

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ADRIANNA CORREA DOS SANTOS

**SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
REFLEXÕES A PARTIR DO CASO CHOCOLATES GAROTO
S.A./NESTLÉ BRASIL LTDA.**

CURITIBA

2008

ADRIANNA CORREA DOS SANTOS

**SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:
REFLEXÕES A PARTIR DO CASO CHOCOLATES GAROTO
S.A./NESTLÉ BRASIL LTDA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANNA CORREA DOS SANTOS

SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO CHOCOLATES GAROTO S.A./NESTLÉ BRASIL LTDA.

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

Profa. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro

Aos meus pais por todo o amor, por quem eu sou e por tudo que eu alcancei.

Ao Helton por todo o carinho, apoio e compreensão.

RESUMO

Os atos de concentração econômica ensejam a preocupação antitruste quando se mostram potencialmente lesivos à concorrência. Estando envolvidas empresas de grande porte, ou resultando em dominação de mercado relevante, devem as operações ser submetidas ao controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que avaliará seus efeitos não apenas para a concorrência, mas também para os consumidores. A proposta de aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. foi uma das concentrações econômicas de maior destaque nos últimos anos, especialmente em razão da decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que, após longos anos de apreciação, desaprovou a operação. A partir deste *leading case* pretende este trabalho explicitar as bases da disciplina de defesa da concorrência no Brasil, regida atualmente pela Lei nº 8.884/94, para, ao final, tecer considerações a respeito das adequações e possíveis inadequações da solução que lhe fora conferida pelo sistema antitruste pátrio.

Palavras – chave: Lei nº 8.884/94. Sistema brasileiro de defesa da concorrência. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Leading case*. Ato de Concentração. Chocolates Garoto S.A. Nestlé Brasil Ltda. Decisão administrativa. Adequações e inadequações.

LISTA DE SIGLAS

APRO – Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	A EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA ANTITRUSTE NO BRASIL	10
3	O SISTEMA DA ATUAL LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA	21
3.1	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	21
3.2	SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO E SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO	25
3.3	O CONTROLE DAS ESTRUTURAS.....	25
3.4	O CONTROLE DAS CONDUTAS.....	28
4	A OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DA CHOCOLATES GAROTO S.A. PELA NESTLÉ BRASIL LTDA.	31
4.1	ENTENDENDO A OPERAÇÃO	31
4.2	CONSIDERAÇÃO PRÉVIA NECESSÁRIA: MERCADO RELEVANTE	34
4.3	PARECER DA SEAE/MF	37
4.4	PARECER DA SDE/MJ	40
5	JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DA OPERAÇÃO: PROBABILIDADE DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO POR PARTE DA EMPRESA FUNDIDA OU GANHOS PARA A CONCORRÊNCIA?	53
5.1	A DECISÃO DO CADE	53
5.2	VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO-PRESIDENTE JOÃO GRANDINO RODAS.....	64
5.3	A SUBMISSÃO DA QUESTÃO À APRECIÇÃO JUDICIAL	65
6	ADEQUAÇÕES E INADEQUAÇÕES DA SOLUÇÃO DADA PELO CADE À OPERAÇÃO	68
6.1	DEFINIÇÃO DO MERCADO.....	68
6.2	NÍVEL DE PARTICIPAÇÃO E PODER NO MERCADO	72
6.3	BARREIRAS À ENTRADA.....	74
6.4	RIVALIDADE ENTRE AS ATUAIS CONCORRENTES	78
6.5	JUSTIFICATIVAS PARA AS RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA – EFICIÊNCIAS	79
6.6	POSSÍVEL ILEGALIDADE DA DECISÃO DO CADE	82
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
	REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

As questões relativas à defesa da concorrência merecem especial atenção principalmente em razão de que afetam diretamente os interesses dos consumidores, os quais muitas vezes dependem do Estado para que sejam protegidos os seus interesses, em virtude de sua hipossuficiência.

Freqüentemente estes consumidores se surpreendem com notícias de fusões e aquisições de grandes e conhecidas empresas dos mais diversos setores do mercado, muitas vezes até mesmo de empresas concorrentes. Resta-lhes, então, a seguinte dúvida: quais serão as conseqüências de tal ato empresarial para sua vida prática?

Tal foi o que ocorreu no final do ano de 2001, quando chegou à mídia a notícia da aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., duas das maiores empresas brasileiras atuantes no mercado de chocolates. Diante do porte das empresas envolvidas, inevitável que nos perguntemos não somente a respeito dos efeitos práticos da operação sob a ótica do consumidor, mas também sobre quais seriam os efeitos concorrenciais da concentração.

Assim, já passados quase sete anos desde a apresentação da operação de aquisição às autoridades antitruste, para apreciação, e sem que se tenha chegado a uma solução jurídica definitiva, tem este trabalho a pretensão de, a partir deste caso em específico e utilizando-se do método indutivo de interpretação, fazer uma análise a respeito do sistema antitruste vigente no Brasil.

Para tanto, em um primeiro momento são feitas algumas observações históricas que delineiam a evolução da disciplina da defesa da concorrência no Brasil, desde o período colonial até os dias atuais, em que tem vigência a Lei nº 8.884/94. Posteriormente, é dado o primeiro passo para a compreensão das bases do sistema que se estabeleceu a partir de 1994, designado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, através da indicação dos órgãos que o compõem, suas atribuições e forma de atuação diante da ocorrência de atos de concentração supostamente lesivos à concorrência.

Feitas estas considerações que inserem o leitor no universo da intervenção do Estado na economia com vistas à defesa da concorrência, procede-se a um exame mais detalhado do ato de concentração que envolve Garoto e Nestlé e que fora desaprovado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em 04 de fevereiro de 2004.

Em momento posterior são explicitados os argumentos que levaram a tal decisão administrativa de desaprovação da operação de aquisição, o que deu ensejo à submissão da questão à apreciação judicial, uma vez que as empresas envolvidas discordam do posicionamento adotado pela autarquia antitruste.

E, a guisa de conclusão, aponta-se as adequações e inadequações da decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, demonstrando-se, justificadamente, em quais aspectos as empresas interessadas tinham razão, e em quais não a tinham, quando confrontaram judicialmente a solução administrativa.

2 A EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA ANTITRUSTE NO BRASIL

A disciplina contemporânea da atuação dos agentes econômicos no mercado, com vistas à proteção da livre concorrência e à repressão ao abuso do poder econômico, decorre diretamente da evolução histórica das formas de atuação do Estado brasileiro sobre a economia. Nesse sentido é que a análise das raízes históricas das normas regulatórias, partindo desde o Brasil colonial até os dias atuais, se reveste de caráter fundamental para o desenvolvimento do presente trabalho.

Durante o período colonial pode-se afirmar que o Brasil passou por duas fases distintas em matéria de regulação econômica, as quais se separam, cronologicamente, pela vinda da Corte portuguesa para o Brasil.

Em um primeiro momento viveu-se no Brasil a chamada fase fiscalista¹, em que a metrópole portuguesa tinha como objetivo principal em relação à colônia impor-lhe o pagamento de impostos. Esta é uma espécie de exploração que demonstra a total ausência de interesses portugueses pelo desenvolvimento econômico e cultural da colônia brasileira.

A manutenção da política fiscalista, que se pautava pela presença de monopólios estatais em vários setores da economia, necessitava de mecanismos que impedissem o desenvolvimento industrial colonial. Para tanto foram emitidos pela Coroa diversos regulamentos proibindo determinadas atividades que representassem uma espécie de concorrência a produtos similares portugueses².

Como se vê, não há que se falar em concorrência nesse período, muito menos em atuação do Estado sobre a economia para protegê-la. O próprio conceito de mercado consumidor não era muito desenvolvido à época, uma vez que a população colonial encontrava-se geograficamente dispersa pelo imenso território. Alguns setores da população, no entanto, começaram a se insurgir contra práticas hoje identificadas como expressões de abuso de posição dominante, como por exemplo, a prática de preços exorbitantes.

¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 95.

² “(...) o monopólio do comércio internacional fazia com que houvesse, no Brasil, um *monopólio bilateral*, ou seja, um *único comprador de produtos de exportação e um único vendedor dos bens provenientes da Europa*”. FORGIONI, Paula A. *Op cit.* p. 97.

Com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil houve uma mudança na orientação econômica da metrópole, o que culminou com um incentivo ao desenvolvimento econômico brasileiro, que teve como ponto de partida a abertura dos portos brasileiros, em 28 de janeiro de 1808. O liberalismo econômico que aparentava dar seus primeiros passos, porém, sofria limitações impostas pela Inglaterra, o que levou a doutrina a afirmar que “o liberalismo, no Brasil, foi introduzido de forma bastante peculiar”³.

Também após a independência brasileira poucos são os aspectos observados que denotam a existência de concorrência no mercado interno. Isso porque praticamente todos os produtos que abasteciam o mercado eram de origem estrangeira. Não se verifica, do mesmo modo, no período, a existência de políticas governamentais protecionistas, o que, de certa forma, representa um modo indireto de desestímulo ao desenvolvimento econômico nacional.

Segundo se pode verificar nas anotações de Visconde de Cairú, o país era destinado à produção agrícola, nessa época. Não existia o interesse do Estado de alterar esse modo de reprodução da produção, ou seja, o foco brasileiro não era na indústria, mas no extrativismo e na agricultura e pecuária⁴.

Nesse sentido as Constituições de 1824 e 1891 demonstram estarem inseridas em uma ideologia liberal, tanto política como econômica, em que estava presente a plenitude do direito de propriedade e o princípio da plena liberdade de iniciativa no mercado, o que desestimulada a edição de qualquer norma que tivesse a finalidade de regulamentar a atividade dos agentes no mercado. O Estado assume, então, apenas a postura de garantidor das liberdades individuais no mercado⁵.

A intervenção do Estado no domínio econômico se dava tão-somente no âmbito do recolhimento e regulamentação das tarifas alfandegárias. No entanto, conforme afirma TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, já a Constituição Federal de 1934 previa a atuação regulatória do Estado no sentido

³ FORGIONI, Paula A. *Op cit.* p. 104.

⁴ ISFER, Edson. Curitiba, 29/07/2008. Informação verbal.

⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**. Comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 21.

de repreender as formas desleais de concorrência, esboçando uma concepção de equilíbrio entre os agentes concorrentes⁶.

As Constituições brasileiras da década de 30 (1934 e 1937) foram de perto influenciadas pela grande crise de 1929 que, nos Estados Unidos, levou o Estado a intervir na economia de maneira constante, o que não foi diferente no Brasil.

A Constituição de 1934⁷ foi a primeira a prever um capítulo sobre a ordem econômica e social e a elevar a liberdade econômica, ainda que sujeita a limitações, em nível constitucional em vista de seu art. 115 estabelecer que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”.

Essa limitação à liberdade econômica justifica-se, como mencionado acima, pelos efeitos gerados pela crise de 1929 e que atingiram todo o mundo. A partir de então se sentiu a necessidade de um aumento qualitativo da intervenção estatal⁸ tanto para superar a crise quanto para evitar posteriores perturbações.

A partir do que estabelece a Constituição Federal de 1934, portanto, ainda que não existissem à época normas reguladoras do processo competitivo, sob a ótica antitruste⁹, percebe-se que a concorrência entre os agentes econômicos não pode mais ser vista como um âmbito de atuação ilimitada.

A Constituição de 1937, por sua vez, surgiu neste mesmo contexto em que o Estado interventor pretendia suprir a atividade econômica privada, de

⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência: origem histórica e base constitucional. **Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA**. Salvador, n. 2. p. 66, citado por FORGIONI, Paula A. *Op cit.* p. 107.

⁷ Esta Constituição já se insere em um contexto ideológico diferente, influenciada pelas idéias trazidas com a Constituição de Weimar, de 1919, a partir do que o Estado passa a assumir nova postura, deixando de ser mero garantidor para ser o criador das normas que passarão a reger a forma de atuação dos agentes econômicos no mercado. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Op cit.* p. 21.

⁸ Conforme afirma PAULA FORGIONI, “intervenção estatal, no Brasil, sempre houve”. *Op cit.* p. 110.

⁹ Existia apenas o Código da Propriedade Industrial que regulamentava a concorrência sob uma ótica individual.

modo a viabilizar a própria manutenção do sistema. Ela trazia em seu art. 135 a seguinte disposição:

Na iniciativa individual, no poder de criação de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Tal dispositivo permite, a partir de então, a intervenção estatal *sobre* a economia, que se dá através de mecanismos de controle, e *na* economia, por meio de gestão direta.

Instalou-se, a partir de 1937, como princípio jurídico, a proteção à economia popular, ao mesmo tempo em que a iniciativa privada passou a ser protegida em grau máximo.

É, porém, somente em 18 de novembro de 1938 que surge a primeira norma jurídica antitruste brasileira, o Decreto-lei nº 869. Esse diploma surge como regulamentação ao art. 141 da Constituição Federal de 1937¹⁰, o qual colocou a proteção à economia popular como um princípio do Estado; em razão disso, é de se notar que, ao contrário do que ocorre com a tutela da concorrência nos EUA¹¹, aqui no Brasil a normatização antitruste se voltou precipuamente para a tutela da economia popular e do consumidor.

Tal diploma legal, no entanto, não representava uma sistematização em matéria de direito da concorrência e, apesar de representar um marco para o tratamento da disciplina no país, teve pouca aplicação prática¹², muito

¹⁰ Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

¹¹ Nos Estados que contam com uma certa tradição antitruste, como é o caso dos EUA (e dentre os quais não se inclui o Brasil), a disciplina antitruste nasceu como um vínculo lógico entre o liberalismo econômico e a liberdade de concorrência, de modo que toda a tutela estatal na matéria visa, em princípio, a proteção e manutenção da concorrência e não a proteção direta do consumidor. FORGIONI, Paula A. *Op cit.*p. 114/115.

¹² Conforme afirma BENJAMIM M. SHIEBER, em sua obra *Abusos do Poder Econômico: Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA*, citado por JOÃO BOSCO DA

provavelmente pelo fato de colocar o Estado como mero reparador dos desvios operados pelo sistema, sem maiores possibilidades de condução das condutas dos agentes nele atuantes.

Numa tentativa de aperfeiçoar e sistematizar a disciplina jurídica da concorrência no Brasil surge então, em 1945, o Decreto-lei nº 7.666, o qual ficou conhecido como “Lei Malaia”¹³ e é derivado de Projeto de Agamêmnon Magalhães¹⁴. Este Decreto-lei, que se volta especificamente para a repressão ao abuso de poder econômico, mostra-se como um verdadeiro avanço em matéria de regulamentação da atuação dos agentes econômicos. Chegou a ser interpretado por muitos como um ato de nacionalismo econômico, com vistas a desencorajar o ingresso de capital estrangeiro no país.

Ainda com relação ao Decreto-lei nº 7.666, é de se ressaltar o seu caráter essencialmente administrativo, uma vez que não tipifica crimes contra a economia popular, mas busca tão-somente reprimir atos contrários aos interesses da economia nacional.

É nesse momento da evolução do direito antitruste brasileiro, que é criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão integrante do Poder Executivo, a quem cabia identificar as práticas contrárias aos interesses da economia popular e dar cumprimento às disposições estabelecidas no Decreto-lei nº 7.666. A partir da criação desta Comissão, portanto, introduziu-se no ordenamento jurídico um sistema que exigia “autorização prévia para formação, incorporação, transformação e agrupamento de empresas”, devendo o registro de todas as outras espécies de ajustes e acordos capazes de

FONSECA: “Malgrado a amplitude destes dispositivos, eles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. (...) O Decreto-Lei nº 869 teve repercussão no campo de regulamentação de preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste. A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869”. *Op cit.* p.23.

¹³ Tal denominação foi dada por Assis Chateaubriand, opositor de Agamêmnon Magalhães, fazendo menção a seu apelido pernambucano, “China Gordo”. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Agamenon_Magalh%C3%AAses#A_22Lei_Malaia.22> . Acesso em: 29/09/2008.

¹⁴ Ver nota infra n. 18.

interferir no processo de produção e circulação de riquezas ser efetuado pela Comissão ¹⁵.

Conforme salienta PAULA FORGIONI, nessa época

a ilicitude das práticas era determinada em virtude de seus efeitos, o que afastava qualquer questão pertinente à intenção do agente [...] São considerados pelo referido diploma não apenas os efeitos atuais e imediatos das práticas, bem como os efeitos potenciais que [dela] possam advir ¹⁶.

Tal Decreto-lei, no entanto, teve vigência não superior a três meses, tendo sido substituído pelas normas da Constituição de 1946 – não sem tê-la influenciado, a qual pela primeira vez tratou expressamente do princípio da repressão ao abuso de poder econômico¹⁷, mencionando em seu art. 148:

A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Esse princípio, agora expressamente previsto na Constituição, veio a ser regulamentado pela Lei nº 4.137/62¹⁸ que fixou a tipificação das formas de abuso de poder econômico em seu art. 2º e, em seu art. 8º, criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão vinculado diretamente à

¹⁵ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Renovar, 1998. p. 290.

¹⁶ FORGIONI, Paula. *Op cit.* p. 121.

¹⁷ Há, no entanto, quem considere que tal princípio já estava implícito nas Constituições de 1934 e 1937, sustentando que o próprio Decreto-lei nº 7.666/45 já previa normas de repressão ao abuso de poder econômico, e nunca fora cogitado inconstitucional. Entre os doutrinadores que sustentam tal posição encontramos PONTES DE MIRANDA. (**Comentários à Constituição de 1946**, v. 4. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. p. 27), dentre outros.

¹⁸ Tanto esse diploma legal como todo o capítulo da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1946, são de relatoria de Agamêmnon Magalhães, jurista de inclinação social-democrática, que veementemente procurou defender e fortalecer a economia nacional, sobretudo através de seus trabalhos legislativos que se destacaram pela luta contra os abusos do poder econômico. Ao justificar o Projeto de Lei nº 122, apresentado à Câmara dos Deputados em 15 de abril de 1948, e que posteriormente tornou-se a Lei nº 4.137/62, Agamêmnon Magalhães afirmou que: “Essa lei será a carta, será a nova liberdade – liberdade do consumidor brasileiro e liberdade do Estado, que fica armado contra o poder que o quer dominar; liberdade do governo, porque com ela não estará sujeito às influências dos grupos econômicos” (MARANHÃO, Jarbas. *O Estadista Agamêmnon Magalhães – Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 253/258).

Presidência do Conselho de Ministros, o qual seria responsável por reprimir as situações que denotassem abuso de poder econômico, caracterizadas pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros. Nessa ótica, podemos perceber que o CADE não deixa de representar um dos princípios basilares da ordem econômica e social.

A Constituição Federal de 1946, em sua redação original, apresentou, ainda, uma diferença em relação ao Decreto-lei 7.666/45, uma vez que pretendeu condenar os atos abusivos não mais pelos efeitos que produzam ou possam produzir, mas sim pela finalidade que demonstrem. Com o advento da Lei 4.137/62, porém, há quem considere que tanto os efeitos quanto a finalidade deixaram de ser considerados para a caracterização da ilicitude de determinada prática econômica, uma vez que o art. 2º da referida Lei¹⁹

¹⁹ Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

- a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;
- b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;
- c) coalisão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;
- d) concentração de ações; títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;
- e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;
- f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;
- g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

II - Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo:

- b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria prima;
- c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;
- d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias primas;

IV - Formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

- a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;
- b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

V - Exercer concorrência desleal, por meio de:

- a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária;
- b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

apresentaria uma enumeração taxativa das formas de abuso de poder econômico para as quais seriam cominadas sanções.

Muito se discutiu, no entanto, a respeito dessa suposta taxatividade do já citado art. 2º da Lei nº 4.137/62. Nos dois extremos da discussão encontravam-se, de um lado, o argumento da manutenção da segurança jurídica e, de outro, o da eficiência do sistema antitruste, no sentido de coibir o maior número possível de práticas prejudiciais. O CADE, em julgamento do chamado “Caso da Barrilha”²⁰ decidiu a questão manifestando entendimento no sentido de que o abuso de poder se caracterizaria diante da prática de atos com o fim de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros; não subscrevendo, portanto, a tese da taxatividade do rol de condutas previsto pelo art. 2º.

Demonstrando reconhecer a importância dessa e de outras mudanças estabelecidas pela Constituição de 1946, e posteriormente pela Lei nº 4.137/62, e não deixando de lado seu viés crítico, PONTES DE MIRANDA já afirmara, a respeito da já citada disposição do art. 148 daquela Constituição, que:

(...) é difícilimo manobrar as duas políticas, a de intervenção na economia e a de luta contra os trustes. Acaba o Estado por ter tantas armas debaixo do braço – e tantos sabres e machados – que não possa ou não saiba usar, com acerto, de nenhuma. Fixar preço e perseguir trustes, sem aparelhamento quase genial, senão genial, de economia e de administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos²¹.

A Constituição de 1967, seguida pela alteração legislativa de 1969²², por sua vez, determinou a expansão da atividade pública, com a previsão de intervenção estatal na economia, manutenção da valorização da livre empresa e atuação suplementar do Estado, destacando a repressão ao abuso de poder econômico e elevando-o, em seu art. 160, inciso V, a princípio da ordem econômica e social:

²⁰ Denominação comercial dos carbonatos de potássio e sódio.

²¹ PONTES DE MIRANDA, *Op. cit.* p. 28.

²² Aqui não se pretende ingressar no mérito a respeito da condição assumida por essa modificação legislativa, se Emenda Constitucional ou Constituição propriamente dita.

A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e justiça social, com base nos seguintes princípios: V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros²³.

Cumpra ressaltar que, apesar da superveniência da Constituição Federal de 1967, continuou a vigor no Brasil a Lei nº 4.137/62 a qual, embora tenha sido um instrumento que em certos casos possibilitou a conjugação da defesa da concorrência com o implemento de uma política econômica de incentivo a atos concentracionistas, tais como fusões e incorporações, “não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência”^{24 25}.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 poucas inovações foram trazidas na matéria. Dentre elas há que se destacar a positivação da livre concorrência como princípio constitucional da ordem econômica, prevista pelo art. 170, inciso IV. Ainda, no §4º do art. 173 restou determinado que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, sendo que tal repressão deve se dar na forma prevista por lei ordinária, posteriormente criada²⁶.

Mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a partir da adoção de uma nova política econômica de governo, extremamente liberal, foi necessária uma alteração no panorama do direito de defesa da concorrência, alteração esta que ocorrera com a promulgação da Lei nº 8.158, em 08 de janeiro de 1991. Esse diploma legal surgiu com o intuito de evitar possíveis disfunções ou crises oriundas do comportamento dos agentes

²³ Esse dispositivo foi ainda responsável por conservar a discussão a respeito de quais seriam as condutas aptas a caracterizar o abuso de poder econômico, se apenas aquelas previstas pelo art. 2º da Lei nº 4.137 ou se todas as demais que, de alguma forma, representem dominação de mercados nacionais, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

²⁴ FORGIONI, Paula A. *Op cit.* p. 141.

²⁵ Até porque, como se verá adiante, a política da concorrência é um mero instrumento para realização de uma determinada política econômica.

²⁶ Trata-se da Lei nº 8.884/94 que atualmente disciplina a matéria antitruste e as infrações à ordem econômica, sobre a qual será dado tratamento específico logo adiante.

econômicos no mercado que, agora, se auto-regulava. Entre as novidades introduzidas, destaca-se a tentativa de conferir celeridade ao procedimento de apuração das práticas lesivas à concorrência, mediante a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça. À SNDE fora atribuída competência para, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.158,

apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

A partir de então, o CADE e a SNDE passaram a atuar conjuntamente na repressão às patologias em matéria concorrencial, o que proporcionou um significativo aperfeiçoamento das soluções dadas aos casos submetidos à apreciação dessas autoridades antitruste. No entanto, com a mudança de governo em 1992, deu-se nova utilidade à Lei antitruste, a qual passou a servir como um instrumento de ameaça de retaliação, por parte do governo, contra alguns setores da economia.

Por fim, temos a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994²⁷, que, sistematizando a matéria, implementou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, o qual é composto por três autoridades antitruste, quais sejam: o CADE, que fora transformado em autarquia federal, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça.

A esse diploma, dedicar-se-ão, pormenorizadamente, os tópicos seguintes.

²⁷ Sobre esse novo diploma legal, nos primeiros momentos de sua aplicação, afirmou Neide Terezinha Malard, ex-conselheira do CADE: “mal havia sido testada, a Lei n. 8.158/91 foi revogada pela Lei n. 8.884, de junho de 1994, esta, sem dúvida, a mais imperfeita lei antitruste que o Brasil já teve. Na verdade, o País não precisava naquela ocasião de uma nova lei antitruste, mas sim do que ainda necessita agora: condições materiais, em termos de recursos humanos e financeiros, para aplicar as leis que já vigoravam. O novo diploma legal, ao revogar a Lei n. 4.137/62 e não contemplar as situações nela previstas, facilitou as concentrações econômicas, passando a não ser mais ilícitas *per se* as operações e transações concentracionistas que pudessem eliminar total ou parcialmente a concorrência”. ROCHA, João Carlos de Carvalho [Coord.] *et al.* Lei Antitruste – 10 anos de combate ao abuso de poder. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 169.

Ainda, a partir de toda essa evolução legislativa, há quem, numa tentativa de sistematização, identifique a existência de três períodos de tendências regulatórias distintas²⁸ pelos quais passou a legislação em matéria de concorrência no Brasil, seriam eles: (i) de 1937 a 1988, com a prevalência da defesa da economia popular, caracterizada pela intervenção direta do Estado na economia, com incidência da política de controle de preços; (ii) de 1989 a 1994, uma etapa de transição inaugurada pela Constituição Federal de 1988, em que se optou, no Brasil, por um modelo de desenvolvimento que envolve a substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando-se a desregulamentação dos mercados e preparando-se para a onda de privatizações que historicamente se sucedeu; e, por fim, (iii) após 1994, período em que prepondera a defesa da concorrência sobre a intervenção do Estado na economia.

²⁸ OLIVEIRA, Gesner. Defesa da Concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Idéias & debate*, Brasília: Instituto Teotônio Vilela, n. 17, 1998, 48 p. citado por CARMEN DIVA MONTEIRO. **Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos**. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf.>. Acesso em: 04/07/2008.

3 O SISTEMA DA ATUAL LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA

A Lei nº 8.884/94 surgiu num contexto bastante peculiar, tendo sido resultado de intensos debates ocorridos ao final do ano de 1993. Participavam das discussões duas equipes, uma encabeçada pelo então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, e outra liderada pelo então Ministro da Justiça, Alexandre Dupeyrat. As discussões se centravam, entre outros pontos, na questão do controle de preços, sendo que a equipe do Ministério da Justiça pretendia fazer constar na legislação uma base legal de combate aos preços abusivos, e a equipe do Ministério da Fazenda, por outro lado, defendia que a adoção de medidas para o controle dos preços no mercado poderia elevar sobremaneira os índices da inflação.

A par dessa e de muitas outras discussões, chegou-se à redação final da Lei nº 8.884, que fora sancionada em 11 de junho de 1994, e que estabeleceu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A lei que criou o SBDC, no que se refere às autoridades antitruste, transformou o CADE em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, o qual teve sua competência e composição disciplinadas pelo Título II daquele diploma legal; e manteve a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico em suas vinculações originais, a primeira ao Ministério da Justiça e a segunda vinculada ao Ministério da Fazenda²⁹.

3.1 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

O CADE, instituído com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exerce papel ambivalente³⁰, tanto de

²⁹ A esse respeito algumas críticas são feitas, no sentido de que tanto o CADE como a SDE são estruturas que deveriam ter sido vinculadas ao Ministério da Fazenda, uma vez que assunto como o bom funcionamento da economia de mercado é de especialidade de economistas e não de juristas. Há ainda crítica no sentido de os referidos Conselho e Secretaria melhor estariam se vinculados ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, que tem capital humano especializado na matéria e, portanto, mais autorizado a discutir as questões concorrenciais.

³⁰ Ao lado das duas Secretarias que o auxiliam e fazem parte do sistema.

prevenção quanto de repressão do mesmo. Caracteriza-se como a última instância administrativa de decisão em matéria concorrencial, responsável por julgar os processos após a emissão dos pareceres da SDE e da SEAE.

Seu papel preventivo é representado pela análise dos atos de concentração, que não são ilícitos anticoncorrenciais, mas negócios jurídicos realizados entre empresas que podem ocasionar algum prejuízo ou restrição à livre concorrência. A necessidade de análise dos atos de concentração decorre do art. 54 da Lei nº 8.884, o qual estabelece que: “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”. O parágrafo 3º desse mesmo artigo ainda estabelece que:

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 20% (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).

Assim, nos casos mencionados por tal dispositivo, presume-se a ocorrência de restrição à livre concorrência, o que exige que as empresas participantes submetam sua proposta de acordo concentracionista ao CADE³¹, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis após sua realização, a teor do que dispõe o §4º do mesmo art. 54³². Constatando o CADE que determinado acordo apresenta potencialidade de lesão à concorrência, este tem o poder de impor obrigações às empresas envolvidas,

³¹ O processo administrativo de análise dos atos de concentração é regulamentado por Resoluções do CADE, podendo ser citadas, a título de exemplo as Resoluções nº 15, de 1998, e, mais recentemente a Resolução nº 46, de 2007.

³² Art. 54. §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 SPE.

como por exemplo, obrigações de fazer e não-fazer, como condição à aprovação da operação³³.

Há que se ressaltar, no entanto, que a existência de estruturas concentradas no mercado não é um indicativo puro e simples de ocorrência de ato atentatório à livre concorrência, mas já demanda uma apreciação concreta mais detalhada, uma vez que indica maior propensão à prática de condutas anticoncorrenciais.

Já a atuação repressiva do CADE se dá no âmbito da análise das condutas ilícitas, assim chamadas anticoncorrenciais. Nesse aspecto, o CADE assume a função de reprimir práticas que acarretem uma infração à ordem econômica, tais como: prática de preços predatórios, formação de cartéis, vendas casadas, entre outras.

Merece menção também o papel educativo que deve ser desempenhado pelo CADE, o qual tem como escopo difundir a cultura da concorrência, a qual está legalmente representada pelo disposto no art. 7º, inciso XVIII da Lei nº 8.884/94, segundo o qual “Compete ao Plenário do CADE: (...) XVIII – instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica”. Essa função pedagógica se consolida através de parcerias firmadas entre o CADE e demais instituições, tais como universidades, associações, etc. para a realização de seminários, palestras, cursos, elaboração de cartilhas, dentre outros mecanismos, que são os responsáveis pelo crescente número de estudos e estudiosos que se dedicam ao direito da concorrência³⁴.

A composição do Conselho está estabelecida pelos arts. 4º a 6º da Lei Antitruste, os quais determinam a existência de um Plenário, composto por um Presidente e seis Conselheiros, sendo todos nomeados pelo Presidente da República após terem sido aprovados e sabatinados pelo Senado. Cada um dos membros do Plenário tem mandato de dois anos, podendo ser

³³ Como exemplos de obrigações que podem ser impostas aos agentes econômicos, temos a imposição de alteração de cláusulas contratuais, de alienação total ou parcial dos ativos envolvidos, entre outras.

³⁴ Um exemplo prático de atividade pedagógica do CADE é a realização anual do Programa de Intercâmbio, chamado de PINCADE, o qual permite a um grupo de estudantes de todo o Brasil que passam um mês acompanhando as atividades do Conselho e aprendendo noções teóricas e práticas do direito da concorrência.

reconduzidos por igual período. A perda dos mandatos só ocorre em casos extremos, por provocação do Presidente da República ou quando assim for decidido pelo Senado, nas hipóteses de condenação criminal irrecorrível pela prática de crime doloso, processo disciplinar ou ainda por infringência às vedações expressas do art. 6º da mesma Lei³⁵.

Essa regra que prevê a destituição dos cargos apenas em casos extremos é fundamental para que tenham, Conselheiros e Presidente, autonomia funcional, podendo exercer sua atividade de tutela dos direitos difusos da concorrência de forma imparcial e técnica, independentemente de quaisquer influências externas, sejam elas econômicas ou até mesmo políticas.

O Conselho é dotado ainda de uma Procuradoria própria e especializada, que tem, entre outras atribuições, a de prestar assessoria jurídica à autarquia e emitir pareceres nos processos de competência do CADE. A presença de tal instituição se justifica diante da tradição processual brasileira que sempre exige um posicionamento do Poder Judiciário. O Procurador-Geral, assim como os membros do Conselho, também deverá ser aprovado pelo Presidente da República, após aprovação e sabatina pelo Senado Federal, com a diferença de que deverá ser indicado pelo Ministro de Estado da Justiça, a teor do que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.884/94³⁶.

As competências de cada um dos membros (Presidente, Conselheiros e Procurador-Geral) encontram disciplina específica na legislação antitruste, respectivamente nos arts. 8º, 9º e 10º da Lei, sendo que a competência do Plenário encontra-se minuciosamente descrita no art. 7º, com seus vinte e dois incisos.

³⁵ Art. 6º. Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens e custas;

II – exercer profissão liberal;

III – participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;

V – manifestar, por qualquer outro meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

VI – exercer atividade político-partidária.

³⁶ De acordo com o que dispõe o art. 11, em seu § 2º, “aplicam-se ao Procurador-Geral as mesmas normas de tempo de mandato, recondução, impedimentos, perda de mandato e substituição aplicáveis aos Conselheiros do CADE”.

3.2 SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO E SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO

Ao lado do CADE, ainda encontramos como órgãos que instrumentalizam a defesa da concorrência, conforme já mencionado anteriormente, a SDE³⁷ e a SEAE. Ambas detêm função de emissão de pareceres que auxiliarão o julgamento administrativo feito pelo CADE – assessoramento, sendo que analisam e investigam aspectos jurídicos (SDE) e econômicos (SEAE) dos fatos noticiados ao CADE.

Assim, como já se pôde perceber a partir da breve explicitação do funcionamento do CADE e dos demais órgãos que compõem o SBDC, a Lei nº 8.884 estabeleceu um sistema simbiótico de proteção concorrencial baseado em dois mecanismos distintos, são eles: o controle das estruturas, que engloba, por exemplo, a apreciação de operações de fusão entre empresas, e o controle das condutas, que busca verificar a ocorrência de infrações à ordem econômica³⁸. E é sobre esses dois sistemas de controle que versarão as linhas seguintes.

3.3 O CONTROLE DAS ESTRUTURAS³⁹

³⁷ Tem sua competência determinada pelo art. 14 da Lei de Defesa da Concorrência.

³⁸ Conforme afirma CALIXTO SALOMÃO FILHO, em sua obra **Direito Concorrencial – As Condutas** (Malheiros: São Paulo, SP. 2003. p. 18/19): “É através da aplicação simultânea e conjunta de ambos os subsistemas (controles estrutural e comportamental) que a proteção concorrencial ganha eficácia. (...) Essa simbiose manifesta-se de formas diversas. De um lado, há a convicção de que o controle dos comportamentos é o complemento necessário para o controle das estruturas”.

³⁹ A evolução da teoria econômica em matéria concorrencial passa por dois grandes momentos no que se refere à relação entre controle das estruturas e controle das condutas. Os anos 70, nos EUA, foram marcados como um período de grande embate entre duas grandes teorias estruturais: a teoria da “Escola Neoclássica de Chicago” e a teoria da “Escola Estruturalista de Harvard”. A Escola de Chicago tinha como principal característica a ênfase que dava à eficiência produtiva (assim entendida, essencialmente, como a produção a baixo custo), considerando seus adeptos que a eficiência produtiva seria sempre uma justificativa para a manutenção ou obtenção de posições dominantes. Já a Escola de Harvard dava mais ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais, entendendo que a estrutura do setor determina predominantemente o desempenho da indústria respectiva. Não se preocupavam, portanto, com a eficiência, mas com a existência de condições estruturais para o exercício da concorrência.

O controle das estruturas se relaciona à já mencionada atuação preventiva dos órgãos de defesa da concorrência e está expresso no art. 54 da Lei nº 8.884/94 que exige a submissão à apreciação do CADE dos atos que possam, de um modo geral, causar efeitos prejudiciais à livre concorrência.

Ocorre, todavia, que pela nossa Lei Antitruste, nem todos os atos que ocasionam uma limitação ou um prejuízo à livre concorrência são de imediato repugnados pelo sistema. Ao contrário, o sistema prevê o que PAULA FORGIONI denomina de “válvulas de escape”⁴⁰, que são mecanismos que buscam flexibilizar o texto normativo, de modo a adequá-lo às realidades contemporâneas, permitindo que além dos efeitos restritivos de determinadas práticas sobre a concorrência, sejam também analisados eventuais benefícios que as mesmas possam trazer ao sistema, num verdadeiro processo de ponderação de interesses.

Uma das válvulas de escape mencionadas pela autora, e de fato a mais utilizada, é a *regra da razão*, que em certos aspectos se confunde com as técnicas da *isenção* e da *autorização*⁴¹, esta última adotada pelo diploma antitruste do Brasil. De acordo com essas técnicas, permite-se a viabilização de determinadas práticas que, apesar de restritivas da concorrência, contém em si eficiências compensatórias. Assim nos ensina a doutrinadora, se referindo à regra da razão:

Esse embate permaneceu até o final da década de 70, quando do enfraquecimento da Escola de Harvard, uma vez que seus adeptos passaram a aceitar grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago. Posteriormente, surgiram, porém, novas teorias econômicas que, criticando o enfoque excessivo da Escola de Chicago na análise das estruturas do direito concorrencial, pretendem deslocar o foco para o controle dos comportamentos (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op cit.* p.21-61).

⁴⁰ FORGIONI, Paula. *Op cit.* p. 200/312.

⁴¹ PAULA FORGIONI afirma que a regra da razão, as isenções e as autorizações (todas formas de se afastar barreiras legais à concretização de determinados acordos econômicos) se diferenciam pelo método utilizado para a concretização da válvula de escape. Segundo a autora, o afastamento da ilicitude se dá, geralmente de três formas distintas: “ (i) na tradição norte-americana, lançando-se mão da chamada *rule of reason* (regra da razão). (...) (ii) na tradição do direito comunitário, mediante a concessão de isenções, (...) e (iii) no sistema adotado pelo diploma antitruste brasileiro de 1994, mediante a concessão de autorizações, sem prejuízo das isenções às leis antitruste postas implícita ou explicitamente por outros textos normativos”. *Op cit.* p. 204.

Quando aplicada, essa regra faz com que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato. (...) Isto é, para que seja composto o suporte fático previsto na hipótese normativa, necessário se faz que a prática em questão restrinja a concorrência de forma não razoável, sendo esse fator componente (indispensável) do mesmo suporte fático. Sem esse, o suporte fático não se completa, a incidência da norma é afastada e, por óbvio, suas conseqüências (a vedação, a ilicitude) não se produzem. Tem-se, então, como resultado, a licitude da prática restritiva da concorrência⁴².

Nesse sentido, o §1º do art. 54 prevê que serão aprovados os atos que atendam as seguintes condições⁴³ (i) cujo objetivo seja aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) cujos benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços; e (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Ainda no tocante ao controle das estruturas, estabelece também o art. 54 um prazo de trinta dias para manifestação da SEAE, que procederá à análise econômica da operação, do ponto de vista dos impactos sobre a concorrência, e posterior encaminhamento à SDE, dispondo este órgão de igual prazo para manifestação. Por derradeiro, o caso é encaminhado para apreciação do CADE, que terá o prazo de sessenta dias para julgamento, sendo tais prazos suspensos quando de eventual solicitação de esclarecimentos adicionais⁴⁴.

⁴² FORGIONI, Paula. *Op cit.* p. 209.

⁴³ Em sentido oposto ao da Regra da Razão, existe a Regra *Per se*, segundo a qual para que uma determinada prática seja considerada ilícita, ela deve ser considerada em si mesma anticompetitiva, não apresentando relevância o fato de ela trazer mais benefícios do que prejuízos à concorrência. Por conseqüência, quando adotada essa regra dispensa uma análise mais cuidadosa sobre as circunstâncias que envolvem a prática do ato econômico, ou seja, os atos de concentração são aprioristicamente considerados ilícitos.

⁴⁴ Nessa questão do prazo para julgamento dos atos de concentração, inclusive, é que as empresas Garoto e Nestlé fundamentam seu pedido de anulação da decisão do CADE que determinou a desconstituição da operação de aquisição, como se verá adiante, argumentando que a demora da autarquia no julgamento ensejaria a aprovação automática da operação.

3.4 O CONTROLE DAS CONDUTAS

O controle das condutas ou práticas anticoncorrenciais pretende fiscalizar a ocorrência de infrações à ordem econômica, as quais são definidas pelo disposto no art. 20 da Lei nº 8.884/94, e abrangem, independentemente de culpa, atos que produzam ou possam produzir efeitos como: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

No que se refere ao conceito de posição dominante, estabelece o §3º, daquele mesmo dispositivo legal, que se presume dominadora do mercado empresa ou grupo de empresas que controle 20% do mercado relevante⁴⁵, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

CALIXTO SALOMÃO FILHO entende que o art. 20 da Lei Antitruste⁴⁶ nos fornece as normas gerais de três tipos de ilícitos concorrenciais, quais sejam, a concorrência desleal (inciso I), os atos tendentes à dominação de mercado relevante de bens e serviços (inciso II) e o abuso de posição dominante (inciso IV), entendendo referido autor que “o aumento arbitrário dos lucros nada mais é do que um espécie do gênero ‘abuso de posição dominante’, que não pode ser caracterizado como um ilícito independente”^{47 48}.

⁴⁵ O conceito de mercado relevante é um tema que será posteriormente abordado.

⁴⁶ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. As Conduas. Malheiros Editores, 2003. p. 99.

⁴⁸ E o autor continua justificando sua posição: “A história de referida previsão legal e a lógica econômica unem-se para demonstrá-lo. A referida expressão aparece em todas as Constituições Brasileiras, desde 1948, não como método de aferição do poder de mercado, mas como forma independente da caracterização do abuso do poder econômico (...) Ocorre que, na elaboração concreta da legislação, notou-se a imperfeição da terminologia constitucional. Com efeito, o aumento dos lucros só pode ser considerado arbitrário – e, portanto, só pode constituir ilícito independente – quando decorrente da exploração de uma

De modo a complementar a interpretação que se possa extrair do art. 20, o art. 21 do mesmo diploma elenca, de modo não exaustivo, algumas hipóteses de condutas em que os ilícitos do art. 20 podem se concretizar, ainda que algumas vezes essa relação entre ambas as descrições não fique adequadamente clara.

Ainda, segundo CARMEM DIVA MONTEIRO⁴⁹, a Resolução n° 20/99 do CADE, complementando a base legal acima mencionada, define as práticas consideradas infrações, ao tempo em que explicita os passos básicos para sua análise. Tal Resolução, em seu Anexo I, faz uma diferenciação entre *práticas restritivas horizontais* e *práticas restritivas verticais*. De acordo com tal classificação, são consideradas práticas restritivas horizontais aquelas que demonstram uma tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Dentre estas práticas, segundo o CADE são mais comumente verificadas: (i) a formação de cartéis, que se define como acordos celebrados entre concorrentes de um mesmo mercado, normalmente envolvendo questões como preços, divisão e distribuição territorial, etc; (ii) prática de ilícitos por parte de associações profissionais, o que engloba práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre os profissionais, especialmente mediante fixação de preços; e (iii) prática de preços predatórios, que envolve a fixação dos preços em níveis inferiores ao custo médio de produção, com a intenção de, em um primeiro momento eliminar a concorrência e, posteriormente, praticar preços semelhantes aos de monopólio.

As práticas restritivas verticais, a seu turno, tratam-se de restrições impostas por produtores de bens ou serviços em um determinado mercado, sobre outros mercados relacionados verticalmente na cadeia produtiva e tornam-se anticompetitivas por criarem mecanismos de exclusão dos concorrentes. As práticas mais comuns nesse sentido são: (i) fixação de preços

situação de monopólio. Só ali é que ele constitui a demonstração da utilização do poder no mercado para imposição de preços excessivos. Em ausência de monopólio o aumento dos lucros não chega a ser sequer arbitrário." (*Op cit.* p. 99).

⁴⁹ MONTEIRO, Carmem Diva. **Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos**. Dez. 2002. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf>. Acesso em 04.07.2008.

de revenda (produtor estabelece o preço a ser praticado pelos revendedores); (ii) restrições territoriais e de base de clientes (a área de atuação do revendedor é limitada pelo produtor, restringindo-se a concorrência e a entrada em certas regiões); (iii) acordos de exclusividade (compradores se comprometem a adquirir bens somente de um específico vendedor, ou vice-versa); (iv) venda casada (o ofertante de um dado bem condiciona sua venda à aquisição de outro produto); dentre outras.

Também com relação às condutas anticoncorrenciais, e outra vez procurando demonstrar a unicidade do sistema que conjuga o controle das estruturas e das condutas, há que se ressaltar que podem ser autorizadas pelo CADE as condutas anticompetitivas cujas eficiências econômicas compensem seus prejuízos à concorrência, quando se tratarem de *atos que impliquem limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços*, embora haja uma limitação a tal autorização no que se refere a práticas que tenham por objeto ou efeito o aumento arbitrário dos lucros ou abuso de posição dominante (condutas previstas no art. 20 da Lei Antitruste). Portanto, ainda que com ressalvas, também no controle das condutas há a aplicação da já mencionada válvula de escape da Regra da Razão.

Assim, postas as bases nas quais se estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, passaremos à análise mais detalhada do *leading case* que é objeto central do presente trabalho, sem, no entanto, que ao longo do caminho deixemos de esmiuçar determinados aspectos da, por assim dizer, ‘teoria geral do direito da concorrência’, que serão necessários e fundamentais para uma correta compreensão da proposta do trabalho.

4 A OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO DA CHOCOLATES GAROTO S.A. PELA NESTLÉ BRASIL LTDA.

4.1 ENTENDENDO A OPERAÇÃO

Ao final do ano de 2001, o mercado brasileiro presenciou o início do processo competitivo de venda da Chocolates Garoto S.A., empresa brasileira de capital fechado, que atua tanto em âmbito nacional como internacional, comercializando e exportando, para 44 (quarenta e quatro) países, seus produtos alimentícios, tais como chocolates, balas, confeitos, *toffees*, entre outros⁵⁰.

Do processo de venda participaram várias indústrias alimentícias, tendo sido escolhida pelos acionistas da Garoto como a proposta mais vantajosa aquela ofertada pela Nestlé Brasil Ltda., após análise de todas as demais e também dos perfis dos potenciais compradores.

A Nestlé Brasil Ltda. é uma empresa brasileira, integrante do grupo suíço Nestlé S.A.⁵¹, o qual detém 99,99% do capital social da subsidiária brasileira, sendo o restante 0,01% detido pela Sociedade Comercial de Corretagem de Seguros e Participações Ltda. – SOCOPAL. Assim como a Garoto, a Nestlé Brasil atua na indústria alimentícia, ofertando no país produtos lácteos, culinários, biscoitos, chocolates, confeitos, cereais, cafés, entre outros⁵².

Para formalização da operação, a Garoto pretendeu aumentar seu capital social por meio da emissão de novas ações, as quais foram subscritas e totalmente integralizadas pela adquirente Nestlé. Seguiu-se o processo com o resgate, por parte da Garoto, das ações então detidas pelos seus acionistas

⁵⁰ Dados retirados do Parecer dado pela SDE ao Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. Acesso em: 20/06/2008.

⁵¹ *Société des Produits Nestlé S.A.*

⁵² Apesar de atuar principalmente na indústria alimentícia, o Grupo Nestlé também desenvolve atividades nas indústrias de bebidas, produtos oftalmológicos, dermatológicos e cosméticos.

controladores, de modo que na data aprazada para o fechamento da operação⁵³, a Nestlé passou a deter a totalidade do capital social da Garoto.

O valor estabelecido para a operação foi de US\$ 230 milhões, sendo que a taxa de câmbio utilizada foi a PTAX-800 da data do fechamento, não podendo ser inferior a R\$ 2,46 (dois reais e quarenta e seis centavos) ou superior a R\$ 2,50 (dois reais e cinqüenta centavos)⁵⁴.

Concretizada a operação, em 15 de março de 2002 as empresas contratantes protocolaram, junto à Secretaria de Direito Econômico (SDE), o ato de concentração, posteriormente autuado sob nº 08012.001697/2002-89, comunicando oficialmente a operação de aquisição, em atendimento ao que dispõe o art. 54, § 4º, da Lei nº 8.884/94, segundo o qual:

Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em 3 (três) vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

Publicado edital pela SDE tornando público o ato de concentração aqui mencionado, houve várias manifestações de terceiros interessados provenientes de diversos setores da sociedade. A Kraft Foods Brasil S.A. (Lacta), uma das três grandes empresas do mercado brasileiro de chocolates, a Cadbury Stani do Brasil Produtos Alimentícios Ltda. e a Parmalat Brasil S.A. Indústria de Alimentos manifestaram-se desfavoravelmente à operação, assim como outras autoridades e entidades de classe⁵⁵.

Três pedidos de medida cautelar ainda foram suscitados, pela SEAE, pela Cadbury e pela Lacta. A SEAE requereu ao CADE medida cautelar para que as empresas “se abstenham de praticar quaisquer atos decorrentes do contrato já realizado, que modifiquem a estrutura, as condições ou as características do mercado em vigor no momento, cuja reversibilidade seja

⁵³ Conforme consta do Parecer da Secretaria de Direito Econômico, que trata da operação aqui mencionada, a data máxima para o fechamento da operação seria 28/02/2002.

⁵⁴ Dados constantes do Parecer Técnico emitido pela SEAE.

⁵⁵ Além das empresas mencionadas, também algumas autoridades políticas apresentaram argumentos contra a operação. É o caso dos Deputados Federais Max Mauro e José Carlos Aleluia, bem assim do Prefeito do Município de Vila Velha/ES (sede da Chocolates Garoto S.A.) Max Freitas Mauro Filho e do Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santo.

onerosa para a coletividade”⁵⁶. Tal requerimento fundamentou-se em quatro pontos principais: (i) o significativo grau de concentração verificado com a operação; (ii) o provável exercício do poder de mercado pela empresa resultante; (iii) o envolvimento de duas das três principais marcas do mercado de chocolates, considerando-se a importância significativa da marca para escolha final do consumidor nesse mercado; e (iv) a provável demissão de funcionários antes da manifestação final do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que poderia gerar custos adicionais a uma possível restrição à operação.

Já as outras duas empresas, Cadbury e Lacta, fundamentaram seus pedidos basicamente no fato de que os danos e prejuízos causados pela operação à livre concorrência seriam irreversíveis, bem assim que seriam criadas barreiras intransponíveis à entrada de outras empresas no mercado de chocolates, não havendo como impedir eventual abuso de posição dominante⁵⁷.

Após manifestação da SDE favorável ao requerimento da SEAE, o CADE e as empresas requerentes se propuseram a assinar um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)⁵⁸, o qual tem por objetivo “resguardar as condições do mercado relevante de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis no mesmo até que o Plenário do CADE tenha uma

⁵⁶ Fls. 265 a 268 do Ato de Concentração.

⁵⁷ Fls. 207 a 209 (Cadbury) e fls. 249/260 (Lacta), do Ato de Concentração.

⁵⁸ A partir de tal Acordo (o primeiro na história do CADE), as requerentes se comprometeram a se abster, até o julgamento final do processo pelo CADE, de praticar quaisquer atos decorrentes do contrato realizado no que tange a:

I – alterações nas suas instalações físicas e transferência ou renúncia aos direitos e obrigações relativos aos seus ativos, aí também incluídos marcas, patentes e carteira de clientes e fornecedores;

II – descontinuar a utilização de marcas e produtos;

III – alterações nas estruturas, logísticas e práticas de distribuição e comercialização;

IV – mudanças administrativas nas empresas que impliquem em dispensa de mão de obra e transferência de pessoal entre seus estabelecimentos de produção, distribuição, comercialização e pesquisa, quando caracterizadas como objetivando a integração das empresas das Requerentes;

V – interrupção de projetos de investimento pré-estabelecidos em todos os setores de atividade da empresa adquirida e de implementação de seus planos e metas de vendas;

VI – qualquer alteração no Estatuto Social da Garoto deverá ser previamente comunicada ao CADE para seu exame e aprovação, no que diz respeito a seus impactos concorrenciais.

decisão final sobre o ato de concentração”⁵⁹, entendendo o Conselho que a celebração do Acordo produziria os mesmos efeitos que as medidas cautelares pretendidas.

Previa o APRO que o descumprimento de quaisquer das cláusulas estabelecidas acarretaria em multa diária de 0,5% (meio por cento) do faturamento bruto das empresas envolvidas no ano anterior, por item desrespeitado. E, objetivando aferir o cumprimento das normas fixadas através do Acordo, a Garoto e a Nestlé comprometeram-se a contratar uma empresa de auditoria, selecionada através de uma lista emitida pelo CADE, que deve verificar e emitir relatório mensal sobre o cumprimento das obrigações firmadas, até o julgamento final por aquele Conselho.

Não obstante, as duas empresas que contestam o Ato de Concentração chegaram a informar o descumprimento do Acordo, uma vez que já estariam ocorrendo mudanças administrativas nos cargos de Diretoria da Garoto.

Após ter sido submetido à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como manda a lei, o processo de concentração foi instruído com pareceres tanto da Secretaria de Acompanhamento Econômico, como da Secretaria de Direito Econômico, tendo sido encaminhado ao CADE em 11 de dezembro de 2002.

4.2 CONSIDERAÇÃO PRÉVIA NECESSÁRIA: MERCADO RELEVANTE

Para que se possa compreender as conclusões a que chegaram a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico ao emitirem seus Pareceres no Ato de Concentração sob análise, mostra-se indispensável que sejam tecidas algumas considerações sobre o conceito jurídico de mercado relevante.

⁵⁹ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 07.

Para a disciplina antitruste, o mercado, assim entendido como o “espaço econômico onde se realizam as trocas de toda a sociedade e onde são ofertadas e procuradas as mais diversas espécies de produtos”⁶⁰, apresenta diversas dimensões, subdividindo-se em pequenos espaços econômicos que se inter-relacionam, em maior ou menor grau. Assim, para uma correta apuração do grau de concorrência existente entre dois ou mais agentes econômicos, se faz necessária uma delimitação do espaço econômico em que estes agentes atuam; esse espaço restrito é o que se convencionou chamar de mercado relevante.

Como se vê, a análise do mercado relevante é fundamental para os fins da disciplina jurídica da tutela da concorrência, uma vez que identificará quais produtos concorrem entre si, formando um mercado apartado dos demais, e quais não concorrem.

SERGIO VARELLA BRUNA ainda afirma que tal conceito teve sua origem nos Estados Unidos, com o caso *United States vs E. I. Du Pont de Nemours & Co*, em que a empresa *Du Pont*, produtora de papel celofane, foi acusada pelo Governo Norte-Americano de monopólio na produção daquele produto. A empresa, que detinha 75% (setenta e cinco por cento) da produção de todo o papel celofane no país, defendeu-se argumentando que não praticava o monopólio uma vez que o celofane tinha como concorrentes diversos outros materiais para embalagem. Pretendia, então, que fosse considerado não o mercado exclusivo de celofane, mas o mercado de materiais flexíveis para embalagem, no qual o papel celofane representaria menos de 20% do consumo naquele país. A Suprema Corte Americana, acolhendo os argumentos da empresa acusada de monopolização de atividade comercial, passou a adotar o conceito de mercado relevante⁶¹.

Assim, há que ser considerada a possibilidade razoável de substituição de um produto por outro, de preço e qualidades semelhantes e que atenda as

⁶⁰ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 1. ed. 2. tir. p. 75.

⁶¹ O conceito de mercado relevante (*relevant market*) foi enunciado pela Corte como “mercado composto de produtos que têm razoável grau de permutabilidade, em razão do propósito para o qual eles foram produzidos – preço, uso e qualidades consideradas”. BRUNA, Sérgio Varella. *Op cit.* p. 77-79.

mesmas finalidades, para se determinar se ambos estarão ou não dentro de um mesmo mercado relevante.

Conforme afirma o professor americano BENJAMIM M. SCHIEBER, essa regra da possibilidade razoável de substituição “parece-nos necessária para evitar o absurdo de que cada produto fabricado constituiria um mercado”, e frisa que “a regra deve ser usada levando-se em consideração o fim precípua da lei antitruste, que é preservar a concorrência”⁶².

Nesse sentido, a verificação da possibilidade, e probabilidade, de substituição entre determinados produtos envolve uma cuidadosa análise não apenas dos aspectos técnicos, mas também de sua ocorrência prática, que demonstra os hábitos normais dos consumidores.

Diante de tudo o que fora até aqui exposto, nota-se que a identificação do mercado relevante, como o contexto em que se manifesta o eventual exercício de poder econômico, é ato prévio e indispensável para a verificação da existência de poder de mercado, e conseqüentemente, para uma correta análise do ponto de vista da defesa da concorrência. Tal identificação, contudo, não se resume a atividade simples, mas demonstra complexidade na medida em que, de acordo com o “Guia para Análise Econômica dos Atos de Concentração Horizontal”⁶³, compreende duas dimensões: a dimensão produto, que abrange os produtos que o compõem, e a dimensão geográfica, que trata da área geográfica para qual a venda daqueles produtos é economicamente viável.

A definição do mercado relevante na sua dimensão produto abrange ainda a demanda e a oferta, sendo que do lado da demanda observam-se quais produtos são considerados pelo consumidor como bons sucedâneos e, do lado da oferta, se existe possibilidade técnica de substituição entre determinados produtos, dentre outros fatores.

A esse respeito afirma TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. que

⁶² Tal passagem refere-se à obra *Abusos do poder econômico* (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA), Editora RT, 1966, p. 43-49, citada por Sérgio Varella Bruna, em sua obra já citada, à página 79.

⁶³ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf>. Acesso em: 03/08/2008.

Na discussão do mercado relevante, a legislação vigente está preocupada com a ocorrência de fatores relativos, constituídos em relação sistêmica, capazes de produzir, para uma empresa ou um grupo de empresas, uma posição preponderante que lhe dê condições de exercício de poder econômico capaz de influenciar negativamente a competitividade. Nesta eventual resultante de um ato de integração está o elemento chave para a configuração de um conceito jurídico de mercado relevante.⁶⁴

Esse mesmo doutrinador ainda ensina que a conceituação do mercado relevante não é um tipo aberto e nem um tipo fechado, mas parte de uma observação do modo como se comportam os agentes em relação a determinado produto, e das relações de oferta e de procura, preocupando-se com seu desempenho ao longo do tempo⁶⁵.

4.3 PARECER DA SEAE/MF

O Parecer Técnico da SEAE procurou, inicialmente, a partir de diretrizes econômicas, definir o mercado relevante no qual se inserem os produtos comercializados por ambas as empresas envolvidas na operação. Para tanto, foi apresentado o seguinte quadro comparativo entre os produtos ofertados por cada uma das empresas:

Produto	Grupo Nestlé	Grupo Garoto
Ração Animal	X	
Produtos Culinários	X	
Cereais	X	
Cafés	X	
Sucos	X	
Sorvetes	X	
Biscoitos	X	
Produtos Lácteos	X	
Bebidas Achocolatadas	X	
Leite em Pó	X	
Licor de Cacau	X	
Manteiga de Cacau	X	
Torta de Cacau	X	
Cobertura de Chocolate	X	X
Chocolates sob todas as formas	X	X
Cacau em Pó	X	X

⁶⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Mercado relevante pelo produto e o problema da substituíbilidade**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/96>>. Acesso em: 29/09/2008.

⁶⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*

Chocolate em Pó	X	X
Balas e Confeitos	X	X

Uma vez identificados os itens produzidos pelas requerentes, procedeu-se à análise da substituíbilidade dos produtos que são fabricados por ambos os Grupos, que é o aspecto de maior relevância para a análise concorrencial da questão.

Todavia, a Secretaria, por não poder precisar o grau de substituíbilidade entre os diversos tipos e formatos de chocolate, pelo lado da demanda, optou por fazer sua análise sob duas dimensões distintas: uma considerando os chocolates sob todas as formas como um produto único, e outra especificando cada um dos segmentos, tais como bombons, caixas de bombons, tabletes, *snacks*, *candy bars*, ovos de páscoa e formatos variados. Optou, também, por não considerar os produtores de chocolate artesanal como integrantes de um mesmo mercado relevante que Garoto e Nestlé, pela razão única de que há uma diferença significativa entre os consumidores dos dois tipos de chocolate ⁶⁶.

Também quanto aos confeitos deixou de ser definido o produto como sendo genérico ou como individualizado em balas, caramelos, pastilhas prensadas e pastilhas drageificadas.

Quanto à delimitação geográfica dos mercados relevantes chegou a SEAE à conclusão de que são nacionais os mercados de licor de cacau, manteiga de cacau e torta de cacau, chocolate em pó, coberturas de chocolate líquida e sólida, bem assim o mercado de chocolates (considerado nas suas duas dimensões, tanto genérico como segmentado). Com relação aos confeitos, optou por analisar os mercados nacional e mundial.

Passando a verificar a possibilidade de exercício de poder de mercado, a SEAE entendeu que no mercado de licor, manteiga e torta de cacau o ato não ocasionaria danos à concorrência uma vez que a Nestlé não participa desse mercado e que não tem capacidade ociosa suficiente para

⁶⁶ Incluiu, por outro lado, os pequenos fabricantes, que são aqueles que apesar de ter uma produção que atende apenas a sua região, têm capacidade para ofertar seus produtos em vários pontos de venda onde também são oferecidos os chocolates industrializados. SEAE. Parecer. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>. p. 14-15

abastecer a demanda da Garoto. No mercado de cobertura sólida, constatou uma concentração de 88% da produção nacional. Já no que se refere aos chocolates, considerou-se que nas duas dimensões o ato geraria concentrações excessivas⁶⁷, sendo que quando da análise do mercado fragmentado, os segmentos que apresentaram riscos à concorrência foram os de caixas de bombons, tabletes e ovos de páscoa, os quais, somados, representam aproximadamente 64% de todo o mercado de chocolates.

A participação no mercado de chocolate em pó, por sua vez, após a aquisição da Garoto pela Nestlé permaneceria em níveis semelhantes aos de período anterior, não ensejando preocupações em matéria de defesa da concorrência. Por fim, no tocante ao mercado relevante de confeitos, seja ele nacional ou mundial, considerou-se que não seriam ocasionados danos à concorrência, uma vez que a concentração se daria em níveis muito baixos.

Sobre a rivalidade entre as principais participantes do setor, especificamente nos mercados relevantes de caixas de bombons e tabletes, considerou a SEAE que “de uma forma geral, os preços das três sociedades⁶⁸ são próximos, bem como as quantidades vendidas. A princípio este é um forte indício que as três sociedades têm sido rivais efetivas nas atuais condições de mercado”⁶⁹. Porém, questionou: “seria danoso à competição no mercado de chocolates a redução de três firmas grandes para apenas duas?”⁷⁰, o que significa questionar se a Lacta continuaria sendo uma efetiva rival após a operação de aquisição entre suas duas principais concorrentes.

Para responder a esta pergunta duas situações distintas foram estudadas. Em primeiro lugar considerou-se que os produtos fabricados pelas três indústrias seriam heterogêneos, e que a Lacta não teria capacidade ociosa para suprir a demanda por chocolate caso a empresa resultante da aquisição

⁶⁷ Apesar de as informações constantes das tabelas de fls. 20-24 do Parecer da SEAE estarem acobertadas pelo sigilo processual, apresenta-se conclusão de que a participação das quatro maiores empresas do setor ultrapassa 95%, estando bem acima dos 75% recomendados.

⁶⁸ Nestlé, Garoto e Lacta.

⁶⁹ SEAE. Parecer. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>. p. 36.

⁷⁰ SEAE. Parecer. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>. p. 37.

elevasse seus preços; nessa situação, concluiu-se haver uma grande probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das requerentes. Por outro lado, considerou-se, com base em pesquisa de opinião, que entre as três marcas de chocolate mais vendidas, não haveria uma fidelidade muito clara por parte do consumidor; assim, estaríamos diante de uma indústria de produtos homogêneos, hipótese em que não seria provável o exercício de poder de mercado.

Já em se tratando das eficiências econômicas do ato de concentração alegadas pela Garoto e pela Nestlé, observou a Secretaria que “para todos os cenários, os benefícios econômicos do ato são inferiores às perdas potenciais aos consumidores de chocolate”⁷¹.

No entanto, após analisados todos os aspectos da operação conforme determina o Guia para Análise, a SEAE deixou de emitir um parecer conclusivo com relação à possibilidade ou não de aprovação do ato de concentração. Limitou-se a considerar aquelas duas hipóteses distintas mencionadas acima, segundo as quais: havendo diferenciação entre os produtos fabricados pelas três maiores empresas do setor, o mercado de chocolates somente alcançaria um novo equilíbrio a preços mais altos do que os então praticados, resultando em prejuízo ao consumidor e, não havendo essa diferenciação, a probabilidade de exercício de poder de mercado pela firma resultante seria nula.

Reservou, portanto, ao plenário do CADE a responsabilidade de fazer seu julgamento com base nos dados fornecidos.

4.4 PARECER DA SDE/MJ

A SDE, como não poderia deixar de ser, também iniciou seu Parecer pela definição do mercado relevante, ação esta que expressamente considerou como “o ponto de partida de qualquer análise antitruste: a definição (...) que

⁷¹SEAE. Parecer. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>. p. 44.

possibilitará mensurar o poder de mercado das Requerentes, antes e depois da operação sob análise, e avaliar a possibilidade de seu abuso”⁷².

Dando ênfase à substituibilidade do produto sob a ótica do consumidor, a SDE estabeleceu os seguintes mercados relevantes:

- a) mercado relevante de confeitos e balas – apesar de entender que tais produtos não estão no foco da análise em questão⁷³, considerou a Secretaria que integram o mesmo mercado relevante, uma vez que apresentam semelhanças quanto ao uso, preços, locais de venda, etc.; foi rejeitada a proposta das empresas requerentes, que pretendia incluir em um mesmo mercado “balas e guloseimas”, diante da vasta gama de produtos diferentes que podem ser entendidos como sendo guloseimas;
- b) mercado relevante de chocolate em pó e mercado relevante de achocolatado em pó – os dois produtos foram incluídos em mercados relevantes diferentes uma vez que não são substituíveis em muitos usos⁷⁴, além de que há diferença entre os produtos quanto ao tempo de preparo de bebidas à base de leite, quanto ao público-alvo e diante do fato de que os achocolatados em pó não são comumente usados para fabricação de outros produtos, o que ocorre com o chocolate em pó, por razões de sabor, consistência e solubilidade⁷⁵;
- c) mercado relevante de cobertura sólida e mercado relevante de cobertura líquida – esses dois tipos de cobertura foram apartados em razão de diferenciarem-se por diversas questões, apesar de tecnicamente a cobertura de chocolate em forma líquida ser

⁷² SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 17.

⁷³ Não se entendeu necessária uma análise mais detalhada da substituibilidade entre confeitos e balas uma vez que não são os principais produtos comercializados pelas empresas em questão, e também porque a concentração decorrente da operação, nesse aspecto, não atingiria 4% do mercado nacional.

⁷⁴ A diferenciação entre cacau em pó, chocolate em pó e achocolatado em pó está na quantidade de açúcar adicionado, sendo que no cacau em pó não há adição de açúcar – sendo por isso utilizado para fabricação de produtos *diet*, e no achocolatado em pó há o maior grau de adição de açúcar ou outros flavorizantes.

⁷⁵ O mercado relevante de cacau em pó teve sua apreciação desconsiderada uma vez que é ofertado tão-somente pela Garoto.

sucedânea da cobertura sólida, aquela apresenta especificidades, tais como transporte e acondicionamento especializados para que se mantenha no estado líquido, que acabam por determinar que sejam as mesmas adquiridas por compradores distintos^{76 77};

d) mercado relevante de chocolates de consumo imediato – subdivisão estabelecida dentre os chocolates industrializados para consumo final⁷⁸, que compreende um hábito de consumo dos consumidores que, por impulso, acabam por adquirir e consumir bombons avulsos, de formatos variados, *candy bars* e tabletes pequenos (até 100 gramas), diante do peso e preço reduzidos que apresentam, para consumo individual; não só quanto ao momento de consumo entendeu-se que estes produtos se distinguem dos demais, mas também quanto aos locais de aquisição por parte do consumidor final, sendo vendidos principalmente em pequenos pontos de venda⁷⁹, por razões de proximidade e praticidade;

e) mercado relevante de tabletes entre 101g e 400g e embalagens *multipack*⁸⁰ – na ótica adotada com relação aos chocolates de consumo imediato, foram considerados como integrantes de um mercado relevante distinto os tabletes que têm de 101 a 400 gramas, além das embalagens *multipack*, eis que são normalmente adquiridos para consumo futuro, em supermercados e hipermercados, sendo consumidos em sua forma original;

f) mercado relevante de tabletes entre 401g e 500g – apresentam características de demanda diferenciadas, tais como, aquisição para consumo futuro e familiar, compra predominantemente no canal auto-

⁷⁶ Segundo a SDE, pequenos fabricantes, por exemplo, não tem condições de investir em estrutura de estocagem (tanques aquecidos e específicos) para utilizarem-se de cobertura líquida.

⁷⁷ Foi também criticada a pretensão das empresas requerentes de englobar as coberturas e os bombons, tabletes, etc, em um mesmo mercado relevante, definida como “irrazoável” (p. 25).

⁷⁸ Divisão esta que inclui ainda os mercados relevantes: (i) de tabletes entre 101g e 400g e embalagens *multipacks* e (ii) de tabletes entre 401g e 500g.

⁷⁹ Canal tradicional, que compreende padarias, mercearias e estabelecimentos do gênero, e bares.

⁸⁰ Assim entendidas aquelas embalagens que contém mais de uma unidade do produto.

serviço, que compreende supermercados e hipermercados, além de destinação quase que exclusiva ao uso culinário;

g) mercado relevante de caixas de bombons – diferem dos bombons avulsos, *candy bars* e tabletes de até 100 gramas pois não se destinam primordialmente ao consumo imediato, mas são em geral adquiridas “para comer em casa”; são também, via de regra, destinados ao consumo de toda a família, o que novamente não permite que sejam incluídos no mesmo mercado relevante dos bombons avulsos e tabletes de pequeno tamanho; ademais, a variedade encontrada nesse tipo de produto faz com que não seja um bom substituto dos produtos de maior peso, sob a ótica do consumidor, sendo, muitas vezes, considerado como “ideal para presente”;

h) mercado relevante de ovos de páscoa – trata-se de um produto sazonal que por suas características como: formato ovalado, tamanhos e pesos superiores aos dos chocolates em geral, temas festivos e embalagens diferenciadas, não pode ser agrupado a qualquer outro para fins de definição de mercado relevante; e

i) mercado relevante de chocolates artesanais – os chocolates artesanais foram definidos como produtos que não concorrem com os chocolates produzidos por grandes empresas, porte das requerentes, em primeiro lugar, porque não estão presentes nos mesmos pontos de venda daqueles; em segundo lugar porque as empresas fabricantes de chocolates artesanais normalmente se especializam em comercializar produtos não produzidos pelas grandes indústrias⁸¹ e, por fim, por atingirem uma finalidade que não é suprida pelas empresas de porte grande, que seria a de adaptar-se às necessidades específicas de cada consumidor, por isso mesmo sendo freqüentemente buscados como alternativas para presentes.

⁸¹ Isso em consequência de seu pequeno porte, que não lhes fornece condições para fazer investimentos em marca a ponto de seus produtos serem vistos como diferenciados pelo consumidor.

Após a definição dos mercados relevantes que estão envolvidos na operação de aquisição da Garoto pela Nestlé, na dimensão produto, preocupou-se a SDE em especificar o *lócus* onde se desenvolvem as relações de concorrência, ou seja, o mercado relevante geográfico, que a própria Secretaria define como

a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar seus preços sem que isso resulte em: (i) perda de um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora daquele local ou (ii) inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da área considerada, produzem bens similares⁸².

Assim, apesar da pretensão das empresas requerentes de que fosse considerado como mercado relevante geográfico de chocolates o Mercosul⁸³, a SDE entendeu que seria nacional o mercado relevante de: a) balas e confeitos; b) chocolates em pó; c) achocolatados em pó; d) cobertura de chocolate sólida; e) cobertura de chocolate líquida; f) chocolates de consumo imediato; g) tabletes entre 101g e 400g; h) tabletes entre 401g e 500g; i) ovos de páscoa; e j) caixas de bombons, e que seria regional tão-somente o mercado relevante de chocolates artesanais.

Tal posicionamento se deu em virtude, primeiramente, do fato de que não é economicamente competitivo importar chocolates, de qualquer espécie, para o Brasil, já que o país é um grande produtor de açúcar e cacau, o que faz com que os custos de produção aqui sejam muito mais baixos e, em segundo lugar, porque a viabilização da importação de chocolates necessita de investimentos elevados em transporte, o que encarece o produto. Some-se a isso o fato de que, segundo informações da ABICAB – Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados, as importações

⁸² SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 38-39.

⁸³ Para tanto, argumentou que: a) O comércio de chocolates entre os países do Mercosul vem se expandindo nos últimos anos; b) A empresa argentina Arcor, recentemente instalada no Brasil, é uma das líderes do Mercosul; c) As grandes empresas atuantes no Brasil também possuem plantas industriais em outros países do Mercosul, e que, em caso de um eventual aumento de preços ou limitação de oferta no Brasil, há a possibilidade de incremento da produção dessas empresas (ou implantação de novas unidades industriais) em razão do regime tarifário de alíquota zero; e d) Do total de importações de chocolates efetuadas pelo Brasil, 28% são oriundas dos países do Mercosul, o que sugeriria ser o Mercosul o mercado relevante geográfico (SDE. Parecer. p. 39-40).

representam apenas pequena parcela do consumo nacional de chocolates, variando, nos anos de 1998 a 2001, entre 2% e 7% da produção nacional. Se considerado somente o volume de importações proveniente do Mercosul, chega-se a um percentual de 0,68 a 2,05 da produção nacional, naqueles quatro anos⁸⁴. Concluiu-se, portanto, que diante das dificuldades impostas à importação do produto, não seria razoável considerar o Mercosul como mercado relevante geográfico do chocolate em suas diversas formas.

Ainda, no caso dos chocolates artesanais, diante da produção regionalizada do produto, que tem pólos produtores especificamente nas cidades de Gramado/RS e Campos do Jordão/SP, e da pequena capacidade de distribuição desse produto a todo o território nacional, o que restringe o âmbito de atuação das empresas fabricantes de chocolates artesanais, fixou-se o mercado relevante geográfico desses produtos nas Regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste.

Delimitados os mercados relevantes, em todas as suas dimensões, passa-se a uma verificação sobre os resultados da operação em termos de concentração nos mercados relevantes então definidos.

Foram identificados como preocupantes, e que indicam um provável exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da operação, os níveis de concentração encontrados nos mercados de coberturas de chocolate, sólida (88,5%) e líquida (100%), ovos de páscoa (34%), caixas de bombons (65%), chocolates para consumo imediato (60%), tabletes entre 101g e 400g (52%) e tabletes entre 401 a 500g (76%)⁸⁵.

Considerando as elevadas taxas de concentração nos segmentos do mercado mencionados acima, mostrou-se necessária a análise da efetiva probabilidade de exercício de poder de mercado, o que leva em consideração se a possibilidade de importações, a entrada de novas empresas e a rivalidade oferecida pelas outras pessoas jurídicas já concorrentes da empresa que se formará seriam capazes de inibir o exercício de poder de mercado pela Nestlé.

⁸⁴ Estatística elaborada pela própria SDE (p. 46).

⁸⁵ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 48-55.

No que se refere às importações, tem-se que quanto maior for o volume de importações ou maior a possibilidade de importar, menores serão as chances de que o poder de mercado seja exercido. Ocorre, porém, que, como já mencionado anteriormente, as importações no mercado de chocolates, como um todo, representam uma percentagem ínfima em relação à produção nacional. E, ainda, não existem incentivadores que permitam cogitar de uma possível elevação desse volume de importação, mas, ao contrário, existem muitos fatores que acabam por desestimulá-la⁸⁶. Assim, como a produção do chocolate no exterior tem um custo mais elevado do que a produção no país, não há que se falar em competitividade do produto estrangeiro no Brasil, o que abre espaço às empresas requerentes para que elevem seus preços até o preço do chocolate importado, em claro prejuízo ao consumidor. Sendo assim, considerou a SDE que as importações, a curto e médio prazo, não seriam capazes de inibir um eventual exercício de poder de mercado por parte da “nova” Nestlé.

Quanto aos níveis de barreira à entrada, há vários aspectos a serem considerados para que se chegue à conclusão sobre a probabilidade, suficiente e tempestiva, de entrada de novos concorrentes nos mercados em questão.

O primeiro desses aspectos a ser analisado diz respeito aos investimentos iniciais de que deve dispor um novo concorrente, para a construção de uma unidade fabril de chocolates. Dentre os dados fornecidos pelas empresas envolvidas vale destacar a estimativa feita pela Kraft Foods Brasil S.A., segundo a qual o investimento inicial estaria em torno de US\$ 50 a 60 milhões para uma planta industrial com produção inicial de 30.000 toneladas/ano, sendo que a implantação levaria de 2 a 3 anos para ser concluída⁸⁷.

A capacidade ociosa das empresas que já operam nesse mercado também é fator relevante para a análise de uma possível existência de barreiras à entrada de novos concorrentes. Conforme tenham as fábricas já

⁸⁶ Podem ser citados como fatores desestimulantes a grande produção nacional de produtos como o cacau e o açúcar, matérias-primas para a produção do chocolate, e o elevado custo de transporte, em território brasileiro e mais especificamente entre países, em razão da perecibilidade do produto.

⁸⁷ Os dados constam do Parecer da SDE, p. 59, sendo os que os demais dados fornecidos por outras empresas foram tidos como confidenciais.

operantes no setor uma grande capacidade de suprir os aumentos da demanda, maiores serão as barreiras à entrada de novos competidores, uma vez que não haveria parcelas de mercado disponíveis para o novo entrante, o que, por certo, desestimula a realização de investimentos em entrada. No caso em exame, constatou-se que as requerentes operam com significativa capacidade ociosa nos mercados de coberturas de chocolate sólida e líquida, o que se mostra como uma forte barreira à entrada.

Por ser a marca uma peça fundamental nos mercados relevantes de chocolates, e que nesse ramo gera influências significativas sobre a escolha do consumidor, também os investimentos nesse sentido podem ser considerados como um dos aspectos das barreiras à entrada. Pesquisas demonstram que, comparados os tabletes que tenham entre 160g e 200g, 52% dos consumidores entrevistados já haviam se decidido por uma marca ao entrar em uma loja⁸⁸, o que identifica a existência de uma extrema fidelidade dos consumidores à suas marcas preferidas, evidenciando uma forte barreira a entrada de novos competidores.

Outro aspecto relevante e indispensável para que uma nova empresa se estabeleça adequadamente nesse mercado, é a necessidade de montagem de uma rede de distribuição de grande extensão, de forma que atinja o maior número possível de estabelecimentos. Isso porque, obviamente, quanto maior a proximidade do produto ao consumidor, maiores serão os níveis de consumo, especialmente quando se considera os tipos de chocolate de consumo imediato, em regra adquiridos por impulso. Há que se considerar ainda que, num país de dimensões continentais como é o caso do Brasil, a implantação de uma rede de distribuição que abranja satisfatoriamente todo o território não é tarefa simples, demandando, inclusive, vultosos investimentos. Por essa razão é que a SDE chegou a afirmar que “com isso, uma forma mais factível de ocorrer uma entrada efetiva seria via aquisição de uma empresa devidamente estruturada nos mercados relevantes de chocolates”⁸⁹.

⁸⁸ Pesquisa realizada pela *Ipsos Inovaction*, a pedido das requerentes, e mencionada à página 62 do Parecer da SDE.

⁸⁹ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 70.

Concluiu a SDE, portanto, que em todos os mercados relevantes considerados, as barreiras à entrada de novos concorrentes são bastante elevadas, do que decorre que o exercício de poder de mercado por parte da Nestlé, após a aquisição da Garoto, não seria inibido pela possibilidade de ingresso de um novo competidor nesses mercados. Ademais, considerando-se que, como afirmado acima, o melhor meio economicamente viável para a entrada efetiva de uma nova empresa seria através da aquisição de uma outra já devidamente estruturada, com marca conhecida, rede de distribuição montada, etc., e tendo sido isto feito pela Nestlé (com a aquisição da Garoto), restaria drasticamente diminuída a probabilidade de surgimento de outro concorrente forte no mercado brasileiro de chocolates⁹⁰.

Assim, entendeu a Secretaria de Direito Econômico que

com a aquisição da GAROTO pela NESTLÉ, não se vislumbram outras hipóteses factíveis de entrada efetiva no mercado brasileiro de chocolates no curto e médio prazos, tendo em vista as elevadas barreiras à entrada existentes e a experiência de grandes empresas multinacionais que apenas lograram estar presentes nas franjas desse mercado⁹¹.

De acordo com o já mencionado Guia SDE/SEAE para Análise de Atos de Concentração Horizontal, a efetividade da concorrência também é um aspecto que integra a análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, na medida em que se as empresas instaladas e a empresa resultante da operação forem efetivamente concorrentes, pouco provável seria o exercício daquele poder. Consideram-se como efetivamente rivais, as empresas que, diante do exercício de poder de mercado por parte de uma das concorrentes, passam a adotar condutas agressivas para fins de aumentar sua participação naquele mercado.

⁹⁰ Nesse sentido, um ex-diretor da Garoto chegou a afirmar que o objetivo da Nestlé através desse processo de aquisição seria justamente impedir a entrada efetiva de uma grande empresa no mercado brasileiro de chocolates, o que poderia representar um acirramento da concorrência. Segundo consta do Parecer da SDE à fl. 72, afirmou o ex-diretor que: “O risco para a multinacional suíça era que outra gigante mundial do setor, como a inglesa CADBURY ou a americana HERSHEY’S, adquirisse a empresa capixaba. A GAROTO seria uma tremenda porta de entrada para qualquer empresa estrangeira que quisesse ingressar no mercado brasileiro (...) O que a Nestlé pretende é fechar essa porta”.

⁹¹ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 73 (grifos no original).

No caso em exame, não foram considerados como rivais das empresas requerentes os fabricantes de chocolates artesanais⁹² e, quanto às empresas produtoras de chocolate industrializado, apenas a Lacta pôde ser considerada uma concorrente forte. No entanto, ser uma forte concorrente não significa necessariamente que ela seja capaz de oferecer uma rivalidade, nos termos acima explicitados. Por essa razão é que a Secretaria, em seu parecer, coloca as seguintes questões:

o fato da LACTA ser uma forte concorrente significa que a mesma é capaz e tem interesse em inibir o poder de mercado das Requerentes, bancando uma guerra de preços? Não é mais lucrativo acompanhar um provável aumento dos preços de venda de chocolate das Requerentes?⁹³

Ao assumir uma postura passiva, simplesmente acompanhando o aumento de preços da empresa fundida, a Lacta estaria participando do chamado exercício coordenado do poder de mercado. Tal situação normalmente ocorre porque a concorrente não tem capacidade ou porque não tem incentivos para adotar uma postura mais agressiva, que implique em uma guerra de preços.

Tal é o que provavelmente ocorreria no caso em apreciação, segundo a SDE.

Três são as condições que viabilizam o exercício coordenado do poder de mercado, as quais estariam presentes nos mercados relevantes de chocolates em análise, na ótica da Secretaria de Direito Econômico.

A primeira delas é a transparência de comportamento das competidoras, de modo que cada uma das empresas possa acompanhar as estratégias de mercado das outras. Essa condição demonstra-se preenchida entre as requerentes e a Lacta, uma vez que todas são capazes de monitorar o mercado, até mesmo através de pesquisas.

Como segunda condição temos a existência de mecanismos de retaliação à empresa que fugir à regra de elevação conjunta dos preços,

⁹² Dentre outros aspectos pelo fato de que os fabricantes artesanais são, em regra, consumidores de produtos tanto da Nestlé quanto da Garoto, uma vez que se utilizam, por exemplo, de coberturas de chocolate por elas fabricadas, ficando totalmente dependentes do preço da matéria-prima a eles vendida.

⁹³ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p. 81 (grifos no original).

condição esta também preenchida, pela própria facilidade no monitoramento das ações das concorrentes. Ademais, é de se considerar que a Nestlé, com a aquisição da Garoto, pode “facilmente abaixar o preço de alguns desses produtos como forma de retaliação a qualquer iniciativa da LACTA de abaixar seus preços para ganhar fatias de mercado”⁹⁴, o que também demonstra o preenchimento do requisito.

Por fim, cita-se a condição de existência de altas barreiras à entrada, que permite às participantes a imposição de um preço mais elevado aos consumidores, e que também está presente no caso examinado, nos termos acima expendidos.

A par do exercício coordenado do poder de mercado, também entendeu a SDE ser provável o exercício unilateral desse domínio por parte da empresa fundida, especialmente em razão de que, pela vasto portfólio de produtos que detém a nova empresa, muitas vezes seus produtos estariam entre a 1ª e 2ª opções de compra do consumidor⁹⁵.

Entende-se, portanto, que o exercício de poder de mercado, tanto coordenado como unilateral, é muito tendente a acontecer, uma vez concretizada a operação de aquisição da Garoto pela Nestlé, ocasionando graves prejuízos à concorrência e aos consumidores na maior parte dos mercados consumidores de chocolate definidos⁹⁶.

Considerando-se a possibilidade de aprovação de determinados atos de concentração que, embora ocasionem uma restrição à concorrência, devem ser aprovados em razão de suas eficiências compensatórias, na esteira do que permite o art. 54, §1º, da Lei nº 8.884/94, a SDE passou a analisar um eventual

⁹⁴ SDE. Parecer. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>. p.86.

⁹⁵ Com isso, a Nestlé poderia, por exemplo, aumentar o preço da caixa de bombom da Garoto, que é menos sensível a preços, e manter o preço da caixa de marca Nestlé, a partir do que os consumidores que não se importarem com o preço e forem fiéis à marca Garoto, pagarão o preço mais caro, enquanto que os demais, que farão sua escolha em razão do preço, optarão pela caixa de bombom Nestlé. Nessa hipótese, haveria um aumento dos lucros da empresa, sem que a outra concorrente pudesse influir negativamente, o que demonstra uma alta probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado.

⁹⁶ Excluem-se apenas os mercados relevantes de balas e confeitos, chocolates em pó e achocolatados em pó.

preenchimento dos requisitos elencados por aquele dispositivo legal pelo caso em análise.

Em que pese o esforço das requerentes nenhuma das eficiências apontadas foram consideradas como hábeis e suficientes para a aprovação do ato. Analisando a probabilidade de repartição dos benefícios com os consumidores, como determina o inciso II do §1º do art. 54, concluiu a Secretaria que aqueles não seriam minimamente distribuídos com os consumidores, pois não haveria nos mercados um nível de concorrência que obrigasse a empresa fundida a fazê-lo.

Também o inciso III da norma legal mencionada restaria desrespeitado, no entendimento da SDE, já que o ato em questão teria por principal efeito a eliminação da concorrência em parcela substancial dos mercados relevantes definidos, conforme o seguinte quadro⁹⁷:

Mercado Relevante	Participação de Mercado da NESTLÉ antes da operação	Participação de Mercado da NESTLÉ após a operação
Cobertura de Chocolate Sólida	16,3%	88,5%
Cobertura de Chocolate Líquida	72,0%	100,0%
Chocolates de Consumo Imediato	34,0%	63,1%
Tabletes entre 101g a 400g e embalagens <i>multipack</i>	36,9%	52,9%
Tabletes entre 401g a 500g	23,5%	75,9%
Ovos de Páscoa	17,6%	34,2%
Caixas de Bombons	37,3%	66,0%

Finalmente, verificou-se que, para atingir os objetivos visados, a operação extrapolou os limites necessários, em violação ao inciso IV daquele mesmo dispositivo. Isso porque, considerando-se os objetivos mencionados como motivadores da iniciativa dos acionistas da Garoto⁹⁸, outras alternativas poderiam ser adotadas que não a venda da sociedade para a Nestlé, menos prejudiciais à concorrência, aos consumidores e até mesmo aos funcionários da Garoto. Uma opção seria a venda da empresa para outras potenciais compradoras, com pequenas parcelas de participação no mercado brasileiro.

⁹⁷ Fonte: Requerentes e ACNielsen, conforme Parecer da SDE, p. 98.

⁹⁸ “Busca de opções viáveis em termos financeiros e estratégicos de manterem a companhia, suas marcas e tradição dos seus produtos no mercado”, Parecer da SDE, p. 98.

Por todo o até aqui exposto é que a Secretaria de Direito Econômico entendeu que o poder de mercado adquirido pela Nestlé ao comprar a Garoto não poderia ser inibido por quaisquer fatores, caso fosse aprovada a operação da forma em que fora apresentada, dando ensejo a uma restrição substancial da concorrência, com sensível prejuízo aos consumidores e aos clientes finais daqueles mercados relevantes de chocolates.

5 JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DA OPERAÇÃO: PROBABILIDADE DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO POR PARTE DA EMPRESA FUNDIDA OU GANHOS PARA A CONCORRÊNCIA?

5.1 A DECISÃO DO CADE

Instruído o processo com os pareceres das duas autoridades antitruste com poderes para tanto, e com toda a documentação juntada pelas requerentes Nestlé e Garoto e pelas impugnantes⁹⁹, que apresentaram pareceres e estudos técnicos, foi o ato de concentração n° 08012.001697/2002-89 submetido ao plenário do CADE, tendo como relator o Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

Os integrantes do Conselho, por maioria de votos, acordaram em determinar a desconstituição da operação, nos termos da fundamentação exposta no voto do relator, vencido o Conselheiro Presidente João Grandino Rodas que aprovava, com restrições.

O relator, ao proferir seu voto, procurou demonstrar, inicialmente, a necessidade de submissão da iniciativa de fusão entre as empresas Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que o ato inclui-se na hipótese prevista pelo art. 54, §3° da Lei n° 8.884/94. Tal dispositivo determina que os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica e que envolvam participantes com faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000,00 (quatrocentos milhões de reais), devem passar pelo crivo da autarquia concorrencial.

Assim, possuindo as empresas envolvidas faturamento superior ao limite estabelecido pela lei e atuando em um mesmo mercado, considerou-se certa a ocorrência de uma concentração horizontal¹⁰⁰, da qual decorre a

⁹⁹ Kraft, Cadbury e Mars.

¹⁰⁰ As concentrações econômicas geralmente são classificadas em três categorias: concentração horizontal, concentração vertical e formação de conglomerados. São entendidas por concentrações horizontais aquelas que se processam entre concorrentes, ou seja, aquelas que envolvem empresas que se incluem na mesma definição de mercado relevante, abrangendo tanto as que fabricam ou comercializam o mesmo produto, como

eliminação de um dos três grandes *players* do mercado de chocolates¹⁰¹. Desse modo, justifica-se a apreciação da operação, para auferir sua regularidade conforme os ditames da Lei de Defesa da Concorrência.

Partindo para as questões pertinentes ao mérito, decidiu o CADE definir o mercado relevante abrangido pelo ato de concentração em questão como sendo: i) mercado de balas e confeitos; ii) mercado de achocolatados; iii) mercado de coberturas de chocolate e iv) mercado de chocolate sob todas as formas¹⁰².

Tal definição deu-se em sentido contrário ao que sugeriram a SDE e a SEAE, bem como ao que pretendiam as requerentes, não obstante possam ser observadas convergências em determinados aspectos.

O mercado de balas e confeitos restou determinado como aquele que abrange balas, caramelos, pastilhas, *drops* e pastilhas sem chocolate, em consonância com o disposto nos pareceres de ambas as secretarias instrutoras e com a jurisprudência do próprio CADE¹⁰³. Quanto a este mercado relevante, no entanto, nota-se que a participação da empresa fundida, após a operação,

também as fabricantes de produtos substitutos que, em hipótese de aumento de preços, poderiam vir a ser incluídas nesse mercado. As concentrações verticais, por sua vez, se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo relações comerciais entre si. Vale dizer, é a concentração que se opera entre vendedores e compradores. Por fim, o conceito de conglomerado abrange todas as demais concentrações em que as empresas envolvidas não guardam qualquer relação negocial entre si. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 300-301.

¹⁰¹ Desde já há que se destacar que a dominação do mercado por apenas dois grupos econômicos não é, por si só, indicativo de abuso de posição dominante e inexistência de concorrência. Prova disso é a recente decisão tomada pelo CADE que aprovou a compra da Ipiranga pela Petrobrás, com o que passou o setor petroquímico a ser controlado por apenas dois grupos: Braskem e Quator. (Cade aprova compra da Ipiranga pela Petrobras. Folha de São Paulo. São Paulo, 10 jul. 2008. Caderno B. p. 6.)

¹⁰² As empresas requerentes na petição inicial pretenderam a delimitação de um mercado relevante mais abrangente, que envolvesse guloseimas de um modo geral. Posteriormente, porém, optaram por indicar três mercados relevantes distintos, quais sejam: a) mercado de balas e guloseimas; b) mercado relevante de chocolate sob todas as formas e c) mercado de achocolatados. Quanto à inclusão da categoria guloseimas junto ao mercado relevante de balas, esta fora rejeitada pelo CADE, sob o argumento de se que trata de uma categoria imprecisa, podendo envolver um rol por demais abrangente de produtos, incluindo até mesmo sorvetes, bolos e chocolates, por exemplo.

¹⁰³ Atos de concentração nº 08012.006150/99-11, julgado em 21 de fevereiro de 2001, (Warner-Lambert Indústria e Comércio Ltda. e Van Melle Brasil Ltda.) e nº 08012.002194/2001-40, julgado em 23 de outubro de 2002 (Van Melle e grupo Perfetti), indicados pelo relator.

seria de apenas 2,7%, tomando por base o faturamento das empresas do setor no ano de 2001¹⁰⁴. Por tal razão, e considerando-se que o mercado de balas e confeitos não é o foco principal das negociações das empresas envolvidas, entendeu-se desnecessária a continuidade da análise antitruste nesse mercado em especial.

O mercado de achocolatados, no entendimento do CADE, inclui também o chocolate e o cacau em pó, uma vez que estes produtos distinguem-se tão-somente pelo açúcar que é adicionado ao chocolate em pó, o que não demanda qualquer equipamento específico, e que ambos diferem do achocolatado pela simples adição de vitaminas e flavorizantes. Assim, entendeu-se que para fabricantes de qualquer dos três produtos não seriam necessários investimentos e tempo elevados para que pudessem ofertar o item semelhante, de modo que não haveria razão para os três itens serem considerados como integrantes de mercados relevantes distintos.

Nesse mercado, porém, dados demonstram que a Nestlé, antes mesmo da aquisição da Garoto, já detinha participação de 58,1%, do que decorre que o acréscimo dos 3,1% de participação da Garoto, em pouco modifica a posição já dominante da Nestlé. Assim sendo, não se mostra necessário que tal mercado seja abrangido pela análise que ora se coloca, uma vez que seu elevado grau de participação no mercado não decorre da aquisição em voga.

O mercado de cobertura de chocolates fora delimitado incluindo tanto as coberturas sólidas como as líquidas. Trata-se de um segmento do mercado de chocolates que conta com a presença de apenas três produtores; são eles: Nestlé, Garoto e Arcor¹⁰⁵.

Considerando que a Arcor, por ser uma empresa de porte grande, teria capacidade de, em espaço temporal inferior a um ano, passar a ofertar cobertura líquida, a partir do investimento em tanques de armazenamento e equipamentos para abastecer caminhões-tanque ou caixas de transporte,

¹⁰⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator “versão pública”. p. 12. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹⁰⁵ A Arcor, no entanto, produz apenas coberturas de chocolate na forma sólida, sendo que na produção de coberturas na forma líquida encontramos apenas as requerentes.

considerou o CADE que ambas as espécies de cobertura de chocolates poderiam ser entendidas como integrantes de um mesmo mercado relevante.

Neste mercado, verificou-se que a participação da Nestlé após a aquisição da Garoto elevar-se-ia de 22,1% para 88,5%, com base no faturamento de ambas as empresas do ano de 2001¹⁰⁶.

Já o mercado relevante de chocolate sob todas as formas fora assim definido em razão do seguinte argumento: considerou o CADE que as pesquisas e estudos apresentados apontaram para a definição de um mercado amplo em razão, especialmente, da existência de elevadas elasticidades¹⁰⁷ cruzadas¹⁰⁸ da demanda entre diversos segmentos do mercado como, por exemplo, entre caixas de bombons sortidos e tabletes com peso superior a 150g, e também entre as diferentes marcas. Assim, os diferentes tipos e formatos de chocolates, das diferentes marcas, foram considerados substitutos entre si, de modo que puderam ser incluídos dentro de um mesmo mercado relevante.

O segmento de ovos de páscoa, por sua vez, foi incluído no mercado relevante de chocolates sob todas as formas, uma vez que sua característica de sazonalidade não foi considerada como razão suficiente para delimitação de um mercado específico. Foi, ainda, levado em consideração o fato de que os ofertantes de ovos de páscoa são os mesmos fabricantes de chocolates sob todas as formas, e que até mesmo estratégias de marketing, como a produção

¹⁰⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, “versão pública”. p. 13. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹⁰⁷ Conforme afirma JULIANA FARIA PAMPLONA, “Na teoria econômica, o termo elasticidade significa sensibilidade. Assim, em economia, quando se afirma que a demanda do bem X é elástica em relação a seu preço, o que se pretende dizer é que os consumidores do bem X são sensíveis a alterações de seu preço; caso este aumente, por exemplo, os consumidores diminuirão de forma significativa a quantidade procurada do bem X [...] A elasticidade-cruzada da demanda mede a sensibilidade da demanda do bem X a variações de preços de outros bens (Preço de Z). Se o valor absoluto da elasticidade-cruzada é maior do que um, logo a demanda de X é elástica em relação ao preço de Z”. PAMPLONA, Juliana Faria. **A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>>. Acesso em: 01/09/2008.

¹⁰⁸ “De um modo geral, as elasticidades medem o grau de possibilidade de substituição ou complementaridade de dois produtos”. **Dicionário de Economia**. Disponível em: <<http://www.esfgabinete.com/dicionario/?completo=1&conceito=Elasticidade%20Cruzada>>. Acesso em: 01/09/2008.

de ovos com nomes já tradicionais aos demais formatos de chocolate, são aproveitadas por tais fabricantes.

Excluiu-se desse mercado generalizado tão-somente os chocolates artesanais, em atenção à jurisprudência já anteriormente consolidada pelo Conselho¹⁰⁹, e também já citada nesse trabalho, com fundamento em que os fabricantes de chocolates artesanais não são capazes de exercer pressão competitiva sobre os produtores da variedade industrializada, pois (i) não dispõem de capacidade produtiva suficiente para responder tempestivamente a um aumento de demanda decorrente da elevação dos preços praticados pelas empresas de grande porte; (ii) praticam preços diretamente influenciados pela política comercial das grandes empresas, já que delas adquirem um insumo básico (cobertura de chocolate); (iii) não possuem estrutura de distribuição capilarizada e (iv) são prejudicados pela fidelidade do consumidor às marcas, o que dificulta sejam os chocolates artesanais adquiridos em substituição aos industrializados.

Nesse mercado de chocolate sob todas as formas a participação da Nestlé após a conclusão do processo de aquisição ora analisado, dar-se-ia num patamar de 58,41%, mais uma vez adotando-se os valores referenciais de 2001¹¹⁰.

Deste modo, entendeu o CADE que os únicos mercados relevantes que merecem uma análise mais cuidadosa do ponto de vista antitruste por apresentarem riscos potenciais à concorrência são os mercados de coberturas de chocolate e chocolate sob todas as formas.

¹⁰⁹ Foram citados pelo relator os seguintes processos para explicitar o entendimento jurisprudencial adotado: Ato de Concentração nº 08012.000467/99-27 (Parmalat Participações Ltda. e Ernesto Neugebauer S/A – Indústrias Reunidas) julgado pelo CADE em junho de 1999, conselheiro-relator Ruy Santacruz, e Ato de Concentração nº 08012.004138/2001-40 (Hershey do Brasil Ltda. e Visagis S/A Indústrias Alimentícias) julgado em 16 de janeiro de 2002, conselheiro-relator Thompson Almeida Andrade.

¹¹⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, "versão pública". p. 14. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

Quanto à dimensão geográfica dos mercados definidos, optou-se pela limitação nacional, justificada pela presença de restrições às importações em diversos aspectos¹¹¹.

No que tange às barreiras à entrada, que representam a possibilidade dos agentes econômicos de um determinado mercado relevante auferirem lucros elevados sem o ingresso de novos concorrentes, considerou o CADE que devem ser levados em consideração o período aproximado de entrada de novos participantes, que não pode ser muito extenso, e o volume de produtos ofertados por esses ingressantes, que deve ser suficiente para se contrapor às empresas já estabelecidas.

Especificamente no mercado de coberturas de chocolate, conclui-se que a operação incentivaria condutas colusivas ou, “no mínimo, condutas de colaboração tácita entre as duas únicas ofertantes do mercado, não sendo a rivalidade entre os dois concorrentes remanescentes condição suficiente para proteger os clientes de cobertura de chocolates de práticas abusivas”¹¹².

Com relação ao mercado de chocolates sob todas as formas, a partir das informações levadas aos autos constatou-se que as barreiras mais efetivas seriam as elevadas exigências mínimas de capital, as oportunidades de vendas, os segredos industriais de sabor e textura do chocolate, a fidelidade do consumidor à marca e o alto grau de custos irrecuperáveis¹¹³.

As exigências mínimas de capital, apesar de representarem valores significativos, no entender do Conselho podem ser alcançadas por empresas de grande porte. Desse modo essa barreira poderia ser facilmente superada por firmas maiores, considerando-se a perspectiva de retorno, a médio ou longo prazo, dos investimentos iniciais. Tal situação também ocorre com relação à necessidade de criação de uma rede capilarizada de distribuição,

¹¹¹ Tais como: perecibilidade do produto, gosto do consumidor brasileiro, fidelidade à marca, impostos elevados e altos custos de transporte.

¹¹² Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, “versão pública”. p. 17. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹¹³ Decorrente, por exemplo, da não aceitação de um produto novo.

tendo admitido o CADE que se trata de barreira transponível por grandes empresas¹¹⁴.

As baixas oportunidades de vendas, porém, foram consideradas como uma das barreiras mais significativas, ao lado da fixação da marca, que compreende aspectos dos segredos industriais sobre textura e sabor do chocolate, fidelidade do consumidor e custos irrecuperáveis. Isso porque, ao oferecer um produto novo no mercado, o ofertante deve prever a possibilidade de que o mesmo não seja aceito pelos consumidores, seja em razão de seu sabor ou da simples fidelidade a uma marca pré-existente, o que, inevitavelmente, geraria custos irrecuperáveis. De qualquer forma, a simples necessidade de previsão dessa hipótese pode se revelar como um significativo desestímulo ao ingresso de um novo concorrente.

Também a existência de um portfólio de produtos diversificado foi considerada como uma relevante barreira à entrada de novos concorrentes, isso porque quanto mais produtos forem ofertados e mais conhecidos eles sejam, maiores serão as possibilidades de comercialização em uma quantidade maior de pontos de vendas; do que depende o crescimento econômico da empresa ingressante.

Enfim, apesar de as requerentes pretenderem demonstrar que o exercício de poder no mercado em questão estaria impedido, considerou o CADE, a partir dos diversos estudos e simulações realizadas, que a rivalidade existente entre as concorrentes remanescentes após a fusão não seria suficiente para afastar tal hipótese. De tal constatação, e a partir das demais conclusões, já demonstradas anteriormente, a que chegou o Conselho decorre que “o Ato, de fato, elevou o poder de mercado da Nestlé, limitou a concorrência e pode resultar na dominação de mercados relevantes”¹¹⁵.

¹¹⁴ Entendeu o relator, porém, que presentes a necessidade de manutenção de um vasto e diversificado portfólio de produtos e a fidelidade dos consumidores pelas marcas já conhecidas, essa barreira seria dificilmente transponível, mesmo por empresas de grande porte.

¹¹⁵ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, “versão pública”. p. 42. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

Uma vez que se chegou a tal conclusão, cabe tão-somente proceder-se à análise de um possível preenchimento dos requisitos autorizadores da aprovação mesmo nos casos em que possa haver prejuízo à concorrência pela dominação de mercados relevantes, nos termos do que estabelece o art. 54 da Lei nº 8.884/94, em seus §§ 1º e 2º ¹¹⁶.

Com o objetivo de evitar que do ato de concentração decorra prejuízo para o consumidor, a lei permite que o CADE autorize operações que, não obstante tenham potencial para restringir a concorrência, preencham concomitantemente os quatro requisitos elencados pelo dispositivo legal.

Assim, quanto às eficiências geradas pelo ato, estabelece a Resolução nº 15/98 do CADE que estas são “reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas por meio de esforço interno” ¹¹⁷. Também o Guia SEAE para Análise de Atos de Concentração indica uma definição do que seriam eficiências econômicas no sentido dado pelo art. 54, §1º da Lei de Defesa da Concorrência, e estabelece que

são consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma [...] Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência. ¹¹⁸

¹¹⁶ Art. 54. §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;

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.

§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

¹¹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de agosto de 1998. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em: 04/09/2008.

¹¹⁸ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17

Resta claro, portanto, que existem critérios bastante rígidos para que as eficiências econômicas possam ser consideradas¹¹⁹ e que estas não significam meros ganhos econômicos decorrentes do aumento de parcela de mercado, como uma simples transferência de receitas, mas devem decorrer de verdadeiro aumento de produtividade, que se verifica através da redução dos custos unitários¹²⁰. Outro fator interessante a ser considerado no que se refere à aceitação das eficiências como compensatórias à restrição concorrencial é o fato de que são elas estimadas pelos próprios agentes econômicos com pretensões de fusão¹²¹.

Por esses motivos é que em outros países, com maior experiência no direito concorrencial, há uma tendência a que os ganhos de eficiência sejam considerados apenas quando a operação não resulta elevada concentração de mercado, dificilmente admitindo que uma fusão que conduza ao monopólio ou que chegue próximo a ele seja justificável em razão de suas eficiências^{122 123}.

de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf>. Acesso em: 04/09/2008.

¹¹⁹ Para avaliação das eficiências são utilizados critérios estabelecidos pelo CADE, que inclusive já foram utilizados pelo Conselho na apreciação de outras operações, são eles: 1) as eficiências devem ser específicas da operação, ou seja, não poderiam ser obtidas por outro meio; 2) foram demonstradas por meios razoáveis; 3) não são meramente pecuniárias, ou seja, não representam tão somente repasses de recursos entre os agentes; 4) compensam integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante; 5) devem ser distribuídas equitativamente entre consumidores e as empresas envolvidas. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.006976/2001-58. Voto do Relator.

¹²⁰ Segundo o estudo “Diretrizes para a Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência”, citado pelo relator às p. 44-45 de seu voto, a redução dos custos unitários de produção pode ser alcançada através do uso de: a) menos recursos para produzir a mesma quantidade de bens ou serviços; b) dos mesmos recursos para produzir mais; c) dos mesmos recursos para produzir bens ou serviços de melhor qualidade; e d) dos mesmos recursos para produzir uma maior variedade de bens ou serviços.

¹²¹ E quando são produzidos estudos contestatórios pelas empresas impugnantes, os resultados normalmente se mostram assimétricos. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, “versão pública”. p. 45. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹²² “*In the Agency’s experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly. (Revised Section 4 Horizontal Merger Guidelines Issued by the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission April 8, 1997)*”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, “versão pública”. p. 46.

Neste caso específico, considerou o relator que, em vista da concentração substancial do mercado de cobertura de chocolate e de chocolate sob todas as formas, as eficiências econômicas propiciadas deveriam ser muito elevadas para que as empresas envolvidas não tivessem incentivos para aumentar os preços de seus produtos, em prejuízo ao consumidor. Ademais, importante ressaltar que em se tratando de eficiências econômicas, há uma significativa dificuldade de comprovação, o que leva a crer que dificilmente elas serão efetivamente realizadas e, conseqüentemente, repassadas aos consumidores.

Nesse sentido a Nestlé afirmou que a operação geraria eficiências econômicas no patamar de 11% a 12% dos custos de produção, o que seria suficiente para impedir o aumento dos preços, cogitando-se até de uma redução dos preços atualmente praticados. Foram indicadas como eficiências que influem diretamente nos custos variáveis, reduzindo-os, as seguintes: a) redução de custos com fechamento de depósitos; b) ganho com redução de locação de armazéns; c) redução de custos com embalagens; d) reduções de custos com alterações em fórmulas e ingredientes; e) aproveitamento da fórmula da Garoto em coberturas de chocolate da Nestlé; f) ganho com diminuição de sobrepeso; g) alinhamento de preços de matéria-prima e insumos; h) transferência da produção de achocolatados e confeitos para a Nestlé; i) absorção da produção de ovos de páscoa da Garoto pela Nestlé; j) ganho com renegociação de frete; k) ganho com otimização de distribuição; l) ganho com renegociação de itens de embalagens; e m) ganho com compra de derivados de cacau¹²⁴.

Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹²³ A jurisprudência americana considera presumida a existência de poder de monopólio quando uma determinada empresa detenha 50% ou mais de participação no mercado. No Brasil, porém, não há nesse sentido um percentual fixado, sendo aceitas as eficiências econômicas compensatórias apenas nas hipóteses em que a operação não implique “eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante”, a teor do que dispõe o art. 54, §1º, III, da Lei nº 8.884/94.

¹²⁴ O Conselheiro-relator Thompson Almeida Andrade ressalta, no entanto, que para a análise concorrencial importam, na verdade, apenas as eficiências líquidas, ou seja, aquelas que demonstram que benefícios são trazidos para ambos os agentes do mercado. Se, ao contrário, os benefícios decorrentes da operação são aproveitados por apenas um dos agentes, o produtor, por exemplo, havendo malefícios a serem suportados pelos outros atores, há que se falar na apuração de benefício líquido zero. “Assim, computar um

Destas, apenas foram aceitas como efetivamente capazes de compensar os efeitos prejudiciais da redução da concorrência: a redução dos custos com o fechamento de depósitos, a redução dos custos com embalagens e o ganho com renegociação de frete. Os motivos que justificaram a não aceitação das demais eficiências indicadas envolveram a não especificidade das mesmas, já que poderiam algumas ter sido obtidas pela própria Garoto, independentemente de sua aquisição por outra empresa; a produção de efeitos fora do mercado relevante em questão; o caráter meramente especulativo de algumas estimativas; e a ocorrência de ganhos decorrentes unicamente de transferência de receitas, de uma firma terceirizada para a adquirente Nestlé.

A partir da desconsideração da maioria das eficiências indicadas pelas requerentes, restou consignado que o valor total das eficiências aceitas é de 1,47% do custo variável total, estando, portanto, muito abaixo do percentual estimado pela Nestlé.

Por fim, concluiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica que

a operação em tela não atende aos requisitos impostos pelo §1º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94 para que o CADE possa autorizá-la. Também não estão atendidas as condições previstas no §2º do mesmo artigo, que prevê a possibilidade de se aprovar a operação quando necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidos pelo menos duas das condições previstas no §1º e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor e ao usuário final¹²⁵.

Foram determinadas ainda as providências necessárias para a desconstituição do ato, no sentido de serem eliminados os efeitos nocivos à ordem econômica e, como última questão, foi apresentada justificativa para o não cabimento de uma solução comportamental. Tal posicionamento embasou-se nos seguintes argumentos: em primeiro lugar considerou-se o crescente

benefício positivo, ou eficiência, para uma empresa como resultado de uma operação, da qual resulta uma transferência de quantidade demandada, é contar parte da história e não pode ser considerado como a eficiência trazida pela operação, do ponto de vista do mercado relevante". Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, "versão pública". p. 53. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

¹²⁵ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator, "versão pública". p. 69. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

entendimento, já dotado pela jurisprudência do CADE, de que uma solução estrutural seria a melhor forma de se evitar os efeitos negativos decorrentes de uma operação que reduza a concorrência; e também se levou em consideração a ausência de previsão legal que admita a opção por uma solução comportamental em casos como o ora em análise, já que a hipótese de celebração de compromisso de desempenho, prevista no art. 58¹²⁶ da Lei Antitruste só pode ser cogitada nos casos em que estão presentes as condições do §1º do art. 54 da mesma Lei.

5.2 VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO-PRESIDENTE JOÃO GRANDINO RODAS

Quanto à delimitação dos mercados relevantes e definição daqueles em que seria necessária a análise sob o ponto de vista de defesa da concorrência o Conselheiro João Grandino Rodas entendeu adequado o posicionamento do relator.

O primeiro ponto da divergência refere-se ao mercado relevante de cobertura de chocolates, em que o conselheiro vogal entende que, apesar da concentração econômica detida pela Nestlé-Garoto da ordem de 88,5%, a capacidade ociosa da outra concorrente, Arcor, seria suficiente para obstar o exercício de poder de mercado, mantendo a necessária rivalidade nesse setor.

Já no que se refere ao mercado de chocolates sob todas as formas repousa outra divergência. Em primeiro lugar questiona-se a afirmação de que a participação detida pela Nestlé mercado, em razão da operação, seria de

¹²⁶ Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1º, do referido artigo.

§1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

58%, quando foram apresentados dados do Instituto Nielsen que indicam uma participação de 50%. Ainda que estes dados estivessem incorretos, chama-se atenção para o fato de que o CADE já aprovou, até mesmo sem restrições, operações que envolveram índices mais elevados de participação no mercado¹²⁷.

No que se refere às eficiências, entende-se que devem ser admitidas aquelas que supostamente poderiam ser obtidas pela aquisição da Garoto por outra empresa, uma vez que não há na lei exigência de que as eficiências, para que sejam aceitas, só possam ser alcançadas pelos agentes que participam da transação. Há, sim, necessidade de que decorram do ato, independentemente da “formulação de hipóteses de outro ato com outros agentes”¹²⁸.

Por fim, aponta-se a ilegalidade da pretensão explicitada no voto do relator que pretendeu impor quais as medidas a serem tomadas para a desconstituição da operação, extrapolando os limites constitucionais de intervenção estatal no domínio econômico.

Assim, concluiu o Conselheiro-Vogal que a operação merecia ser aprovada, ainda que fosse necessária a imposição de determinadas restrições, em especial diante da constatação da existência de mercados relevantes em que não há indícios de dominação do poder econômico por parte da empresa fundida.

5.3 A SUBMISSÃO DA QUESTÃO À APRECIÇÃO JUDICIAL

Descontentes com a desaprovação administrativa da operação, Nestlé e Garoto ingressaram com ação judicial para anular a decisão proferida pelo

¹²⁷ Cita-se, por exemplo, os Atos de Concentração n° 08012.007861/2001-81 (NN Holding e Biopart – 99% de um dos mercados relevantes) e n° 08012.006224/2001-97 (Bauducco e Visagis – 80%). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Julgamento do Ato de Concentração n° 08012.001697/2002-89. Voto Vogal Divergente. p. 5. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>.

¹²⁸ Voto Vogal Divergente. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000030168.pdf> p. 7.

CADE¹²⁹. Os principais argumentos nesse sentido referiam-se à forma de condução do processo no Conselho e ao respeito ao devido processo legal.

Em 19 de março de 2007 foi proferida sentença pelo Juízo da 4ª Vara Federal do Distrito Federal, a qual conta com o seguinte dispositivo

(...) 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. Condene 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 causa¹³⁰.

Sobre essa decisão afirma VICENTE BAGNOLI,

observa-se pela sentença que a Nestlé-Garoto foi impossibilitada de se manifestar sobre a definição de mercado feita pela SEAE, já que tais estatísticas foram tratadas de forma secreta, embora o CADE as tenha utilizado para chegar ao seu *decisum*, desprezando os índices da ACNielsen. Verifica-se também que, após o julgamento final, foram juntados novos documentos aos autos, aos quais a Nestlé-Garoto não teve acesso e não pôde se manifestar. Também ocorreu a audiência pública em Vitória, que poderia ser considerada “fato novo” e invalidar o voto que conduziu o veto à operação. Destaca-se, por fim, o ponto pelo qual o magistrado, a par da sua análise, ateuve-se para declarar aprovada automaticamente a operação: o decurso do prazo^{131 132}.

¹²⁹ Sobre questões atinentes ao controle judicial das decisões do CADE, como atos administrativos que são, ver: SILVA JR., Walter Nunes da. Revisão Judicial das Decisões do CADE. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, n. 1, p. 109-121, out./dez. 2006; CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle Jurisdicional do CADE. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, n. 16, p. 11-23, ago./set. 2007; e CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. In: GICO JR., Ivo Teixeira e BORGES, Antônio de Moura [Coord.]. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 31-73.

¹³⁰ Processo nº 2005.34.00.015042-8. Disponível em: <<http://processual-df.trf1.gov.br/Processos/ProcessosSecaoOra/ConsProcSecaoPub.php?SECAO=DF&proc=200534000150428&sec=3400&var=4&ntp=19/03/2007&mat=117&tpb=4&seq=1>>. Acesso em: 07/09/2008.

¹³¹ BAGNOLI, Vicente. O Irrestrito Devido Processo Legal: Reflexões a Partir do Caso Nestlé-Garoto. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, n. 15, p. 26. jun./jul. 2007.

¹³² Nota-se a necessidade de análise da sentença a partir do que comentam os doutrinadores da matéria, uma vez que em decorrência do sigilo processual, seu inteiro teor não foi disponibilizado para consulta.

Nota-se que não obstante tenha o magistrado abordado em sua decisão outras questões referentes à operação em questão, o argumento utilizado para anular a decisão administrativa diz respeito ao descumprimento do prazo de sessenta dias para deliberação do Plenário acerca da aprovação ou desaprovação do ato de concentração, estabelecido no art. 54, §6º da Lei Concorrencial. Isso porque, no entendimento do Juízo, a demora de 411 (quatrocentos e onze) dias para apreciação da proposta de aquisição, não restou justificada pelo permissivo legal do §8º do art. 54, que prevê que “os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SEAE”. Considerou-se então que o extenso lapso temporal que compreendeu o julgamento administrativo embasou-se na realização de diligências “que não foram justificadas, motivadas, arrazoadas e nem se mostraram imprescindíveis”¹³³.

Em vista disso chega-se à questão central do presente trabalho que, sem a pretensão pura e simples de tecer críticas a quaisquer dos posicionamentos adotados, pretende proceder a um comparativo para demonstrar quais os acertos e equívocos da decisão administrativa do CADE, confrontada pelos agentes econômicos diretamente envolvidos ao buscar uma solução judicial ao caso. É este, portanto, o propósito do derradeiro capítulo.

¹³³ BAGNOLI, Vicente. *Op cit*, p. 26.

6 ADEQUAÇÕES E INADEQUAÇÕES DA SOLUÇÃO DADA PELO CADE À OPERAÇÃO

6.1 DEFINIÇÃO DO MERCADO

A explicitação dos termos da decisão do CADE procedida anteriormente demonstra que foram definidos como sendo quatro os mercados relevantes envolvidos na fusão da Nestlé e da Garoto, quais sejam, mercado nacional de balas e confeitos, mercado nacional de achocolatados, mercado nacional de coberturas de chocolate e mercado nacional de chocolate sob todas as formas. Nesse aspecto, parece-nos acertada a posição tomada pelo CADE.

Como bem afirma CALIXTO SALOMÃO FILHO, a definição dos mercados envolvidos em uma determinada forma de integração, compreendidos o estabelecimento de limites geográficos e de produto, é o melhor método para acesso e medição da existência de poder no mercado¹³⁴.

A definição do mercado relevante, como mencionado acima, leva em consideração a possibilidade razoável de substituição de um produto por outro, de características semelhantes, de modo que o consumidor se permita ficar igualmente satisfeito.

No caso em exame, demonstram as peças do processo, em especial o Parecer Técnico da SEAE, que foram realizados vários estudos visando identificar uma possível substituíbilidade entre os diversos produtos fabricados tanto pela Nestlé quanto pela Garoto¹³⁵. De tais constatações pôde se observar, com relação a um dos mercados em específico, que o consumidor

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 107.

¹³⁵ Vale ressaltar a necessidade de que se tenha uma visão crítica e cautelosa do senso comum quando estamos diante de dados, pois são vários os motivos que os determinam. LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics**: O lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

em geral não considera balas e confeitos como sucedâneos dos chocolates¹³⁶, o que é suficiente para afastar a inclusão destas duas categorias de alimentos em um mesmo mercado relevante. Ademais, como bem ressaltado pela SDE em seu parecer, balas e confeitos não são os principais produtos comercializados pelas requerentes, de modo que não estariam no foco da análise em questão.

Quanto aos achocolatados, entendemos que de forma alguma poderiam ser incluídos no mesmo mercado relevante dos chocolates sob todas as formas, já que possuem uma destinação completamente diversa destes, não sendo bons substitutos. Tal situação peculiar fora inclusive reconhecida por todas as autoridades antitruste, as quais incluíram os achocolatados em segmento diverso do mercado. Não há, portanto, controvérsia nesse sentido.

As duas espécies de coberturas fabricadas, por sua vez, destinam-se às mesmas finalidades, quais sejam, fabricação de chocolates finais, recheio e cobertura para bolos e biscoitos e coberturas para sorvetes. Para todas essas finalidades não há que se falar na possibilidade de substituição desse produto por outro, de modo que se justifica a definição de um mercado relevante apartado. Some-se a isso o fato de que as coberturas não se destinam ao consumidor final, não podendo, portanto ser incluídas em um mercado que englobe também espécies de chocolates destinadas a tal consumidor.

Cumprido analisar, então, a possibilidade de inclusão de suas duas espécies distintas (líquida e sólida) nesse mercado único. Como mencionado acima, a diferença que se coloca entre as duas espécies não está no uso (o que demonstra que, ao menos do lado da demanda, há elevada substituição entre elas), mas localiza-se tão-somente na necessidade de acondicionamento especial demandada pela sua forma líquida. Assim, a dúvida estaria apenas na existência de substituíbilidade do lado da oferta, decorrente da possibilidade de novos produtores ingressarem nesse mercado para produzir coberturas de chocolate na forma líquida. Quanto a isso, conforme bem demonstrado pelo voto do Conselheiro-Relator do CADE, não há razões para se pensar que a própria Arcor, concorrente da Garoto e da Nestlé na fabricação de coberturas

¹³⁶ SEAE. Parecer. p. 12. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>

sólidas, ou mesmo novas empresas não possam passar a ofertar cobertura líquida, caso o preço de tal produto fosse atrativo¹³⁷.

Admitida, então, a substituíbilidade entre as duas espécies de coberturas de chocolate, demonstra-se correta a definição de um mercado relevante único.

A análise da possibilidade de definição de um mercado único de chocolates sob todas as formas foi um dos temas que gerou maior controvérsia, até mesmo entre as Secretarias que emitiram seus pareceres, especificamente porque esse é o segmento do mercado em que se concentra a maior parte da produção das empresas envolvidas e, portanto, onde poderia ser mais preocupante a concentração decorrente da operação.

Nesse aspecto mais uma vez demonstram-se relevantes as diversas pesquisas e estudos quantitativos que foram realizados durante a instrução do processo. Um destes¹³⁸, baseando-se em entrevistas realizadas com consumidores, demonstrou que quando submetidos a diversas situações de compras que envolvam produtos dos vários segmentos e de quatro marcas concorrentes, e diante da elevação de determinados preços, os consumidores não se sentem constrangidos em adquirir outro produto (ainda que pertencente a um segmento do mercado diverso daquele que pretendia adquirir de início) e chegam, até mesmo a optar por uma marca diferente, com preços mais acessíveis. A conclusão desse estudo, corroborada pelas demais pesquisas, permite-nos perceber que existem elevadas elasticidades cruzadas tanto entre os diversos segmentos de chocolates, quanto entre as diferentes marcas disponíveis no mercado. De tal constatação decorre que “os diferentes tipos e formatos de chocolates (tabletes, bombons, *snacks* e *candy bars*) das diferentes marcas (Nestlé, Garoto e Lacta) são substitutos entre si”¹³⁹, como bem afirmou o Conselheiro-Relator.

¹³⁷ Isso se levarmos em consideração que a necessidade de investimento de capital para a produção do novo produto não pode ser considerada como uma barreira à entrada de novos concorrentes, como se verá mais adiante.

¹³⁸ Estudo *Ipsos Inovaction*, apresentado pela Kraft e mencionado pelo Conselheiro-Relator às p. 8-9 de seu voto.

¹³⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator “versão pública”. p. 10. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

A nosso ver, portanto, nada impede a caracterização de um mercado que agrega todas as formas de chocolate, excetuando-se apenas os chocolates artesanais, pelas suas peculiaridades exaustivamente demonstradas no Parecer da SDE, e que dizem respeito principalmente à diferença de consumidores, à falta de capacidade distributiva dos pequenos produtores e à especialidade do produto artesanal. Quanto aos ovos de páscoa, entendemos que a definição de um mercado apartado seria uma segmentação desnecessária, já que podem ser considerados como apenas mais um tipo de produto demandado pelo consumidor em determinada época do ano. Podem perfeitamente, portanto, ser incluídos nesse mercado mais abrangente.

Assim sendo, constata-se que a pretensão inicial das requerentes Nestlé e Garoto no sentido da definição de um mercado relevante amplo e generalizado de guloseimas nada mais é do que uma estratégia para que sua participação nas vendas de chocolates fique diluída nesse mercado elástico¹⁴⁰, pois quanto mais amplo o mercado tido como relevante, maior será o número de concorrentes e, conseqüentemente, menor será o grau de participação de cada agente econômico.

A esse respeito PAULA FORGIONI ensina que

No caso brasileiro, além de servir como argumento para descaracterizar a incidência dos incisos II e IV do art. 20 da Lei Antitruste (maior o mercado relevante considerado, menores os impactos anticoncorrenciais gerados pela prática analisada), o elástico conceito de mercado relevante é utilizado pelas empresas, que buscam furtar-se à necessidade de obtenção da autorização prevista no § 3º, do art. 54 da Lei 8.884, de 1994. Sustentando a maior abrangência do mercado em que atuam, procuram demonstrar que não possuem vinte por cento desse mercado, buscando desobrigar-se da notificação da operação de concentração, ou ainda da aplicação de multa pela falta de tempestiva comunicação.^{141 142}

¹⁴⁰ Tanto é que após a apresentação inicial dos termos da operação as requerentes abandonaram a pretensão de delimitação de um mercado amplo de guloseimas, para indicar os seguintes mercados relevantes: (1) mercado de balas e guloseimas, (2) chocolates sob todas as formas e (3) achocolatados.

¹⁴¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 253.

¹⁴² Ainda abordando a questão do elástico de conceito de mercado relevante, a autora ressalta que ele também pode ser utilizado pela autoridade antitruste para implementação de uma determinada política econômica, flexibilizando-se o texto normativo, seja para diluir o poder

Por fim, também quanto aos limites geográficos dos mercados relevantes definidos pareceu correto o posicionamento do CADE, que os considerou todos como nacionais. De fato, como assevera CALIXTO SALOMÃO FILHO, “a dimensão geográfica é a mais importante na definição do mercado”¹⁴³, já que também permite a ampliação do mercado e conseqüente descaracterização da existência de poder, mesmo em presença de altos níveis de concentração.

No caso ora analisado a despeito da pretensão da empresa fundida de que fosse considerado como local de desenvolvimento das relações de concorrência o Mercosul, restou amplamente evidenciado que no Brasil, em se tratando do mercado de chocolates, os produtos importados não são capazes de competir diretamente com os nacionais¹⁴⁴, pois aqui não chegam com preços competitivos em virtude dos altos investimentos necessários ao transporte e do baixo custo da produção nacional.

6.2 NÍVEL DE PARTICIPAÇÃO E PODER NO MERCADO

Os níveis de participação nos mercados relevantes delimitados, com base no Parecer da SDE, demonstram que a operação de aquisição da Garoto pela Nestlé não apresenta preocupações do ponto de vista concorrencial no que se refere aos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Isso porque no mercado de balas e confeitos o nível de participação da empresa fundida seria inferior a 4% e, no mercado de achocolatados, a participação em

de mercado do agente econômico, seja para levar à configuração de posição dominante, através da segmentação do mercado relevante. FORGIONI, Paula A. *Op cit.* p. 249-252.

¹⁴³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

¹⁴⁴ Existem diversos fatores que prejudicam a competitividade dos produtos importados em relação aos nacionais, muitos dos quais foram, de forma bastante completa, explicitados tanto pelos Pareceres quanto pelos Votos dos Conselheiros do CADE. Nesse sentido, dá-se destaque à questão da preferência dos consumidores que, em determinados casos, conforme afirma CALIXTO SALOMÃO FILHO, representam importante obstáculo tanto ao comércio inter-regional quanto ao internacional. *In: Direito Concorrencial*, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 126.

nível superior a 55% não decorre da fusão, mas sim de um processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico¹⁴⁵.

Sendo assim, o foco se coloca sobre os mercados de coberturas de chocolate, com participação da Nestlé-Garoto de aproximadamente 88%, e de chocolate sob todas as formas, cuja participação está próxima de 58%.

Com relação aos níveis de participação no mercado e sua relação com o exercício de poder, a melhor doutrina na matéria afirma que o poder de mercado só pode ser analisado em uma perspectiva dinâmica, vale dizer, é necessário projetar os efeitos de um aumento de preços, conseqüência natural da formação de uma situação monopolística, e, a partir de então, analisar o comportamento do consumidor nessa situação^{146 147}.

Pelo que consta do Parecer Técnico da SEAE, essa simulação de aumento de preços foi realizada no caso em exame pela *Ipsos Inovaction*, e apresentada ao CADE pela Kraft¹⁴⁸. Simularam-se aumentos de 5%, 10% e 15% nos preços de produtos das requerentes e o resultado apontou quedas na demanda pelos mesmos e, na maioria dos casos, queda no faturamento da empresa resultante. Esse estudo é uma prova de que os compradores efetivamente substituíram um produto em função de mudanças em seu preço, o que leva a crer que não há um nível tão elevado de fidelidade à marca nesse

¹⁴⁵ Sobre o tema PAULA FORGIONI afirma que “a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser lícitamente causados, desde que resultantes ‘de processo natural fundado na maior eficiência de [um] agente econômico em relação a seus competidores’ (art. 20, §1º da Lei 8.884, de 1994). Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada que seu concorrente, poderá lícitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, inclusive com a eliminação de seus competidores”. De tal entendimento decorre, portanto, que a posição dominante em si não é vedada pelo ordenamento pátrio. *In: Os fundamentos do Antitruste*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 276-277.

¹⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108-109.

¹⁴⁷ No mesmo sentido SÉRGIO VARELLA BRUNA afirma que “a participação de mercado detida por um dado agente econômico, assim, nos dá somente uma vaga idéia da extensão real do poder que por ele é realmente detido”. *In: O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 118.

¹⁴⁸ SEAE. Parecer. p. 36-41. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>.

mercado, como sugeriu o CADE¹⁴⁹. Outra conclusão que desse estudo se pode extrair, é que, diante da atitude dos consumidores, muito provavelmente o resultado da fusão nessa indústria seria a manutenção do atual do nível de preços e da competição entre as firmas remanescentes. Isso porque, conforme explica o já citado doutrinador CALIXTO SALOMÃO FILHO

Se em um determinado mercado se conclui que em função de um aumento de preços grande parte dos consumidores passará a consumir outro produto ou então que grande número de concorrentes entrará no mercado, o agente econômico, mesmo que detivesse grande participação nas vendas no nível de preços praticados naquele momento, perderia grande parte de seu mercado, se aumentasse os preços. Nesse caso, não se pode dizer que existe poder no mercado, já que a forma principal de exercício desse poder – o aumento de preços – está bloqueada.¹⁵⁰

Mesmo com esta visão declinada, a verificação da real existência de abuso de poder econômico depende também de outros fatores, que serão analisados a seguir.

6.3 BARREIRAS À ENTRADA

A possibilidade de elevação do preço de equilíbrio acima daquilo que seria o preço puramente concorrencial, por parte da empresa detentora de poder econômico, caracterizando, portanto, uma forma de abuso, depende também da maior ou menor facilidade com que os novos concorrentes, interessados nos lucros excedentes, possam ingressar no mercado.

Como visto, o CADE considerou como principais fontes de barreira à entrada as decorrentes das economias de escala e escopo, o elevado investimento inicial de capital, segredos industriais relativos a sabor e textura do chocolate, acesso difícil a matérias-primas, lealdade do consumidor à marca e elevados custos irrecuperáveis.

¹⁴⁹ Especificamente sobre essa questão da fidelidade à marca, serão feitas considerações mais adiante.

¹⁵⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 110. (grifo nosso).

No mercado de coberturas de chocolates, as principais barreiras à entrada levadas em consideração são as que dizem respeito às grandes vantagens de escala e aos elevados custos para a construção de uma planta industrial. Ambas são chamadas barreiras naturais, pois decorrem da própria conformação do mercado e do tamanho relativo de seus participantes¹⁵¹.

Quanto às economias de escala, podem ser consideradas barreiras de menor relevância, pois decorrem tão-somente da presença de firmas de certo porte no mercado. Seu sancionamento significaria uma punição direta às grandes estruturas empresariais que, em muitos casos, ao invés de trazer prejuízos aos consumidores, lhes beneficiam. Nesse aspecto, discordamos, então, do posicionamento do CADE, uma vez que “as vantagens de escala representam um potencial benefício para os consumidores” e proibi-las seria “condenar irremediavelmente a eficiência econômica, em detrimento dos consumidores”¹⁵².

Também no que se refere ao argumento de que o volume de investimento inicial necessário impossibilitaria o ingresso de novos concorrentes nesse mercado, não há razão para ser admitido, já que o mercado financeiro e de capitais oferece solução por intermédio das facilidades para a concessão de empréstimos. Ademais, como bem ressalta a doutrina, “não se trata de uma barreira decorrente da estrutura do mercado, mas sim das condições econômicas conjunturais”¹⁵³, de modo que não deveria então ser combatida pelo direito concorrencial, mas sim através de instrumentos de política econômica.

Por outro lado, no que se refere ao mercado relevante de chocolates sob todas as formas, também foram considerados como principais impedimentos à entrada os altos investimentos mínimos de capital, ao qual serve a crítica acima colocada, os segredos industriais, a fidelidade do consumidor e os elevados custos irrecuperáveis (também chamados *sunk costs*).

¹⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

¹⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op cit.* p. 186.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op cit.* p. 188.

Os segredos industriais, apesar de representarem um fator importante especialmente no que diz respeito à conquista dos consumidores, tratam-se de dificuldades inerentes a qualquer iniciativa empresarial, não sendo razoável supor que se trate de uma barreira que não possa ser transposta pela expectativa de lucros. Ademais, também aqui cabe a ressalva já feita com relação ao capital inicial investido, no sentido de que não cabe ao direito antitruste se imiscuir nessa seara.

Quanto à fidelidade do consumidor de chocolates à sua marca preferida, apesar de se tratar de uma efetiva barreira à entrada, não verificamos sua ocorrência no mercado de chocolates em análise. Na definição dos mercados relevantes procedida anteriormente, tanto pelas Secretarias quanto pelo CADE, em sua decisão, restou consignado o alto grau de substituíbilidade existente entre os diversos tipos de chocolate. Ora, se considerado, para fins de definição do mercado relevante, que os consumidores freqüentemente trocam suas escolhas¹⁵⁴, entre as diferentes espécies e até mesmo entre as diferentes marcas, em razão do aumento de preços, não é coerente afirmar que existe, nesse mesmo mercado consumidor, um elevado nível de fidelidade à marca. Ao contrário, o que se demonstrou ao longo do processo foi a existência de uma relativa indiferença do consumidor ao menos em relação às três principais marcas. Deve, portanto, ser afastada a fidelidade à marca como barreira à entrada de concorrentes nesse mercado.

Há, ainda, que se tratar dos elevados custos irrecuperáveis e seus efeitos sobre o possível ingresso de competidores no mercado de chocolates. Essa é, de fato, uma questão relevante e que merece a preocupação do direito antitruste. É notório que qualquer empresário, ao pretender ingressar em um novo mercado, avaliando os riscos da atividade, procura também verificar qual o montante do seu investimento que é passível de ser recuperado no caso de abandono daquela nova atividade ou de modificação do ramo da empresa. A partir dessa análise chega-se, então, aos custos irrecuperáveis daquela iniciativa.

O Conselheiro-Relator indicou como possíveis custos irrecuperáveis da operação os seguintes: (i) pesquisa para o desenvolvimento de novos

¹⁵⁴ O que fora feito com base em grande quantidade de estudos e verificações empíricas.

processos e novos produtos, quando a empresa não detém os segredos industriais de produtos de sucesso; e (ii) gastos com publicidade, no caso da meta de vendas não ser alcançada. O risco referente aos custos irrecuperáveis é, sem dúvida, inerente a qualquer atividade empresarial. Portanto, não está o mercado de chocolates livre dele. Nesse mercado, como nos demais, quanto maiores forem os investimentos na criação de novos produtos e em publicidade, maiores serão as chances de sucesso da nova empresa. Porém, há nesse ramo específico um fator que deve ser levado em consideração e que representa um forte incentivo ao ingresso de novos competidores; trata-se dos baixos índices de consumo *per capita* de chocolates pelos brasileiros, em comparação aos índices de outros países¹⁵⁵. Isso demonstra a grande possibilidade de expansão desse mercado¹⁵⁶, que pode ser conquistado por qualquer empresa, o sendo, provavelmente, por aquela que se mostrar mais eficiente.

Assim, consideramos que apesar dos *sunk costs* poderem representar verdadeiros desincentivos à entrada de novos competidores no mercado de chocolates (aqui compreendidos tanto o mercado de coberturas quanto das demais formas), esse desincentivo pode ser neutralizado pelo significativo estímulo representado pela perspectiva de expansão do setor¹⁵⁷.

São mencionadas ainda, ao longo do voto condutor da decisão, mais duas possíveis barreiras à entrada. São elas: a necessidade de montagem de

¹⁵⁵ O consumo *per capita* no Brasil é de aproximadamente 2 quilos anuais, enquanto que na Suíça, país com maior consumo de chocolate no mundo, a média é de 10 quilos por habitante por ano. Disponível em: < <http://www.ufmg.br/boletim/bol1569/oitava.shtml>>. Acesso em: 29/09/2008.

¹⁵⁶ Conforme nota publicada na Revista Veja, “O Brasil, que está na mira das grandes empresas mundiais de balas, doces e chocolates, tem taxas de crescimento nesse mercado de 12% ao ano - número bom diante do ritmo mundial de 6%. Só de chocolates, os brasileiros compram o triplo do que compravam na década de 80. É o 4º colocado no ranking mundial de consumo per capita, abaixo de Inglaterra, Alemanha e EUA. O aumento da renda da população tem reflexos imediatos no aumento do consumo.”. Disponível em: <<http://www.thetoptips.com.br/Noticia/4,1919-0.html>>. Acesso em: 13.09.2008.

¹⁵⁷ A esse respeito, PAULA FORGIONI afirma que “René Joliet assinala que o grau de crescimento do setor pode consistir num fator de relativização da parcela de mercado detida pelo agente econômico: em mercados em expansão, a empresa dominante deve ter a capacidade de continuar seu crescimento, sob pena de ceder a seus competidores parcela de mercado. A expansão do mercado é, portanto, um fator de enfraquecimento do poder econômico do agente e não pode deixar de ser considerado”. *In: Os fundamentos do Antitruste*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 344.

uma rede capilar de distribuição e, a detenção de um amplo portfólio de produtos. No entanto, como concluiu o próprio relator, a primeira delas não é uma barreira impeditiva para a entrada de grandes grupos econômicos. A nosso ver, nesse mercado, a detenção de um amplo portfólio de produtos também não é elemento essencial para o ingresso de nova concorrente, embora possa, evidentemente, fornecer certa vantagem àquelas sociedades que o detenham. Prova desta desnecessidade é a empresa americana Mars, que opera no Brasil no mercado de chocolates com apenas dois produtos principais: os confeitos M&M's e o chocolate Twix.

Nesse ponto cabe ressaltar que a lei de defesa da concorrência não serve à proteção direta e irrestrita das pequenas e médias empresas, portanto, não deve simplesmente procurar impor sanções aos grandes agentes econômicos. Isso porque, na maioria das vezes, essa posição no mercado fora por eles alcançada em decorrência tão-somente de sua eficiência econômica¹⁵⁸. Ademais, um sancionamento injustificado, imposto apenas em razão da posição do grande agente econômico no mercado, representaria uma afronta à livre iniciativa e à livre concorrência, princípios constitucionalmente protegidos.

6.4 RIVALIDADES ENTRE AS ATUAIS CONCORRENTES

Entende-se pela existência de rivalidade no mercado se, diante da tentativa de exercício de poder por parte de um determinado agente, as concorrentes tendem a adotar condutas agressivas para, em oposição, aumentar sua participação no mercado. Trata-se, portanto, de um verdadeiro antídoto contra o exercício de poder de mercado.

A análise da capacidade ociosa das supostas rivais é indispensável para que se possa chegar a uma conclusão correta, uma vez que se as competidoras não tiverem condições de suprir a demanda diante do aumento de preços da empresa fundida, é muito provável que o consumidor se veja

¹⁵⁸ O que normalmente vem acompanhado de benefícios ao consumidor.

obrigado a adquirir, mesmo com preços extremamente elevados, os produtos da Nestlé-Garoto. Nesse aspecto, porém, uma conclusão mais específica por parte deste trabalho resta prejudicada, já que os dados referentes à capacidade ociosa das principais concorrentes (Arcor, no mercado de coberturas de chocolate e, no mercado de chocolates sob todas as formas, Lacta) não foram divulgados pelas versões públicas das peças do processo.

De todo modo, a par da questão da capacidade ociosa, concluindo-se pela elevada substituíbilidade entre os diferentes tipos de chocolate das diversas marcas, poder-se-ia considerar que estaríamos diante de um duopólio homogêneo, em que as empresas (Nestlé-Garoto e Arcor, e Nestlé-Garoto e Kraft) concorreriam através dos preços, estabelecendo-se estes em níveis próximos aos de concorrência perfeita¹⁵⁹.

Caso não se admita tal hipótese, porém, a análise da capacidade ociosa seria de fundamental importância para se verificar a ocorrência de possível prejuízo ao consumidor após a concretização da operação, uma vez que o mercado de chocolates muito possivelmente alcançaria um novo equilíbrio a preços mais altos dos que os ora praticados, em decorrência do exercício de poder de mercado por parte da Nestlé-Garoto.

6.5 JUSTIFICATIVAS PARA AS RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA - EFICIÊNCIAS

A eficiência, princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica, é trazida pelo art. 54, §1º, inciso I, “a” e “c” da Lei de Defesa da Concorrência como um fundamento para a aprovação das concentrações de

¹⁵⁹ Apesar de os modelos de simulação não serem 100% confiáveis, essa situação descrita (de produtos homogêneos e empresas competindo apenas nos preços) refere-se ao conhecido Modelo de Bertrand, o qual apresenta as seguintes características: a) existem pelo menos duas empresas produzindo produtos homogêneos; b) as empresas não cooperam entre si; c) as empresas competem em preço; d) existe um comportamento estratégico entre as empresas; e) consumidores compram tudo da empresa mais barata ou metade de cada uma, se o preço for igual entre determinadas empresas; entre outras. COSTODIO, Sérgio Fernando Mayerle Junelene. **Modelo de Equilíbrio em Oligopólios**. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/~mayerle/private/eps6430/Junelene05.ppt>>. Acesso em: 13/09/2008.

empresas. Como observa CALIXTO SALOMÃO FILHO, não se trata de uma excludente absoluta de ilicitude, como é o caso da eficiência tratada no art. 20, §1º daquela Lei, mas exige a presença concomitante de outros requisitos para que se legitime a aprovação, com base nas eficiências decorrentes do ato¹⁶⁰.

A análise comparativa dos dois dispositivos acima citados, que abordam a questão da eficiência econômica, demonstra uma preferência do legislador pelo crescimento interno, que decorre apenas de um processo natural que não se baseia na eliminação de concorrentes, em detrimento do crescimento através de aquisições, o que é plenamente justificável.

Limitando-se à questão da eficiência exigida pelo art. 54, §1º, I, “a” e “c”, nota-se que esse mesmo dispositivo, em seus incisos II, III e IV, prevê outras condições a serem conjuntamente observadas, para que, só assim, possa ser aprovada uma operação que, a princípio, traga prejuízos à livre concorrência.

A distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da operação é uma dessas condições indispensáveis, já que de nada adianta que os benefícios advindos da operação sejam usufruídos apenas pelos agentes econômicos enquanto aos consumidores reste apenas a eliminação de um dos concorrentes, o que possivelmente ocasionaria uma elevação dos preços. A doutrina afirma existirem apenas duas situações em que é possível ter confiança na repartição dos ganhos de eficiências com os consumidores. São elas: (i) na ausência de barreiras à entrada, situação em que o agente econômico estaria impedido de elevar os preços e, portanto, mais incentivado a repartir parte de seus ganhos com os consumidores, a partir do que poderia ganhar novas fatias do mercado; e (ii) na situação em que os ganhos de eficiência produtiva seriam tão extraordinários que o preço de equilíbrio passaria a ser inferior ao cobrado anteriormente¹⁶¹. CALIXTO SALOMÃO FILHO chega a afirmar até que “é a repartição dos ganhos de eficiência com o

¹⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 198.

¹⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 205-206.

consumidor o único indicador que permite comprovar a efetiva existência desses ganhos”¹⁶².

Os outros requisitos mencionados pela lei antitruste dizem respeito à não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante e à observação dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Conforme mencionado anteriormente, a prática anticoncorrencial se mostra bastante rígida no que se refere à aceitação de eficiências econômicas como justificativas para as restrições concorrenciais. No ato de concentração sob análise, o CADE desconsiderou várias das eficiências indicadas pelas requerentes por entender que: poderiam ser obtidas pela própria Garoto ou pela aquisição da mesma por outra empresa; produziriam efeitos fora do mercado relevante; teriam caráter meramente especulativo ou, ainda, que representariam simplesmente uma transferência de receitas. Nesse aspecto, em particular, parece-nos adequado o posicionamento do CADE.

Tanto a Resolução nº 15/98 do CADE quanto o Guia SEAE para Análise dos Atos de Concentração são claros ao definir o que pode ser considerado como eficiência econômica gerada pela operação¹⁶³. Assim, a nosso ver, não merece acolhida o argumento do Conselheiro João Grandino Rodas, que apresentou voto divergente no julgamento da operação, no sentido de que não deveriam ter sido desconsideradas determinadas eficiências que também poderiam ser obtidas com a aquisição da Garoto por outra empresa. Justifica-se a não aceitação desse argumento em razão de que o já mencionado Guia SEAE para Análise dos Atos de Concentração esclarece que se as eficiências puderem ser alcançadas por meio de alternativa factível que envolva menores riscos para a concorrência, não devem ser consideradas

¹⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 207.

¹⁶³ “São consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma [...] Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência”. BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta nº 50, de 1º de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf>. Acesso em: 04/09/2008.

como específicas da operação. Ora, a aquisição da Garoto por outra firma, de preferência com menor participação ou ingressando nesse mercado é, sem dúvida, uma alternativa factível com menores riscos para a concorrência, como inclusive já fora observado pela SDE em seu Parecer¹⁶⁴.

Assim, de fato não parece ter sido comprovado pela Nestlé-Garoto que da fusão decorreriam eficiências econômicas aptas a compensar os efeitos da limitação concorrencial¹⁶⁵.

6.6 POSSÍVEL ILEGALIDADE DA DECISÃO DO CADE

Em seu voto divergente, o Conselheiro-Presidente João Grandino Rodas apontou a existência de possível ilegalidade no voto do Relator que pretendeu impor as medidas desconstitutivas a serem tomadas pelas requerentes, explicitando-as. Considerou o Presidente que da forma como se deu a desaprovação, consistiria em intervenção desmedida no domínio econômico, já que se tratou de uma imposição de planejamento a um agente da iniciativa privada.

De fato, considerando-se que muitas vezes a restituição ao estado anterior das coisas, após a desaprovação de uma operação, é muito difícil ou até mesmo impossível, sobretudo na hipótese em questão em que o ato de aquisição se deu há mais de 06 anos, mostra-se mais adequado aos objetivos estabelecidos na Lei nº 8.884/94 que a intervenção estatal no negócio entre privados seja o menos profunda possível, embora apta a eliminar o risco ao sistema concorrencial.

Nesse aspecto menciona CALIXTO SALOMÃO FILHO que, tendo o ato de controle do CADE natureza declaratória negativa, e não desconstitutiva, não cabe ao Conselho “determinar a forma societária pela qual a desconstituição

¹⁶⁴ SDE. Parecer. p. 98-99. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>.

¹⁶⁵ A constatação da insuficiência das eficiências alegadas, ora feita, independe da conclusão sobre a existência ou inexistência de abuso de poder de mercado por parte da empresa fundida, mas trata-se apenas de apreciação das conclusões do CADE.

será processada”, mas deve “apenas decidir pela desaprovação total ou parcial”¹⁶⁶, ficando sob a responsabilidade das partes a formulação de uma proposta de desconstituição, que poderá ser aceita ou não pelo CADE¹⁶⁷.

Não foi nesse sentido, porém o voto do Relator deste Ato de Concentração que envolve a compra da Garoto pela Nestlé, que pretendeu especificar quais ativos da Garoto deveriam necessariamente ser alienados, engessando a capacidade de planejamento econômico-administrativo dos agentes envolvidos, o que, de certa forma, representa uma violação aos princípios estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal.

Assim determinou o Conselheiro-Relator

[...]B) a Nestlé deverá alienar todos os elementos de propriedade intelectual, vale dizer, registros, pedidos fórmulas e direitos inerentes às marcas de chocolates antes pertencentes à Garoto;
C) a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada à época da aquisição, mas deverá, necessariamente, envolver os ativos relacionados no item B. Caso o comprador opte por esta alternativa, a Nestlé deverá alienar tais instrumentos (equipamentos e maquinarias) a outro interessado; [...] ¹⁶⁸.

Parece-nos que realmente houve uma extrapolação na forma em que foi exercido o poder de controle do ato de concentração conferido ao CADE, na medida em que sua interferência na esfera privada, que deveria se dar nos exatos limites necessários à garantia de manutenção da livre concorrência, acabou por representar uma violação à liberdade econômica, uma das faces da livre iniciativa, garantida constitucionalmente.

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 336.

¹⁶⁷ Segundo o autor, o próprio CADE tem interpretado a lei de defesa da concorrência no sentido de que sua intervenção deve ser mínima, deixando-se o planejamento da desconstituição totalmente a critério das partes, mediante aprovação posterior. Para comprovar, Calixto Salomão Filho faz referência a uma decisão, datada de 30.12.1994, em que decidiu-se pela aprovação parcial de uma concentração, determinando às partes que apresentassem proposta de desconstituição da parte não aprovada (Ato de Concentração nº 12/94 – Conselheiro José Matias Pereira). In: **Direito Concorrencial**, As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 336.

¹⁶⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Julgamento do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Voto do Relator “versão pública”. p. 74. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

Como ensina EROS GRAU, a liberdade econômica representa uma garantia de legalidade, ou seja, de não ingerência do Estado na economia, no sentido de que os agentes econômicos não estão sujeitos a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei¹⁶⁹.

Assim, no que se refere à operação em apreciação, a nosso ver, o que deve ser exigido pelo CADE em relação aos agentes econômicos envolvidos, diante da não aprovação do ato de concentração, é, tão-somente, sua desconstituição, devendo os meios a ser adotados para atingir este objetivo serem definidos pelas próprias empresas, ainda que posteriormente sejam sujeitos a aprovação da autoridade antitruste.

Parece, portanto, ter razão o Conselheiro João Grandino Rodas ao divergir da posição da maioria dos votantes, e ao apontar para a ilegalidade da decisão, na forma como fora tomada.

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Interpretação e Crítica. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 183-185.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordadas as questões relativas à estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e demonstrado seu funcionamento prático através do *leading case* representado pela operação de aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., caminhamos para o termo do estudo, que se propôs a, criticamente, analisar a solução administrativa dada ao caso.

Como visto, a decisão do CADE se deu no sentido de desaprovar totalmente a fusão entre essas duas grandes empresas atuantes no mercado brasileiro de chocolates. Insatisfeitas, porém, ingressaram com demanda judicial, a qual se encontra até este momento pendente de julgamento definitivo.

O principal argumento utilizado para o pleito de anulação da decisão proferida pelo CADE diz respeito ao descumprimento do prazo estabelecido no art. 54, §4º da Lei Antitruste. Segundo a Nestlé-Garoto, essa demora injustificada para apreciação por parte da autarquia seria suficiente para, por si só, justificar a aprovação automática do ato de concentração.

A nosso ver, porém, a despeito desse suposto vício formal, outras razões há para uma possível reforma da decisão administrativa, ainda que não se admita a hipótese de aprovação automática.

De fato, como demonstrado anteriormente, pareceram-nos corretas as conclusões do CADE a respeito da definição dos mercados relevantes envolvidos na operação, em todas as suas dimensões.

Ocorre que, apesar de ter considerado que nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados a aquisição não geraria maiores preocupações do ponto de vista concorrencial, o Conselho não admitiu a hipótese de aprovação parcial, com o que não se pode concordar. O fato de a Garoto possuir apenas uma planta industrial, a nosso ver, não inviabiliza por completo tal possibilidade, uma vez que a produção daqueles produtos em específico poderia ser realocada para as plantas industriais da Nestlé, o que depende tão-somente de planejamento industrial. Ademais, em última análise, a verificação da viabilidade prática dessa fusão parcial caberia às empresas envolvidas, que certamente já sopesaram os custos e os benefícios de tal ato.

A par dessa questão, também algumas conclusões referentes aos mercados relevantes com maior participação percentual da empresa fundida – coberturas e chocolates sob todas as formas – merecem ser reconsideradas.

No que se refere às barreiras à entrada, entendemos que não devem ser considerados como tal: os ganhos decorrentes de economias de escala, o elevado volume de investimento inicial requerido, os segredos industriais, a necessidade de montagem de uma rede capilar de distribuição de mercadorias e a exigência de detenção de um amplo portfólio de produtos.

Especificamente quanto à alegação de que a fidelidade dos consumidores à marca seria uma forte barreira à entrada de novos concorrentes, admitimos como hipótese verdadeira, porém, que não se aplica ao mercado de chocolates em questão, diante da constatada substituibilidade existente entre diversos produtos e marcas desse setor. Também o custo de investimentos irrecuperáveis, apesar de se tratar de elemento que efetivamente possa desestimular o ingresso de novos concorrentes, ao que parece poderia ser neutralizado pela evidente expectativa de lucros decorrente da provável expansão desse mercado.

Consideramos, portanto, inadequada a conclusão do CADE que reconheceu a existência de várias barreiras à entrada no mercado em que a empresa resultante exerceria posição dominante.

Por outro lado, a análise que diz respeito à aferição do grau de rivalidade oferecida pelas concorrentes já atuantes nesse setor, restou prejudicada diante da impossibilidade de abordagem das questões relativas ao *quantum* de capacidade ociosa detida por essas competidoras. Não obstante, parece possível admitir que, considerando a tentativa de abuso de poder econômico por parte da empresa fusionada, com elevação de seus preços, maior incentivo teriam as concorrentes em mantê-los aos níveis ora praticados, estimuladas pela maior demanda por seus produtos; o que, a longo prazo, permitiria, ao menos em hipótese, a conquista de parcela maior do mercado.

No entanto, no que toca às eficiências econômicas geradas pela operação, demonstra-se correto o posicionamento do CADE que se mostrou cauteloso ao aceitá-las, eis que em nosso sistema antitruste podem ser consideradas como compensatórias à concentração do mercado.

Por fim, restou patente a ilegalidade da decisão proferida pela autarquia concorrencial que, ao desaprovar a operação e impor os meios de desconstituição, extrapolou seus poderes de controle, chegando até mesmo a contrariar princípios constitucionais.

De tudo isso se percebe que a solução jurídica dada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao caso concreto sob exame não foi a mais adequada, de modo que, a nosso ver, acertaram as requerentes Garoto e Nestlé ao questioná-la na via judicial.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. O Irrestrito Devido Processo Legal: Reflexões a Partir do Caso Nestlé-Garoto. *In: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 15, jun./jul. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n° 15, de 19 de agosto de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 de agosto de 1998. Disponível em: <www.cade.gov.br>.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta n° 50, de 1° de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf>.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício**. 1.ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Ana Carolina Lopes de. O Controle Judicial das Decisões do Cade. *In: GICO JR., Ivo Teixeira e BORGES, Antônio de Moura [Coord.]. Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 31-73.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Controle Jurisdicional do CADE. *In: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 16, p. 11-23, ago./set. 2007.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração n° 08012.001697/2002-89. **Voto do Relator**, “versão pública”. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>.

COSTODIO, Sérgio Fernando Mayerle Junelene. **Modelo de Equilíbrio em Oligopólios**. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/~mayerle/private/eps6430/Junelene05.ppt>>.

CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. *In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Mercado relevante pelo produto e o problema da substituíbilidade.** Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/96>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência.** Comentários à Lei Antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** Interpretação e Crítica. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. **Freakonomics: O lado oculto e inesperado de tudo o que nos afeta.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MARANHÃO, Jarbas. O Estadista Agamêmnon Magalhães – Lei Antitruste e a Conferência do Clube Militar. *In: Revista de Informação Legislativa.* Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

MONTEIRO, Carmem Diva. **Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos.** Dez. 2002. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf>. Acesso em: 04/07/2008.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAMPLONA, Juliana Faria. **A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946.** v. 4. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

ROCHA, João Carlos de Carvalho [Coord.]. **Lei Antitruste** – 10 anos de combate ao abuso de poder. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. As Condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Direito Concorrencial**. As Estruturas. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Regulação da Atividade Econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. **Parecer**. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000024389.pdf>.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. **Parecer**. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Disponível em:< http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000005456.pdf>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA JR., Walter Nunes da. Revisão Judicial das Decisões do CADE. *In: Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, n. 1, p. 109-121, out./dez. 2006.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Renovar, 1998.