

O caso Nestlé-Garoto e a evolução da defesa da concorrência no Brasil

1 Introdução

Recentemente, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, apreciou a rumorosa operação de aquisição da empresa de chocolates Garoto pela multinacional Nestlé.

Como se sabe, o Conselho, após análise dos pareceres de sua procuradoria e dos dados e parecer apresentados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, decidiu, por maioria, determinar a desconstituição da operação, por considerar que poderia causar danos à concorrência.

Tal decisão, que causou extrema polêmica, trouxe novamente a política de concorrência ao centro de atenções na mídia, suscitando críticas e elogios dos mais diversos à decisão do CADE. De um lado, sustenta-se que essa decisão veicula uma indevida intervenção do Estado na esfera econômica, trazendo restrições à livre atuação do capital. Em contrapartida, argumentam outros que a referida decisão representa um grande marco de aprimoramento da defesa da concorrência no ordenamento pátrio.

Apesar das medidas determinadas pelo CADE guardarem correspondência com as descritas nas legislações de todos os países do mundo que dispõem de instrumentos para controlar a concentração econômica, a decisão causou reações inflamadas, o que, de certa forma, era de se prever, diante da natural contraposição entre o interesse público - defendido pela legislação de

defesa da concorrência - e o interesse privado - geralmente representado, nestes casos, por grandes grupos empresariais.

Em vista da relevância do assunto, entendemos ser conveniente tecer alguns comentários acerca do caso, delimitando os fatos e os pontos norteadores do julgamento, de forma a permitir uma análise clara da decisão do CADE e sua importância para o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Decisão do CADE no caso Nestlé-Garoto trouxe novamente a política de concorrência ao centro de atenções na mídia, suscitando críticas e elogios

2 Dos contornos do caso

Em fevereiro de 2002, os acionistas da empresa Chocolates Garoto S/A decidiram alienar suas participações acionárias na empresa à multinacional Nestlé, representada no Brasil pela sua subsidiária Nestlé Brasil Ltda. A operação se formalizou com a celebração de contrato de subscrição de ações, datado de 22 de fevereiro de 2002, sendo certo que, após o fechamento do negócio, que ocorreu em 28 de fevereiro de 2002, a Nestlé Brasil Ltda. passou a



Dr. Fabiano Jantalia Barbosa

Advogado da Caixa em Brasília

Pós-Graduando em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

deter a totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A.

Diante do volume dos ativos financeiros envolvidos, bem como em razão do rearranjo de participação da nova organização no mercado de chocolates, as empresas envolvidas notificaram o CADE em 15 de março do mesmo ano, acerca da operação realizada, em razão do disposto no art. 54, §3º, da Lei 8.884/94, dando origem ao processo de ato de concentração n.º 08012.001697/2002-89.

O alvoroço em torno da negociação foi tamanho que, dois dias antes da notificação formal da operação junto ao CADE, a SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda já havia apresentado ao Conselho um requerimento, sugerindo "a adoção de medida cautelar necessária para prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação, preservando assim a capacidade deste Conselho apreciá-lo de forma eficaz", recomendando que o CADE determinasse 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 onerosa para a coletividade"¹.

Ainda em março de 2002, as empresas Cadbury Stani do Brasil e Kraft Foods do Brasil, atuantes no ramo de chocolates e, portanto, diretamente interessadas no deslinde ao feito, apresentaram requerimentos em igual sentido ao já formulado pela SEAE, que contou com o parecer favorável da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE.

O alvoroço em torno da negociação foi tamanho que, dois dias antes da notificação, a SEAE já havia apresentado um requerimento sugerindo a adoção de medida cautelar

No mesmo período, o Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santos e a Prefeitura de Vila Velha (ES) - local em que está sediada a Garoto - apresentaram manifestações defendendo a rejeição da operação.

No final de março de 2002, o CADE e as empresas envolvidas assinaram um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), junto aos autos do processo administrativo, com vigência até o final do julgamento do ato de concentração pelo CADE, com o objetivo de "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 decisão final sobre o Ato de Concentração".

Em síntese, a celebração do APRO visava atingindo os efeitos que

seriam produzidos pelas medidas cautelares requeridas, estando baseada primordialmente na obrigação, por parte das empresas envolvidas, de se abster de efetuar quaisquer alterações significativas nas suas instalações físicas, na estrutura logística ou administrativa e práticas de distribuição e comercialização da Garoto, envolvendo também a abstenção de atos de transferência ou renúncia a direitos e obrigações relativos aos seus ativos.

Posteriormente à celebração da APRO, as empresas Kraft do Brasil, Cadbury Stani e, ainda, a Parmalat do Brasil, apresentaram impugnação ao ato de concentração, tendo a primeira, em síntese, sustentado que a Nestlé teria pago preço de monopólio, de forma a afastar a participação de outras empresas no mercado; que os dados sobre mercado apresentado pela Nestlé e pela Garoto na notificação da operação teriam sido subestimados, destacando que, na verdade, com a aprovação da concentração, a nova empresa deteria cerca de 53% do mercado em termos de volume e 48% em termos de valor, o que, associado a outros fatores, acarretaria grave comprometimento da concorrência no mercado.

Após a colher os pareceres da SDE, da SEAE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal, bem como diversas outras manifestações das empresas envolvidas e interessadas, o assunto foi finalmente levado a julgamento pelo Plenário do Conselho no início de 2004.

Em seu extenso voto, o conselheiro relator, Thompson Almeida Andrade, tratou inicialmente de definir, para efeito de análise do ato de concentração, quais seriam efetivamente os chamados mercados relevantes, isto é, quais seriam os mercados direta ou indiretamente afetados por uma possível decisão do caso.

Assim, após detida análise sobre os nichos de atuação tanto da Nestlé quanto da Garoto, o relator entendeu que balas e confeitos sem chocolates, coberturas de chocolates, achocolatados (aí incluídos o chocolate em pó e o cacau em pó) e

os chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais, deveriam ser definidos como os relevantes para análise dos efeitos concorrenciais da operação. Ficou igualmente definido, quanto à dimensão geográfica, que todos os mercados relevantes definidos se restringiam às fronteiras do território nacional.

Após analisar dados econômico-financeiros pertinentes à estrutura de oferta, barreiras à entrada de novo concorrentes e análise de rivalidade nos mercados relevantes definidos, bem como após estudar os níveis de eficiência econômica gerados à Nestlé em decorrência da aquisição da Garoto, o conselheiro relator concluiu que os mercados afetados apresentam com elevadas barreiras à entrada, especialmente, relativas aos elevados investimentos em propaganda e marketing para garantir atratividade e fidelidade dos consumidores às marcas e aos atributos específicos dos produtos (gosto, textura, consistência, etc) e à necessidade se deter um amplo portfólio de produtos para garantir presença nos pontos de venda. Constatou, também, que a rivalidade remanescente após o ato seria insuficiente para impedir aumentos de preço, sendo o nível das eficiências incapaz de compensar o risco concorrencial. Em síntese, a Nestlé, com a aquisição, exerceria forte poder de mercado, em prejuízo da hígidez da concorrência.

O CADE decidiu que a operação deveria ser desconstituída e determinou à Nestlé que alienasse os ativos da Garoto a um terceiro interessado, com participação de mercado inferior a 20%

À vista de tais conclusões sob a ótica financeira, o Conselheiro entendeu que

¹ Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, anexo SEAE, fls. 01/05.

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 atendidas pelo menos duas das condições previstas no § 1º e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final ².

Embora não seja ainda definitiva, diante da possibilidade de discussão judicial, a decisão já se afigura como de importância singular para o sistema de defesa da concorrência do Brasil

Ato contínuo, o voto propôs que o CADE, além de decidir pela não aprovação do Ato, deveria determinar as providências cabíveis no sentido de que seja desconstituído, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro Ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros, conforme determina o § 9º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94, a fim de eliminar os efeitos nocivos advindos da operação.

Nesse sentido, o Plenário do CADE, acolhendo quase que à unanimidade do voto do relator, decidiu que a operação deveria ser desconstituída, e, com base no art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94, determinou à Nestlé que alienasse os ativos da Garoto ou ativos equivalentes

àqueles adquiridos quando da realização do ato - de modo a envolver um negócio inteiro, independente e sustentável - a um terceiro interessado, aprovado pelo Plenário, que não possua participação de mercado superior a 20% no mercado relevante e que apresente-se como competidor capaz de sustentar a marca.

O CADE determinou ainda que a multinacional suíça alienasse todos os elementos de propriedade intelectual, vale dizer, registros, pedidos fórmulas e direitos inerentes às marcas de chocolates antes pertencentes à Garoto, estabelecendo que o futuro adquirente dos ativos da Garoto ficará sub-rogado em todos os direitos definidos no "contrato de subscrição" anteriormente assinado entre Nestlé e Garoto, no que for aplicável, bem como em seus anexos e instrumentos complementares, desde que compatíveis com as obrigações, faculdades e limites estabelecidos na decisão proferida nos autos do ato de concentração.

O único conselheiro a votar em sentido diferente foi o então presidente do CADE, João Grandino Rodas, que, apesar de concordar com boa parte do voto do relator, divergiu quanto à melhor forma de posicionamento do CADE quanto à operação, por entender que

A medida extrema, de desconstituição de ativos, proposta pelo voto do relator, feriu a proporcionalidade que deve reger os atos administrativos, de tal modo que, ao impor gravame exagerado às requerentes, feriu sua liberdade de livre iniciativa, impedindo que o ato pudesse ocasionar o desenvolvimento de suas potencialidades, em termos de produção de benefícios sociais e eficiências econômicas, a serem compartilhadas entre produtores e consumidores finais ³.

Em vista do exposto, o conselheiro divergente votou pela aprovação da operação com ressalvas, propondo a desconstituição apenas parcial da operação.

3 Da relevância da decisão para a defesa da concorrência no Brasil

Embora a decisão alhures comentada não seja ainda definitiva, diante da possibilidade de discussão judicial da questão, a decisão tomada pelo CADE já se afigura como de importância singular para o sistema de defesa da concorrência do Brasil, por se traduzir numa das mais vigorosas demonstrações de atuação dos órgãos que a compõem.

Em economias abertas o governo não pode dispensar dois instrumentos cruciais e complementares para o crescimento econômico: a legislação antitruste e a política de regulação econômica

Fato é que, como observa José Tavares de Araújo Júnior, secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, embora a legislação antitruste tenha sido introduzida no Brasil há 40 anos, ela só começou a adquirir relevância depois de 1994, com a edição da lei 8.884, que estabeleceu o SBDC. Inúmeros progressos foram alcançados na última década, conferindo gradualmente maior previsibilidade, transparência e efetividade à nossa política de concorrência. Os marcos principais desse período incluem o guia para a análise dos atos de concentração, a definição de normas de leniência para combater cartéis e os esforços de cooperação internacional em distintos fóruns, como a OMC (Organização Mundial do Comércio), a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e a ICN (International Competition Network) ⁴.

² *Op. cit.*, voto do relator, p. 50.

³ *Op. cit.*, voto do conselheiro João Grandino Rodas, p. 5.

⁴ ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. *A decisão do CADE e seu contexto histórico*.

A histórica decisão destaca-se, assim, pelo pano de fundo em que se deu, sendo mais um sinal de evolução institucional dos órgãos incumbidos de aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, que, como se sabe, além de fortalecer o CADE, transformando-o em autarquia, estabeleceu os principais parâmetros para a tipificação de um delito antitruste, tanto na forma da repressão às condutas anticompetitivas, quanto do chamado controle preventivo das estruturas de mercado, que visa justamente impedir a criação de monopólios pela proibição da concretização de fusões, aquisições ou acordos que possibilitem o exercício de um poder de mercado incontestável que se reflita em aumentos de preços e restrição de produtos.

Consoante a lição de Araújo Junior, a experiência internacional das últimas três décadas mostrou que em economias abertas o governo não pode dispensar dois instrumentos cruciais e complementares para assegurar o crescimento econômico: a legislação antitruste e a política de regulação econômica. Ambos os instrumentos possuem uma peculiaridade conhecida, a de que sua efetividade deriva da qualidade das normas jurídicas, cuja respeitabilidade é construída arduamente ao longo dos anos por meio de condutas coerentes por parte dos órgãos que aplicam a lei.

Há que se ponderar, em complemento, a lição de Cláudio Considera, que destaca que

Uma economia de livre mercado supõe que cada produtor procure maximizar seu lucro, dada uma certa tecnologia, tanto quanto um indivíduo busca maximizar seu bem estar, sujeito a sua limitação orçamentária. Se houver concorrência, este encontro de interesses levará a uma alocação ótima dos recursos produtivos do país, produzindo quantidades e qualidades de produtos de acordo com a capacidade do país, tanto quanto levará ao maior bem estar do seu povo. Concorrência existe desde que nenhum agente econômico seja capaz de impor preços nesse mercado, sendo o preço do produto resultado

do encontro dos desejos dos produtores concorrentes em ofertar quantidades e qualidades de produtos e dos desejos dos consumidores em adquirir estes produtos⁵.

Além de seu acerto sob o ponto de vista técnico, a decisão merece prestígio pelo contexto histórico em que surge, refletindo um amadurecimento dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil

Assim, em caso de ações nocivas à integridade da livre concorrência, como a que seria provocada pela aquisição da Garoto pela Nestlé, é fundamental que os órgãos competentes atuem de forma decisiva. Por isso, especialmente tendo em conta o cenário de instituições recém-criadas no Brasil e na maioria dos demais países e pela carência de mecanismos para enfrentar conflitos de interesses derivados da crescente globalização, decisões como a do caso Nestlé-Garoto, fortalecem de sobremaneira os instrumentos de sustentação do crescimento econômico do país, além de reforçar a credibilidade de nossas políticas públicas no plano internacional.

4 Conclusão

A decisão do CADE no ato de concentração envolvendo as empresas Nestlé e Garoto teve grande repercussão no meio empresarial e político brasileiro, tendo suscitado manifestações nos mais variados sentidos.

Os críticos da decisão - dentre os quais está em parte o ex-presidente do CADE, voto vencido no julgamento do caso - sustentam que houve indevida ou desproporcional atuação daquele Conselho na seara da livre iniciativa. Por sua vez, os defensores da decisão apontam o caso como uma importante expres-

⁵ CONSIDERA, Cláudio Monteiro. *Promoção e Defesa da Concorrência no Brasil*.

são da atuação dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil.

Conforme revela uma atenta análise do relatório e dos votos dos conselheiros, especialmente aquele lançado pelo relator Thompson Andrade, o posicionamento final do CADE sobre a questão baseou-se em uma minuciosa, precisa e acertada análise da situação econômico-financeira dos chamados "mercados relevantes" envolvidos, para ao final concluir que a concorrência naqueles segmentos ficaria seriamente comprometida pela operação de aquisição sub examine, tendo em vista que, com sua aprovação, a Nestlé do Brasil deteria forte poder de mercado, capaz de comprometer a livre concorrência, com prováveis efeitos negativos para o consumidor ao final.

Além de seu acerto sob o ponto de vista técnico, a decisão merece prestígio pelo contexto histórico em que surge, refletindo um amadurecimento dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil, que, à margem das pressões econômicas ou políticas, contribuem para fortalecer a sustentabilidade do crescimento econômico do país, além de reforçar a credibilidade de nossas políticas públicas no plano internacional.

Referências bibliográficas

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. A decisão do CADE e seu contexto histórico. Disponível em < <http://www.fazenda.gov.br/seae/>>. Acesso em 12 de Agosto de 2004.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89. Aquisição da totalidade do capital social de Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda (...). Diário Oficial da União, Brasília, 2004 Fev 20, p. 25.

CONSIDERA, Cláudio Monteiro. Promoção e Defesa da Concorrência no Brasil. Disponível em < <http://www.fazenda.gov.br/seae/>>. Acesso em 12 de Agosto de 2004.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência: panorama no Brasil e no Mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.