

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

MONOGRAFIA DE FINAL DE CURSO

RACIONALIDADES DA DECISÃO DO CADE NO CASO NESTLÉ-GAROTO

Larissa Gomes da Silva Cardoso

Nº de matrícula: 0211718-3

Orientadora: Marina Figueira de Mello

Novembro de 2005

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

MONOGRAFIA DE FINAL DE CURSO

RACIONALIDADES DA DECISÃO DO CADE NO CASO NESTLÉ-GAROTO

Larissa Gomes da Silva Cardoso

Nº de matrícula: 0211718-3

Orientadora: Marina Figueira de Mello

Novembro de 2005

“Declaro que o presente trabalho é de minha autoria e que não recorri para realizá-lo, a nenhuma forma de ajuda externa, exceto quando autorizado pelo professor tutor”.

“As opiniões expressas neste trabalho são de responsabilidade única e exclusiva do autor”.

Agradeço aos meus pais por todo apoio e confiança. À Luisa Shu pela amizade e companheirismo nesses quatro anos de faculdade. Ao meu namorado Marcel Martins por todo carinho e incentivo. À minha orientadora Marina Mello pela atenção e dedicação. E principalmente ao meu irmão, Eduardo Cardoso, por estar tão presente na minha vida.

Índice

1. Introdução	6
2. Defesa da Concorrência no Brasil: Percurso Histórico	9
3. Teoria: Definição do Mercado Relevante e Avaliação do Poder de Mercado	13
3.1. Definição do Mercado Relevante.....	14
3.1.1. Definição do Produto Relevante.....	14
3.1.2. Definição Geográfica do Mercado	17
3.2. Avaliação do Poder de Mercado	18
4. Teoria: Modelos de Competição em Oligopólio.....	19
4.1. A solução de Cournot.....	21
4.2. Modelo de Bertrand.....	25
4.3. Modelo de Stackelberg.....	26
5. Processo de fusão entre Nestlé Brasil e Chocolates Garoto	28
5.1. As empresas e suas justificativas.....	28
5.2. Das primeiras dificuldades ao APRO - Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação	29
5.3. Flexibilização para Garoto Argentina.....	30
5.4. Pareceres sobre o Ato de Concentração - SEAE e SDE.....	30
5.4.1. Definição do Mercado Relevante e do Grau de Concentração da Oferta.....	31
▪ Balas e Confeitos.....	33
▪ Cacau em Pó, Chocolate em Pó e Achocolatado em Pó	33

▪ Cobertura de Chocolate Sólida e Líquida	35
▪ Chocolates.....	37
5.4.2. Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado	41
▪ Condições de Entrada.....	41
▪ Importações	42
▪ Análise de Rivalidade.....	43
▪ Fidelidade à Marca	44
▪ Incentivo para Exercício Coordenado do Poder de Mercado.....	46
▪ Incentivo para Exercício Unilateral do Poder de Mercado.....	47
5.4.3. Análise das Eficiências	47
5.4.4. Recomendações dos Pareceres SEAE e SDE.....	48
5.5. Julgamento do CADE: 1º Veto.....	49
5.6. Tentativa de Anulação do Ministério Público Federal	51
5.7. Pedido de Reapreciação pela Nestlé: 2º Veto	52
5.8. Tentativa de Reavaliação do Processo.....	53
5.9. Último Recurso na Esfera Administrativa.....	54
5.10. Caso levado a Justiça.....	54
6. Deficiências do Processo e Oportunidades de Melhoria	56
7. Conclusão.....	609
8. Bibliografia.....	63

1. Introdução

É consenso que a defesa da concorrência é peça chave para criação de uma economia eficiente. Em economias competitivas, as empresas se deparam com os incentivos adequados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos, gerando então crescimento econômico. Com estes atributos, os cidadãos dispõem de uma maior variedad

icas como o elevado nível de proteção à indústria nacional, forte presença do Estado e altos índices de inflação, que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas, eram incompatíveis com uma política eficaz de defesa da concorrência.

icas como o elevado nível de proteção à indústria nacional, forte presença do Estado e altos índices de inflação, que marcaram a economia brasileira ao longo de décadas, eram incompatíveis com uma política eficaz de defesa da concorrência.

No que diz respeito SBDC, o mesmo é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, e pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, tendo como objetivo principal promover uma economia competitiva por meio da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, baseando-se na lei antitruste.

O funcionamento do Sistema é disciplinado pelo art. 54 desta lei no qual quando um Processo Administrativo é instaurado pela SDE em casos em que há indícios de infração à ordem econômica, é estabelecido um prazo de 30 dias para a manifestação da SEAE e para o encaminhamento do processo a SDE, tendo este último órgão o mesmo prazo para sua manifestação. Posteriormente, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para o julgamento, destacando que estes prazos podem ser suspensos quando da solicitação de informações adicionais pelos órgãos.

Vale destacar que este cumprimento de prazos foi um dos pontos mais discutidos no ato de concentração envolvendo a Nestlé Brasil e a empresa Chocolates Garoto. Dada a importância da atuação da defesa da concorrência na eficiência da economia e a complexidade de se posicionar a respeito da aprovação desta operação de aquisição, analisaremos exatamente este conturbado processo decisório, indicando as características satisfatórias decorrentes do ato de concentração e as desvantagens impostas pelo mesmo. E com isso, obteremos base para o entendimento e análise dos pareceres emitidos pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conseguindo, então, situar a decisão, ou melhor, as decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

Para termos meios de analisar os posicionamentos dos órgãos de Defesa da Concorrência, nos basearemos, como mencionamos, nos pareceres emitidos por estes no decorrer do processo de decisão pelo veto ou aprovação da operação, além das manifestações dos outros participantes do mercado acerca do tema, com sua importância para a análise das conseqüências do ato de concentração tanto para suas empresas quanto para o mercado em geral. Vale ressaltar também a apresentação de uma revisão sobre principais modelos de competição em oligopólio: Cournot, Stackelberg e Bertrand; destacando que este último foi bastante discutido neste caso como veremos adiante. Assim como uma revisão sobre a teoria definição do mercado relevante, explicitamente utilizada nos casos de análise de atos de concentração.

Em suma, objetivamos conseguir englobar em nossa análise as conseqüências tanto positivas quanto negativas decorrentes deste ato de concentração entre dois dos três grandes líderes do mercado brasileiro de chocolates. E com isso, conseguiremos basear e justificar as posições e iniciativas tanto das Secretarias – SEAE e SDE, quanto do CADE, fazendo uso de dados e análises disponíveis e modelos da teoria econômica. Ressaltando também que ao final desta análise, objetivamos apontar algumas deficiências destacadas no decorrer do processo de decisão, assim como algumas oportunidades de melhoria, mencionando um Projeto de Lei existente e já enviado ao Congresso.

Outro ponto que abordaremos se refere ao fato do descumprimento dos prazos pelo Conselho Administrativo de tomar uma decisão a respeito desta operação, lembrando que o fechamento do negócio se deu em 28 de fevereiro de 2002 e o primeiro veto do CADE ocorreu em 04 de fevereiro de 2004, e o último em 27 de abril de 2005, tendo sido o caso ainda levado a Justiça. Como também a permissão concedida para as empresas de efetuarem a operação, no caso a Nestlé Brasil comprar a Chocolates Garoto, mesmo antes da decisão final do Conselho Administrativo ser emitida.

No entanto, devemos lembrar do Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação firmado com o CADE em que as empresas se comprometiam a congelar a operação. E caso o Conselho optasse pelo veto da operação, a separação deveria ocorrer sem grandes problemas. Entretanto, como sabemos, mesmo após algumas reconsiderações solicitadas pelas empresas para a revisão da operação, o Conselho, em seu último parecer, continua optando pelo veto do ato de concentração. O que nos coloca diante de um processo de desagregação das empresas. Pelo menos por enquanto.

2. Defesa da Concorrência no Brasil: Percurso Histórico

Primeiramente, vale ressaltar que a legislação de defesa da concorrência tem por objetivo coibir o abuso do poder econômico, investigando e punindo práticas prejudiciais a concorrência e, através do controle de operações de fusão e aquisição que pudessem ferir a concorrência, acaba por prevenir a concentração de poder de mercado. Destaca-se também que todas as economias de mercado ou pelo menos as melhor organizadas apresentam uma instituição antitruste, lembrando que buscar a superação da concorrência é considerado um comportamento racional de qualquer empresa, sendo que a legislação apenas se atenta para o fato de que estas vitórias contra a concorrência sejam decorrentes de maior eficiência.

O abuso do poder econômico foi sempre associado ao aumento de preços desde as primeiras iniciativas do governo representadas por decretos-lei do Estado Novo, de 1938 e 1942, os quais previam penas de prisão sem direito à liberdade condicional e julgamento pelo Tribunal de Segurança Nacional para acordos que dificultassem a concorrência. Posteriormente, em 1962, com a edição da lei nº 4.137, o CADE acabou por ser criado funcionando como um tribunal administrativo, sendo responsável por investigar e julgar

práticas como a de preços predatórios, acordos entre concorrentes, vendas casadas, dentre outras práticas prejudiciais à concorrência.

Entretanto, vale evidenciarmos a ineficácia da atuação deste órgão neste período, atentando ao fato de que os sucessivos governos, em especial durante o regime militar, por meios de mecanismos de controle de preços que previam reajustes por setores, acabavam por estimular a concentração econômica e os acordos entre concorrentes, o que inviabilizava a lógica da concorrência, demonstrando assim o estreito campo de atuação do CADE neste período. Por conseguinte, em virtude do quadro de baixa eficácia deste órgão, uma medida provisória lançada no governo Collor implicou a criação da SDE, uma secretaria do Ministério da Justiça e a hoje denominada SEAE, do Ministério da Fazenda, que se tornou responsável por elaborar um parecer econômico sobre os casos analisados pela primeira, ajudando na análise dos efeitos de condutas restritivas sobre a concorrência.

Contudo, o contínuo fracasso da atuação da defesa da concorrência neste período acabou por levar o presidente Itamar Franco, juntamente com seu ministro Fernando Henrique Cardoso, inconformados com os sucessivos reajustes nos preços dos medicamentos, a determinar o aperfeiçoamento da legislação antitruste. Assim, em 11 de junho de 1994, a nova lei de defesa da concorrência, nº 8.884, estabeleceu importantes medidas para garantir o bom funcionamento do mercado, aprimorando a legislação repressiva contra o abuso de poder econômico, além de fortalecer o intuito de medida preventiva que permitia uma rápida intervenção sem que fosse necessário aguardar a conclusão dos processos para recuperar as condições de normalidade nos mercados.

Com esta nova lei, o CADE foi transformado em autarquia e mandatos foram conferidos aos seus membros. Também vale destacar que esta lei não faz expressamente exceção a qualquer atividade econômica, incluindo como sujeitas a esta mesmo aquelas em regime de monopólio legal. Sendo todos os setores regulados da economia, como os serviços públicos, sujeitos a esta legislação, o que acaba por trazer a necessidade de articulação entre agências reguladoras e o CADE. Também se ressalta que contrapartidas tornaram-se possíveis de serem exigidas com o objetivo de neutralizar o dano à concorrência ou obrigar o compartilhamento dos benefícios com os consumidores.

Outros aspectos desta lei podem ser ressaltados, como: “(i) reforma totalmente o CADE e seu papel, tornando-o a autoridade administrativa finalista em termos de defesa da

concorrência, autônoma, administrativa e financeiramente; (ii) introduz o conceito de posição dominante no mercado, seguindo a doutrina européia; (iii) cria o compromisso de cessação de conduta infrativa à concorrência; (iv) define aumento abusivo de preços, não justificado por aumento de custos, certamente sob pressão do

enquant
o o Conselho é um órgão administrativo e que suas decisões somente podem ser revistas nas cortes judiciárias.

enquanto o Conselho é um órgão administrativo e que suas decisões somente podem ser revistas nas cortes judiciárias.

Um interessante ponto observado sobre o contexto em que essa nova lei foi criada, foi o fato de que “não se tratou de coincidência que o aperfeiçoamento e a colocação em

¹ Mudanças descritas em Lúcia Helena Salgado, *A Economia Política da Ação Antitruste* (São Paulo: Singular, 1997), p. 175-85.

do Plano Real. São ambos exemplos das reformas estruturais que buscaram reorganizar o

Estado e sua interação com a economia. Da mesma forma que, no nível macroeconômico, o plano de estabilização firmou as bases para que finalmente fosse possível operar de forma eficaz as políticas monetária e fiscal, a modernização da legislação da defesa da concorrência foi um marco no plano microeconômico da intervenção do Estado”².

Após esta nova lei, mudanças foram feitas na mesma e na maneira de agir das instituições responsáveis por aplicá-la. Com a Portaria 39, publicada em 1999 pela SEAE, esta passou a adotar o Guia de Análise de Atos de Concentração. E em 2001, através da Portaria 50 da SEAE e SDE, este Guia passou também a ser utilizado pela SDE. Assim, vale destacar que no Guia constam os procedimentos que as secretarias devem seguir quando analisam atos de concentração. Também tivemos em 1999 a Portaria 45, onde a SEAE passa a ter o direito de aplicar multas às empresas pela negação, omissão ou atraso na entrega de documentos, e a Portaria 305, onde o poder de investigação da SEAE é ampliado nos casos de condutas anticompetitivas.

Um ponto recente foi a Lei 10.149/2000 que implementa a delação premiada, ou seja, as autoridades brasileiras oferecem a possibilidade de anistia administrativa, associada com a imunidade criminal a empresas ou pessoas envolvidas em conspirações antitrustes que cooperarem com as investigações. Ressaltando que como a formação de cartel é considerada uma infração administrativa e um crime contra a ordem econômica, esse aspecto de imunidade criminal para conspiradores contra a concorrência que colaborarem tem sua importância. Entretanto, vale destacar que mais de dois casos deixaram de ser efetivados devido a declarações do Ministério Público Federal de que a imunidade criminal não seria competência da SDE, fazendo-se necessárias alterações na lei que chamassem o Ministério Público e o CADE para o processo de negociação do acordo. Assim, algumas incertezas têm dificultado a aplicação do programa no Brasil, lembrando que em outras jurisdições tem-se atribuído uma considerável importância a este instrumento na descoberta e punição de cartéis.

Outra alteração foi o chamado “rito sumário”, um procedimento simplificado, sendo

² Lúcia Helena Salgado, *A Defesa da Concorrência no Brasil: retrospecto e perspectivas*, Reformas no Brasil: Balanço e Agenda, p. 365.

dedicação aos casos mais complexos. Outra novidade foi a solicitação ao CADE por parte

da SEAE das chamadas medidas cautelares, que acaba por dar ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o tempo necessário para a análise do ato de concentração, pois quando esta é solicitada o processo de fusão e aquisição é interrompido até seu julgamento definitivo pelo CADE. Assim, com esta medida, as empresas impedidas de efetivar a operação, têm estímulos para fornecer as autoridades rapidamente todas as documentações solicitadas. Já o CADE, em vez de cautelares, tem proposto um acordo com as empresas onde as mesmas se comprometem a não efetivar a operação enquanto o caso não tiver sido definido.

Em outubro de 2002, um projeto de lei reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e alterando a lei 8.884/94, tornando-a mais adaptada às condições da economia brasileira, acabou de ser preparado por um grupo de trabalho criado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 2000. Entretanto, este projeto de lei só foi enviado ao Congresso Nacional pelo presidente Luis Inácio Lula da Silva, no dia 01 de setembro de 2005. Vale ressaltar que nos aprofundaremos nesta questão no último capítulo deste estudo, onde serão apresentadas as propostas deste projeto, e os benefícios que o caso de fusão Nestlé-Garoto poderiam ter tido caso este projeto já estivesse vigorando.

3. Teoria: Definição do Mercado Relevante e Avaliação do Poder de Mercado ³

Para identificarmos se uma operação de fusão é danosa à concorrência faz-se necessário estudarmos a definição do mercado relevante para que posteriormente haja uma avaliação do poder de mercado da firma resultante. Assim, ao final destas análises, será possível determinar o grau de concentração da oferta nos mercados relevantes, que indicará a existência ou não de dano à concorrência decorrente da operação.

3.1. Definição do Mercado Relevante

A definição do mercado relevante funciona como um passo preliminar para a avaliação do poder de mercado, que pode ser definido como a capacidade da empresa cobrar acima de seus custos, sendo este o foco da análise desejada. Primeiro discutiremos como o mercado relevante será definido e depois avaliamos o poder de mercado. Vale lembrar que na definição do mercado relevante acabamos por englobar duas fases, a definição dos produtos relevantes e a dimensão geográfica dos mercados relevantes, sendo o mercado relevante de um produto considerado o conjunto de produtos (e áreas geográficas) que exercem pressão competitiva sobre o mesmo.

3.1.1. Definição do Produto Relevante

Para abordarmos a definição do produto relevante estudaremos o Teste do Monopolista Hipotético (SSNIP – Small but Significant non-Transitory Increase in Prices), que é correntemente utilizado por autoridades antitrustes. Com este, iremos supor que exista um monopolista hipotético e que este é o único vendedor de bananas. A pergunta do teste é se este monopolista hipotético consideraria lucrativo fazer um aumento de preços de 5-10%. Se a resposta for sim, ou seja, é lucrativo para o monopolista hipotético aumentar seus preços, podemos considerar que o mercado de bananas não apresenta uma competição significativa, não existindo bons substitutos para este produto que faça com que o monopolista hipotético perca demanda com o aumento do preço. Assim, a banana pode ser considerada um mercado separado e o teste do monopolista hipotético já deu sua resposta.

³ Teoria de Definição do Mercado Relevante e Avaliação do Poder de Mercado retirada do Motta, M. (2004) Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press, Cambridge, EUA.

bananas para kiwi, por exemplo, demonstrando que o mercado de bananas não é um

mercado isolado. Portanto, para dar continuidade ao teste deveremos incluir o mercado de kiwis, reformulando a pergunta para se o monopolista hipotético de bananas e kiwis acharia lucrativo fazer um aumento de 5-10% nos preços das frutas. Novamente, se for considerado lucrativo pelo monopolista hipotético, o teste já deu sua resposta e o mercado relevante foi encontrado. Caso contrário, devemos dar continuidade ao teste incluindo outros produtos / frutas, até que o mercado relevante possa ser encontrado.

Uma questão que devemos observar é a existência não só da substitutibilidade pelo lado da demanda, onde os consumidores ao invés de comprarem um bem compram outro parecido como também a substitutibilidade na oferta. Nesta, a ocorrência de um aumento de preços como o que supusemos acima pode acabar por atrair produtores que estavam em outro mercado e não tinham interesse até então, produtores que estavam ofertando outros produtos, mas que a habilidade utilizada na produção de ambos seja próxima, sendo possível voltar sua produção para este novo produto sobre o qual houve aumento de preços em um curto período de tempo.

Entretanto, algumas dificuldades são encontradas na utilização do teste do monopolista hipotético em casos em que não se trata de fusão. Por exemplo, quando uma firma é investigada por abuso da posição dominante. Neste caso, pode ser que a firma já esteja atuando com preços de monopólio já que tem uma posição dominante. Assim, a pergunta do teste do monopolista hipotético tem que ser se seria lucrativo fazer um aumento de preços acima do nível competitivo e não acima dos níveis atuais de preços. Pois se perguntarmos se o monopolista hipotético acharia lucrativo aumentar o nível de preços acima do nível do monopólio, ele responderia que não, o que segundo nossa análise anterior faria com que tivéssemos que aumentar o mercado. O que acabaria por levar a participações de mercado muito pequenas, sendo a firma dominante não considerada dominante.

Este caso é chamado de falácia do celofane devido ao caso Du Pont. Esta empresa acabou por argumentar que seu mercado era muito maior do que parecia ser, pois embora ela fosse monopolista no papel celofane, ela concorria com vários outros tipos de embalagens, e que neste mercado maior ela não tinha posição dominante. Já segundo Massimo Motta, o papel do celofane já estava tão elevado que os consumidores passaram a considerar plausível um substituto mais barato. De qualquer forma, vale considerar que o teste do monopolista hipotético não é muito apropriado quando não se trata de uma fusão.

Com relação ao teste do monopolista hipotético, vale ressaltar algumas ferramentas que podem ser usadas para a implementação do mesmo. Primeiramente destacamos a estimativa da elasticidade-preço da demanda. Podemos considerá-la uma das mais úteis informações para a definição do produto relevante, já que é definida pela porcentagem de mudança na quantidade demandada quando ocorre o aumento no preço do produto. Entretanto, vale destacar que somente saber a elasticidade da demanda de um produto em relação a variações de preços pode não ser uma informação suficiente, já podemos pressupor que outras variáveis podem estar influenciando esta relação. Assim, para uma estimativa correta desta elasticidade-preço da demanda de um bem, faz-se necessário utilizar um modelo econométrico e estimar as elasticidades considerando não apenas todas as variáveis que podem estar influenciando a demanda como também o período de tempo necessário para o ajuste da mesma.

Outra ferramenta seria as elasticidades cruzadas da demanda que poderiam ajudar a identificar quem são os substitutos próximos no caso de resposta negativa ao teste do monopolista hipotético. Assim, o produto com a maior elasticidade cruzada vai se juntar ao original para ser agregado a pergunta do teste do monopolista hipotético que será feito novamente. Temos também os testes de correlação de preços, onde sabemos que quanto maior a correlação, maior a probabilidade de que os dois bens estejam em um mesmo mercado, o que pode nos ajudar muito no teste do monopolista hipotético. Entretanto, é preciso se atentar para o fato de que os preços podem variar de forma correlacionada em função de algum elemento em comum, como a inflação, sem que os produtos se estejam no mesmo mercado. Para resolver esse problema, existem técnicas econométricas como os testes de co-integração que ajudam a livrar os testes desta correlação espúria. Assim, podemos concluir que embora os esses testes não possam garantir que os produtos estão em um mesmo mercado, podem garantir que não estão.

As diferenças nos preços não podem ser consideradas um indicador muito confiável, dado que preços diferentes podem refletir qualidades diferentes, e esta não é uma razão que garanta que se trata de mercados diferentes, tendo então que se tomar cuidado com esta característica. Outra questão diz respeito ao fato de que a definição do mercado relevante pode não estar em um caminho óbvio. Um exemplo é que na maioria das cidades, os restaurantes e os bares podem servir almoços leves durante o dia quando a maioria das

pessoas está à procura de refeições rápidas e leves, e oferecer durante a noite jantares à luz de velas por preços completamente diferentes. Portanto considerar estes dois tipos de refeição em um mesmo mercado não seria correto. Assim, também devemos levar em consideração na hora em que estamos definindo o mercado relevante, os mercados efêmeros, sazonais e múltiplos.

Também devemos ter cuidado com a definição do mercado relevante onde existem produtos primários e secundários, pois o consumidor pode estar considerando os dois bens conjuntamente, o que faria com que eles ficassem englobados em um mesmo mercado. Exemplos da existência destes mercados secundários podem ser carros e peças, liquidificadores e assistência técnica ou barbeadores e lâminas. Entretanto, vale destacar que o fato dos produtos serem considerados parte de um mesmo mercado acaba por depender não só do preço da peça de reposição em relação ao produto original, como também da frequência com que o produto venha a quebrar.

3.1.2. Definição Geográfica do Mercado

Supondo⁴ que uma fusão no mercado de água mineral na Itália esteja sendo estudada, pelo Teste do Monopolista Hipotético teríamos a pergunta de se o monopolista hipotético ofertante de toda água mineral da Itália acharia lucrativo aumentar o preço da água em 5-10%. Caso a resposta seja afirmativa, o mercado geográfico já foi definido e se restringe a Itália. Entretanto, se a resposta for negativa, devido a importações que possam ser feitas da França, por exemplo, devemos repetir o teste considerando o mercado de água mineral da Itália e da França.

Assim, conseguimos demonstrar a importância do conhecimento das possibilidades de importação e exportação para a definição geográfica do mercado relevante. No entanto, devemos ficar atentos para o fato de que a estatística que esteja operando no momento da avaliação pode ser distinta caso os preços comecem a divergir. Ou seja, o fluxo de um

⁴ Exemplo apresentado no Motta, M. (2004) *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, EUA – p. 113.

se distanciar, as empresas podem ter incentivo a importar, o que alteraria o fluxo que estava vigorando. Entretanto, nessa análise, também devemos levar em consideração os custos de

transação dos bens. Caso este custo seja elevado em comparação com o preço do bem, esta hipótese de importação ficaria defasada. Entretanto, existem mercados que os custos de transporte são irrelevantes comparados com os preços, como o mercado de aviões.

3.2. Avaliação do Poder de Mercado

Vale destacar que o poder de mercado é definido como a capacidade da empresa de cobrar acima do custo marginal. Para estimá-lo faz-se necessário resolver questões como qual o método de mensuração que deve ser utilizado, ou seja, como quantificar o poder de mercado, e também em que limite o poder de mercado deve ser considerado como não importante, ou seja, até que limite as autoridades antitrustes devem ou não considerá-lo danoso à concorrência.

A teórica mensuração do poder de mercado é dado pelo índice de Lerner, definido pelo mark-up da firma, a diferença entre o preço e o custo marginal, dividido pelo preço: $L_i = (p_i - C'_i) / p_i$. Assim, podemos constatar que este índice é crescente com o poder de mercado, já que vimos que este último é exatamente a capacidade da firma de cobrar um preço acima do custo marginal. Entretanto, em aplicações diretas desta mensuração teórica alguns problemas podem ser constatados. Primeiro, estimar o custo marginal de uma firma não é uma tarefa fácil. Outra questão é o fato de que custos altos são características de um monopólio. Com estes, a margem pode vir a ser pequena, demonstrando segundo esta teoria um pequeno poder de mercado, o que sabemos que não condiz com a realidade de um monopólio.

Assim, devido a estas limitações, a avaliação do poder de mercado é normalmente analisada a luz das estimativas das fatias de mercado. Dado que uma firma monopolista tem todo o mercado, ela tem o maior poder de mercado possível. Com isso, podemos definir que quanto mais perto desta posição de monopólio, maior poder de mercado a firma terá. Entretanto, vale ressaltar que ter uma grande parcela do mercado não é uma condição suficiente que garanta a dominância. Características como a facilidade de entrada de novos concorrentes e a existência de concentração do lado dos compradores podem acabar por não garantir a possibilidade de exercício do poder de mercado desta firma que possui uma grande fatia, já que no caso desta última, menos compradores e mais organizados acabam por dificultar a extração dos ganhos de monopólio.

Outra questão que deve ser levada em consideração é a capacidade ociosa das firmas, já que a existência desta acaba por sinalizar pretensões de expansão por parte da empresa ou capacidade de defesa. Se a capacidade existente das firmas que fazem parte de um mercado for somente suficiente para satisfazer suas demandas correntes, a elasticidade da oferta, ou seja, a disponibilidade para reagir a aumentos de preços e aumento do número de clientes, é muito pequena. Por outro lado, se elas tiverem uma considerável capacidade ociosa, podemos esperar que o poder de mercado de uma firma que faz parte deste mercado é reduzido. Por isso, a parcela de capacidade de cada empresa comparada com o total da capacidade da indústria é uma informação relevante para a análise de poder de mercado.

Com relação à probabilidade de entrada de novas firmas no mercado, podemos supor que se uma firma tenta aumentar seu preço, os competidores já presentes no mercado caso tivessem uma capacidade ociosa reagiriam aumentando suas produções, o que indicaria que o poder de mercado desta firma que fez a tentativa de aumento do preço seria limitado. Mesmo sem levarmos em consideração os competidores existentes, esse aumento de preços poderia acabar por atrair entrantes potenciais para esse mercado caso a entrada fosse fácil, rápida e não tivesse um custo elevado, o que acabaria por fazer com que a firma que aumentou seu preço não usufrísse de uma margem maior dado que os lucros maiores acabaram por atrair novos competidores a entrarem no mercado.

Outros fatos que influenciariam essa entrada de novos concorrentes seria a existência de custos irrecuperáveis, que funcionaria como um obstáculo para os potenciais entrantes, assim como a existência de economias de rede e a existência e a importância da reputação das firmas já presentes no mercado - considerando o papel da marca no caso dos produtos, o que resultaria em dificuldade de venda para as firmas que entrassem no mercado. Outro ponto interessante de ser abordado na definição do poder de mercado é a estabilidade das fatias de mercado, pois se estas não variam consideravelmente ao longo do tempo, isto pode ser indício de ausência de competição no mesmo.

4. Teoria: Modelos de Competição em Oligopólio

Vale abordar o oligopólio como sendo uma estrutura de mercado caracterizada por um pequeno número de firmas do lado da oferta e que existe uma interdependência entre elas. Ou melhor, uma situação onde há alguns competidores no mercado, mas não tantos a ponto de considerarmos nula a influência de cada um deles sobre o preço. Por simplificação, nos restringiremos ao caso de duopólio, onde só existem duas empresas, que nos livra das complicações de notações dos modelos com grande número de firmas e nos garante a captação dos aspectos importantes das empresas envolvidas em interação estratégica. Outra limitação seria a investigação de casos em que ambas as firmas fabricam produtos idênticos, o que nos permite focalizar apenas as interações estratégicas, evitando problemas de diferenciação de produto.

Assim, caso haja duas empresas no mercado a fabricar uma produção homogênea, podemos considerar a existência de quatro variáveis de interesse: as quantidades produzidas por cada uma delas e os preços cobrados. Se quando uma empresa decide a respeito das suas escolhas sobre preços e quantidades, ela já conhece as escolhas feitas pela outra, as interações estratégicas nesse caso formam um jogo seqüencial. Se uma empresa estabelece seu preço antes, ela é chamada de líder de preços, enquanto a outra de seguidora de preços, da mesma maneira que uma pode escolher sua quantidade antes da outra, sendo esta a líder de quantidade e a outra seguidora de quantidade. Por outro lado, pode ser que quando uma empresa tome decisões, ela não conheça as escolhas da outra, sendo preciso adivinhar a escolha da outra empresa para tomar uma decisão, tendo então um jogo simultâneo.

Com esse esquema de classificação temos quatro possibilidades: decisão simultânea de quantidades - modelo de Cournot, decisão simultânea de preços - modelo de Bertrand, decisão seqüencial de quantidade - modelo de Stackelberg e decisão

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

ção de Cournot, de 1838, se trata de um modelo de decisão simultânea, onde em cada período as firmas decidem a quantidade produzida com base numa expectativa das quantidades produzidas pelas concorrentes. Assim, as firmas acabam por fazer uma hipótese sobre o nível de produção que vai ser escolhido pela outra. Já o preço é determinado no mercado pela interação entre as decisões de produção das firmas e a curva de demanda. Seguiremos com um exemplo numérico⁵ para simplificar a análise.

Primeiramente, trataremos de um caso de **monopólio**. Iremos supor um custo marginal constante igual a \$40 e assumiremos que a curva de demanda é $P = 100 - Q$. Sabendo que receita total é igual a preço vezes quantidade, teremos a curva de receita marginal descrita por: $RM = 100 - 2Q$, onde RM é a receita marginal. Igualando receita marginal ao custo marginal - CM, teremos a quantidade de monopólio. E colocando esta quantidade na curva de demanda, teremos o preço cobrado no monopólio. O lucro nesta operação seria receita total menos custo total, onde a primeira é dada por preço vezes quantidade e o custo total por custo marginal vezes quantidade, como vemos no cálculo abaixo:

$$RM = CM \Rightarrow 100 - 2Q = 40 \Rightarrow Q = 30$$

$$\text{Se } Q = 30 \Rightarrow P = \$70$$

$$RT = P \times Q \Rightarrow RT = \$2100$$

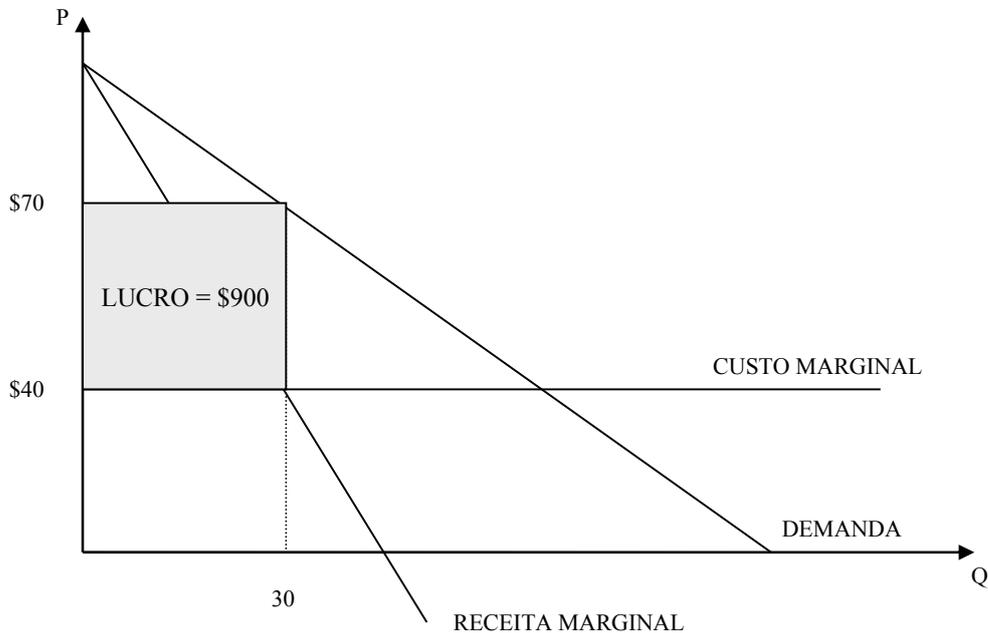
$$CT = CM \times Q \Rightarrow CT = \$1200$$

$$\text{Lucro} = RT - CT \Rightarrow \text{Lucro} = \$900$$

Na figura⁴ abaixo, conseguimos visualizar exatamente a solução de monopólio que descrevemos acima. Na interseção entre a curva de custo marginal e a curva de receita marginal, temos a quantidade ofertada pelo monopolista. Esta quantidade refletida na curva

⁵ Exemplo numérico apresentado no Viscusi, W. K.; J. Vernon e J. Harrington [2000] Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, E.U.A. 3a ed., p.

de demanda nos leva ao preço cobrado pelo monopolista, e demarcado na área abaixo, temos o lucro do monopolista, retângulo em cinza.



Supondo agora um caso de **duopólio**, teremos duas firmas fabricando produtos idênticos com ambas apresentando custo marginal de \$40 e com a curva de demanda determinada por $P = 100 - q_1 - q_2$. Os lucros das firmas seriam $\Pi_1 = (100 - q_1 - q_2) q_1 - 40q_1$ e $\Pi_2 = (100 - q_1 - q_2) q_2 - 40q_2$, destacando que o lucro de uma firma acaba por depender também das escolhas de produção da outra, ou seja, acaba por mostrar claramente a interdependência que caracteriza o oligopólio. O objetivo é identificar qual o nível de produção que uma firma vai optar que resulte na maximização de seu lucro dada a quantidade que seu competidor escolheu produzir, ou melhor, buscar um equilíbrio de Nash.

H₁: na primeira hipótese, iremos supor que a firma 2 escolheu produzir 10.

$$\Pi_1 = (100 - q_1 - q_2) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = (100 - q_1 - 10) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = 50 - q_1^2$$

Para saber qual q_1 que maximiza o lucro, $-2q_1 + 50 = 0 \Rightarrow q_1 = 25$.

Assim, quando $q_2 = 10$, a firma 1 sabendo disso reagiria produzindo $q_1 = 25$.

E o preço seria $P = 100 - q_1 - q_2 \Rightarrow P = \65 .

H₂: na segunda hipótese, iremos supor que a firma 2 escolheu produzir 30.

$$\Pi_1 = (100 - q_1 - q_2) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = (100 - q_1 - 30) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = 30 - q_1^2$$

Para saber qual q_1 que maximiza o lucro, $-2q_1 + 30 = 0 \Rightarrow q_1 = 15$

Assim, quando $q_2 = 30$, a firma 1 sabendo disso reagiria produzindo $q_1 = 15$.

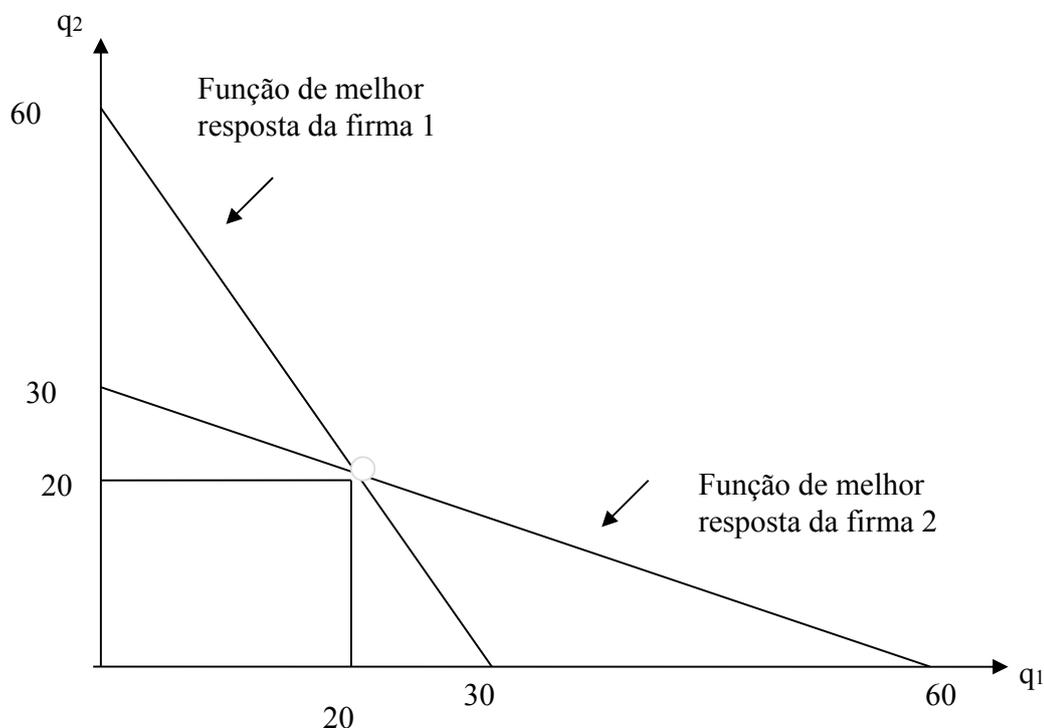
E o preço seria $P = 100 - q_1 - q_2 \Rightarrow P = \55 .

H₃: fazendo isso para todos os valores possíveis, teríamos:

$$\Pi_1 = (100 - q_1 - q_2) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = 60q_1 - q_1^2 - q_1.q_2$$

Para saber qual q_1 que maximiza o lucro, $60 - 2q_1 - q_2 = 0 \Rightarrow q_1 = 30 - 0,5 q_2$: função de melhor resposta da firma 1. Fazendo o mesmo para a firma 2, teremos $q_2 = 30 - 0,5 q_1$: função de melhor resposta da firma 2.

O equilíbrio de Cournot é exatamente o ponto de interseção das duas funções de reação, lembrando que como já mencionamos acima, ele é um equilíbrio de Nash, um par de quantidades tal que esta é a quantidade que maximiza o lucro da firma 1 dado a maximização da firma 2 e vice-versa, ou seja, é definido pelo par de quantidades onde ambas as firmas se encontram simultaneamente em sua função de melhor resposta, como mostra a figura⁶ abaixo, a solução de Cournot:



⁶ Esta figura é uma reprodução de um gráfico retirado do Viscusi, W. K.; J. Vernon e J. Harrington [2000] Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, E.U.A. 3a ed., p. 107.

Assim, temos:

$$q_2 = 30 - 0,5 q_1 \Rightarrow q_2 = 30 - 0,5 (30 - 0,5 q_2) \Rightarrow q_2 = 20$$

$$q_1 = 30 - 0,5 q_2 \Rightarrow q_1 = 30 - 0,5 (30 - 0,5 q_1) \Rightarrow q_1 = 20$$

$$\text{Se } Q = 40 \Rightarrow P = \$60$$

$$RT = P \times Q \Rightarrow RT = \$2400$$

$$CT = CM \times Q \Rightarrow CT = \$1600$$

$$\text{Lucro} = RT - CT \Rightarrow \text{Lucro} = \$800 \Rightarrow \text{Individualmente: Lucro} = \$400$$

Em um mercado **competitivo**, teríamos:

$$CM = P \Rightarrow P = \$40$$

$$\text{Se } P = 40 \Rightarrow P = 100 - Q \Rightarrow Q = 60$$

$$RT = P \times Q \Rightarrow RT = \$2400$$

$$CT = CM \times Q \Rightarrow CT = \$2400$$

$$\text{Lucro} = RT - CT \Rightarrow \text{Lucro} = \$0$$

Assim, comparando o caso de duopólio com a situação de monopólio descrita anteriormente e com a situação de mercado competitivo, temos que o preço no duopólio é maior do que o da concorrência e menor que o do monopólio. E o resultado de Cournot também acaba por gerar um ganho menor que o do monopólio, já que em Cournot cada empresa tem por objetivo maximizar apenas o seu lucro e não o lucro conjunto.

4.2. Modelo de Bertrand

Como citado, na solução de Cournot supomos que as firmas escolham suas quantidades e deixavam que o mercado determinasse o preço. Outra abordagem é pensar que as empresas fixem os preços e deixem o mercado determinar a quantidade vendida, modelo chamado de concorrência de Bertrand. Ou seja, neste modelo as firmas tomam decisões simultâneas sobre seus preços. Quando uma empresa escolhe seu preço, ela tem de prever o preço que será fixado pela outra firma da indústria. Exatamente como no caso de

equilíbrio de Cournot, queremos encontrar um par de preços de modo que cada preço seja uma escolha que maximize o lucro, dada a escolha feita pela outra firma.

Como pressupomos, as empresas vendem produtos idênticos. E com esta hipótese, concluímos que o equilíbrio de Bertrand seria o equilíbrio competitivo, onde o preço se iguala ao custo marginal. É notório que o preço nunca poderia ser menor do que o custo marginal, já que com isso qualquer uma das firmas aumentaria seus lucros produzindo menos. Assim como nenhum preço acima do custo marginal se sustentaria. Supomos⁷ que ambas as firmas vendam sua produção a um preço p' , maior que o custo marginal. Considerando que a firma 1 diminua seu preço numa pequena quantia ϵ , e a outra mantivesse seu preço fixo em p' , todos os consumidores prefeririam comprar na firma 1. Assim, ao reduzir seu preço numa fatia muito pequena, como os produtos são homogêneos, a firma 1 pode roubar todos os clientes da firma 2. Se a empresa 1 realmente espera que a empresa 2 cobrará um p' , maior que o custo marginal, ela sempre terá incentivo de reduzir seu preço para $p' - \epsilon$. Entretanto, a empresa 2 pode pensar da mesma maneira. Assim, qualquer preço acima do custo marginal não pode ser um preço de equilíbrio, sendo que o único equilíbrio que se sustenta é o competitivo.

4.3. Modelo de Stackelberg

Podemos considerar o modelo de Stackelberg como o que desenvolve o modelo de Cournot em um jogo seqüenciado, ou seja, uma decisão seqüencial de quantidade. Esse modelo é frequentemente utilizado para descrever indústrias em que haja uma empresa dominante, ou um líder natural. Por exemplo, a IBM⁸ é frequentemente considerada uma empresa dominante na indústria de computadores. Um padrão comumente observado no comportamento das empresas menores é esperar que a IBM anuncie seus novos produtos para então ajustar, com base nesses anúncios, as decisões sobre seus próprios produtos. Nesse caso, modelamos a indústria de computadores com a IBM no papel de líder de Stackelberg e as demais empresas como seguidoras.

Portanto, a seguidora vai definir uma curva de reação, curva esta que estabelece o nível de produção que maximiza o lucro da empresa seguidora, dado o nível de produção escolhido pela líder. Já esta última, a líder, conhecendo a função de reação da seguidora, escolhe o ponto que maximiza seu próprio lucro. Dando continuidade ao exemplo numérico

^{7 e 8} Exemplos apresentados no Varian, Hal R. Microeconomia: Princípios Básicos, Editora Campus. Páginas 509 e 525, respectivamente.

líder, dada a reação da seguidora no modelo de Stackelberg, segundo cálculos abaixo:

$$\begin{aligned}\Pi_1 &= (100 - q_1 - q_2) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \Pi_1 = (100 - q_1 - (30 - 0,5q_1)) q_1 - 40q_1 \Rightarrow \\ &\Rightarrow \Pi_1 = 30q_1 - 0,5q_1^2\end{aligned}$$

Para saber qual q_1 que maximiza o lucro, $30 - q_1 = 0 \Rightarrow q_1 = 30$

Assim, a empresa líder produz $q_1 = 30$ e a seguidora produzirá $q_2 = (30 - 0,5 q_1) = 15$.

$$\text{Se } Q = 45 \Rightarrow P = \$55$$

$$\text{Lucro} = RT - CT \Rightarrow \text{Firma 1: } (55 \times 30) - (40 \times 30) = \$450$$

$$\Rightarrow \text{Firma 2: } (55 \times 15) - (40 \times 15) = \$225$$

$$\Rightarrow \text{Lucro conjunto: } \$675$$

Assim, podemos observar que no modelo de Stackelberg as firmas produzem uma quantidade maior do que em Cournot, mas ainda menor que o mercado competitivo. E o resultado deste modelo também acaba por gerar um ganho menor que o de Cournot.

5. Processo de fusão entre Nestlé Brasil e Chocolates Garoto

5.1. As empresas e suas justificativas

Em 22 de fevereiro de 2002, deu-se o fechamento do negócio entre a Nestlé Brasil Ltda, empresa de nacionalidade brasileira, cujos principais acionistas são a Nestlé S.A., grupo de origem suíça que detém 99,9% do capital social da empresa, sendo o restante pertencente à Sociedade Comercial de Corretagem de Seguros e Participações Ltda; e a empresa Chocolates Garoto S.A., última fabricante de chocolate com capital 100% nacional, com sede em Vila Velha, Estado do Espírito Santo, tendo basicamente uma estrutura acionária familiar. Assim, dado o prazo de 15 dias para que as fábricas notificassem o CADE em razão do critério do faturamento e da participação de mercado previsto na lei antitruste, em 28 de fevereiro de 2002 o presidente da Nestlé, Ivan Zurita, comunicou oficialmente a compra da indústria ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Segundo as empresas informaram, para a Garoto a operação decorreu da “necessidade crescente de escala operacional, recursos financeiros e capacidade de gerenciamento para concorrer em melhores condições no mercado nacional e internacional e deter perdas ‘leves mas progressivas’ de participação de mercado verificadas nos últimos anos”⁹. Assim, seus acionistas acabaram por optar por uma “alienação das participações acionárias da Garoto a uma empresa de tradição no setor com toda a qualificação e capacitação para manter e desenvolver os ativos da empresa”¹⁰. Destacando que a mesma movimentou em 2001 aproximadamente R\$ 450 milhões, e em 2000, seu faturamento cresceu 12,6%, alcançando R\$ 454 milhões, com aumento no volume produzido em toneladas de 17,8%. Estes fatos juntamente com o espaço para expansão do mercado brasileiro de chocolates nos próximos anos tornaram a Garoto mais atraente, inclusive para a Nestlé, aos olhos do mercado. Assim, do ponto de vista desta última, a aquisição representou “uma oportunidade de desenvolvimento de seus negócios, de modo a melhor atender à demanda por confeitos e chocolates no Brasil”¹¹.

⁹, ¹⁰ e ¹¹ Declarações das empresas que constam no Relatório do CADE, relator Conselheiro Thompson Andrade referente ao Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89., fls 04 e 06.

5.2. Das primeiras dificuldades ao APRO - Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação

No entanto, já podíamos esperar que o nascimento de uma gigante no setor de chocolates não seria um processo tão facilmente aprovado pelos órgãos reguladores do governo, em respeito ao forte grau de concentração remanescente da operação, e também ao fato de que esta aquisição acaba por significar a eliminação de um concorrente no mercado brasileiro de chocolates, que conta com três grandes participantes: Nestlé, Garoto e Kraft Foods (Lacta).

Assim, para a análise das questões envolvidas, após o encaminhamento do processo da SDE para a SEAE para que esta última emitisse seu parecer, a SEAE acabou por solicitar a suspensão do negócio para que os órgãos de defesa da concorrência pudessem estudar o ato de concentração. Esse mecanismo é conhecido como medida cautelar. Este pedido estava fundamentado no argumento de que o grau de concentração preliminarmente verificado era bastante significativo e que as importações poderiam não ser um instrumento eficaz para inibir o exercício do poder de mercado. Além disso, a marca no mercado de chocolates possuía importância significativa na escolha final do consumidor e como vimos acima, a operação em questão envolve duas das três principais marcas deste mercado.

Diante desses fatos, a manifestação da SDE acerca da solicitação da medida cautelar, acabou por recomendar ao CADE a suspensão da compra até que os órgãos analisassem os termos da operação, o que evitaria efeitos possivelmente irreversíveis que provocariam danos à concorrência. Para a tomada desta decisão, a SDE levou em consideração não só o mercado relevante de chocolates, como também os efeitos negativos do negócio na criação de barreiras à entrada de concorrentes relativas à fidelidade à marca, que exige altos investimentos em marketing em empresas entrantes, e à necessidade de uma rede de distribuição.

No entanto, evitando que o Conselho levasse a julgamento os pedidos para a suspensão temporária da compra, foi assinado em 27 de março de 2002 o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), proposto pela Nestlé, onde as

empresas se comprometeram que a união seria feita de tal forma que seria possível posteriormente a reversão caso o conselho julgasse que a aquisição não poderia ser feita. Neste acordo, com vigência até o final do julgamento do ato de concentração pelo CADE, a Nestlé estava impedida de promover alterações nas instalações físicas da Garoto ou de transferir e englobar ativos, como também estava impedida de acabar com marcas e produtos, alterar práticas de distribuição e comercialização ou promover mudanças administrativas que provocassem demissões e transferência de pessoal com o objetivo de integração das empresas. Neste período, a multinacional era obrigada a contratar uma auditoria independente para que a mesma relatasse ao CADE, mensalmente e em detalhes, todas as operações das duas empresas.

5.3. Flexibilização para a Garoto argentina

Em 30 de abril de 2002, as empresas entraram com uma petição requerendo uma posição favorável à integração da Garoto pela Nestlé na Argentina. Estas alegavam a dificuldade em reverter a situação em que se encontrava a Garoto da Argentina em razão das restrições impostas pelo APRO. E a preservação desta empresa Garoto estava ameaçada já que os problemas decorrentes da situação na Argentina vinham causando reflexos financeiros negativos no balanço da empresa. Assim, o CADE acabou por autorizar a operação naquele país, sendo que esta flexibilização teria validade até o término do acordo, não implicando aprovação total ou parcial da operação e sendo dependente da decisão final do ato de concentração. Entretanto, também deve ser destacado que a marca e os produtos Garoto e da Nestlé e sua carteira de clientes deveriam ser mantidos independentes no mercado argentino, e que qualquer variação na proporção entre as participações de vendas mensais entre as marcas Garoto e Nestlé argentinas, em desfavor da primeira, que fosse superior a 10%, deveria ser comunicada ao Conselho.

5.4. Pareceres sobre o Ato de Concentração - SEAE e SDE

Para termos meios de analisar os posicionamentos dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com relação ao ato de concentração Nestlé-Garoto, nos basearemos nos pareceres emitidos por estas instituições. Cabe ressaltar que ao serem detectados indícios de infração à ordem econômica, um Processo Administrativo é

instaurado pela SDE para apurar os fatos. Com este, a SEAE é informada da instauração do mesmo e pode emitir parecer econômico sobre o caso, que deve ser apresentado a SDE. Concluída a instrução processual, esta última encaminha os autos para o CADE para julgamento, que aprecia, com base nas opiniões da SDE e da SEAE, se houve infração, aplicando então as medidas cabíveis.

A respeito destes pareceres, vale mencionar que o Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria de Acompanhamento Econômico, divulgou, em 10 de outubro de 2002, seu parecer a respeito da compra da Garoto pela Nestlé por US\$ 230 milhões. Tendo este, em suma, o propósito de apresentar dados sobre o mercado brasileiro de chocolates, sobre a operação anunciada pelas duas empresas e relacionar possíveis impactos da venda para a concorrência. Posteriormente, em 12 de dezembro de 2002, a Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, divulgou seu parecer a respeito do tema; pareceres estes que serão melhor discutidos mais tarde.

Para iniciarmos a análise desta operação, primeiramente abordaremos o processo de definição do mercado relevante e de determinação do grau de concentração da oferta proveniente da fusão sob os fundamentos apontados pela SEAE e pela SDE em seus pareceres sobre o caso. Em seguida, após já definidos e delimitados geograficamente os mercados relevantes e determinadas as parcelas de mercado resultante do ato de concentração, analisaremos a probabilidade de exercício de poder de mercado nos segmentos que se mostrarem seriamente afetados pela operação. Além disso, abordaremos também as eficiências que as empresas afirmaram obter em consequência da fusão, mencionando os posicionamentos das Secretarias em relação a estas.

5.4.1. Definição do Mercado Relevante e do Grau de Concentração da Oferta

Para a definição do mercado relevante, a análise foi dividida em duas etapas, a definição dos produtos relevantes e a dimensão geográfica dos mercados relevantes. A definição do mercado relevante, na dimensão produto, observa tanto o lado da oferta quanto o lado da demanda. No primeiro, tem-se por objetivo investigar se há possibilidade técnica de substituição entre os produtos, dentre outros fatores; e do lado da demanda, investigar quais produtos são considerados substitutos pelos consumidores. Ou seja, a análise do

mercado relevante sob a ótica do produto considera o lado da oferta e da demanda, contudo com ênfase para a substitutibilidade do produto sob a ótica do consumidor.

Vale destacar que na análise pelo lado da demanda existem diversas variáveis que podem ser conjuntamente utilizadas para afetar o grau de substituição de um produto pelo consumidor, como uso, preço, tipo de tecnologia, qualidade, tipo de consumidores, local de consumo, dentre outras. E essas variáveis acabam por desempenhar um papel importante na definição do mercado relevante, dadas as dificuldades de calcular as elasticidades cruzadas da demanda e da própria elasticidade-preço. Lembrando também que a importância de cada variável varia caso a caso, não existindo uma hierarquia rígida de valor a ser seguida. Assim, a recomendação é de que a decisão final sobre os produtos substitutos para o consumidor considere uma ampla gama de variáveis.

Com relação ao mercado relevante geográfico, vale ressaltar que o mesmo é definido como o *locus* onde se desenvolvem as relações de concorrência, ou seja, a área na qual o agente econômico pode aumentar seus preços sem que isto resulte em perda de um grande número de clientes que com o aumento passariam a fazer uso de um outro fornecedor situado fora daquele local, ou acarrete uma inundação da área por bens de outros fornecedores que se situam fora da área considerada e produzam bens similares. Assim, feitas estas considerações, passaremos ao processo de definição dos mercados relevantes envolvidos, segundo as questões abordadas pela SEAE e pela SDE.

Entretanto, devemos ressaltar que também faremos referência a determinação do grau de concentração de oferta decorrente da fusão nos mercados relevantes, destacando que para isso, foi utilizada nos pareceres a base de dados da empresa ACNielsen, cuja amostra possui alta representatividade, abrangendo cerca de 86% da população brasileira. Esta empresa audita em todos os municípios brasileiros, excluídos os estados da Região Norte, Maranhão, Mato Grosso e Piauí, lembrando que as principais empresas participantes do mercado de chocolates – Nestlé, Garoto e Lacta – adquirem dados da ACNielsen para monitoramento do mercado, o que acaba por atestar a confiabilidade dos dados disponíveis.

Desta forma, tendo em vista as considerações tanto a respeito da definição do mercado relevante, quanto da determinação das parcelas de mercado resultantes da concentração, analisaremos, sob os pontos abordados nos pareceres da SEAE e da SDE, os

segmentos onde foram identificadas pela primeira Secretaria, as sobreposições de atividades entre as empresas envolvidas neste ato de concentração aqui abordado. São eles:

Balas e Confeitos
Cacau em Pó
Chocolate em Pó
Achocolatado em Pó
Cobertura de Chocolate Sólida e Líquida
Chocolates

▪ Balas e Confeitos

Com relação a este segmento, a SEAE identificou quatro produtos diferenciados pelo lado da oferta: balas, pastilhas prensadas, pastilhas drageificadas e caramelos. Isto se deu devido à utilização de tecnologias específicas na linha de produção destes, e a impossibilidade de produção de confeitos com sabores diferenciados em uma mesma máquina. Entretanto, a SEAE não conseguiu identificar o grau de substituição pelo lado da demanda, optando assim por não fazer uma definição categórica de qual seria o mercado relevante.

Este argumento acabou sendo fortalecido pelo parecer da SDE, no qual a mesma informa que pelo lado da demanda, as balas e confeitos não apresentam em geral diferenças significativas de usos, preços, locais de vendas, dentre outras. Já a dimensão geográfica deste segmento foi delimitada como nacional. Como base para esta decisão, as Secretarias citaram a pequena participação dos produtos importados neste mercado, dada a dificuldade de montar uma rede de distribuição que atinja todo o país, além do fato da alíquota de importação do produto ser da ordem de 21,5%.

No entanto, foi levantado que este segmento não se constitui no foco da análise em questão por não ser o mercado principal das empresas participantes deste ato e também que este mercado pode ser considerado como bastante pulverizado no país, o que faria com que a concentração não chegasse a 4%. Conseqüentemente, o ato não geraria danos à concorrência no mercado de confeitos.

▪ Cacau em Pó, Chocolate em Pó e Achocolatado em Pó

No que diz respeito aos primeiros, a SEAE acabou por considerar chocolate em pó como substituto do cacau em pó, alegando que a diferença básica entre eles é a adição de açúcar, não sendo necessário nenhum investimento específico em maquinário. No entanto, a SDE alegou que o cacau em pó não contém açúcar e por isso é recomendado para a culinária *diet*, o que faz com que estes dois produtos não sejam substituíveis na fabricação de biscoitos, sorvetes e bebidas achocolatadas *diet*. Todavia, cabe observar que o mercado relevante de cacau em pó não será considerado, visto que não consideramos a ocorrência de sobreposição horizontal nesse mercado, dado que somente a Garoto oferta esse produto.

A SDE alegou também que o chocolate em pó e o achocolatado em pó não podem ser considerados como substitutos, dado que estes produtos diferenciam-se entre si pelo público-alvo que no caso dos achocolatados é composto basicamente por crianças e adolescentes; e que o chocolate em pó é utilizado como insumo na fabricação de outros produtos; além de existirem diferenças em termos de sabor, consistência e solubilidade entre estes produtos.

Vale destacar que a dimensão geográfica deste mercado foi delimitada para âmbito nacional pelas duas Secretarias, e que segundo dados do parecer da SEAE, com base no faturamento de 2001, a participação percentual conjunta das empresas na estrutura de oferta de achocolatados em pó chegaria em 61,2%. Já no parecer da SDE, a mesma afirma que esta participação seria de 56,8%. No entanto, vale ressaltar que antes da operação a Nestlé já detinha elevada participação neste segmento, 54,5%, sendo que a Garoto adicionaria uma pequena parcela de 2,3%. Assim, a aquisição não seria capaz de reforçar a posição dominante da Nestlé neste mercado.

E com relação ao de chocolates em pó, a SDE afirma que a participação seria de 41,10%. Entretanto, ficou definido pela mesma que a entrada neste mercado para as empresas fabricantes de cacau em pó é relativamente fácil, já que a principal diferença seria a adição de açúcar. Vale destacar que embora esta diferença seja importante sob a ótica do consumidor, pelos pontos já abordados, a flexibilidade da oferta para aquelas empresas fabricantes de cacau em pó é alta. Somado a isso, temos a Cargill, líder do mercado de cacau em pó com 33,4% de participação, dentre as empresas que poderiam entrar no mercado relevante de chocolate em pó. Assim, devido a estes fatores, a SDE concluiu que a operação em análise não implica em preocupações do ponto de vista antitruste.

- **Cobertura de Chocolate Sólida e Líquida**

- **SEAE e SDE: Definição dos Produtos Relevantes**

Para a SEAE, com relação ao mercado de coberturas, ficou definido que o produto relevante seria a cobertura sólida, dado que a cobertura líquida é vendida a uma parcela muito restrita de consumidores, que seriam os grandes demandantes de chocolate, como indústrias de sorvete ou fabricantes de chocolate de médio porte, que representam somente 10% da demanda nacional. E segundo esta Secretaria, também deve ser considerada a possibilidade de os consumidores de cobertura líquida demandarem cobertura sólida.

Entretanto, a SDE descarta esta última suposição, levando em consideração que os compradores de cobertura líquida não se interessariam por cobertura sólida dada a vantagem de custo de manuseio apresentada pela primeira e a necessidade de fazer investimentos em tanques aquecidos e específicos. Assim, a SDE define separadamente os mercados de cobertura sólida e líquida.

- **SEAE e SDE: Definição do Mercado Relevante Geográfico**

Já a dimensão de cobertura de chocolate foi definida como nacional, alegando-se a existência de restrições para sua importação a preços competitivos devido à pequena escala dos produtores artesanais de chocolate em relação à escala mínima de importação, aos custos do transporte - já que coberturas sólidas exigem transporte refrigerado enquanto as líquidas exigem tanques aquecidos, - as taxas e ao prazo para liberação de mercadorias, o que sugeriu uma inviabilidade econômica na importação deste produto.

- **SEAE e SDE: Determinação do Grau de Concentração da Oferta**

Com relação ao grau de concentração de oferta, a SEAE, em seu parecer, alega que após a realização da fusão, a firma resultante passaria a deter 88,5% da oferta no mercado de cobertura de chocolate sólida. Este dado acaba por ser confirmado no parecer da SDE, que por fim, conclui que analisando a capacidade ociosa da ARCOR, empresa argentina

que atua no segmento de confeitos - balas e chicletes- e de chocolate, esta não pode ser considerada uma rival efetiva na produção de coberturas sólidas, já que sua capacidade ociosa não lhe permite ofertar ao mercado uma quantidade significativa do produto caso houvesse um aumento de preços por parte da empresa unificada. Portanto, ao mesmo tempo em que a ociosidade desta empresa não será capaz de constranger aumentos de preços da firma resultante da fusão, esta capacidade atua como uma forte barreira à entrada de novos concorrentes.

Também vale destacar que foi informado pela ARCOR que a possibilidade de oferecer prazos de pagamento mais longos para os clientes de cobertura de chocolates é um importante fator de competitividade neste mercado, considerando que muitos clientes de coberturas industriais, como pequenos fabricantes artesanais e atacadistas, têm pouco acesso as linhas de crédito. E são notórias as condições de oferecer prazos de financiamento mais longos por parte das firmas envolvidas na fusão. Outra questão abordada foi o fato de que os preços aumentaram substancialmente neste mercado desde março de 2002, e a empresa ARCOR acabou por seguir estes aumentos, dado que diante de sua baixa capacidade ociosa, esta não tem incentivo para arcar com uma guerra de preços, sendo muito mais lucrativo para a mesma acompanhar este aumento. Em suma, ficou comprovado que a efetividade da rivalidade oferecida por esta empresa não é capaz de inibir o exercício do poder de mercado.

E no que diz respeito à cobertura líquida, o quadro se agrava mais ainda, dado que segundo a SDE a participação na oferta seria de 100%. Todavia, as empresas envolvidas no ato alegaram que existem outras concorrentes neste mercado, SALWARE e HARALD, que produzem exclusivamente coberturas hidrogenadas, que não possuem manteiga de cacau, sendo compostas à base de gordura vegetal e possuindo uma consistência mais fluida. Vale registrar que o Ministério da Saúde proíbe que produtos que não utilizem a manteiga de cacau como insumo sejam considerados chocolates, o que faz com que as coberturas hidrogenadas não possam ser consideradas substitutas das coberturas de chocolate. Assim, dado que estas estão em mercados relevantes distintos, as únicas empresas participantes do mercado de coberturas seriam a Nestlé e a Garoto, o que faria com que a operação acarretasse um monopólio no mercado relevante de cobertura líquida.

- **Chocolates**

- **SEAE: Definição dos Produtos Relevantes**

Sob a ótica da oferta, quanto à produção de chocolates, a SEAE verificou que alguns tipos são fabricados em linhas de produção específicas, mas em outros são utilizados equipamentos muito semelhantes, o que acabou por sugerir substituição no lado da oferta nestes casos. Assim, ficou concluído que poderiam ser definidos três tipos de chocolates: tabletes, barras recheadas e *snacks*, o que significa que qualquer outro tipo pode ser obtido a partir de uma das três linhas de produção destes produtos. Já pelo lado da demanda, muito pouco foi concluído sobre a substituição deste lado. Segundo esta Secretaria, ignorando todos os possíveis problemas de seleção de amostra, em nenhum momento o consumidor foi visto fazendo escolhas entre produtos dados seus preços e uma restrição orçamentária, o que dificulta a caracterização de uma curva de demanda. Assim, devido à impossibilidade da precisão na definição da substitutibilidade entre os diversos tipos e formatos de chocolate, a SEAE acabou por optar por realizar duas análises distintas, onde na primeira o produto foi definido como “chocolates sob todas as formas”, e na segunda cada categoria de chocolate pertenceria a um mercado relevante distinto – Bombons, Caixa de Bombons, Tabletes, Barras recheadas, *Snacks*, Ovos de Páscoa e Formatos Variados.

- **SEAE: Fabricantes Artesanais**

Vale destacar que foi apresentado pela empresas um estudo onde estas defendiam a inclusão dos fabricantes artesanais no mercado relevante. No entanto, num primeiro momento, a SEAE concluiu que os fabricantes artesanais não deveriam ser considerados no mesmo mercado relevante, alegando a existência de uma sensível diferença entre os consumidores representativos dos dois tipos de chocolate com relação ao tempo e ao custo envolvido na decisão de consumir produto substituto ou idêntico proveniente de outra área. Ou seja, mesmo se os preços dos supermercados fossem os mesmos praticados nas lojas dos fabricantes artesanais, deve ser levado em consideração o custo de se locomover até a

loja mais próxima, o que seria impraticável na maioria dos casos, com exceção de algumas raras cidades no Brasil. Entretanto, num segundo momento, a Secretaria acabou por concluir que os chocolates artesanais poderiam ser incluídos como substituto ao chocolate ofertado pelos grandes fabricantes em razão de estarem disponíveis em vários dos pontos onde eram oferecidos os chocolates desses últimos e também porque os preços entre ambos não eram muito díspares.

▫ **SEAE: Mercado de Guloseimas**

Outra questão também discutida foi a sugestão apresentada pelas empresas de existência de um mercado de Guloseimas, que incluiria chocolates, confeitos, biscoitos e outros tipos de doces no mercado relevante. Estas apontavam que o consumidor adquire e consome estes produtos indistintamente, motivado essencialmente pelo prazer e pelo impulso de comer algo doce e saboroso. No entanto, esta Secretaria acabou por discordar dessa definição do mercado como de guloseimas, alegando não só que as empresas não tinham argumentos suficientes para fundamentar seu ponto, como também as concorrentes e a própria associação de classe ABIBAB - Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, cacau, Amendoim, Balas e Derivados - mostram-se contrárias à definição de um mercado único. A SEAE apontou também que não é claro que o consumidor considere todas as categorias como sendo substitutas. Pelo próprio estudo apresentado pelas empresas, ignorando os problemas de seleção de amostra, enquanto 14% dos consumidores lembravam o chocolate como sendo um símbolo de prazer e gratificação, apenas 1% dos mesmos citavam balas.

▫ **SEAE: Definição do Mercado Relevante Geográfico**

Já em termos geográficos, em qualquer um dos cenários estabelecidos para os chocolates, a definição da dimensão do mercado passa pelos mesmos critérios. Assim, a SEAE acabou por restringir o mercado ao território nacional, dada à existência de algumas limitações às importações, tais como a perecibilidade do produto, o gosto do consumidor e o alto custo associado ao seu transporte, que necessita de containeres refrigerados; fatores estes que impulsionaram esta Secretaria a não aceitar o argumento das empresas

participantes da operação de que o mercado deveria ser definido como Mercosul e não como nacional.

▫ **SEAE: Determinação do Grau de Concentração da Oferta**

Com relação ao grau de concentração da oferta, observou-se segundo as informações da SEAE que no mercado de chocolates sob todas as formas, a participação percentual da empresa resultante da operação com base no faturamento de 2001 seria de 58,41%. Enquanto que nos mercados segmentados, teríamos 34,18% no de bombons, 73,17% no de caixas de bombons, 63,91% no de tabletes, 83,40% no de barras recheadas, 7,63% no de *snacks*, 54,78% tanto no de ovos de páscoa, como no de formatos variados.

▫ **SDE: Definição dos Produtos Relevantes**

No que diz respeito a SDE, a mesma afirmou que acabou por definir os mercados relevantes com base em algumas características da demanda do consumidor, como motivação do consumo, local de compra, ocasião do consumo, dentre outras. Estas características estabelecem relações de concorrência distintas entre os produtos analisados, o que acaba de justificar a inclusão destes em mercados relevantes distintos. Com relação aos bombons avulsos, formatos variados, barras recheadas e tabletes de até 100g, esses foram considerados em um mesmo mercado relevante, dado foi alegado por esta Secretaria que atendem à necessidade do consumidor de um consumo imediato, não planejado e de pequeno desembolso de dinheiro e geralmente ocorre em pequenos pontos de venda próximos ao consumidor. Outro mercado foi o de tabletes de 101g a 400g e embalagens de multipack, que contém mais de um produto, onde ficou definido que tinha como objetivo comum o consumo futuro e familiar, sendo as compras feitas em supermercados para consumo final. Já o outro mercado definido como de tabletes entre 401g e 500g, também eram para consumo futuro e familiar comprados em supermercado, entretanto tinha como objetivo o uso culinário. Além desses, foram definidos o mercado relevante de caixas de bombons e o de ovos de páscoa.

▫ **SDE: Fabricantes Artesanais**

Fazendo referência ao mercado de chocolates artesanais, vale ressaltar que a SDE acabou por definir que os chocolates artesanais realmente não concorriam com os chocolates produzidos por empresas de grande porte, contrariando a posição final da SEAE acerca deste tema, como abordamos acima. A SDE alegou que o argumento da presença dos chocolates artesanais nas gôndolas de mercados, supermercados ou lojas de departamento não se sustentava, dado que as empresas produtoras de chocolates artesanais não possuíam capacidade distributiva, ficando seus produtos restritos a lojas próprias e pequenos pontos de venda. A SDE destacou também que os chocolates artesanais atendem muitas vezes a necessidades distintas, sendo ofertados em formatos distintos - como trufas, bombons de licor, bombons com recheio perecível – e também que estes são vistos como diferenciados pelo consumidor, por estarem mais associados aos chocolates de fabricação caseira do que aos das grandes indústrias.

▫ **SDE: Definição do Mercado Relevante Geográfico**

Tendo em vista as características abordadas acima como a limitação da área de atuação destes produtores de chocolates artesanais, ao contrário das grandes empresas que conseguem distribuir seus produtos por pontos de venda espalhados por todo país, seu mercado relevante geográfico foi delimitado para as Regiões Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste.

Enquanto que para os demais mercados relevantes definidos pela SDE – bombons avulsos, formatos variados, barras recheadas e tabletes até 100g; tabletes de 101g a 400g e embalagens multipack; tabletes de 401g a 500g; caixas de bombons; e ovos de páscoa-, a dimensão geográfica foi delimitada para o mercado nacional. Tendo sido alegado que, além dos pontos já mencionados acima como justificativa para a posição da SEAE, nem mesmo o regime tarifário de alíquota zero existente no Mercosul favorece a importação de chocolate nesse bloco econômico. Em virtude de fatores como o baixo custo das matérias-primas utilizadas para a fabricação de chocolates no Brasil, fazendo com que o preço aqui seja em geral menor que nos outros países, o que dificulta a entrada do produto. Em um estudo apresentado pela SDE, verificou-se que o percentual de participação da parcela de chocolate importada do Mercosul é ínfimo, tendo variado de 1998 a 2001, entre 0,68% a 2,05%.

▫ **SDE: Determinação do Grau de Concentração da Oferta**

No mercado nacional de chocolates para Consumo Imediato, foi verificado que a operação geraria uma elevada concentração de aproximadamente 63%. O mesmo foi constatado nos mercados de Tabletes de 101g a 400g e de chocolates em Embalagens Multipack, que contém mais de um produto, e no de Tabletes Culinários chegando a uma concentração de 52% e 76%, respectivamente. Já no mercado de caixas de bombons a concentração seria de 65% e no de Ovos de Páscoa em torno de 34%, como podemos verificar no quadro abaixo onde está mencionada a participação da Nestlé nos mercados relevantes antes e após a operação.

Mercado Relevante	Participação Nestlé ANTES	Participação Nestlé DEPOIS
Cobertura de Chocolate Sólida	16,3%	88,50%
Cobertura de Chocolate Líquida	72,0%	100,0%
Chocolates de Consumo Imediato	34,0%	63,1%
Tabletes entre 101g e 400g e Multipack	36,9%	52,9%
Tabletes entre 401g e 500g	23,5%	75,9%
Ovos de Páscoa	17,6%	34,2%
Caixas de Bombons	37,3%	66,0%

Fonte: Parecer da SDE

Logo, a todos estes mercados em foi verificada uma alta concentração após a operação foi necessária a atribuição de um estudo sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado.

5.4.2. Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

▪ **Condições de Entrada**

Para a análise das condições de entrada no mercado de chocolates, algumas informações foram apresentadas tanto pelas empresas participantes da operação quanto suas concorrentes, como o tempo mínimo de entrada no setor, o investimento físico e em marketing mínimo necessário, as oportunidades de venda, dentre outras. E a partir destas, a

SEAE acabou por concluir que, apesar de possível, não seria provável a entrada de novos participantes neste mercado e esta nem seria suficiente para impedir um exercício de poder de mercado por parte da nova firma. Vale ressaltar também que foi levada em consideração a questão da marca, no sentido de que novas marcas encontram dificuldades de fixação devido a problemas de reputação, o que é comprovado pela baixa participação de mercado das marcas mais novas ao entrar.

Também a SDE em seu parecer concluiu que as barreiras à entrada presentes nos mercados relevantes de cobertura de chocolate sólida e líquida são bastante elevadas, pelos investimentos necessários e pela elevada capacidade ociosa existente, que desestimula a entrada, o que faz com que o poder de mercado resultante da operação não possa ser inibido pela entrada de uma nova empresa no mercado. E as barreiras à entrada nos mercados relevantes de chocolates também são bastante elevadas, centralizando-se na questão da marca e da necessidade de uma rede de distribuição, o que faz com que a entrada não seja provável.

Outro ponto abordado foi o fato de praticamente todas as grandes empresas multinacionais fabricantes de chocolates já estão presentes no mercado brasileiro, e também que com exceção da Kraft, as demais empresas têm obtido resultados pouco significativos em termos de participação de mercado, sem indícios de que as mesmas consigam reverter este quadro no curto prazo. Vale destacar que um caminho economicamente viável para uma entrada efetiva seria justamente por meio da aquisição de uma empresa que já possuísse marcas conhecidas e um sistema de distribuição eficiente, como a Garoto. Nesse sentido, a fusão com a Nestlé acaba por diminuir drasticamente a probabilidade de surgimento de um outro concorrente forte no mercado brasileiro de chocolates.

▪ Importações

Como já foi ressaltado em diversos pontos, não podemos considerar as importações como capazes de contestar um eventual exercício unilateral de poder de mercado por parte das empresas envolvidas no processo de fusão. Devemos levar em consideração não só o pequeno volume de importação de chocolates para o Brasil, como também o fato de que não é provável que este volume aumente de forma significativa em função de um aumento de preços do produto, dado os elevados custos de transporte devido a perecibilidade do

produto e também da necessidade por parte do importador de possuir uma razoável capacidade de distribuição. Não deixando de abordar o baixo preço das matérias-primas utilizadas na fabricação do chocolate no Brasil, o que torna as importações em grande escala pouco viáveis economicamente.

▪ **Análise de Rivalidade**

A respeito da existência de rivalidade após a realização do ato de concentração, a Kraft Foods - Lacta - informou que sua capacidade ociosa atual era insuficiente para absorver a demanda residual da firma resultante Nestlé-Garoto, caso essa optasse por um aumento de preços. Segundo a Lacta, este aumento seria inevitável, dado que a operação de fusão geraria um altíssimo percentual de participação de mercado na mão de uma empresa, e essa empresa dominante teria como objetivo maximizar seu lucro. A atuação da Kraft para combater este aumento estaria reduzida, já que a mesma alega que não teria estímulo suficiente para investir a ponto de rivalizar com a Nestlé, dada a dificuldade ligada à ampliação de sua capacidade produtiva e o grande dispêndio relacionado ao aumento da escala de produção.

Assim, a grande questão abordada foi o fato de que se seria mais lucrativo para a Kraft fazer este investimento, manter os níveis de preço e ganhar participação no mercado, ou simplesmente aceitar os aumentos de preço da nova firma formada e aumentar também seus preços mantendo a quantidade. Referindo-se a este ponto, a SEAE acabou por concluir em seu parecer a existência de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante Nestlé-Garoto. E, além disso, segundo as conclusões da SEAE, não seria ótimo para a única rival, a Lacta, contestar este aumento de preços já que seria possível o mercado de chocolates alcançar um novo equilíbrio de preços mais alto.

A SDE concluiu também que é altamente provável o exercício unilateral de poder de mercado por parte da Nestlé, como também o exercício coordenado do poder de mercado, uma vez que, como já abordamos, a Lacta possui baixa capacidade ociosa e pouco incentivo em adotar uma postura agressiva frente aos aumentos de preços. Assim, para a SDE, os consumidores poderiam ser prejudicados com a aprovação da operação na forma em que ela se apresenta, sendo necessário a avaliação de condições de aprovação que seriam suficientes para restabelecer a concorrência nos mercados relevantes analisados.

▪ **Fidelidade à Marca**

Destacou-se também no parecer da SEAE que não era evidente nas pesquisas de opinião feitas junto aos consumidores, com relação aos tabletes e caixa de bombons, a fidelidade à marca entre as três principais firmas deste mercado. Este argumento estava baseado em um estudo apresentado no parecer da SEAE onde eram oferecidos aos consumidores representativos destes segmentos, caixas de bombons e tabletes, os produtos de cada uma das marcas Nestlé, Garoto e Lacta, e seus respectivos preços de mercado atuais, e cada um fazia sua escolha baseada em suas preferências. Posteriormente, foram simulados aumentos de 5%, 10% e 15% nos preços de cada um dos produtos e foram observadas as mudanças nas escolhas por parte dos consumidores. Segue uma das simulações abaixo:

Variando Caixa Garoto				
Preço	0%	5%	10%	15%
3,93	1,00	1,05	1,10	1,15
Nestlé	3,52	3,52	3,52	3,52
Garoto	3,93	4,13	4,32	4,52
Lacta	3,69	3,69	3,69	3,69
Share	0%	5%	10%	15%
Nestlé	100	107,4	112,7	116,2
Garoto	100	73,7	54,1	40,3
Lacta	100	105,5	110,2	113,8
Faturamento				
Nestlé	352,00	378,05	396,70	409,02
Garoto	393,00	304,12	233,87	182,14
Total	745,00	682,17	630,58	591,16
% Nestlé Garoto	0,00%	-8,43%	-15,36%	20,65%
Lacta	369	389,295	406,638	419,922
% Lacta	0	5,50%	10,20%	13,80%

Fonte: Parecer SEAE/RJ

Foi observado que em todos os casos, apesar de cada uma das empresas envolvidas na fusão ser a principal beneficiária de um aumento de preços por parte da outra, o aumento no

faturamento proveniente desses aumentos de preços é irrisório. E a perda decorrente de um aumento de preços por parte de uma das firmas da operação é igual ou superior ao ganho que a outra firma poderia receber, o que acaba por indicar pouca fidelidade à marca por parte do consumidor.

Com isso, a SEAE concluiu que nestes mercados de caixas de bombons e tabletes, os produtos poderiam ser considerados homogêneos. E neste caso, pode-se adotar o modelo de Bertrand, onde duas únicas firmas ofertam um mesmo produto homogêneo e a competição entre elas se dá via preços, o que acaba por fazer com que as mesmas tendam a vender seus produtos por um preço correspondente ao preço competitivo, aquele verificado em um mercado de concorrência perfeita. Com isso, a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da firma resultante deste processo de aquisição em questão, seria nula, o que supõe, por este lado, que o ato deveria ser aprovado.

No que diz respeito à SDE, a mesma também afirma que o poder de mercado adquirido com a aquisição não tem meios de ser inibido, nem pelas importações, nem pela entrada de novos concorrentes, e tampouco pela rivalidade das empresas presentes no mercado. No entanto, a mesma contestou a hipótese levantada pela SEAE da não importância da marca para o consumidor nos mercados de bombons avulsos, barras recheadas, tabletes e caixas de bombons, podendo estes ser considerados produtos homogêneos.

Argumentou a SDE que o modelo de Bertrand tem sido duramente criticado pela literatura econômica por se pautar em hipóteses restritivas e produzir resultado pouco convincente. Além disso, a mesma ressaltou que dado os grandes gastos em publicidade pelas empresas fabricantes de chocolates no Brasil e a própria contratação de estudos de mercado, podemos levar em consideração que os consumidores vêem o produto como diferenciados. Sendo apontado pela Secretaria que se os chocolates não fossem diferenciados, o consumidor chegaria num ponto de venda e pediria ao vendedor um tablete de chocolate, e não um Suflair, por exemplo. E que se alguns produtos são considerados próximos nas preferências, isto significa somente que os gastos com marketing aproximaram estes produtos e que as empresas não conseguiram os diferenciar significativamente, o que ocasiona preços próximos para esses produtos, não tendo nenhuma relação com bens

homogêneos. Logo, a SDE chegou à conclusão de que o modelo de Bertrand não se aplica a este caso.

▪ Incentivo para Exercício Coordenado do Poder de Mercado

Entende-se exercício coordenado do poder de mercado como aquela situação em que a firma fusionada aumenta seus preços e acaba sendo acompanhada por sua concorrente no mercado, a qual não tem capacidade ou incentivos para adotar uma postura de guerra de preços, como já abordamos acima. No entanto, a literatura econômica aponta algumas condições que viabilizam esse exercício. A SDE, em seu parecer, acaba por analisar se estas condições estão presentes nos mercados relevantes de chocolate.

Uma delas é a transparência, dado que com ela as empresas participantes do oligopólio conhecem o comportamento de suas concorrentes, podendo assim, monitorar as ações de suas rivais. Neste ponto, a SDE mencionou que a Nestlé, a Garoto e a Lacta têm a sua disposição dados de diversas empresas pesquisadoras do mercado, o que lhes permite acompanhar as estratégias de mercado uma da outra. Somados a isso, temos que embora foi concluído pela SDE que os chocolates não devem ser considerados bens homogêneos, a mesma abordou que essas três marcas são percebidas pelo consumidor como próximas entre si para muitos tipos de chocolates. E nesses casos, a competição se dava não somente por meio de gastos com publicidade, mas também via preços, o que tornava mais fácil o monitoramento das ações das empresas no mercado.

Outra condição analisada foi à existência de mecanismos de retaliação ou punição críveis, onde as empresas participantes do mercado por saberem que podem sofrer retaliação não se desviam do preço mais elevado. A SDE abordou que a Nestlé, com a aquisição da Garoto, passaria a ter um amplo portfólio de chocolates, podendo abaixar seus preços, e a capacidade de retaliação da Lacta estaria reduzida dada sua baixa capacidade ociosa. E com relação à última condição de existência de altas barreiras à entrada, como já mencionamos, ela está presente neste mercado, que juntamente com o reduzido papel das importações, facilita a atuação da empresa fusionada onde a mesma pode aumentar seu preço sem se preocupar com perdas significativas de participação no mercado. Diante

destes fatos, foi concluído pela SDE que estão presentes nos mercados relevantes em análise, as condições para o exercício coordenado do poder de mercado.

▪ Incentivo para Exercício Unilateral do Poder de Mercado

Outro ponto abordado pela SDE foi que um aumento de preços por parte das empresas envolvidas na operação poderia ser lucrativo mesmo se a Lacta não acompanhasse esse aumento, tendo em vista que esta última não possui capacidade instalada para atender toda a demanda que se desloca para seus produtos. Assim, o fato desta empresa ter baixa capacidade ociosa, acaba por possibilitar o exercício unilateral de poder de mercado.

5.4.3. Análise das Eficiências

As eficiências propostas inicialmente pela empresa fusionada, com base em um estudo apresentado à SEAE e à SDE com estimativas dos benefícios econômicos resultantes da operação foram de economias anuais de R\$ 36,360 milhões, nas áreas Técnica e Produção (Embalagens, Fórmulas e Ingredientes, Sobrepeso e Perdas e Estoques), Administrativa (Conselho de Administração, Frota de Veículos, Serviços e Níveis Hierárquicos), Comercial (Mídia e Pesquisa de Mercado e SAC) e Logística (Insumos, Matéria-Prima e distribuição). Das eficiências propostas, a SEAE questionou apenas os dados apresentados sobre aproveitamento da fábrica da Nestlé de Itabuna como nova fornecedora de Licor de Cacao, Manteiga de Cacao e Torta de Cacao, já que segundo os dados informados, a fábrica da Nestlé não possui capacidade ociosa suficiente para abastecer a atual demanda da Garoto.

Também foi realizada pela SEAE, uma simulação das perdas à economia devido ao ato de concentração, caso a empresa fusionada decidisse aumentar o preço dos seus produtos em 5%, 10% ou 15%, mantendo inalteradas as quantidades vendidas pelas mesmas. Inicialmente foi calculado qual seria o incremento de receita da firma resultante, ou seja, qual seria a perda do excedente do consumidor, considerando o preço médio de todos os produtos de cada firma; e depois, foi realizado o mesmo exercício, mas supondo

que a Lacta também aumentasse seus preços. Vale destacar que os dados deste teste são todos confidenciais. Segundo a SEAE, todos os cenários indicaram que os benefícios econômicos do ato são inferiores às perdas potenciais aos consumidores de chocolate, exceto para o melhor cenário possível com um aumento de 5% apenas pela Nestlé e Garoto e onde a variação de bem-estar apresentada nesta seria de R\$ 3,5 milhões por ano. Em todos os outros cenários, muito mais próximos da realidade, o ato gera redução no bem-estar social. Assim, a SEAE abordou em seu parecer que os ganhos de eficiência decorrentes da operação, não seriam justificáveis para aprová-la. Vale ressaltar, que os valores em Reais decorrentes do ganhos de eficiência das empresas em cada setor, assim como o cálculo da perda do bem-estar, são tidos como confidenciais, somente sendo publicado o valor final.

Já a SDE, após refazer os cálculos das eficiências alegadas pelas empresas participantes da fusão, concluiu que as economias provenientes dela não ultrapassariam o valor de R\$ 21,830 milhões por ano. Ressaltou ainda que este valor comparado com as eventuais perdas decorrentes desta operação, tendo em vista a probabilidade de poder de mercado por parte das firmas envolvidas, acaba por indicar que embora existam eficiências geradas por este ato de concentração, estas não são suficientes para aprovar o ato. Somados a isso, esta Secretaria acabou por concluir que os benefícios decorrentes da operação não seriam minimamente distribuídos com os consumidores, já que não haveria nenhuma razão para que as empresas repassassem as economias de custos de produção, distribuição e comercialização. Além disso, a SDE considerou também que o ritmo de inovação existente na indústria chocolateira já estava bastante saturado, o que faria com que não ocorresse nessa indústria nenhuma inovação recente que possa ser considerada importante para o ciclo do produto.

5.4.4. Recomendações dos Pareceres SEAE e SDE

Em suma, em seu parecer, a SEAE deixa claro que o ato geraria uma concentração vertical, dado em que a Garoto não produz insumos básicos para a produção da massa de chocolate, como também concentração horizontal, na medida em que ambas produzem chocolates sob todas as formas. Alegando também que os ganhos de eficiência gerados pelo ato de concentração, não seriam suficientes a ponto de justificar a aprovação da operação.

Entretanto, como abordamos, segundo sua concepção de que a fidelidade à marca entre as três principais firmas desta indústria não era evidente, retrataríamos um modelo de Bertrand, onde as firmas competem via preços, não ocasionando dano algum para a concorrência, o que acaba por sugerir que a operação deveria ser aprovada. Logo, diante destas divergências, a SEAE ponderou que “caberia ao plenário do CADE fazer seu julgamento em cima dos fatos aqui expostos e os que porventura sejam juntados ao processo e determinar qual atitude a ser tomada neste Ato”¹².

Já a SDE, em seu parecer, afirma que é necessário avaliar qual condição de aprovação do ato seria suficiente para restabelecer a concorrência nos mercados relevantes analisados. Destacando que qualquer solução que não contemplasse conjuntamente as três variáveis – rede de distribuição, marca e capacidade instalada – não seria eficaz, dado que não seria capaz de inibir o exercício de poder de mercado das firmas fusionadas, pelo menos no curto prazo.

Com isto, a SDE acabou por concluir que a aprovação do ato só poderia se dá mediante a imposição de condições que inviabilizassem o exercício de poder de mercado. “Caberia, portanto às Requerentes apresentar perante o CADE alternativas que impeçam tal exercício e eficiências que possam compensar os danos acarretados ao mercado.”¹³

5.5. Julgamento do CADE: 1º Veto

Em 21 de janeiro de 2004, o CADE iniciou o julgamento da fusão Nestlé-Garoto de forma preliminar e em caráter sigiloso, alegando que esta atitude se baseou na complexidade do caso em questão. Somente em 04 de fevereiro de 2004, aproximadamente dois anos após a notificação da fusão, iniciou-se o julgamento público. Em decisão inédita em casos de fusões e aquisições de grande porte nos últimos anos, o Conselho acabou por vetar a compra, dando um prazo de 20 dias para a multinacional suíça contratar uma auditoria externa para iniciar o processo de venda dos ativos da Garoto, adquiridos há dois anos por R\$570 milhões, tendo ficado acordado que todos os ativos deveriam ser mantidos sob comando da Nestlé até que se encontrasse um novo comprador, sendo este obrigado a ter participação no mercado de chocolates abaixo de 20%. A auditoria externa teria 40 dias para encaminhar um laudo pericial de avaliação de preço ao CADE, e no prazo de 90 dias

após a aprovação deste laudo pelo Conselho, a Nestlé deveria vender os ativos da Garoto sob multa diária de R\$ 30 mil e de intervenção judicial.

No que diz respeito aos votos, a fusão foi reprovada por cinco a um, sendo que somente o presidente do CADE, João Grandino Rodas, tenha se posicionado a favor da

¹² Parecer Técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico nº 196 nº 08012.001697/2002-89.

¹³ Parecer Técnico da Secretaria de Direito Econômico referente ao Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89

Andrade. O alegado por este último, foi que a aquisição poderia levar a aumento de preços dos produtos já que o argumento da Nestlé de que os custos seriam reduzidos em 12% não seria verdadeiro, onde os mesmos só teriam uma queda de apenas 2,7%. Assim, este último dado que seria capaz de construir um elemento favorável à operação, que seria a redução de custos, acabou não se comprovando. Além disso, foi considerado pelo relator o argumento de que a fusão criaria elevadas barreiras para entrada de concorrentes no setor.

Outra questão de peso na decisão foi a elevada concentração de mercado em alguns segmentos, como o de cobertura de chocolates sólida de 88,5%, 100% no de cobertura de chocolate líquida, e 75,9%, 66% e 52,9%, para os mercados de tabletes de 401g a 500g, caixas de bombons e tabletes de 101g a 400g, respectivamente, dentre outros, de acordo com o abordado acima no parecer da SDE. E quando questionado sobre a justificativa da não opção pela decisão histórica do Conselho, de corrigir a operação com a definição de restrições ao invés de rejeita-la, o relator afirmou que havia a necessidade de a empresa Garoto ser vendida de forma integral para que houvesse a restauração da situação de concorrência no mercado. E por isso, acabou por não optar pela venda de determinadas marcas como havia ocorrido em outros casos no passado.

Além disso, segundo informaram os conselheiros do CADE, diferentemente do caso Ambev, não havia unidades fabris da Garoto a serem vendidas, dado que a mesma só possuía uma fábrica. Outro ponto abordado pelos mesmos foi que a Nestlé teria oferecido um preço muito maior do que o oferecido por outros gigantes do mercado internacional, e esse sobrepreço se justificaria apenas pelo fato de estarem embutidos, no caso da Nestlé, os ganhos com o monopólio. Também segundo eles, os pareceres dos próprios economistas contratados pela Nestlé mostravam que dificilmente haveria ganhos para o consumidor com a fusão, já que a maior parte da sinergia seria apropriada pela própria companhia.

No entanto, diante do veto, vale lembrar que a aquisição já estava submetida a um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), selado entre o Cade e a Nestlé em 27 de março de 2002. E se pode concluir que quando um órgão antitruste determina uma medida desta magnitude, acaba por deixar transparecer indícios de que há problemas na operação, como poderia pressentir a Nestlé, já que sabemos ser uma companhia oriunda de um país integrante da União Européia, jurisdição de uma das mais rigorosas autoridades antitrustes do mundo. Somados a este fato, temos um outro ponto abordado pelos conselheiros onde os mesmos afirmam que se fosse em outro país, a Nestlé jamais ousaria essa operação, pois já saberia de antemão que a mesma seria vetada. Assim, segundo eles, a empresa teria insistido contando com um “jeitinho” brasileiro. E que o preço acertado com os controladores da Garoto, por precaução, não havia sido pago integralmente até o julgamento, o que acaba por indicar que o veto à compra era uma possibilidade que sempre esteve presente na operação e que não coloca a Garoto em risco, a menos que a Nestlé decida liquidá-la.

5.6. Tentativa de Anulação do Ministério Público Federal

Em 16 de fevereiro de 2004, a decisão do CADE que vetou a compra da Garoto pela Nestlé foi publicada no Diário Oficial da União. Com a publicação, a ordem para que a multinacional venda a Garoto deveria começar a valer a partir desse dia. Entretanto, em 21 de fevereiro deste mesmo ano, o Conselho republicou sua decisão. Segundo seu presidente, João Grandino Rodas, a nova publicação foi necessária para zerar os prazos relativos ao processo, já que quando ocorreu a primeira publicação os votos dos conselheiros no julgamento não estavam disponíveis para consulta que pudessem embasar eventuais recursos. Esta decisão de republicação foi tomada em atendimento ao subprocurador-geral da República Moacir Moraes Filho, onde o mesmo reclamava que apesar da publicação da decisão, não era possível elaborar os embargos de declaração que pretendia encaminhar ao Conselho para esclarecer a decisão, pois os votos individuais não estavam prontos embora os prazos já estivessem correndo.

Já em 25 de fevereiro de 2004, o subprocurador-geral da República entrou no CADE com um pedido de anulação da decisão que vetou a compra da Garoto pela Nestlé. Pelo mesmo, foram apresentados embargos de declaração onde é pedido que o Conselho anule

todas as etapas do processo, até mesmo a decisão final, após o Ministério Público Federal ter emitido seu parecer no caso, alegando que após a emissão deste parecer foram juntados ao processo vários estudos realizados e várias audiências, os quais o Ministério Público não tomou conhecimento. Nos embargos, há ainda um pedido de reapreciação da decisão caso o Conselho não aceite o pedido de anulação. Vale destacar que embargos de declaração são instrumentos jurídicos usados quando há omissão, contradição ou obscuridade na decisão, segundo a resolução 26/02 do próprio Conselho. Entretanto, em 31 de março, o CADE recusou, por unanimidade, este pedido do Ministério Público Federal para que a decisão de veto da fusão fosse anulada ou esclarecida, alegando que não houve omissão, contradição ou obscuridade na decisão.

5.7. Pedido de Reapreciação pela Nestlé: 2º Veto

Em 15 de abril de 2004, a Nestlé propôs ao CADE a venda de marcas e ativos correspondentes a 10% do mercado de chocolates sob todas as formas, que inclui tabletes, barras, barras recheadas, bombons, caixas mistas e ovos de páscoa, para conseguir a aprovação da compra da Garoto. De fato, este plano de desinvestimento apresentado pela Nestlé acaba por funcionar como um dos fatos novos necessários para o pedido de reapreciação, já que sabemos que a reapreciação é possível desde que as empresas envolvidas apresentem fato ou fundamento novo e as razões do pedido de nova decisão.

Segundo a Nestlé, esse plano acabaria por permitir a abertura de uma parcela de 9,7% a 12,2% no mercado de chocolates para que uma outra empresa pudesse atuar de forma competitiva. Além desse plano, esta empresa também apresentou números de uma nova pesquisa AC Nielsen, que revelaria uma concentração de mercado menor do que aquela considerada no julgamento. E com essa, a Nestlé e a Garoto juntas teriam uma participação de 47,8% no mercado de chocolates e de aproximadamente 80% no de cobertura de chocolate, que com o plano se reduziriam para 38,1% e 60%, respectivamente, levando em consideração também um desinvestimento de 20% no mercado de coberturas de chocolate. Assim, segundo afirmou a Nestlé, a participação das duas empresas ficaria pouco superior ao mercado da principal concorrente, a Lacta, que teria uma parcela de 33,2%, segundo os dados da AC Nielsen.

Após a Procuradoria do CADE emitir parecer contrário ao pedido de reapreciação e o Ministério Público ter se manifestado a favor da mesma, em 14 de julho de 2004, a Nestlé conseguiu reabrir a análise do processo de compra da Garoto, onde por quatro votos a três, o CADE acatou o pedido da empresa de reapreciar o caso. Votaram contra os conselheiros Thompson Andrade, relator do caso, Cleveland Prates e Roberto Pfeiffer, enquanto a favor os conselheiros Fernando Marques, João Grandino e Luiz Alberto Scaloppe, destacando que a decisão sobre a compra só não foi definida no mesmo dia dado o pedido deste último de vistas do processo. Vale destacar também que o presidente do Conselho usou do direito do voto de minerva para desempatar o caso, e que foi a primeira vez que o CADE decidiu rever uma caso tido como encerrado.

Entretanto, em 05 de outubro de 2004, oito meses após determinar que a Nestlé venda a Garoto, o CADE voltou a vetar a fusão, onde por três votos a dois, o Conselho não aceitou a proposta de desinvestimento parcial oferecida pelas empresas para manter a operação, alegando que este plano não garantiria a competição no setor. Votaram a favor da multinacional os conselheiros Luis Carlos Prado e Luiz Alberto Scaloppe, ressaltando que o Conselho deveria aceitar o plano da multinacional, pois isso significaria menos intervenção do Estado na economia. E contra a proposta, ressaltando que o plano não instauraria condições mínimas de concorrência, os conselheiros Luis Fernando Rigotto, Roberto Pfeiffer e Thompson Andrade, ex-relator que nesta época não estava mais no Conselho, mas seu voto foi mantido porque não foi considerado a existência de um fato novo para que o novo relator do caso, Ricardo Cueva, pudesse dar seu voto.

5.8. Tentativa de Reavaliação do Processo

Em 20 de outubro de 2004, a Nestlé solicitou ao CADE que o mesmo tomasse providências sobre algumas irregularidades detectadas no processo. Os advogados da multinacional afirmaram que nos dias 7 e 13 de outubro, após o último julgamento do dia 5, foram anexados formalmente vários documentos ao processo. Entretanto, alguns integrantes do Conselho tiveram acesso a esses documentos antes do julgamento, enquanto a Nestlé e outros conselheiros somente tomaram conhecimento das informações ali citadas quando os documentos foram juntados oficialmente. Estes volumes incluíam pareceres

técnicos e informações prestadas pela Kraft Foods sobre o caso, e foi ressaltado que vários dados contidos neste deixam claro pontos levantados por conselheiros durante o processo.

No entanto, por quatro votos a um, o Conselho acabou por optar por não aceitar o pedido da Nestlé. Assim, a última posição de veto a compra foi mantido e em 03 de fevereiro de 2005, quase três anos após o anúncio da compra, a mesma foi publicada pelo CADE no Diário Oficial da União, sendo que a partir deste dia começou a contar o prazo de 150 dias para que a operação fosse desfeita. Com este, a Nestlé teria 20 dias para contratar uma empresa para avaliar os ativos da Garoto e outra para acompanhar o processo de alienação. Em 40 dias, a avaliadora deveria emitir um laudo, e a partir deste, a Nestlé teria 90 dias para vender os ativos da empresa sob pena de multa diária de R\$ 30 mil e intervenção judicial para cumprimento da decisão do Conselho.

5.9. Último Recurso na Esfera Administrativa

Em 10 de fevereiro de 2005, a Nestlé entrou com recurso no CADE para alterar a decisão que determinava a venda da Garoto, sendo que este acabava por esgotar as possibilidades de apelação na esfera administrativa. Este recurso, embargos de declaração, como já citamos, é utilizado nos casos em que há contradição, omissão ou obscuridade na decisão do Conselho. Os advogados da Nestlé alegaram que o prazo de julgamento ultrapassou em mais de um ano o período estipulado por lei, tendo sido citados por estes outros casos em que houve reconsideração da decisão por decurso de prazo. A companhia também sinalizou ao órgão antitruste que estaria disposta a oferecer uma participação maior de mercado a concorrentes. Entretanto, em 27 de abril deste ano, o Conselho acabou por rejeitar este recurso administrativo, alegando, por unanimidade, que não houve erros ou obscuridades na última decisão que vetou a compra, e por isso não haveria motivo para reavaliar o processo.

5.10. Caso levado a Justiça

Em 13 de maio de 2005, foi publicada no Diário Oficial da União a decisão final do CADE de reprovação da operação, sendo que a partir desta data a Nestlé teria 150 dias para cumprir a decisão. Entretanto, em 24 de maio deste mesmo ano, a multinacional acabou por entrar com uma ação na 4ª Vara Federal, em Brasília, contestando esta decisão do Conselho

contra a compra da Garoto, conseguindo em 30 de maio uma liminar na Justiça Federal de Brasília para suspender os prazos de venda definidos pelo Conselho. O juiz da 4ª Vara Federal considerou necessária a suspensão do prazo para que fosse possível uma avaliação mais consistente sobre a decisão, solicitando a manifestação do CADE e estando disposto a ouvir esclarecimento do Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santo. O CADE acabou por recorrer desta decisão, e até agora não há prazo previsto para que o juiz decida sobre o novo recurso. Em uma entrevista ao Valor Econômico em 27 de agosto de 2005, o presidente da Nestlé, Ivan Zurita, afirmou que a Nestlé não desistirá da Garoto nunca. E que isto não seria por capricho, e sim porque acreditam no negócio, e por isso irão lutar até o fim.

6. Deficiências do Processo e Oportunidades de Melhoria

O projeto de lei que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mesmo tendo sido criado em 2000, ainda na gestão do presidente Fernando Henrique Cardoso, só foi enviado ao Congresso Nacional em 01 de setembro de 2005 pelo então presidente Luis Inácio Lula da Silva. Participaram da elaboração do documento vários especialistas no tema, distribuídos em órgãos como o CADE, a SEAE e a SDE, como também contou com a colaboração de técnicos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do Instituto Brasileiro da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Devido à falhas na legislação, assim como lacunas de investimento nessa área de política pública, problemas no desenvolvimento da política antitruste no Brasil acabaram por ser revelados.

Basicamente, tais problemas consistem na demora na conclusão de análises de atos de concentração, na desarticulação e duplicação de trabalho, dada à coexistência de três instâncias de deliberação, os três órgãos pertencentes ao SBDC; na carência de um quadro de carreira de servidores especializados e capazes de aprofundar e consolidar as análises econômicas necessárias à boa aplicação da legislação; e no fato de que as decisões em processos de fusão e aquisição são tomadas com as operações já realizadas. Assim, em suma, este projeto altera os três pontos fundamentais para tornar a defesa da concorrência mais eficiente: unifica os três órgãos por onde atualmente tramitam os processos - SDE, SEAE e CADE; aumenta o mandato dos conselheiros do CADE de dois para quatro anos, sem direito a recondução, criando um plano de carreira; e exige aprovação prévia para fusões e aquisições entre empresas.

Em linhas gerais, vale destacar o funcionamento atual do sistema de defesa da concorrência. A SDE, do Ministério da Justiça, é a porta de entrada para quaisquer processos a serem analisados. Ela os encaminha para a SEAE, do Ministério da Fazenda, que emite pareceres relativos aos impactos econômicos das operações, e a partir daí, elabora o seu próprio parecer. Com esta fase concluída, o assunto será encaminhado ao CADE, que é o órgão que detém o poder de decisão sobre os temas relativos à concorrência no Brasil. Neste último órgão, um relator é escolhido aleatoriamente entre os sete participantes - seis conselheiros e um presidente, e este então fica com a função de preparar o processo, com a ajuda de uma equipe técnica, para discussão em sessões plenárias. Os conselheiros são especialistas com conhecimento de direito ou economia, indicados pelo governo, e com mandatos de dois anos, que pode ser renovado por mais dois.

Uma das questões levantadas por alguns dos próprios conselheiros do CADE é que existem dois secretários, um deles é cargo de confiança do ministro da Justiça e outro do ministro da Fazenda, e um presidente de uma autarquia, o Conselho Administrativo. Assim, é grande a chance de haver certa disputa entre os três ou entre as equipes técnicas. Além disso, vemos que a SEAE elabora um parecer sobre um ato de concentração, que é refeito pela SDE, atrasando o processo, que ao chegar ao CADE, ainda pode ser alongado se for interesse de uma das partes. No entanto, temos no final que um mesmo trabalho pode ter sido feito três vezes.

Para isso, o projeto de lei propõe a unificação das funções de instrução e julgamento em um mesmo órgão, que incorporaria o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE e o atual CADE, mantendo-se o nome de Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dá novas atribuições a SEAE. Este novo CADE seria composto por: um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um economista-chefe, responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos; por uma Superintendência-Geral, responsável pela instrução de investigações relativas a atos de concentração e condutas anticompetitivas, tendo este a incumbência de decidir nos casos mais simples, que não serão enviados ao Tribunal, sendo que estas decisões sempre serão passíveis de revisão pelo CADE e pela SEAE; por uma Procuradoria Federal e por um Tribunal, que continuaria independente e teria uma decisão final de todos os processos administrativos, à exceção daqueles em que as partes apelassem para as cortes judiciais.

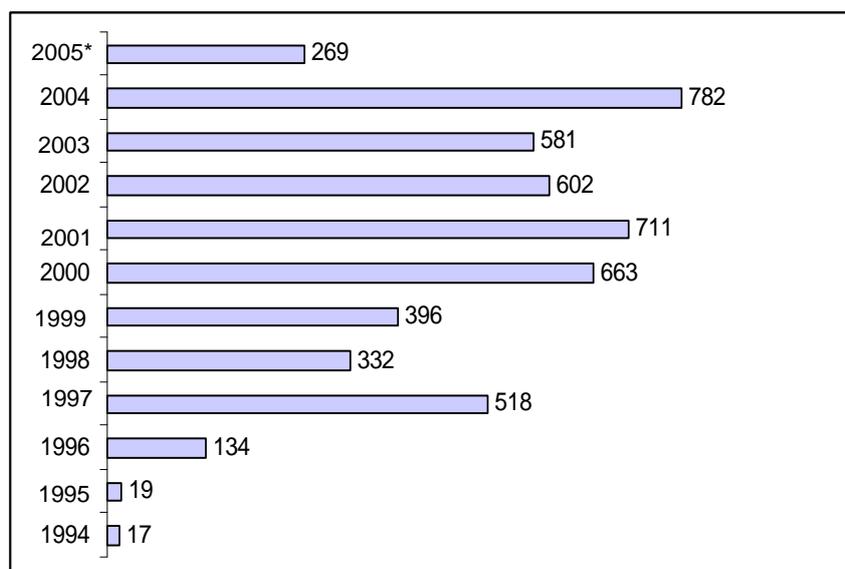
Nesta proposta do governo, os técnicos que hoje trabalham nos três órgãos do SBDC passariam para esta nova diretoria-geral, baseada no Ministério da Justiça, com um diretor que seria nomeado pelo governo, mas que dependeria de uma aprovação do Senado, como nos casos dos presidentes das agências reguladoras. Em suma, caberia a essa diretoria-geral toda a instrução dos processos, da investigação às análises jurídica e econômica. Além de ter o poder de não autorizar uma operação de compra ou fusão e poder punir os desvios de conduta no processo concorrencial. Já o Plenário do CADE passaria a funcionar como uma segunda instância, de caráter revisionário, para onde seguiriam apenas os processos que os conselheiros pedissem para rever. Vale ressaltar que atualmente todos os casos que entram no sistema precisam percorrer todas as fases do processo, o que acaba por desviar esforços que poderiam ser concentrados nos processos realmente complexos. Assim, com a seleção dos casos que serão enviados pela Superintendência-Geral ao Tribunal, os que efetivamente apresentam dano ou prejuízo a concorrência, aumentaria a eficiência administrativa, reduziria o custo e acarretaria em uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência.

A SEAE continuaria a existir e passaria a ser responsável pelos casos de concentração nos setores regulados, como o elétrico e o de telecomunicações, dado que a lei que criou o Plano Real estabelece que todas as tarifas de serviços públicos em regime de concessão devem ficar sob supervisão deste órgão. Ela passaria a opinar sobre as normas enviadas pelas agências reguladoras para consulta pública, elaboraria estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica e poderia propor a revisão de normativos que afetem a livre concorrência. Para isso, este órgão teria acesso irrestrito às informações do CADE e poderia requisitar informações, documentos ou esclarecimentos, sem afetar os prazos previstos.

E o setor financeiro também ficaria fora da esfera de decisão do CADE, pois atos de concentração neste setor são de responsabilidade do Banco Central. Embora esta instituição e o CADE divergissem de opinião a respeito desse assunto, já que o Banco Central entende que foi criado por uma lei complementar, que é superior a lei ordinária que definiu o sistema de defesa da concorrência, a Advocacia-Geral da União arbitrou que era de competência do Banco Central a decisão sobre um possível ato de concentração de poder econômico.

Já com relação ao aumento do mandato dos conselheiros do CADE de dois para quatro anos, sem direito a recondução, esta medida acaba por dar mais tempo aos conselheiros que acompanham os processos, solidificando o conhecimento, o que contribui para o amadurecimento do sistema e bloqueia possíveis intervenções políticas. Outra proposta do projeto é a criação de um plano de carreira, pois este segura o funcionário, o que é fundamental numa área muito especializada, que necessita de memória e agilidade, além de exigir um conhecimento multidisciplinar.

Atualmente, os órgãos dos SBDC não têm funcionários de carreira e seus quadros são formados por funcionários comissionados cedidos por outros órgãos do governo ou contratados, mediante concurso, por dois anos. No total, são 190 funcionários, que julgaram 663 casos em 2000, enquanto nos Estados Unidos foram avaliados 456 processos, com um quadro de 1.804 pessoas, segundo dados do próprio CADE. Abaixo, segue o número de processos julgados pelo CADE desde 1994 até junho de 2005.



* Até junho de 2005.

Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Outro ponto abordado pelo projeto, considerado o crucial da reforma, é a necessidade de autorização prévia para fusões ou aquisições em casos que possam resultar em abuso de poder econômico, como por exemplo, a criação de uma grande empresa que detenha quase todo o mercado de um mesmo tipo de produto e, por isso, exerça uma espécie de

monopólio. Atualmente, as autoridades não têm o poder de evitar o movimento de concentração, elas podem impor sua anulação posterior, o que, na prática, é muito mais difícil pelas repercussões econômicas. Em certos casos de fusões ou aquisições, a solução de um conflito pode demorar dois anos e acabar saindo quando os negócios já estão consolidados. Vale destacar que o prazo não está fora do padrão internacional da União Européia ou dos Estados Unidos, onde é preciso autorização prévia da autoridade de defesa da concorrência para fazer o negócio.

No Brasil, ao contrário, o CADE pode decidir pela dissolução da transação quando a mesma já está consolidada, como foi o caso da aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé que abordamos. Depois de dois anos, o CADE não autorizou a negociação e determinou a venda da Garoto. A Nestlé, como vimos, entrou com recurso na Justiça, o que fará com que o processo se arraste ainda por um tempo imprevisível. Assim, neste sistema de análise posterior, investidores podem sair prejudicados e o governo acaba por gastar tempo e dinheiro para defender na Justiça as decisões tomadas pelo CADE.

Diante disso, entendemos a proposta de avaliação prévia contida no projeto. Lembrando também que com essa as partes envolvidas no processo teriam incentivos a colaborar com a análise do processo. Adicionalmente, teremos a inclusão de uma trava para a necessidade de notificação de operações, passando a ser necessário que pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado no ano anterior à operação o faturamento bruto ou volume de negócios no país igual ou superior a R\$ 150 milhões, e que pelo menos o outro grupo tenha registrado igual ou superior a R\$ 30 milhões.

Destacando que a lei atual prevê que as empresas com faturamento superior a R\$ 400 milhões, mesmo no exterior, submetam qualquer tipo de aquisição ao conselho. Sendo também abolido o critério baseado no domínio de parcela de mercado de vinte por cento após a operação para a notificação de operações. Com a nova lei, estima-se que apenas 5% dos processos de fusões e aquisições chegarão a julgamento pelo Tribunal (Plenário do CADE). Somados a isso, a reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vai reduzir para no máximo 180 dias o prazo de análise de fusões e aquisições pelo CADE.

Assim, demonstramos as inovações mais importantes do projeto de lei que alterariam veementemente o decorrer dos processos de fusões e aquisições analisados até hoje no Brasil, como o caso Nestlé-Garoto abordado neste estudo. Ao assinar a mensagem ao Congresso

em solenidade no Palácio do Planalto no dia 01 de setembro de 2005, data em que o governo encaminhou o projeto, o presidente Luis Inácio Lula da Silva, disse que o projeto não trata de “criar processos burocráticos ou ressuscitar o intervencionismo econômico. Muito pelo contrário, estou falando de definir de forma clara e consensuada democraticamente regras e normas republicanas, que contrabalancem as assimetrias da globalização”, como noticiado no jornal Folha da São Paulo neste mesmo dia.

7. Conclusão

Na análise do processo decisório do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre o caso Nestlé-Garoto, foram apontados tanto os pontos defendidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico quanto os pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico, destacando a existência de divergência de opiniões entre estas em diversos momentos. Baseavam esta análise as teorias de definição do mercado relevante, através do estudo do teste do monopolista hipotético, e a avaliação do poder de mercado. Como os modelos de competição em oligopólio, também considerados e discutidos pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Após o estudo da fusão Nestlé-Garoto e o entendimento das racionalidades da decisão do CADE neste processo, devem ser ressaltados os benefícios provenientes do Projeto de Lei já enviado ao Congresso Nacional para a atuação da defesa da concorrência no Brasil. Deficiências apresentadas na gestão do caso Nestlé-Garoto poderiam ter sido evitadas com as normas impostas por esse projeto de lei. Um exemplo disso é a grande demora para decisão final do Conselho a respeito desta operação, ressaltando que este problema de descumprimento de prazos foi bastante atacado já que o início do processo se deu em 28 de fevereiro de 2002 e o último veto do CADE somente em 27 de abril de 2005.

A reforma proposta pelo projeto prevê redução para no máximo 180 dias o prazo de análise de fusões e aquisições pelo CADE. Outras relevantes questões se devem à unificação dos órgãos por onde atualmente tramitam os processos, reduzindo a desarticulação e duplicação do trabalho; à necessidade de autorização prévia para fusões ou

aquisições em casos que possam resultar em abuso de poder econômico; assim como uma imposição de foco para o CADE no que diz respeito a análises de casos que realmente se mostram prejudiciais a concorrência, o que acaba por aumentar a eficiência deste órgão e tendo como consequência também uma redução de atraso nos prazos.

Por fim, um ponto interessante de ser abordado se refere à ousadia da Nestlé, companhia oriunda de um país integrante da União Européia, jurisdição de uma das mais rigorosas autoridades antitrustes do mundo, nessa aposta de fusão com a Garoto no Brasil dado o elevado grau de concentração proveniente desta operação. Em matéria publicada no jornal Valor Econômico de 06 de fevereiro de 2004, um analista do Banco Pictet, instituição sediada em Genebra, não muito longe de onde se situa a sede mundial da Nestlé, afirma que a essa empresa de modo algum teria se arriscado em tentar operação semelhante na Europa ou nos Estados Unidos, caso já tivesse controle de tão elevada fatia do mercado.

Com isso, deve ser ressaltado que a decisão do CADE não foi diferente da que seria tomada em países com uma maior tradição na política de defesa da concorrência. Assim, decisões como a do caso Nestlé-Garoto fortalecem não apenas os instrumentos necessários à sustentação do crescimento econômico do país, como também a credibilidade de nossas políticas públicas no plano internacional.

8. Bibliografia

- Reis, José Guilherme; Urani, André; Giambiagi, Fabio, “Reformas no Brasil: Balanço e Agenda.”
- Braga, Marcelo; Aguiar, Danilo; Teixeira, Erly Cardoso, “Defesa da Concorrência e Poder de Mercado no Agronegócio.” – Viçosa: UFV, 2005.
- Motta, M. (2004) Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge University Press, Cambridge, EUA.
- Viscusi, W. K.; J. Vernon e J. Harrington [2000] Economics of Regulation and Antitrust, MIT Press, Massachusetts Institute of Technology, E.U.A. 3a ed.
- Varian, Hal R. Microeconomia: Princípios Básicos, Editora Campus.
- Relatório Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Gabinete Conselheiro Thompson Andrade, Ato de Concentração n ° 08012.001697/2002-89.
- Parecer Técnico Secretaria de Acompanhamento Econômico, n° 196 CONDU/COGPI/SEAE/MF.

- Valor Econômico - Matérias relacionadas ao tema, de 28 de fevereiro de 2002 até 28 de março de 2005.
- Folha de São Paulo - Matérias relacionadas ao tema, de 22 de fevereiro de 2002 até 01 de setembro de 2005.
- Parecer n ° 245/2004 – Pedido de Reapreciação - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Relator Conselheiro Thompson Andrade.
- Parecer ProCADE n ° 130/2005 – Relator Conselheiro Luiz Fernando Rigato Vasconcelos.
- Votos Conselheiros CADE para Ato n ° 08012.001697/2002-89: Thompson Andrade, Cleveland Prates Teixeira, Luis Alberto Esteves Scaloppe, Fernando de Oliveira, Luiz Fernando Vasconcelos, Luiz Carlos Delorme Prado, Roberto Augusto Pfeiffer, e voto Presidente João Grandino Rodas.
- Revista desafios do desenvolvimento – IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Julho de 2005, edição 12. Matéria: Incentivo à competição, p. 38 a 43.
- Ramos, Marcelo Matos, “Reflexões sobre o caso Nestlé-Garoto”.
- Araújo, José Tavares, “Gabeira, a lei antitruste e o gramado de Oxford”. 18 de março de 2004.
- Araújo, José Tavares, “A decisão do CADE e o seu contexto histórico”. 17 de fevereiro de 2004
- Werneck, Rogério, “Chocolate e lambanço. Reações à decisão do CADE põem à prova o sistema de defesa da concorrência”. O Estado de São Paulo, 13 de fevereiro de 2004.