

DOUTRINAS

As fusões e suas repercussões para os consumidores e a concorrência

AS FUSÕES E SUAS REPERCUSSÕES PARA OS CONSUMIDORES E À CONCORRÊNCIA

Natácia Lopes Magalhães

Participante do XXXI Programa de Intercâmbio do CADE realizado em janeiro/fevereiro de 2011.
Graduanda da Universidade Federal de Minas Gerais.
E-mail: nataciamagalhaes@hotmail.com

1. Introdução. 2. Princípios do Direito Concorrencial: proteção do consumidor e tutela da concorrência.. 2.1. A proteção do consumidor. 2.2 A livre concorrência. 2.3. Concentrações empresariais. 3. Análise do guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. 4. Estudo de caso - aquisição da Garoto pela Nestlé. 5. Conclusões. 6. Referências

RESUMO

Uma fusão é, por muitos, considerada uma operação preocupante. Isso porque, em muitos casos, as empresas concentradas podem posteriormente obter poder de mercado, aumentando seus preços abusivamente e diminuindo a qualidade de seus produtos. Em contrapartida, tal ato também pode ser pró-competitivo. O presente artigo tem, portanto, como objetivo verificar quais repercussões as fusões podem gerar aos consumidores e à concorrência, utilizando-se para tanto o “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal” contido na Resolução conjunta da SEAE/SDE nº 50. Para maior compreensão de tal análise, elaborou-se um estudo de caso acerca do ato de concentração em que a empresa Nestlé Brasil Ltda, a Nestlé, realizou a aquisição da “Chocolates Garoto S/A”, conhecida como Garoto. A partir desse exame, constatou-se que o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão responsável pelo controle dos atos de concentração, leva, de fato, em consideração os possíveis prejuízos causados aos consumidores e à concorrência.

ABSTRACT

A merger is, to many, considered a worrying operation. This is because, in many cases, concentrated companies may later acquire market power, raising prices abusively and decreasing product's quality. In contrast, this act may also be pro-competitive. The present article has, therefore, as purpose verify what repercussions merger can engender to consumers and competition, using for that the guideline “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal” restrained in the SEAE/SDE's joint Resolution nº 50. Aiming better comprehension of that analysis, a case study about the concentrate act was conducted, in which the company Nestlé Brasil Ltda, Nestlé, carried the purchase of “Chocolates Garoto S/A”, known as Garoto. From this review, it was noted that CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsible agency for merger's control, takes into account the possible harm caused to consumers and competition, indeed.

Palavras-chave: fusões - proteção aos consumidores - tutela da concorrência.

1. Introdução

O estudo pretendido no presente artigo refere-se a uma análise da repercussão das fusões aos consumidores e à concorrência. Na maioria das vezes, uma fusão é examinada como uma operação preocupante. Tendo como base um cenário de concorrência perfeita, isto é, onde existem diversos agentes econômicos com pequena parcela de mercado, concentrações como as fusões podem ser um fator propulsor de um monopólio, já que nesse processo diminuem-se os agentes econômicos.

Porém, se verá que tal argumento não prospera. Os atos de concentração, dentre eles as fusões, não podem ser considerados um bem ou mal em si. Tais atos, na verdade, podem ser uma solução para as empresas, que terão seus custos diminuídos e, conseqüentemente, preços menores. Nesse caso, por exemplo, essa operação pode ser vista como pró-competitiva e benéfica aos consumidores. Com a diminuição de preços há um incentivo da concorrência, beneficiando o consumidor com a redução dos preços e com produtos de maior qualidade.

Nem sempre, contudo, as fusões serão positivas. Realmente, há casos em que tal operação pode acarretar a formação de um monopólio com posterior aumento abusivo de preços em detrimento da qualidade do produto. Daí a importância de se haver um órgão responsável para fiscalizar tais atos de concentração. No Brasil, tal responsabilidade é dada ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que examinará e aprovará ou não a operação, tendo como base a defesa da concorrência.

As fusões são consideradas negativas quando permitirem que, posteriormente, a empresa concentrada abuse de sua posição dominante ou cometa alguma conduta reprovada pelas Leis Antitruste. Nesse sentido, o Direito Antitruste tem o papel de tutelar a concorrência e permitir aos consumidores a possibilidade de escolha de produtos ou serviços, obtendo-se um mercado com preços competitivos e produtos de melhor qualidade.

Não há como discorrer sobre tal tema sem, primeiramente, abordar conceitos básicos. Eles serão vistos de forma bem sucinta a fim de uma melhor compreensão das análises posteriores.

Ademais, no presente artigo, todo esse estudo será feito através do exame do Guia de Análise Econômica, contido na Resolução conjunta da SEAE/SDE nº50. Em seguida, para um melhor entendimento de como se dá essa análise, elaborou-se um estudo de caso, abordando tais questões. Escolheu-se o ato de concentração envolvendo Nestlé e Garoto, tratando-se de uma aquisição da Garoto pela Nestlé. Este ato foi reprovado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) uma vez que tal operação acarretaria um grande poder de mercado às empresas, o que prejudicaria o consumidor e poderia eliminar a concorrência.

Por fim, esse artigo tem como finalidade evidenciar a importância dos consumidores, mesmo que de forma indireta, na análise das concentrações empresariais, e a preocupação que se tem em resguardar a concorrência.

2. Princípios básicos do direito concorrencial: proteção do consumidor e tutela da concorrência

A economia atual é regida por leis e princípios. Dentre aqueles que regem a atividade econômica encontram-se o “da livre concorrência” e “da defesa do consumidor”. Para assegurar tais princípios, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 170, IV, dispõe:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV – livre concorrência

V – defesa do consumidor”.

Ademais, o artigo 173, §4º, desta Constituição, trata:

“a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

A partir dessa base legal, criou-se a Lei Antitruste, nº8884/94, que elenca em seu artigo 1º seus princípios, entre os quais:

“a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico”.

Dessa forma, nota-se a relevância da proteção ao consumidor e da tutela à concorrência no atual contexto econômico. Esses dois princípios devem ser resguardados a fim de se promover o bem-estar social. É por meio da manutenção da concorrência que se mantém a proteção do consumidor, uma vez que havendo uma tutela daquela evita-se comportamentos abusivos por parte de certa empresa que detenha grande poder de mercado.

2.1. A proteção do consumidor

Na Constituição Federal a proteção aos direitos do consumidor é introduzida como um direito e uma garantia fundamental (art. 5º, XXXII). Ademais, tal proteção é fortalecida com a promulgação da Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor. Tal legislação afirma em seu artigo 2º:

“Art 2º: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

A partir desse dispositivo legal, incentivou-se que também outras legislações resguardassem os direitos do consumidor. A Lei da Concorrência, nº8884/94, acompanha tal tendência visando principalmente defender a liberdade de escolha dos consumidores, em meio a um conflito entre os interesses destes e daqueles defendidos pelo poder econômico privado.

No Brasil, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é que, por meio de ações preventivas e repressivas, busca impedir que os consumidores sejam prejudicados devido a comportamentos ou mudanças estruturais causadas pelos agentes econômicos. No presente artigo, será focado as ações preventivas relativas aos atos de concentração submetidos ao CADE. Nestes, tal órgão busca garantir, de forma indireta, o bem estar do consumidor, isto é, que este obtenha serviços e produtos de melhor qualidade a preços mais baixos.

2.2. A livre concorrência

A concorrência, de acordo com José Júlio Borges, poderia ser definida pela “*liberdade de competir de forma correta e honesta, não se admitindo embaraços artificiais à entrada de novas empresas no mercado ou ao desenvolvimento da atividade empresarial*”¹.

A concorrência no mercado pode ser notada quando houver, ao mesmo tempo, diversos vendedores e compradores, de maneira que estes possam escolher qual produto desejam comprar. Nesse cenário, o preço será determinado com base na lei da oferta e da procura.

Assim, haverá uma concorrência perfeita quando, nesse mercado, existir um equilíbrio entre os agentes, em que as empresas e os consumidores não terão um poder centralizado para influenciar o preço dos produtos no mercado.

Borges da Fonseca indica diversas funções da concorrência. Primeiramente, considera-se que ela ordena o mercado. Em segundo lugar, há uma estimulação da tecnologia, um aumento da produtividade e também uma proteção ao consumidor, que terá resguardado seu direito de escolha. Por fim, garante uma melhor divisão de renda, seleciona as melhores empresas e evita a concentração do poder político.²

Calixto Salomão Filho trata da concorrência em dois aspectos. O primeiro deles se refere à garantia de comportamentos leais pelos agentes econômicos, respeitando certas regras mínimas impostas pelo mercado. Outro aspecto é assegurar um equilíbrio das relações econômicas.³ Faz-se necessário, portanto, evitar que surja um poder econômico que domine o mercado.

É preciso considerar que quando ambos os aspectos da concorrência supracitados são desrespeitados a finalidade dos agentes é a mesma: impedir que o consumidor tenha direito a uma escolha livre e informada, como aborda Nuno T. P. Carvalho⁴.

Nesse sentido, quando não há a livre concorrência identifica-se um mercado com monopólios e oligopólios, em que há preponderância de umas empresas sobre as outras.

No monopólio, do grego *monopólion* (venda por um só),⁵ esse fenômeno se dá quando o controle é feito por apenas um agente econômico. Dessa forma, seu poder é tamanho que pode ele reduzir a oferta e aumentar o preço de mercado de forma arbitrária, tendo seus lucros maximizados. Pode-se dizer que o monopolista é um *price maker* e não um *price taker*, característico de um sistema competitivo⁶.

¹ FONSECA, José Júlio Borges (1997), pág. 29.

² _____, pág. 30.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. (2003). Página 74.

⁴ CARVALHO, Nuno T. P. (1995), pág 25.

⁵ VAZ, Isabel (1998) pág. 35

⁶ CARVALHO, Nuno T. P. (1995), pág. 55.

A eficiência da produção, por consequência, poderá se tornar menor caso o monopolista produza menos e aumente os preços, o que acaba gerando maior concentração de renda.

Já nos oligopólios, ocorre que apenas uma pequena quantidade de empresas se voltam para determinado setor na economia e, dentro dessa parcela, há um número restrito que controla tal setor. Há, portanto, uma interdependência nessa estrutura de mercado, não apenas com relação aos preços, mas também à propaganda, publicidade, qualidade e assistência aos consumidores⁷. Os cartéis, por exemplo, advém do oligopólio, em que diversas empresas de determinada área econômica negociam a monopolização do mercado. Percebe-se aí um “paralelismo consciente”, haja vista a semelhança de comportamento entre elas. Como consequência, a entrada de novas empresas na concorrência será dificultada pelo poder daquelas já dominantes.

É, portanto, intrínseca a tutela da livre concorrência a fim de se evitar que cenários como esses, com a formação de monopólios e oligopólios, ocorram. Ao mesmo tempo, é nesse contexto que surgem as concentrações empresariais, em que as pequenas empresas visam se fortalecer e maximizar seus lucros, o que, em certos casos, acaba incentivando a formação de monopólios.

2.3. Concentrações empresariais

De acordo com Nuno T. P. Carvalho, uma concentração empresarial pode ser definida como “*todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e votos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial*”.⁸

Sobre o processo de surgimento das concentrações, afirma João Bosco Leopoldino da Fonseca:

*“Os mais fortes e mais hábeis, ou que querem tornar-se tais, logo descobrem meios de se fortalecer ainda mais e de atuar no mercado com predominância sobre os demais. Assim é que, de 1850 a 1880, começa a surgir um novo tipo de capitalismo, um capitalismo de grupo ou oligopolístico. [...] Surge assim um novo estado industrial, em que as modernas expressões do capital se impõe de maneira desigual sobre os trabalhadores e consumidores. A crise se instaura e atinge o seu ápice no início do século XX, ficando a grande primeira guerra como o primeiro grande divisor de águas. O fenômeno da concentração de empresas surge com pujança e com determinação, gerando toda uma situação de profunda mudança e de crise”.*⁹

Por meio da concentração, as empresas objetivam maior eficiência, racionalizar os processos de produção e distribuição, investir em novas tecnologias para competir com outras empresas e satisfazer uma crescente demanda. Muitas sociedades empresárias buscam também eliminar a concorrência por meio desse processo, justamente adquirindo a empresa concorrente a fim de terem seus lucros aumentados.

⁷ BRITO, Beatriz Gontijo de(2002). Pág. 10

⁸ CARVALHO, Nuno T. P. (1995). Pág. 91,92.

⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino (2001). Pág. 6.

Dentre as diferentes formas de concentração de empresas estão a fusão, participação societária, união pessoal, empresa sob controle comum, contratos empresariais, dentre outros. Porém, no presente artigo o tema abordado será delimitado ao processo das fusões.

Uma fusão, segundo o artigo 228, *caput*, da Lei 6.404 de 1976, “é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

Na maioria das vezes, uma fusão é tida como uma operação que necessita de uma análise minuciosa, já que nesse processo diminuem os agentes econômicos do mercado.

Em diversas circunstâncias, as fusões podem ser uma solução para as empresas, que terão seus custos diminuídos, possibilitando a diminuição dos preços de seus produtos. Nesse caso, por exemplo, essa operação pode ser vista como pró-competitiva e benéfica aos consumidores, já que a diminuição de preços incentiva a concorrência e, por conseqüência, beneficia o consumidor com preços menores e produtos de maior qualidade. Como dispõe Calixto Salomão Filho¹⁰:

"O que ocorre é que, no mercado concentrado, a união entre empresas pode ser necessária à sobrevivência econômica da empresa, e não um ato tendente a criar poder no mercado. Nesses casos, o aumento do poder da nova empresa que se forma pode servir como contrapeso ao poder do outro participante ou dos outros participantes e tornar o mercado mais competitivo."

Nem sempre, contudo, as fusões serão positivas. De fato, existem casos em que tal operação leva a formação de monopólio, que, posteriormente, aumenta abusivamente seus preços e reduz a qualidade de seus produtos¹¹. Daí a importância de se haver um órgão responsável para fiscalizar tais atos de concentração.

No Brasil, tal incumbência é dada ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência). Composto o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tal órgão tem como papel promover a competitividade do sistema econômico, prevenindo e reprimindo ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência¹². Assim, o CADE possui uma função preventiva, repressiva e educativa.

O papel preventivo do CADE se refere a análise dos atos de concentração como fusões, incorporações, associações entre empresas, dentre outras. O CADE deve analisar os efeitos dessas operações e, caso estas infringam a livre-concorrência, poderá reprová-las ou impor obrigações às empresas. Já o repressivo tem como fundamento o artigo 20, da Lei nº 8.884/94. O CADE irá reprimir práticas que infringam a ordem econômica, por exemplo, cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, entre outros. Por fim, por meio de palestras, seminários, cursos, cartilhas, dentre outros, o CADE desenvolve um papel pedagógico, buscando a difusão das regras de livre concorrência.

O CADE é vinculado ao Ministério da Justiça, faz parte da jurisdição administrativa e é regido pela Lei nº 8.884/94.

No que se refere aos atos de concentração, especificamente as fusões, o CADE analisa as alterações estruturais que poderão ocorrer no mercado. De acordo com o artigo 54, da Lei nº 8.884, "os atos, sob quaisquer formas manifestados, que possam limitar ou de

10 FILHO, Calixto Salomão (2007). Pág. 179.

11 MOURA, Fabíola & BELTRAME, Priscila Akemi. 2005. Pág. 106

12 CAIXETA, Simone Letícia de Sousa (2004). Pág. 98.

qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE¹³.

Seu parágrafo segundo (§2º) dispõe que atos como as fusões deverão ser apreciados pelo CADE caso tenham uma participação maior de 20% do mercado relevante ou que tenha tido faturamento bruto anual superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A SDE (Secretaria de Direito Econômico) e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) também são órgãos encarregados da defesa da concorrência. A SDE, integrante do Ministério da Justiça, possui a função de investigar a existência de condutas anticoncorrenciais e também de emitir parecer sobre os atos de concentração apreciados pelo CADE.¹⁴ A SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, no âmbito da concorrência, tem como papel auxiliar a SDE, enviando estudos e relatórios que tem como foco os aspectos econômicos das operações e práticas investigadas.

Ressalte-se, nesse momento, a importância da Portaria criada em conjunto pela SEAE/SDE, nº 50. Nessa Portaria foi criado o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, evidenciando os procedimentos e princípios adotados pela SEAE e SDE para analisar os atos de concentração. A partir desse Guia, será agora analisada a repercussão das fusões para os consumidores e para a concorrência, tendo como base seus fundamentos de análise.

3. Análise do guia para análise econômica de atos de concentração horizontal

O referido Guia trata de quatro cenários básicos, em que três deles não reduzem o bem-estar econômico, devendo, portanto, ser aprovados. Já em relação ao quarto cenário, há redução do bem-estar e, por isso, os pareceres da SEAE e da SDE devem ser desfavoráveis à operação.

Tal análise se mostra de extrema relevância já que ao mesmo tempo em que as concentrações podem ser pró-competitivas, podem ser consideradas negativas ao bem-estar econômico. Daí a importância de se examinar o presente Guia, a fim de verificar se uma fusão, como ato de concentração, possui ou não efeitos positivos aos consumidores e à concorrência.

Esse Guia possui cinco etapas. Na Etapa I define-se o mercado relevante. Na Etapa II busca-se saber se a empresa envolvida na operação possui parcela substancial de mercado. Posteriormente, na Etapa III, verifica-se a probabilidade de exercício de poder de mercado. Na Etapa IV se examinam quais são as eficiências geradas e, por fim, na etapa V, analisa-se se os custos do exercício de poder de mercado são maiores que aquelas eficiências. Caso em todas as etapas supracitadas a resposta seja afirmativa, o parecer da SEAE/SDE deve ser negativo, isto é, a operação deve ser reprovada. Porém, se em qualquer uma dessas etapas se perceber que não ocorrem as situações tratadas o parecer deverá ser favorável à operação.

Nesse sentido, serão, agora, analisados quais os fundamentos de se considerar cada uma dessas etapas. A partir dessa perspectiva, poderá se verificar os casos nos quais as fusões serão benéficas ou prejudiciais.

13 TADDEI, Marcelo Gazzí, 2001. Página 5.

14 _____, Página 3.

Em relação à Etapa I, tendo em vista a definição do mercado relevante, Paula O. Forgioni afirma:

"A caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma operação de concentração entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro desse mesmo mercado. Restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização".¹⁵

De acordo com o Guia, disposto na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, o mercado relevante é determinado "em termos dos produtos e/ou serviço(de agora em diante simplesmente produtos) que o compõe (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica)."

A partir desses pressupostos, torna-se necessário analisar o mercado relevante sob dois aspectos: dimensão do produto e dimensão geográfica.

A dimensão do produto refere-se a substitutibilidade dos produtos pelos consumidores tanto pelo lado da oferta quanto da demanda, tendo em consideração suas características, preços e utilização¹⁶. Pelo lado da demanda, tem-se em vista a escolha do consumidor. Tal escolha não pode basear-se somente no uso dos produtos, já que uma diferença relevante de preços entre ambos pode fazer com que o consumidor não o consuma. No lado da oferta, a questão importante é determinar a capacidade das demais empresas para produzir o produto substituto, caso seja necessário que estas empresas redirecionem sua produção para a fabricação de tal produto.¹⁷

No que se refere à dimensão geográfica, segundo Hovenkamp, esta se refere a determinada área na qual uma empresa pode aumentar seus preços sem que isso resulte em 1) uma perda de um grande número de clientes, que passariam a utilizar de um fornecedor alternativo situado fora daquele local ou 2) inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da área considerada, produzem bens similares.¹⁸

Tal mercado pode ser delimitado baseando-se no teste do "monopolista hipotético". Mario Luiz Possas explica:

"(...)observe-se, em terceiro lugar, que se supõe uma firma hipotética - que nada tem a ver, em princípio, com a(s) firma(s) concreta(s) em causa -, maximizadora de lucros (hipótese tampouco necessariamente realista), que detenha um também hipotético monopólio da oferta - presente e futura - no mercado considerado (produto/área), em consequência do qual possa impor um aumento de preço "pequeno mas significativo e não transitório", caracterizando assim um - mais uma vez - hipotético exercício de poder de mercado, mantidas as demais condições constantes. Como se vê, a possibilidade mesma de que tal monopolista hipotético detenha poder de

15 FORGIONI, Paula O. (1998). Pág. 217.

16 Resolução nº15, item 1.6.1, Anexo V, do CADE.

17 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 114, 117.

18 HOVENKAMPF, Herbert (1994). Pág. 113. (Tradução livre) "The relevant geographic market for antitrust purposes is some geographic area in which a firm can increase its price without 1) large numbers of its customers quickly turning to alternative supply sources outside the area; or 2) producers outside the area quickly flooding the area with substitute products".

mercado em termos de preço elevando-o para aumentar seus lucros, é precondição básica para que o próprio mercado possa vir a ser definido".¹⁹

Tendo analisado como se dá a Etapa I, passa-se ao estudo da Etapa II. Nesta, busca-se saber qual o percentual de participação da empresa envolvida em um ato de concentração no mercado relevante definido anteriormente. A partir disso, é possível saber se esta empresa possui *posição dominante*. Esta ocorre sempre que uma empresa detenha poder para agir sobre o mercado, influenciar o comportamento dos competidores, controlar preços e a produção e bens e serviços de forma autônoma.²⁰

A lei concorrencial brasileira, Lei nº 8.884/94, explica, em seu artigo 20, §§ 2º e 3º, que há posição dominante quando "*uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante*", isto é, "*quando a empresa ou grupo de empresas controla 20%(vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia*".²¹

Assim, a fim de proteger a concorrência no mercado, será objeto de análise a porcentagem de participação da empresa antes da operação e após a mesma. Caso esse percentual seja superior a 20%, o Cade deverá examinar se as próximas Etapas serão favoráveis para aprovar a operação. Em regra, se a empresa possuir menos de 20% de participação, o ato de concentração deverá ser aprovado. Isso se dá devido a baixa influência dessa empresa no mercado relevante. Ora, quando uma empresa ou um grupo de empresas possui uma parcela substancial no mercado, estas poderão, de forma unilateral ou coordenada, alterar preços, a qualidade e quantidade dos produtos, inovação, o que afeta o bem estar do consumidor e a concorrência, já que as outras empresas não terão condições de atender um possível redirecionamento da demanda. Entretanto, caso essa parcela seja baixa, os consumidores poderão facilmente migrar para outros produtos ou para as empresas rivais. Vale ressaltar que tal metodologia não é absoluta.²² Pode ocorrer de uma empresa possuir menos de 20% de participação no mercado e possuir *posição dominante* e alguma outra obter uma maior participação nesse mercado e não possuí-la.

Na Etapa III questiona-se se a empresa envolvida na operação exerce *poder de mercado*. Em seu livro, *Federal Antitrust Policy*, Hovenkamp sustenta que o poder de mercado "*é a capacidade de uma firma aumentar seus lucros, reduzindo sua produção e colocando um preço maior do que um preço competitivo. Mais apropriadamente, poder de mercado seria o poder de aumentar preços acima dos níveis competitivos sem perder suas vendas de tal forma que esse aumento pudesse ser prejudicial*".²³

Importante salientar que a existência de poder de mercado não configura um ilícito antitruste *per se*. Kaplow e Shapiro alegam que o mercado relevante é tecnicamente uma questão de gradação.²⁴ É necessário analisar a extensão desse poder de mercado, já que na prática, toda empresa, possui uma parcela dele. Assim, a partir da verificação das *importações*,

19 POSSAS, Mário Luiz. Pág. 3.

20 BRITO, Beatriz Gontijo de (2002).Pág. 49.

21 Cabe ressaltar, entretanto, que tal método não é o único utilizado. No Brasil, por exemplo, quando uma das empresas envolvidas possuírem rendimento bruto anual equivalente a R\$400.000.000,00, deverão requerer a apreciação do CADE. Há, ainda, outras formas de aferir posição dominante seja com diferentes percentuais seja, por exemplo, por meio da elasticidade da demanda e da elasticidade cruzada. Contudo, no presente artigo somente se terá em consideração aqueles abarcados pelo CADE.

22 Como afirma Paula Forgioni: "*Não basta pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mesurar seu poder, ou seja, sua market power, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegure a posição dominante*." FORGIONI, Paula O. (1998). Pág. 286

23."Is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its product. More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable". HOVENKAMPF, Herbert. (1994). Pág. 79

24 "We first define market power, emphasizing that, as a technical matter, market power is a question of degree". KAPLOW, Louis et SHAPIRO, Carl. Pág 2.

da *entrada*, da *rivalidade* e do possível *exercício unilateral ou coordenado* das empresas pode-se perceber se a empresa envolvida no ato de concentração irá ou não exercer poder de mercado.

Em relação às importações, é importante verificar se estas são um remédio suficiente contra um suposto exercício de poder de mercado. Caso as importações tenham uma participação substancial no mercado relevante em questão, tendo em vista um "pequeno, mas significativo e não transitório" aumento de preço, poderão elas concorrer com os produtos nacionais e abastecer o mercado em tais circunstâncias. Além disso, as importações podem ser uma forma de controlar os preços nacionais uma vez que, em caso de aumento, os consumidores terão para onde migrar suas compras.

A fim de examinar se as importações são realmente um remédio efetivo contra o exercício de poder de mercado, deve-se inferir se os produtos importados de fato concorrem com os nacionais, com base nas tarifas de importação, os custos para colocar tais produtos no mercado interno, a existências de barreiras não-tarifárias, a preferência dos consumidores e os preços internacionais.²⁵ Dessa forma, sendo as importações um impedimento ao exercício de poder de mercado, protege-se o bem estar do consumidor e a tutela da livre concorrência. Entretanto, se as importações não são suficientes deve ser analisado se a *entrada* será "provável", "tempestiva" e "suficiente".

A *entrada* se refere justamente a probabilidade de entrada nesse mercado de novos produtores ou de outros já existentes. Um monopolista hipotético, pelo simples fato de aumentar seus preços, estimularia, em regra, a entrada de rivais para concorrer com seus produtos. Não se trata de uma entrada em potencial ou possível. A mesma deve ser provável, isto é, se essa entrada será lucrativa para o produtor. Tendo isso em vista, ele espera que, ao entrar nesse mercado, os preços diminuam a níveis competitivos ou que haja um aumento da oferta.

Posteriormente, é preciso verificar se a entrada é tempestiva, ou seja, se a mesma ocorrerá em tempo hábil, consideradas pela SEAE e SDE dois anos. Isso porque, se a empresa entrante tiver sua entrada após um longo período, esta não será capaz de amenizar os efeitos gerados por um aumento de preço. Os dois anos considerados acima envolvem o planejamento da nova unidade de produção até o impacto dos preços praticados pelas empresas concentradas. Por fim, essa entrada deve ser suficiente, isto é, se esta será capaz de compensar os efeitos anticompetitivos exercidos da concentração de empresas.

Há de se considerar, nesse cenário, a ocorrência de barreiras à entrada. Estas são todas as limitações impostas às empresas entrantes, sejam elas naturais ou artificiais. De acordo com Calixto Salomão, é por meio dessas barreiras que se verificará os efeitos futuros que uma concentração terá sobre os concorrentes e indiretamente sobre os consumidores.²⁶ As barreiras à entrada diminuem a efetiva concorrência e também a liberdade de iniciativa. Podem ser elas custos irrecuperáveis (*sunk costs*), barreiras legais ou regulatórias, recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas, economias de escala e/ou de escopo, o grau de integração da cadeia produtiva, a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas e a ameaça de reação dos competidores.²⁷

25 Portaria conjunta SEAE/SDE, item 44.

26 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2007). Pág. 185.

27 Portaria conjunta SEAE/SDE, item 52.

Nesse sentido, argumenta Calixto Salomão:

"As barreiras à entrada, são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. (...)Especificamente com relação à concentração de empresas, o desrespeito aos interesses acima mencionados (concorrentes e consumidores) impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente nos incs. III e II. Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (III). Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo competitivo. Toda a concorrência potencial está excluída".²⁸

Dessa forma, percebe-se a dimensão dos prejuízos que a existência de barreiras à entrada causa aos consumidores e à concorrência. Uma vez que a entrada de novos concorrentes é menos provável, a empresa concentrada terá condições de abusar do preço de seus produtos.²⁹ Por consequência, os consumidores serão indiretamente afetados, já que em um cenário de menor concorrência, o direito de escolha deles será diminuído. Na verdade, as barreiras artificiais são mais preocupantes do que as naturais. Enquanto estas decorrem da própria estrutura do mercado e de seus participantes, as artificiais são aquelas criadas pelos comportamentos dos agentes econômicos visando impedir a entrada de novos competidores. As barreiras naturais são a diferenciação entre os produtos, um alto investimento inicial de capital, os custos irrecuperáveis e as vantagens de escala.

As barreiras artificiais são aquelas em que as empresas já existentes dificultam o acesso das empresas entrantes a fornecedores e a formas de distribuição e, ainda, buscam influenciar a escolha do consumidor. Nesses casos, os consumidores podem deixar de consumir outro produto substituto haja vista, por exemplo, a existência de propagandas publicitárias que modifiquem suas preferências. Daí a importância de se examinar de maneira apreensiva a influência das barreiras à entrada em um ato de concentração.

Outro fator também relevante é a análise da rivalidade efetiva. Mesmo em casos em que as importações não sejam suficientes e a entrada não seja provável, tempestiva e suficiente, a existência de rivalidade efetiva poderá impedir o exercício de poder de mercado advindo de um ato de concentração. Isso se dá quando as empresas já estabelecidas no mercado buscam formas de impedir que a nova empresa fundida exerça seu poder a fim de prejudicar as demais. Com tal comportamento, a concorrência continua resguardada, o que beneficia o consumidor.

Porém, quando a rivalidade não é efetiva ocorrerá um provável exercício de poder de mercado. Há casos, ainda, em que esse exercício é feito de forma unilateral ou coordenada. Quando o mercado é de produtos homogêneos, por exemplo, a primeira forma tem maior probabilidade de ocorrer se os consumidores não puderem redirecionar suas compras para outros concorrentes. Esse cenário é percebido quando as demais empresas não conseguem suprir uma maior demanda. Em um mercado onde os produtos são diferenciados, tal acontecimento se dá porque os consumidores não vêem os produtos substitutos como uma segunda alternativa e quando estes não forem substitutos próximos.³⁰

²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 185

²⁹ FAGUNDES, Jorgeet PONDÉ, José Luiz. Pág. 2.

³⁰Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50 item 61 e 62.

Por fim, também haverá exercício de poder de mercado se estiverem presentes condições para a coordenação das decisões. Segundo o item 64, da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, esta se dá quando:

- “1. existirem poucas empresas no mercado*
- 2. os produtos e/ou as empresas são homogêneos;*
- 3. informações relevantes sobre os competidores estão disponíveis;*
- 4. existem condutas empresariais, que, ainda que embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade das empresas.”*

Portanto, se as importações não são remédio efetivo contra o exercício de poder de mercado, a entrada não é provável, tempestiva e suficiente e a rivalidade não é efetiva, constata-se ser provável o exercício de poder de mercado. Isso também ocorre se uma empresa tiver condições para tomar decisões unilateralmente ou coordenadamente. Assim, passa-se a Etapa IV que diz respeito às eficiências.

Apesar da possibilidade de uma fusão gerar um exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, ou ainda uma situação de monopólio, ela pode ser aprovada tendo como justificativa as eficiências trazidas pela operação. O próprio artigo 54, §1º da Lei 8.884 dispõe:

“O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade*
- b) melhorar a qualidade de bens e serviços; ou...*
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”*

Nesse sentido, as concentrações podem trazer como eficiências ganhos de economia de escala, integração de unidades de produção, maior especialização dessas unidades, redução de custos de transporte, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornecedores.³¹

Entretanto, dentre essas eficiências apenas a economia de escala e economias de distribuição podem ser consideradas como justificadoras para aprovar um ato de concentração. As demais não necessitam desse processo, podendo ser obtidas por outros meios. Por exemplo, caso uma empresa alegue que a fusão será eficiente pois aumentará o desempenho técnico de uma delas. Ora, nesse caso, existem outras formas da empresa obter tal objetivo, como um contrato de transferência de tecnologia. Portanto, somente serão consideradas eficiências para um ato de concentração se as mesmas não puderem ser geradas por outra maneira.

³¹SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 304.

Ademais, não basta que a operação apresente eficiência para que o ato de concentração seja aprovado. Além disso, há de se pontuar o disposto no artigo 54, §1º, II:

"os benefícios gerados decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro".

Nesse ínterim, nota-se a preocupação com os efeitos que um ato de concentração pode causar aos consumidores. Nesse sentido, sustenta Calixto Salomão:

*"na lei brasileira essa necessidade de proteção em via direta do interesse dos consumidores, e não apenas indireta através da procura da maximização da riqueza global, é reforçada, ainda, pela existência de previsão específica no tocante à eficiência".*³²

Em relação à concorrência, o próprio artigo 54, §1º, III, também constitui uma condição para que o ato seja aprovado, isto é, que "não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços". Assim, ao se analisar as eficiências, é necessário comparar se estas serão maiores que as perdas decorrentes dos efeitos anticompetitivos, ou seja, analisar se as eficiências geradas compensam as perdas sociais. Tal exame, ainda assim, deve ter em consideração o disposto no artigo 54, § 1º, II e III.

Por fim, a última Etapa, trata-se justamente da análise supracitada: verificar se os custos do exercício de poder de mercado serão maiores que as eficiências geradas. Caso em todas essas etapas a resposta seja "sim", o parecer da SEAE deverá ser negativo e o CADE poderá reprová-la. Em caso contrário, se em qualquer uma dessas etapas a resposta for "não", então o parecer deverá ser favorável e o CADE poderá aprová-la.

Para melhor entendimento de quais os efeitos de cada uma dessas Etapas aos consumidores e à concorrência, será feito estudo de caso referente a aquisição da Garoto pela Nestlé. A partir de uma detida análise nesse ato de concentração poderá se perceber a importância do consumidor e da tutela da concorrência na Lei Antitruste brasileira.

4. Estudo de caso - aquisição da garoto pela Nestlé

A Nestlé, denominada Nestlé Brasil Ltda, atua principalmente na indústria alimentícia. A empresa Chocolates Garoto S/A, conhecida como Garoto, também atua nesse setor, a partir da produção de chocolates, balas, confeitos, dentre outros. Enquanto a Nestlé exporta para 80 países, a Garoto o faz para 44.

Ao examinar o mercado relevante em questão, quatro mercados foram considerados: 1) o mercado de balas e confeitos sem chocolates, 2) o mercado de coberturas de chocolates, 3) o mercado de achocolatados e 4) o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais. Tais mercados foram considerados distintos uma vez que não são eles considerados concorrentes, tendo em vista os gostos do consumidor, tais como motivação do consumo, locais de compra, ocasião do consumo e nível de acessibilidade.

33

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. (2002). Pág. 204.

33 Parecer SDE, AC Nº 08012.001697/2002-89. Pág. 29.

Quanto à dimensão geográfica, considerou-se o mercado nacional. A SEAE, em seu parecer, chegou a tal conclusão baseando-se em alguns fatores, como por exemplo, a inviabilidade das importações, não sendo estas viáveis economicamente para os produtores artesanais e também pelo alto custo de seu transporte, sua perecibilidade e as preferências do consumidor. Para corroborar tal conclusão, veja-se a tabela 1:

TABELA 1

Produto	Demanda	1997	1998	1999	2000	2001
Licor de Cacau	Nacional	16136	18154	18412	15835	13691
	Importado	2086	715	29	186	147
	% Importado	12,93%	3,94%	0,15%	1,17%	1,08%
Manteiga de Cacau	Nacional	27097	29557	32925	32064	32367
	Importado	352	0	0	0	1
	% Importado	1,30%	0,00%	0,00%	0,21%	0,00%
Torta de cacau	Nacional	35701	39775	48048	45669	45060
	Importado	1179	2441	879	2039	2294
	% Importado	3,30%	6,14%	1,83%	4,46%	5,09%

Fonte – Linhas de Informação do Comércio Exterior (LINCE)

A partir dos dados acima, percebe-se a baixa participação das importações no Brasil, o que confirma ser o mercado relevante geográfico o nacional.

Cabe, nesse momento, analisar a participação dessas empresas em cada um desses mercados a fim de se verificar se tal aquisição terá efeitos preocupantes. Nesse sentido, a SDE e a SEAE chegaram às seguintes participações:

TABELA 2: Mercado Nacional de Balas e Confeitos:

Empresa	Volume (t)	%
NESTLÉ	4.519	1,7
GAROTO	5.100	2
NESTLÉ + GAROTO	9.619	3,7
Ferrero	550	0,2
Arcor	29.000	11,3
Mars	70	0,02
Outros	215.761	84,6
TOTAL	255.000	100

Fonte: Requerentes. Elaboração SDE

TABELA 3: Mercado Nacional de Achocolatados: Participação com base no faturamento

Empresa	2001
Nestlé (a)	58,1
Garoto (b)	3,1
(a + b)	61,2
Quacker	16,9
Arisco	5
Bretzke	2,5
Novartis	2,1
Mococa	0,6
Outros	11,6
Total	100

Fonte: Parecer SEAE

TABELA 4: Mercado de cobertura de chocolate

Empresa	1997	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	24,2	21,9	20,9	21,2	22,1
Garoto (b)	75,8	78,1	74,2	69,4	66,4
(a + b)	100	100	95,1	90,6	88,5
Arcor	0	0	4,9	9,4	11,4
Total	100	100	100	100	100

Fonte: Parecer SEAE

TABELA 5: Mercado de chocolates sob todas as formas

Empresa	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35,26	34,6	30,95	33,94
Garoto (b)	22,13	24,69	28,55	24,45
(a+b)	57,39	59,29	58,14	58,41
Lacta	33,73	32,93	33,59	33,15
Ferrero	5,45	4,61	3,91	3,4
Arcor	3,2	3,07	2,61	3,4
Outros	0,23	0,01	1,75	1,64
Total	100	100	100	100

Fonte: Parecer SEAE

Diante da análise das Tabelas 2, 3, 4 e 5, nota-se que a presente operação traria sérias preocupações nos mercados de coberturas de chocolate e chocolates em geral. Não se configuram problemas no mercado de balas e confeitos devido à baixa participação da empresa concentrada. No mercado de achocolatados, também não se vislumbram receios acerca da operação. Isso porque como neste mercado a Nestlé já possui elevada participação, seu aumento de 58,1% para 61,2% não são suficientes a ensejar riscos para a concorrência e para os consumidores.

Noutro giro, os mercados de coberturas de chocolates e chocolates em geral merecem um exame mais aprofundado. Assim, deve-se observar se é provável o exercício de poder de mercado nesses setores. Como já supracitado, as importações devem ser desconsideradas como um remédio efetivo contra o poder de mercado. Sua participação é baixa no mercado, sua distribuição é de alto custo, além de sua maior perecibilidade. Ademais, há de se considerar que a produção de chocolate no exterior apresenta um custo maior do que no Brasil, haja vista ser o país um dos maiores produtores de cacau e açúcar. Dessa forma, passa-se a análise das barreiras à entrada.

No mercado de coberturas de chocolate, a entrada considerada de maior facilidade³⁴, qual seja a do pequeno produtor de chocolate industrial, não seria suficiente para concorrer com as empresas existentes. Além disso, a maior rival dessas empresas, a Arcor, não conseguiria, a partir de sua capacidade ociosa de 38%³⁵, conter um possível aumento de preços pela Nestlé/Garoto. Conclui-se, portanto, que no mercado de coberturas de chocolate o exercício de poder de mercado seria provável.

No que se refere ao mercado de achocolatados, constatou-se que as principais barreiras à entrada seriam relativas aos investimentos mínimos iniciais de capitais, às marcas de preferência do consumidor, aos segredos industriais, redes de distribuição e à oportunidade de venda.

As requerentes, entretanto, alegaram que tal aquisição traria, na realidade, benefícios à concorrência e ao consumidor, uma vez que haveria acirrada concorrência entre Nestlé/Garoto e a empresa Lacta (Kraft). Primeiramente, tais empresas solicitaram à Professora Farina um parecer sobre a operação, que concluiu que a mesma traria mais eficiências aos consumidores, devido à redução de preços, do que prejuízos decorrentes do poder de mercado. Afirmou não ser para essas empresas vantajoso um aumento arbitrário de preços, uma vez que, na verdade, as rivais lucrariam já que as empresas que adotassem tal comportamento perderiam seus consumidores. Em outra perspectiva, a Kraft emitiu parecer alegando que haveria, sim, um aumento de preços após tal operação e contestou as eficiências alegadas pelas requerentes.

Nesse sentido, relevante é verificar se, mesmo detendo poder de mercado, a aquisição da Garoto pela Nestlé seria mais benéfica à concorrência e aos consumidores, tendo em vista suas eficiências.

Sobre o assunto, dispõe o Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade, em seu voto:

"O texto legal acima transcrito (artigo 54, §§1º,2º,3º) permite que operações que tenham potencial para restringir a concorrência sejam aprovadas se delas resultar o uso mais eficiente dos recursos (item I do §1º), o que equivale dizer a geração de ganhos de produtividade (redução de custos unitários de produção). Além disso, concomitantemente, três outras condições devem ser preenchidas: (1) a distribuição equitativa destes ganhos entre as empresas participantes do Ato e os consumidores finais (item II); (2) a observância dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, indicando que a própria realização do Ato deve ter como meta o alcance das eficiências propostas (item III); e (3) a não eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.

34 Em resposta à SEAE, a Arcor afirmou que existem três formas se adentrar no mercado de coberturas de chocolate: 1) fornecedor de cobertura de chocolate (chocolate industrial) para fabricantes de chocolate para consumo massivo e para outras indústrias consumidoras de chocolate industrial; 2) produtor de chocolate para consumo massivo vendendo o excedente do chocolate industrial para fabricantes de chocolate; 3) pequeno produtor de chocolate industrial.

35 Dado fornecido pelo Parecer SEAE, AC Nº 08012.001697/2002-89.

Estas condições conjuntamente buscam garantir o resultado líquido sobre o bem estar do consumidor não seja negativo".³⁶

A partir do trecho acima, é possível perceber quão relevantes são para a aprovação dos atos de concentração as repercussões causadas aos consumidores e à concorrência. Ora, certa empresa pode, até mesmo, exercer poder de mercado, entretanto, não poderá extrapolar de tal forma que prejudique o bem estar do consumidor e elimine parcela substancial da concorrência.

Na presente operação, citou-se um estudo elaborado pela OCDE e pelo Banco Mundial que consideraram como eficiências plausíveis para se aprovar um ato de concentração as economias de escala ou de escopo ou em casos de racionalização das plantas produtivas. Aquelas, porém, que fossem meramente eficiências administrativas e gerenciais não podem ser aceitas, uma vez que podem ser obtidas por outras formas que não a fusão.

A Nestlé apresentou as seguintes eficiências:

Eficiências Alegadas	Valor (R\$ mil)
1- Redução de custos com fechamento de depósitos	
2- Ganho com redução com locação de armazéns	
3- Redução de custos com embalagens	
4- Redução de custos com alterações em fórmulas e ingredientes	
5- Aproveitamento da fórmula da Garoto em Coberturas de Chocolates da Nestlé	
6- Ganho com diminuição de sobrepeso	
7- Alinhamento de preços de Matéria-Prima e insumos	
8- Transferência da produção de Achocolatados e confeitos para a Nestlé	
9- Absorção da Produção de Ovos de Páscoa da Nestlé pela Garoto	
10- Ganho com Renegociação de Frete	
11- Ganho com a Otimização da Distribuição	
12- Ganho com Renegociação de Itens de Embalagens	
13- Ganho com Compras de Derivados de Cacau	
Total	

Contudo, a aquisição da Garoto pela Nestlé causaria tamanho poder de mercado que as eficiências geradas não compensariam os prejuízos resultantes do ato. Além dos danos que seriam causados aos consumidores pelo possível aumento de preços e diminuição da qualidade dos produtos, no que se refere à concorrência, a principal empresa concorrente, qual seja, a Kraft (Lacta) não teria condições para conter uma elevação de preços por parte da Nestlé/Garoto.

Como trata o Conselheiro Relator em seu voto:

"A lei brasileira foi sábia ao determinar que operações que eliminem parte substancial da concorrência não podem ser autorizadas (inciso III do §1º do artigo 54). Sem dúvida, operações que se enquadram neste inciso, como o Ato em análise, precisam gerar eficiências extraordinariamente elevadas que dificilmente podem ser provadas, efetivamente realizadas e, além disso, posteriormente, distribuídas equitativamente entre as empresas e os consumidores".³⁷

Como as empresas concentradas não obteriam eficiências, o CADE decidiu pela reprovação do ato. Tal operação não apresentou os requisitos previstos no §1º, do artigo 54, além de não serem observados aqueles dispostos no §2º, em que se poderia aprovar a operação quando necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, desde que atendidos pelo menos duas das condições previstas no §1º e que não prejudicassem o consumidor ou ao usuário final.

No voto do Conselheiro Vogal Fernando de Oliveira Marques:

"(...) concluo pela impossibilidade de aprovação desta operação a bem do resguardo da ordem concorrencial tutelada pela Lei nº 8.884/94, forte nas seguintes e bastantes razões: 1) haverá eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado relevante; 2) há concentração expressiva, há barreiras à entrada e as eficiências não se mostram suficientes a ensejar a convalidação desta concentração; 3) não se vislumbram efetivas possibilidades de distribuição equitativa dos benefícios com os consumidores e, finalmente, 4) não foram observados os limites estritamente necessários à consecução dos objetivos visados pelas Requerentes".³⁸ (grifo nosso)

5. Conclusões

Diante do exposto, nota-se o quão paradoxal pode ser uma concentração empresarial, neste caso as fusões. Ao mesmo tempo em que estas podem ser pró-competitivas também podem apresentar efeitos negativos. Dentre os efeitos pró-competitivos estão a obtenção de eficiências como aumento de produtividade, a melhoria na qualidade de bens e serviços, a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, a redução de custos e a conseqüente diminuição do valor dos produtos, dentre muitos outros. Ao mesmo tempo, porém, uma fusão pode acarretar um maior poder de mercado, criando um cenário de monopólio, o que, muitas vezes, leva à redução da produção e da qualidade dos produtos e ao aumento de preços.

Nesse diapasão, pontua-se como o ato de concentração, envolvendo a Nestlé e a Garoto, evidencia a importância de se proteger o consumidor e tutelar a concorrência, em vista dos efeitos potenciais por ele causados.

Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira vem justamente resguardar os consumidores e a concorrência de possíveis concentrações que levem a um abuso de poder por parte das empresas envolvidas. Seu objetivo é, por um lado, garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de

³⁷ Voto Conselheiro Relator Thompson Andrade. Pág. 47. AC Nº 08012.001697/2002-89.

³⁸ Voto Conselheiro Vogal Fernando de Oliveira Marques. Pág. 12. AC Nº 08012.001697/2002-89.

qualidade e preço; por outro, estimular os agentes econômicos, por meio da concorrência, a racionalizar ao máximo a produção e distribuição dos bens e serviços, adaptando-se à inovação tecnológica. O Estado, assim, busca tutelar a concorrência a fim de equilibrar as relações conflituosas existentes no mercado, em que a preponderância de um agente econômico poderia facilmente gerar uma alteração na lei da oferta e da procura.

Em um mercado em que as concentrações tornam-se freqüentes, é indiscutível a importância da manutenção da concorrência e a defesa dos interesses do consumidor. Mercados repletos de monopólios e oligopólios, que abusam de seu poder econômico, terão necessariamente como consequência efeitos prejudiciais ao consumidor. Tais princípios são, assim, essenciais para a proteção do mercado, a fim de se garantir uma maior eficiência e a participação de todos os agentes econômicos.³⁹

6. Referências

BRITO, Beatriz Gontijo. Concentração de Empresas no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. Páginas 10, 49.

CAIXETA, Simone Letícia de Sousa. Regime Jurídico da Concorrência: As diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Curitiba. Ed. Juruá, 2004. Página 98.

CARVALHO, Nuno T. P. As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste. São Paulo: Ed. Resenha Tributária. 1995. Páginas 25, 55, 91, 92.

FAGUNDES, Jorge & PONDE, João Luiz. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrancia.pdf. Acesso em 08, fev, 2011. Página 02.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001. Página 6.

FONSECA, José Júlio Borges da. Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais. São Paulo: Ed. Atlas, 1997. Páginas 29, 30.

FORGIONI, Paula O. Os fundamentos do antitruste. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1998. 217, 286.

HOVENKAMP, Herbert J. Federal Antitrust Policy. St. Paul, West Publishing Co. 1994. Páginas 113, 79.

KAPLOW, Louis et SHAPIRO, Carl. Antitrust. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w12867>. Acesso em 06, fev. 2011. Página 02.

MOURA, Fabíola & BELTRAME, Priscila Akemi. Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência. 1ª Edição, São Paulo. 2005. Editora Singular.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf. Acesso em: 17, fev. 2011. Página 3.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. 1ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

³⁹ SILVA, Isadora Maria de Barcelos, (2001). Pág. 2.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 3ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2002. Páginas 114, 117, 179,185, 204,304.

SILVA, Isadora Maria de Barcelos. O CADE e a Proteção dos Interesses dos Consumidores. TCC. Belo Horizonte, 2001. Página 02.

TADDEI, Marcelo Gazzi. O CADE e o controle preventivo dos atos de concentração empresarial. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/O%20CADE.pdf> . Acesso em 12, fev, 2011.

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense (1993). Página 35.