquela passou a deter a totalidade do capital social desta. Referida submissão recebeu a numeração pela Secretaria de Direito de Ato de Concentração n.° 08012.001697/2002-89. Importante ainda, que quanto ao controle de corporações, a SEAE é a primeira instância do governo brasileiro para avaliar grandes fusões e verificar se elas provocarão ou não concentração de mercado. A secretaria elabora um parecer do caso, que é encaminhado e analisado pelo CADE.

Personagens relevantes:a)Subsidiária brasileira do grupo *Nestlé Brasil Ltda* efetivou a compra da sociedade empresária brasileira b) *Chocolates Garoto S/A*; c) Tal incorporação fora submetida ao crivo e apreciação do *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE), de acordo com a determinação contida no §4º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/944[[4]](#footnote-4).

**2 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO**

As três maiores empresas ao tempo do ocorrido, Lacta, Nestlé e Garoto dominavam cerca de 90% do mercado de chocolates industrializados nacional, enquanto que as demais empresas concorrentes possuíam individualmente mais de 3,5% de participação de mercado. Neste contexto, a apreciação do negócio foi submetido ao CADE pelo motivo de que a aquisição da Garoto pela Nestlé acarretaria “concentração de mercado apta a concretizar a posição dominante pela Nestlé, com a possível eliminação da concorrência, tendo como consequência o aumento arbitrário dos lucros mediante o controle dos preços pela sociedade remanescente”, (GONÇALVES, 2009, p.8).

Então, este ato de livre iniciativa realizado entre as empresas envolvidas poderia ocasionar uma *limitação* ou *prejudicialidade* da livre concorrência, recebendo o CADE manifestações contra a operação realizada, e assim, decidindo por maioria de 5 contra 1, pelo desfazimento da operação societária, determinando à Nestlé que alienasse a Garoto a um concorrente que tivesse participação abaixo de 20% do mercado de chocolates. A fusão entre as duas companhias mereceu atenção especial, pois, as duas empresas juntas somam mais de 58% do mercado brasileiro, podendo prejudicar os consumidores pela excessiva concentração do mercado, que em geral favorece o aumento de preços, (RYDLEWSKI, online, 2004).

Importante uma compreensão a respeito do órgão antitruste CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que na verdade não é um conselho, mas uma autarquia federal, “uma espécie de tribunal administrativo com funções quase-judiciais”, vinculado ao Ministério da Justiça, e que exerce em todo o território nacional, as atribuições previstas na legislação nº. 12.529/2011, (AGUILLAR, 2006, p. 231).

A métrica CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica é uma proposta de criação de um índice de preços para medir a variação dos preços dos bens e serviços produzidos pelas empresas, que, por fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas, precisaram assar pela aprovação do CADE, como também apresenta o intento de averiguar os bens e serviços produzidos por cartéis e que foram julgados nocivos à livre concorrência, (ALMEIDA *apud* PINTO; MENEZES, 2014, p. 1).

Sua finalidade consiste em “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”. Exerce o CADE três principais funções: a) *preventiva (controle de estruturas)* → analisando e decidindo a respeito de “fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência”; b) *repressiva (controle de condutas) →* “investigar em âmbito nacional, e posteriormente, julgar eventuais cartéis e demais condutas maléficas à livre concorrência”; c) *pedagógica →* educando o público sobre condutas prejudiciais a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto, etc. Além da função de advocacia da concorrência.[[5]](#footnote-5)

**2.1 DESCRIÇÃO DAS DECISÕES POSSÍVEIS**

→ CADE acertou em sua decisão de vetar e reprovar a compra da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda., atuando de modo correto e respaldado sob as exigências antitrustes da época do julgamento;

→ A decisão do CADE ultrapassa os limites da intervenção, sendo inconstitucional e radical;

**2.2. ARGUMENTOS CAPAZES DE FUNDAMENTAR CADA DECISÃO**

**2.2.1. A decisão proferida pelo CADE é correta, constitucional e legal**

Essencial é para uma sociedade a intervenção do Estado, seja em menor ou maior grau, de modo a regulamentar e direcionar seus esforços e riquezas à promoção do crescimento econômico e desenvolvimento, principalmente em países com raízes de desigualdades sociais como o Brasil, consistindo o CADEum dos principais mecanismos de que dispõe o Estado brasileiro para uma adequada intervenção na economia, como forma de implementar políticas econômicas voltadas a satisfação do interesse nacional explicitamente previsto na Constituição Federal.

Atua o CADE de modo a defender a livre concorrência brasileira ao restringir atos e praticas que cerceiam o processo concorrencial, verdadeiro instrumento de manutenção e promoção da economia e bem estar dos agentes econômicos, visando à implementação do desenvolvimento social. Este aliado àSecretaria de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, compõe a estrutura tripartite do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado.

1. Significativo grau de concentração ocasionado pela incorporação das empresas

O CADE ao proferir a decisão desfavorável a compra da Garoto pela Nestlé, atua de modo a prevenir prejuízos que esta operação traria à concorrência e aos consumidores frente a uma concentração de mercado e barreiras à entrada de novos concorrentes, verdadeira criação colocação da empresa Nestlé em uma posição dominante no mercado, passando esta empresa a controlar substancialmente o mercado como fornecedora do produto a ela relativa, portanto, agiu o CADE de modo a reprimir uma prática anticoncorrencial, uma afronta a ordem econômica, exercendo controle preventivo sobre as estruturas de mercado, e cujas eficiências apontadas pela empresa Nestlé não se mostram suficientes a ensejar a convalidação desta concentração, (artigos 20 e 21, da Lei n. 8.884/1994).

Admite-se no ordenamento brasileiro a existência do poder de mercado, desde que este tenha passado pelo crivo da concorrência de mercado e seja resultado do diferencial da empresa (custo e qualidade) determinando sua participação no mercando, enquanto que a fusão de empresas confere a nova empresa decorrente da incorporação um poder de mercado decorrente do aumento do tamanho destas e diminuição da concorrência contrariando os preceitos da livre concorrência, pois, trata-se, do envolvimento de duas das três principais marcas do mercado de chocolate, considerando-se a importância significativa da marca para a escolha final do consumidor nesse mercado.

A SEAE delimitou quatro mercados relevantes de produto: balas e gulosemas, chocolates sob todas as formas e achocolatados. Em relação aos segmentos de chocolates em pó e confeitos, as participações percentuais dessas empresas no mercado não alterariam significativamente a concentração nele existente (JUNQUEIRA; BASTOS *apud* PINTO; MENEZES, p. 135-136).

A partir de uma analise do voto do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade[[6]](#footnote-6), possível é constatar que:

Considerou como mercados relevantes os produtos: balas e confeitos sem chocolates (1), coberturas de chocolate (2), achocolatados (3), e (4) chocolates sob todas as formas, salvo os artesanais. Em análise ao mercado de coberturas de chocolates, entendeu o relator que em relação ao mercado de coberturas de chocolate, possível seria a adoção de condutas colisivas entre Nestlé-Garoto e Lacta, prejudiciais aos consumidores, bem como no mercado de chocolates em geral haveria concentração horizontal, elevando a posição da Nestlé, que se alterava na liderança com a Lacta, (JUNQUEIRA; BASTOS *apud* PINTO; MENEZES, p. 138). Assim, a concorrência entre Nesté-Garoto e a Lacta, não seria suficiente para afastar a possibilidade de abuso de poder de mercado pela empresa fusionada.

Deste modo, a empresa resultante da união entre Nestlé e Garoto ficaria com aproximadamente 89% do mercado relevante nacional de cobertura de chocolates, além de 58% do mercado relevante nacional de chocolates sob todas as formas, ainda, acrescido de altos riscos de perdas ao bem estar social (como elevadas barreiras de entrada de concorrentes, baixa rivalidade na estrutura pós-operação enfrentando os demais rivais limitações em termos de canais de distribuição, marca e/ou capacidade produtiva, bem como os custos irrecuperáveis existentes), o que revela uma concentração no mercado de chocolates.

1. Provável exercício do poder de mercado pela empresa resultante da fusão

Ao manifestar-se pelo veto e reprovação, o CADE respalda-se no artigo 1º da Lei que o criou, agindo orientado pelos ditames constitucionais da livre concorrência, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, vez que quanto maior o poder de mercado conferido a um agente econômico, no caso em tese a Nestlé, maior a probabilidade de que ela venha a se comportar como monopolista, reduzindo a oferta, aumentando os preços, e, via de consequência, produzindo um efeito líquido negativo sobre o bem-estar social. Ao exercer esse poder de mercado, dividiria o setor praticamente somente um concorrente, a Kraft Foods, que poderia não se opor a um possível aumento de preços de produtos.

Tanto é verdade que, embora, Nestlé e Garoto junto ao CADE tenham assinado um Acordo de Prevenção da Reversibilidade da Operação (APRO), cuja finalidade consistia em resguardar as condições de mercado evitando danos irreversíveis a este em decorrência da operação realizada, quatro foram as denúncias feitas ao CADE pelo descumprimento do mencionado acordo: 1) supostas alterações na condição de comercialização e distribuição dos produtos da Garoto; 2) A distribuidora Jotacê Representações e Distribuições LTDA afirma uma desestruturação da rede de distribuidores da Garoto praticados pela Nestlé que rescindiu o contrato unilateralmente; 3) Empresa Barista Vending Systms Alimentos Ltda. prestadora de serviços, operações, instalações de máquinas de venda teve seu contrato rescindido; 4) Centralização na fábrica Garoto, toda a produção de ovos de páscoa passariam a ser comercializada pelas duas empresas a partir de 2004.

1. As rescisões acima citadas revelam atos praticados antes da manifestação final da Secretaria de Defesa da Concorrência, o que poderia gerar custos adicionais a uma possível restrição a operação, bem como uma provável demissão de funcionários. O setor de chocolates apresenta uma taxa de crescimento decrescente e enfrenta a preferência dos consumidores por marcas específicas, deste modo, a pós-operação geraria monopólio de alguns produtos, aumento dos preços destes prejudicando o consumidor final e consequentemente geraria danos ao nível de emprego, (SANTOS, 2008, p. 28).

Portanto, verdadeira barreira à entrada de novos ofertantes, “devido aos necessários elevados investimentos em propaganda para garantir a fidelidade do consumidor, e ao desenvolvimento de um amplo portfólio de produtos para garantir a presença em pontos de venda, sendo pois, incapazes o nível de eficiências para compensar o risco concorrencial”, (JUNQUEIRA; BASTOS *apud* PINTO; MENEZES, p. 138). Criaria uma barreira aos investimentos em propaganda e marketing que asseguram a atração e fidelidade de consumidores às demais marcas concorrentes em detrimento do leque diversificado que passaria a ter a Nestlé-Garoto, impossibilitando a manutenção, ingresso de novos concorrentes ou ampliação no mercado das demais empresas de mesmo ramo.

A Nestlé ao absorver importante concorrente Garoto provocaria a inexistência de eficiências econômicas próprias da operação que equilibrassem a queda da rivalidade a ponto de eliminar a concorrência e não distribuição equitativa dos benefícios da efetiva concorrência com os consumidores, prejudicando-os e impedindo a expansão das empresas menores do mesmo ramo no mercado, possuindo o CADE legitimidade para reprovar a operação Nestlé-Garoto.

**b) A decisão proferida pelo CADE caracteriza-se por ser inconstitucional, abusiva e radical**

Primeiramente há se que falar no Princípio da Livre Iniciativa que norteia a ordem econômica, consistindo na liberdade de empreender o que desejar sem a interferência estatal, reconhecendo a liberdade enquanto um fator estruturante de uma ordem econômica justa.

A respeito da livre iniciativa, salienta Eros Roberto Grau (2003):

Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

Ainda, o segundo argumento que evidencia que a decisão de CADE é abusiva e não legal, sustenta-se na própria legislação antitruste art. 54, §§ 6º, 7º e 8º (Lei nº 8.884/94) que prescreve que o CADE tem prazo de 60 dias para apreciar o ato de concentração, *sob pena de aprovação automática*, prazo esse que só é suspenso quando da necessidade de mais esclarecimentos e de documentos imprescindíveis à análise do processo. Fato, é o julgamento do caso em questão somente ocorreu 411 dias após a entrada dos autos do Ato de Concentração no CADE. Portanto, aprovada está a operação por decurso de prazo de manifestação expressa pelo CADE, consentindo tacitamente com a operação nos moldes legais.

Neste contexto, sobre a luz da Lei 8.884/04 e frente ao princípio da razão, aqui se reproduz a válvula de escape que é o artigo 54, § 1º, inciso I, alínea “a” da mencionada lei antitruste, que leciona que o CADE poderá autorizar fusões desde que tenham por objetivo “propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”, viabilizando a aprovação de atos inicialmente anticoncorrenciais e que geram prejuízos à livre iniciativa ou dominação de mercado, desde que não substanciais, por meio de defesas das eficiências econômicas, (SANTOS, 2008).

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**;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial

de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Em outras palavras, segundo a legislação nacional sobre defesa da concorrência, uma operação que produza potenciais efeitos anticompetitivos poderá ser aprovada, a partir do atendimento das condições do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou seja, da satisfação *simultânea* de seus incisos I, II, III e IV do referido artigo, (GONCALVEZ, 2009, p. 33).

Assim, extrai-se do voto do Relator Thompson Almeida Andrade (p. 55), as eficiências alegadas pela empresa Nestlé (p. 55):



Tais eficiências demonstram os benefícios que a fusão entre Nestlé e Garoto trarão a economia de mercado suficientes para garantir que não haverá aumento de preços dos produtos após operação frente à redução de custos das empresas fusionadas, não lesionando assim o consumidor final, mas o beneficiando com investimentos que fará a nova empresa resultante da fusão “em pesquisas industriais em busca de fórmulas dos sabores, texturas e outras características dos chocolates adaptadas aos gostos dos consumidores brasileiros, e investimentos em marketing”, (ANDRADE, 2008, p. 124-128).

Bem pontua o voto do Presidente do Conselho do CADE, através do qual as informações abaixo abaixo dele serão extraídas, João Grandino Rodas[[7]](#footnote-7), (p. 1), que embora a fusão das empresas não resulte em baixa participação no mercado referente aos achocolatados, “o volume agregado pela Garoto não altera o poder já em mãos da Nestlé”, consequentemente não provoca mudanças significativas nas estruturas da oferta, sendo viável a aprovação da operação.

De fato, a empresa resultante da união entre Nestlé e Garoto deter aproximadamente 89% do mercado relevante nacional de cobertura de chocolate, representa aumento significativo da concentração, todavia, não invalida ou elimina a rivalidade perante as demais empresas. Caso a Nestlé após operação promova elevação de seus preços, podem as empresas concorrentes adotar a estratégia de manter seus preços com a finalidade de aumentar suas vendas ao invés de seguir a medida de aumento dos preços, assim conquistando uma ampliação da participação no mercado.

A redução de três para dois concorrentes com a fusão em questão, não pode ser encarada sobre o ponto de vista de estímulo à estratégias colusórias (acordo entre duas ou mais partes com o objetivo de prejudicar alguém), não se podendo decidir pela reprovação da operação como fez o CADE com base em probabilidade de formação de cartel ou conluio, mas deveria este julgar o caso sob o aspecto de que tal fusão proporcionaria cooperação entre as empresas já existentes e incentivo a rivalidade, (RODAS, p. 5).

Portanto, conclui-se ao afirmar que a decisão proferida pelo CADE caracteriza-se por ser inconstitucional, abusiva e radical, consubstanciada em meras possibilidades seja de concentração de mercado, seja de um possível poder de mercado por parte da empresa fusionada, ou de redução da rivalidade, bem como, duvidosa probabilidade de cartel, podendo este ter aprovado a operação e exercido sobre as empresas envolvidas suas funções institucionais de impor e fiscalizar seus comportamentos, (RODAS, p. 10).

A dominação de 58% do mercado relevante nacional de chocolates sob todas as formas pela Nestlé-Garoto consiste sim índice elevado, mas não exorbitantes, e pode-se afirmar tal premissa com base na própria jurisprudência do CADE, que já aprovou operações envolvendo mercados ainda maiores, como o caso do Ato de Concentração da Insulina que foi aprovado sem restrições, embora envolvesse uma participação de mercado de 99%; e o Ato de concentração Bauducco-Visconti aprovando de modo unânime e sem imposição de condições, a união das referidas empresas lideres da produção de panetone no mercado, e com concentração superior a 80%.

Relevante mencionar que o uso da econometria na análise antitruste, pois se trata de um recurso poderoso quando usado com a devida cautela, todavia, sempre há margens de erro na coleta de informações no que diz respeito aos preços utilizados no modelo simulatório apresentados no caso em questão, portanto, não há segurança no modelo adotado pelo CADE em gerar dados seguros sobre os impactos de concentração desta operação, não sendo adequado seu posicionamento adotado com base em modelos de simulação, uma vez que a própria SEAE que se vale de instrumentos de analise concorrencial tradicional revelou que o consumidor se demonstra “indiferente em relação às marcas de chocolate Lacta, Nestlé e Garoto”.

Assim, a possibilidade de poder de mercado nas mãos da Nestlé após sua fusão com a empresa Garoto estaria afastado, não havendo que se falar em risco à livre concorrência, frente a não fidelidade dos consumidores aos produtos das três marcas dominantes da época, Nestlé, Garoto e Lacta, configurando em um mercado desses produtos homogêneos, o que justificaria uma aprovação da operação, (ARAÚJO JR, 2006).

Ainda, quanto à decisão proferida pelo CADE, sustenta-se a nulidade de seu julgamento, pois, como bem pontua Calixto Salomão Filho (1998, p. 299), o ato de administração de aprovação ou não pelo CADE, possui natureza “declaratória negativa e não desconstitutiva, devendo apenas decidir sobre a desconstituição e não à respeito da forma societária pela qual a desconstituição será procedida”, consistindo verdadeiro abuso de poder.

**Questões secundárias:**

1. **A metodologia adotada pelo CADE (análise do caso a posteriori da compra ou fusão) é a melhor ou prejudica as empresas? Por que ela foi adotada? Ela está de acordo com a nova lei do CADE (Lei n.º 12.529/2011)?**

De forma clara prejudica as empresas submetidas à apreciação do CADE, vez que a compra da Garoto pela Nestlé já havia sido efetivada, somente após a fusão é que esta operação submete-se ao crivo do CADE, adotando este critério por assim preceituar o art. 54 da Lei 8.884/94 que o criou, assim as operações eram comunicadas ao órgão antitruste após serem consumadas, realizando este um controle posteriori a compra.

Prejudica, pois a depender da decisão do CADE a operação pode ser preservada ou desconstituída, como o caso em questão Nestlé-Garoto, tendo em vista que a empresa adquirente fez inúmeros investimentos na adquirida, gerando empregos gerando benefícios de ordem econômico e social, de modo que a desconstituição como determinou o CADE compromete os interesses das empresas que realizaram a operação devidamente tutelados pela ordem jurídica vigente, que varia desde a demissão de colaboradores à reestruturação destas.

Com a nova Lei Antitruste, n.º 12.529/2011, este critério sofreu alteração, passando todas as operações de fusões e aquisições de empresa cujos faturamentos atendam aos limites determinados pelo artigo 88 da nova legislação, a sujeição de analise prévia pelo CADE dentro do prazo de 240 dias, ou seja, antes da consumação de operações, prorrogáveis por mais 90 dias, a partir da data de protocolo do pedido de aprovação das “fusões e aquisições” pertinentes, conferindo essa avaliação prévia maior segurança jurídica, celeridade e observância do devido processo legal.

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

1. **Qual o papel do CADE no caso Nestlé-Garoto e a legitimidade de sua decisão?**

Diante do exposto, neste caso concreto, exerceu papel essencial no resguardo da livre concorrência no mercado e proteção do consumidor, agiu o CADE consubstanciando na sua finalidade institucional de coibir abusos e condutas nocivas a livre concorrência por parte de empresas, transgredindo a ordem econômica, sendo, pois legítima sua decisão, regido pela legislação nº. 8.884/94 vigente ao tempo do julgamento do caso Nestlé/Garoto, consoante os parâmetros constitucionais para a defesa da concorrência, que é a de servir de instrumento de implementação de políticas econômicas assecuratórias da existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social.

Agiu o CADE de modo a aplicar a lei antitruste e amparado pelos princípios e diretrizes de Direito Concorrencial, conforme os fins da política antitruste constitucionalmente positivada na defesa da livre concorrência, prevenindo falhas de mercado eventualmente geradas pela fusão Nestlé-Garoto, formando uma terceira empresa monopolista no mercado de chocolates e assegurando preços justos e quantidade e qualidade de produtos necessários a atender a demanda. Portanto, a decisão do CADE regida pela Lei nº. 8.884/1994 sobre o caso é valida e legítima.

**d) Houve judicialização da questão? Se houve, relatar a questão (número do processo, vara, autor, andamento processual e eventual decisão (decisões).**

A insatisfação frente ao resultado de veto por parte do CADE no processo administrativo responsável por julgar a operação que se sucedeu entre Nestlé e a Chocolates Garoto S/A (autores) e decisão de desconstituição, resultou em recursos perante o CADE, e estas sucessivas recusas resultaram na propositura de uma ação judicial, instaurando um processo judicial sob o número 2005.34.00.015042-8, em trâmite na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, proferido sentença, esta alvo de recurso de apelação pela procuradoria da parte ré, que foi considerada intempestiva, havendo pedido de desentranhado.

Questionou-se a constitucionalidade e legalidade da decisão desfavorável proferida pelo CADE (ré), sob o argumento de violação ao devido processo legal pela entidade antitruste ao exceder injustificadamente o prazo para tramitação do processo nos termos do §7º, do artigo 54, da Lei n. 8.884/1994, de 120 dias contados da apresentação para exame (SEAE deve se manifestar sobre aspectos econômicos da operação, emitindo seu parecer técnico no prazo de 30 dias; após, a SDE emite um parecer em igual prazo, encaminhando os autos ao plenário do CADE, que deliberará no prazo de 60 dias).

O Juiz Federal da 4ª Vara do Distrito Federal anulou a decisão do CADE e, surpreendentemente, declarou aprovado o Ato de Concentração do seguinte modo:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido das autoras e DECLARO aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.3.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Recebo a apelação do réu - CADE - nos efeitos suspensivo e devolutivo. Vista ao apelado para contra razões, no prazo de 15 dias. Dê-se ciência da sentença de fls. 3974/4009 ao Douto representante do MPF. Após, subam os autos ao e. TRF 1ª Região, com as cautelas legais.

Diante da complexidade do caso, e perante a apelação interposta ao Tribunal Regional Federal, este proferiu acórdão com a decisão de que o órgão administrativo CADE deveria proferir nova decisão, anulando o primeiro julgamento. Após a interposição de embargos de declaração e posteriores embargos infringentes, o processo tramita atualmente sob nº. 0015018-08.2005.4.01.3400 e tramita atualmente aguardando decisão no gabinete do Desembargador Daniel Paes.

1. **Eventual intervenção do Poder Judiciário abala a segurança depositada no sistema de defesa da concorrência?**

As decisões do CADE são “atos vinculados, de modo que estes atos são sempre sujeitos ao controle jurisdicional”, (FERRAZ JÚNIOR, p.89).

Segundo preceitua Bucci (2003):

A discussão, em Juízo, das decisões administrativas do CADE, não é alta nem significa que seus processos sejam errados ou imperfeitos. Já é hora de nos acostumarmos com o fato de que o recurso ao Poder Judiciário é um atributo inerente a qualquer democracia.” E acrescenta: No que diz respeito ao sistema brasileiro pode-se dizer que o questionamento judicial das decisões do CADE tem se revelado um saudável teste das instituições democráticas, pelo qual têm sido, em regra, chanceladas as decisões administrativas.

Persistindo dúvidas e impasses, prevalece a Inafastabilidade do Poder Judiciário, que pode rever as decisões proferidas pelo CADE, de modo a proporcionar a solução mais justa ao litígio. Porém, a intervenção por parte do Poder Judiciário ao rever as decisões desse sistema de defesa da concorrência, abala sua credibilidade ao revelar uma insegurança por parte deste órgão antitruste que demora a posicionar-se de forma plena e satisfatória quanto à validade da operação, tratando a causa com excessiva complexidade, de modo que o julgamento pelo CADE ocorreu apenas 411 dias após a entrada dos autos do Ato de Concentração em questão e não em 60 dias como preceitua a lei, sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para obtenção de uma decisão que ofereça segurança jurídica e observância do devido processo legal.

**CRITÉRIOS E VALORES:** Direito Econômico atuando na regulamentação da [produção](http://pt.wikipedia.org/wiki/Produ%C3%A7%C3%A3o) e [circulação](http://pt.wikipedia.org/wiki/Circula%C3%A7%C3%A3o) de [produtos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Produto) e [serviços](http://pt.wikipedia.org/wiki/Servi%C3%A7o), objetivando desenvolvimento econômico e social do país jurisdicionado, através do controle de práticas anticompetitivas, [monopólios](http://pt.wikipedia.org/wiki/Monop%C3%B3lio), fusões e [incorporações](http://pt.wikipedia.org/wiki/Incorpora%C3%A7%C3%A3o), coibindo a [concorrência desleal](http://pt.wikipedia.org/wiki/Concorr%C3%AAncia_desleal) através de Defesa doDireito de concorrência pelo órgão antitruste CADE mediante maior transparência e regulação do assunto, efetivando e consolidando e harmonizando os princípios constitucionais da ordem econômica (livre iniciativa *versus* livre concorrência).

**REFERÊNCIAS**

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional.** São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Thompson Almeida. **Uso da solução estrutural na defesa da concorrência: o caso Nestlé/Garoto**. MATOS, César (coord.). *A revolução* *antitruste no Brasil.* São Paulo: Singular, 2008, v.2.

ARAÚJO Jr., José Tavares de. **Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições.** Disponível em: <http://www.ecostrat.net/files/O\_controle\_de\_Fusoes\_e\_Aquisicoes\_no\_Brasil.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8884.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_\_-. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O CADE e a Justiça, Valor Econômico**. São Paulo, 25 de junho de 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração.** Revista do IBRAC, v.4, 89. Disponível em <[https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q\*/publicacoes-cientificas/127](https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q*/publicacoes-cientificas/127)>. Acesso em 20 de setembro de 2014.

GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. **Caso Nestlé-Garoto: o Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 e suas repercussões no Direito Antitruste Brasileiro.** Fundação Getulio Vargas – *fgv online* Mba executivo em gestão e business Law. Rio de Janeiro, Maio de 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINISTÉRIO DE JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ato de Concentração: Processo nº. 0812.001697/2002-89. **Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas.** Disponível em < <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301681796.pdf>>. Acesso em 26 de setembro de 2014.

MINISTÉRIO DE JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ato de Concentração: Processo nº. 0812.001697/2002-89. **Voto Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrande.** Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Documento.aspx?85a9728591be8fd24cdd2bc748f54819351d2e33ec3ecb52d345d859f359ef45183c0e59ec>> Acesso em 26 de setembro de 2014.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MENEZES, Daniel Francisco Nagão. **O CADE e a efetividade de suas decisões**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

RYDLEWSKI, Carlos. **A estratégia mundial de aquisições da
Nestlé empaca no Brasil com decisão do Cade de desfazer a compra da Garoto.** Disponível em <<http://veja.abril.com.br/110204/p_082.html>>. Acesso em 26 de setembro de 2014.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO. **Direito concorrencial – as estruturas.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS, Adrianna Correa. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: reflexões a partir do caso chocolates Garoto S.A./Nestlé Brasil Ltda**. 2008. 90f. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2008.

1. Case apresentado à disciplina Direito Econômico, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 8º Período de Direito Vespertino da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor Mestre e Orientador. [↑](#footnote-ref-3)
4. **Lei 8.884/94, 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; **§ 4º** Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE. [↑](#footnote-ref-4)
5. Informações extraídas online do site [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br), acesso em 24 de setembro de 2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. MINISTÉRIO DE JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ato de Concentração: Processo nº. 0812.001697/2002-89. **Voto Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrande.** Disponível em < <http://www.cade.gov.br/Documento.aspx?85a9728591be8fd24cdd2bc748f54819351d2e33ec3ecb52d345d859f359ef45183c0e59ec>> Acesso em 26 de setembro de 2014. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ministério de Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ato de Concentração: Processo nº. 0812.001697/2002-89. **Voto Vogal do Presidente João Grandino Rodas.** Disponível em < <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301681796.pdf>>. Acesso em 26 de setembro de 2014. [↑](#footnote-ref-7)