**ESTUDO DE CASO**

**CADE E A ANÁLISE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS1**

*José Muniz Neto2*

# DESCRIÇÃO DO CASO

O caso em análise se refere à submissão da Nestlé Brasil LTDA. ao CADE da intenção de aquisição da Chocolates Garoto S.A., em 15 de março de 2002. No intuito de adquirir o domínio da mencionada empresa, a Nestlé subscreveu as ações da Garoto e, posteriormente, às resgatou, passando a exercer a propriedade sob esta empresa. Tal submissão aos órgãos de defesa econômica foi denominada de Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89, o qual foi julgado e desaprovado, sendo condenada a Nestlé a desfazer a aquisição da Garoto.

Relevante se faz expor a estrutura brasileira de defesa econômica, responsável pela deliberação nos casos de concentração de empresas. Neste país, tal função é dividida entre diversos órgãos, os quais compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDF). Dentre estes órgãos podemos destacar a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), responsáveis pela elaboração de pareceres e encaminhamento destes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o qual realizará os julgamentos administrativos.

Dentre estes órgãos, podemos destacar o CADE, autarquia federal especializada, regulada atualmente pela lei 12.529/2011, famigerada lei antitruste, mas que, na época do caso ora analisado, era regida pela Lei 8.884/1994. A atual lei antitruste dispõe, no seu art. 88, a competência do CADE para a análise dos atos de concentração:

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

* 1. - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País,

1 Sinopse do *Case* Institucional apresentado à disciplina Direito Econômico do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

2 Aluno do 8º período noturno do Curso de Direito da UNDB.

no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

* 1. - 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).”

Ademais, a mesma lei regulamenta o que deve ser considerado como ato de concentração, no seu art. 90:

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

1. - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
2. - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
3. - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
4. - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

No que concerne especificamente ao caso da aquisição da Garoto pela Nestlé, o CADE decidiu, por maioria, pela desaprovação da operação. Inconformados com a determinação da autarquia, os interessados acionaram a jurisdição estatal para tentar garantir a manutenção da aquisição, sendo autuada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob o nº 0015018-08.2005.4.01.3400, tramitando na 4ª Vara Federal. A ação foi julgada procedente no sentido da manutenção da aquisição da Garoto pela Nestlé, declarando sua aprovação automaticamente. Todavia, o CADE, interpôs apelação, recebida no duplo efeito, para tentar reverter a sentença. Atualmente o processo se encontra na expectativa de julgamento do recurso.

De 2002, data da submissão da concentração ao CADE, até a data de hoje, já transcorreram doze anos sem que o impasse seja solucionado, o que provoca prejuízos para ambas as empresas envolvidas. Ocorre que na apelação, a autarquia busca a reforma da decisão para submeter o caso a um novo julgamento em sede administrativa, entretanto, a Nestlé e a Garoto pugnam pela ilegalidade desta conduta e requer a provação total da aquisição, uma vez que, como bem fundamentou o juízo *a quo* na decisão da demanda, o CADE descumpriu o disposto no art. 54, §7º, da lei 8.884 o qual prevê o prazo de 60 dias para decisões sobre fusões e aquisições, sob pena de serem reputados aprovados os atos não analisados nesse lapso temporal.

# IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO

* 1. **Descrição das decisões possíveis**

Uma vez destacados os desdobramentos do Ato de Concentração da Nestlé/Garoto, faz-se relevante a análise da decisão do CADE, a qual consistiu na não aprovação da operação de aquisição e, consequentemente, na determinação de desconstituição do ato, verificando se esta foi adequada ou não. As decisões possíveis são:

* + 1. Adequação da decisão do CADE;
		2. Inadequação da decisão do CADE.

# Argumentos capazes de fundamentar cada decisão

* + 1. Da adequação da decisão do CADE:
* Barreiras à entrada de novas concorrentes: conforme o voto do Relator Thompson Andrade4, o mercado relevante para a operação envolvendo as duas empresas se dividiria em quatro: balas e confeitos; achocolatados; cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. De todos estes, apenas os dois últimos

suscitaram preocupação dos analistas quanto a possibilidade de inviabilidade concorrencial após a aquisição. No caso do mercado de cobertura de chocolate, conforme se verifica na tabela proposta por Ian Ramalho Guerriero5, a Nestlé, detentora da participação de 22,1% na venda de tais produtos na época, ao soma-la com a da Garoto, 66,4%, teria o domínio de 88,5% deste mercado, demonstrando claramente a probabilidade de monopólio deste setor. No que concerne à classe dos chocolates sob todas as formas, o Relator6 demonstrou a existência de elevadas barreiras à entrada de novas empresas capazes de disputarem mercado após a sua reestruturação com a concretização da Nestlé-Garoto. Dentre estas, ele destacou: a economia de escala e de escopo, a elevados quantidades mínimas de capital para estruturação de empresas no setor, aos segredos industriais relativos a sabor e textura do chocolate, a dificuldade na

4 ANDRADE, Thompson Almeida. Relatório do Conselheiro Relator. **Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.** CADE. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e> 142c252a3798dadb8>. Acesso em:20 de setembro de 2014.

5 GUERRIERO, Ian Ramalho. **O caso Nestlé-Garoto e reflexões para o uso de modelos de simulação na análise antitruste.** Disponível em: < [http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-](http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf) [eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2014. P. 7

6 ANDRADE, Thompson Almeida. ***Op cit.*** P. 5.104

aquisição de matéria-prima, à fidelidade dos consumidores e aos chamados *sunk costs*, consistente nos elevados valores irrecuperáveis nas operações.

* Nestlé/Garoto X Arcor: o Relator7 analisou também a concorrência entre estas

empresas, principais detentoras do poder econômico do setor de cobertura de chocolate. Segundo tal análise, a Arcor, possuidora de uma capacidade ociosa de 38% do mercado de chocolates, correspondente a apenas 11% da capacidade ociosa da Nestlé/Garoto, rivalizaria diretamente com a esta, o que possibilitaria a prática de condutas colusivas ou então colaborar para a adoção de parcerias entre as empresas, para dificultar ainda mais a entrada de novos concorrentes, infringindo o princípio constitucional da livre concorrência e possibilitando a prática de abusos aos consumidores.

* Mercados estáticos simulados pela Nestlé: quando se analisa a defesa da concorrência, o CADE também deve levar em consideração os benefícios das concentrações de empresas aos consumidores, de acordo com o art. 54, §1º, II, da Lei 8.884. Conforme ensina Guerriero8, no intuito de garantir um ambiente salutar de concorrência, devem ser levadas em consideração as variáveis de mercado, concernentes na relação entre a oferta de produtos e a procura dos consumidores,

ocasionando a aumento da qualidade e quantidade dos produtos, bem como a diminuição de seus preços. Segundo os pareceres da Nestlé, a empresa não demonstrava nenhuma intenção na elevação dos preços dos produtos analisados, mas somente previa o aumento de seus lucros, todavia as concorrentes demonstraram em seus pareceres que ambos seriam majorados9. Ora, a Nestlé ao prever uma estabilidade nos preços dos produtos deixou de levar em consideração as variações de mercado, baseando seus

estudos num mercado estático “figurativo”, as quais atuam diretamente na adoção de estratégias para a obtenção de lucro. Portanto, as simulações de mercado consistem em estudos imprecisos, uma vez que a atividade econômica é altamente flutuante e sofre influência dos mais diversos fatores externos.

* As eficiências e o aumento de preços: segundo o Guerriero10, os pareceres apresentados pelas partes envolvidas foram aproximadamente os mesmos, razão pela qual não coube ao CADE analisar estritamente tais pareceres quanto a eficiência. Limitou-se, então, a acolher os estudos apresentados pelos interessados e a afirmarem

7 ANDRADE, Thompson Almeida. ***Op cit.*** P. 5.105

8 GUERRIERO, Ian Ramalho. ***Op cit.*** P. 15

9 ANDRADE, Thompson Almeida. ***Op cit.*** P. 5.127

10 GUERRIERO, Ian Ramalho. ***Op cit.*** P. 14

que os percentuais apresentados por ambas (12%) são suficientes para tolher o aumento de preços.

* Utilidade das simulações: são instrumentos capazes de auxiliar na análise antitruste, demonstrando quantitativamente as consequências das concentrações de empresas. É relevante mencionar que esta análise quantitativa detém um peso importante na análise das fusões, desde que adequados ao mercado estudado.
	+ 1. Da inadequação da decisão do CADE
* Inexistência de mercados estáticos: conforme mencionado anteriormente, as simulações apresentadas pela Nestlé levavam em consideração mercados estáticos, os quais demonstraram claramente a manutenção dos preços dos produtos após a fusão das empresas. Contudo, tais simulação não demonstraram necessariamente a realidade do mercado, motivo pelo qual não servem de parâmetro confiável para definir os resultados da concentração ora analisada. O que se vê no caso em questão é a existência de um Oligopólio, antes mesmo da fusão das empresas, e a tentativa de utilização de simulações de mercados com concorrências perfeitas a esta estrutura, o que obviamente não se adequa.
* Adoção do critério do *Price Standard*: a análise do CADE também deu importância para a verificação da rivalidade entre as empresas estabelecidas no mercado. De acordo com Guerriero11, tal rivalidade deve ser alta para a manutenção da competição. Afirma ainda que, embora tenha sido adotado tal critério, o Ordenamento Jurídico brasileiro não fazia tal acolhimento, de forma que a Lei Antitruste previa a equiparação entre o excedente do consumidor e o do produtor.
* Nestlé/Garoto X Arcor: Conforme afirma o Vogal João Grandino Rodas12, a Arcor apresenta capacidade ociosa pra fazer frente à concorrência da empresa resultante da fusão. Ademais, afirma, com base no modelo de oligopólio de curva de demanda quebrada, que o aumento de preços da Nestlé/Garoto não produziria o aumento também dos valores dos produtos da Arcor. A lógica, para ele, é que o aumento de preços da concorrente estimula a outra empresa a manter seus preços para aumentar suas vendas. Assim, tais alegações não passariam de especulações, as quais são incapazes de obstar a realização da aquisição.

11 GUERRIERO, Ian Ramalho. ***Op cit.*** P. 16

12 RODAS, João Grandino. Voto Vogal. **Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.** CADE. Disponível em: [<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8](http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8)>. Acesso em: 20 de setembro de 2014. P. 5.228

* Mercado dos chocolates sob todas as formas: o Vogal afirma que o percentual de concentração de 58% por parte da Nestlé/Garoto não seria suficiente para impedir a operação de fusão, uma vez que o próprio CADE já aprovou outras concentrações com percentuais de até 80%, como no caso da Bauducco-Visconti13.
* Barreiras à entrada de novas concorrentes: O Vogal sustenta que tal fator é preponderante na inibição do exercício de poder de mercado das empresas fusionadas. Critica o exposto pelo Relator quando aborda a entrada de multinacionais no mercado analisado, afirmando que se tais barreiras fossem tão elevadas, as multinacionais não teriam conseguido entrar no mercado e que a substituição de marcas por parte das empresas estabelecidas no setor não significa a existência de tais barreiras14.
* Critério de descarte das eficiências: o descarte de critérios inúteis de eficiência é algo concebível, haja vista sua desnecessidade para a análise do caso concreto. Todavia, conforme se percebe no voto do vogal15, o critério utilizado pelo CADE não condiz com o adotado pela Lei 8.884, art. 54, §1º, o qual assenta que as eficiências devem decorrer do ato, no caso, da fusão, e não dos envolvidos nele. Para ele, o Relator sobrepôs as legislações internacionais às normas brasileiras ao dar relevância maior aos agentes envolvidos na fusão. Segundo o mencionado artigo, uma vez demonstrada a eficiência da fusão neste caso concreto, esta deveria ser automaticamente autorizada.
* Competência do CADE e limites de atuação: a Lei 8.884 prevê, nos casos de concentração, que o CADE poderá exercer seu controle, como dispõe o art. 54, §§ 1º e 9º. Todavia, este controle deve ser feito de forma limitada. Nos casos de desaprovação total ou parcial, sustenta o Vogal que a inexistência de limites para esta atuação infringe o disposto na carta constitucional, art. 170, o qual prevê a livre concorrência e iniciativa, prezando pelo trabalho humano e a justiça social.
* Incompetência do CADE para determinar a desconstituição dos atos de concentração: a mesma lei, no seu art. 54, §9º, cita a possibilidade de desconstituição de atos, todavia não dispõe sobre a competência do CADE nestes casos. Ademais, a mesma lei prevê que a não aprovação e consequente “condenação” à desconstituição de atos não supõe o desfazimento de sua totalidade, mas somente do que for necessário para diminuição dos efeitos nefastos à economia.

13 RODAS, João Grandino. ***Op cit.*** P. 5.230 14 RODAS, João Grandino. ***Op cit.*** P. 5.230 15 RODAS, João Grandino. ***Op cit.*** P. 5.232

* Desnecessidade do CADE no controle da economia: André Luiz Santa Cruz Ramos defende que:

“Numa economia de livre mercado genuíno, é absolutamente desnecessária a existência de um órgão antitruste, razão pela qual o CADE deveria ser extinto, e não reformulado por uma lei [Lei 12.529] que lhe deu ainda mais poder para perseguir empresas e „planejar‟ a economia”16.

* Problema do controle antitruste: o mencionado autor defende que estes problemas são suficientes para a extinção do CADE:

“(i) desrespeito à propriedade privada e à liberdade contratual; (ii) fundamentação em uma teoria econômica absolutamente equivocada, que considera o mercado uma realidade estática qie pode ser prevista e manipulada por burocratas; (iii) utilização de conceitos também equivocados, como concorrência perfeita e monopólio natural, os quais ignoram a criatividade empresarial; e (iv) possibilidade de ser usado politicamente para perseguir e coagir empresários.17”

# Descrição dos critérios e valores contidos em cada decisão

* + 1. Da adequação da decisão do CADE:
1. Elevadas barreiras à entrada de novas concorrentes no mercado de chocolates;
2. Possibilidade de criação de um duopólio entre Nestlé/Garoto e Arcor, dificultando ainda mais a entrada de concorrentes no setor;
3. Inexistência de mercados estáticos como os previstos nas simulações apresentadas pela Nestlé;
4. A aproximação dos percentuais de eficiência apresentados pelas fusionadas e impugnantes e o enquadramento destes no permitido pela lei para a manutenção dos preços das mercadorias;
5. A utilidade das simulações de mercado, as quais são capazes de prever quantitativamente o estado do setor atingido após as concentrações de empresas.
	* 1. Da inadequação da decisão do CADE:
6. Inexistência de mercados estáticos e consequente inutilidade das simulações;

16 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 381

17 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. ***Op cit.***P. 381

1. Adoção errônea do critério do *Price Standard*, o qual não está previsto na lei antitruste;
2. As disputas de mercado entre Nestlé/Garoto e Arcor, após a fusão, não aumentarão os preços dos produtos, mas imporão a ambas a manutenção dos baixos valores, evitando a perda de mercado.
3. O percentual de 58% de concentração de mercado no caso Nestlé/Garoto é insuficiente para a desaprovação da aquisição;
4. As barreiras à entrada de novas concorrentes não são tão elevadas como dito pelo Relator do Ato de Concentração, tanto que já houve tentativas de entradas de multinacionais;
5. Critério de descarte de eficiências não condiz com o previsto na Lei 8.884;
6. As eficiências devem decorrer do ato, no caso, da fusão, e não dos envolvidos nele.
7. Limitação constitucional do CADE na intervenção econômica;
8. Incompetência do CADE para determinar a desconstituição total de fusões, mas somente de alguns atos, capazes de diminuir os prejuízos à economia.

# REFERÊNCIAS

ANDRADE, Thompson Almeida. Relatório do Conselheiro Relator. **Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.** CADE. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e> 142c252a3798dadb8>. Acesso em:20 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei n.° 8.884, de 11 de junho de 1994, **Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências**. Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de junho de 1994.

BRASIL. Lei n.° 12.529, de 30 de novembro de 2011, **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o**

**Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.** Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de junho de 1994.

GUERRIERO, Ian Ramalho. **O caso Nestlé-Garoto e reflexões para o uso de modelos de simulação na análise antitruste.** Disponível em: < [http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-](http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf) [eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2014. P. 7

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial Esquematizado.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. P. 381

RODAS, João Grandino. Voto Vogal. **Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.** CADE. Disponível em: [<ht](http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8)t[p://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8>.](http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dadb8) Acesso em: 20 de setembro de 2014.