

FUSÃO DA GAROTO COM A NESTLÉ

Geniberto S. Araújo¹

RESUMO:

Este trabalho tem por intuito fazer a análise da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na realidade brasileira. Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça que, com base na lei 8.884/94, tem por função prevenir e punir práticas que atentem contra a Ordem Econômica. Para tanto, será analisada a fusão de duas empresas de produção e comércio de chocolates no Brasil: a Nestlé e a Garoto. Empresas que são detentoras de grande parcela do mercado de consumidores de chocolates. No entanto, a fusão não foi aprovada pela Autarquia, sob alegação de que era prejudicial à livre concorrência, além de não garantir nenhuma melhora ao consumidor. Podendo, assim, dominar o mercado e as possíveis possibilidades de preços. Inconformadas com a decisão do órgão, as empresas entraram na justiça e a indefinição já se arrasta por quase oito anos. O fato é que elas já estão operando juntas livremente no mercado, por todo esse tempo e, sabe-se lá, até quando. O foco de trabalho será a prática de truste e a eficiência das decisões do CADE e terá como parâmetro a fusão da Garoto com a Nestlé.

Palavras-Chave: CADE – Monopólio - livre concorrência – mercado - justiça.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 JULGAMENTO DO CADE; 3 PEDIDO DE REEXAME; 4 QUESTÕES PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DO CADE; 5 DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA; 6 DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA; 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

¹ Artigo apresentado ao Centro Universitário Jorge Amado pelo estudante Geniberto Sousa de Araújo em novembro de 2009 e válido como requisito da segunda avaliação da disciplina Direito Econômico.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe ressaltar que este caso tornou-se emblemático em nosso país, não só por questões meramente de reserva de mercado, mas, sobretudo, pela batalha judicial travada ao longo dos anos em nossos tribunais e que ainda se arrasta sem definições, haja vista que o processo judicial se encontra no TRF da 1ª Região, podendo chegar até as instâncias superiores, qual seja, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Mais recentemente, em 09.09.2009, a 5ª turma do TRF da 1ª Região, decidiu que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deveria reavaliar a sua decisão anterior, ou seja, decidiu que o pedido de reconsideração formulado pela Nestlé, feito na época da primeira negativa, fosse agora objeto de reapreciação pela Autarquia, visto que esta indeferiu o pleito não se pronunciando acerca das novas provas colacionadas ao novo pedido. Em síntese, determinou que o órgão de defesa econômica proceda a um novo julgamento com a observância do devido processo legal, conforme matéria trazida abaixo²:

A 5.ª Turma do TRF da 1.ª Região decidiu, em julgamento ocorrido ontem, dia 9 de setembro, reconhecer como nulo o julgamento do pedido de reapreciação formulado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no caso da concentração Nestlé/Garoto, determinando que a outro julgamento se proceda, com observância do devido processo legal. Prevaleceu o voto do relator, desembargador federal João Batista Moreira, que foi acompanhado pelo voto do revisor, desembargador federal Sebastião Fagundes de Deus.

O ponto nevrálgico deste polêmico caso é identificar a forma como que se dá, na prática, a interferência no domínio econômico e se contribui ou não para a livre concorrência, haja vista que se os interessados usarem de todos os meios admitidos na legislação brasileira e somado com a lentidão do nosso sistema judiciário, certamente essa junção vai se perpetuar no tempo e os seus efeitos serão irreversíveis. Dessa forma, não teria como retroagir (desconstituir a operação) ao marco inicial da fusão, sendo imperiosa a sua consolidação no mercado, o que

² <http://www.justicafederal.jus.br/cjf/outras-noticias/trf1-decisao-do-ato-de-concentracao-nestle-garoto>. Acesso em: 28 nov. 2009.

tornaria ineficaz a atuação do órgão competente para reprimir o abuso do poder econômico.

A nossa Carta Magna em seu art.173, § 4º proíbe a prática de trustes, isto porque prejudica as empresas do mesmo ramo, pelo domínio de produtos, ofertas ou serviços de forma desleal, podando a concorrência através do monopólio. A prática de trustes acarreta prejuízos, não somente aos concorrentes que perdem espaço no mercado consumidor para a empresa dominante do ramo, mas também, à coletividade que perde a oportunidade de escolher tanto quanto aos preços, quanto a qualidade dos produtos.

A Constituição Federal, através dos seus princípios gerais da atividade econômica, reprime o abuso de poder econômico, tendo em vista, sobretudo, a proteção do mercado consumidor. A prática de trustes representa a tentativa de abuso de poder econômico, de aumento arbitrário de lucros, sendo uma das causas da injustiça social no país. A lei 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, busca garantir a preservação de um mercado competitivo e o equilíbrio entre a oferta e a demanda. Para tanto, a citada lei permite ao CADE funções repressivas e preventivas no abuso do poder econômico.

O bem protegido por esta Lei é a manutenção de um mercado competitivo para que os preços dos bens e serviços permaneçam próximos ao ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda, pois em mercados dotados de oligopólios ou monopólios, os preços afastam-se desse equilíbrio, ocasionando uma transferência indevida de riqueza do consumidor ao fornecedor. (http://pt.wikipedia.org/wiki/Abuso_de_poder).

Diante de tal nobre função social que tem o CADE e cotejando à luz da fusão da Garoto com Nestlé, este trabalho pretende mostrar que há necessidade urgente de se instituir meios para que os atos de concentração de mercado, como fusões e aquisições, antes de serem definitivamente acabados, passem pelo crivo do CADE. Trata-se de um sistema de análise prévia, sendo que o resultado dessa nova sistemática, indubitavelmente, é a garantia de uma maior segurança jurídica.

Também é importante frisar que tal posicionamento já é defendido por alguns segmentos da sociedade, como, por exemplo, o próprio presidente do CADE, que em entrevista concedida em 28.05.2009, a RODRIGO HAIDAR que é

correspondente em Brasília da revista Consultor Jurídico - ConJur, assegura que os grandes beneficiários são os empresários e os negócios, vejamos³:

ConJur — Sadia e Perdigão anunciaram fusão há quase dez dias, mas manterão as operações ainda separadas até a aprovação do negócio pelo Cade. Isso revela que as próprias empresas apoiam a análise prévia dos atos, como prevê o projeto que reestrutura o sistema de defesa da concorrência?

Arthur Badin — **Os grandes beneficiários do sistema de análise prévia são os empresários e os negócios, porque ela dá segurança jurídica aos investimentos.** Não sei quais as razões que levaram Sadia e Perdigão a manterem operações separadas até a aprovação, mas considero um sinal de respeito, de deferência à autoridade de defesa da concorrência brasileira. (grifo nosso).

ConJur — Essa cautela também não é resquício do trauma causado no mercado por casos como a compra da Garoto pela Nestlé em 2002, negócio que foi desaprovado pelo Cade em 2004 e até hoje é discutido na Justiça?

Badin — Acho que a cautela se deve mais à postura de rigor na defesa da concorrência que o Cade adotou nos últimos tempos. Já houve situações de empresas, antes de fechar a operação, consultar o órgão antitruste. Também há casos em que as empresas comunicam a fusão e já trazem remédios para mitigar os prejuízos à concorrência.

ConJur — Por exemplo?

Badin — Na fusão entre as empresas Suzano e Ripasa [a fusão ocorreu no início de 2005. A Ripasa era a sétima maior indústria de papel e celulose do país e foi adquirida pelos grupos Votorantin e Suzano], houve essa preocupação de apresentar salvaguardas concorrenciais. **Esse é um processo de amadurecimento institucional que não se deve necessariamente ao caso Nestlé-Garoto.** (Grifo nosso).

Apesar do presidente do CADE não admitir publicamente que essa necessidade de análise prévia decorre, principalmente, do caso da Nestlé-Garoto, sabe-se que esta fusão foi a que mais gerou celeuma, tanto na mídia como no âmbito administrativo e judiciário, sendo que ainda são muitas as indefinições.

2 JULGAMENTO DO CADE

Para a melhor compreensão deste estudo, faz-se necessário trabalhar o tema desde o início do primeiro pedido de concentração econômica. Este primeiro, feito

³ <http://www.conjur.com.br/2009-mai-28/entrevista-arthur-badin-presidente-cade>. Acesso em: 28 nov. 2009.

em 15.03.2002, foi indeferido pelos conselheiros do CADE que determinaram a desconstituição da operação, conforme ementa e acórdão republicados em 16.02.2004⁴:

Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89

Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Eduardo Caio da Silva, Fábio Nusdeo, Maria da Graça Britto Garcia e outros.

Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no artigo 54, §3º, da Lei nº 8.884/94. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação - APRO. Denúncias de descumprimento do APRO. Ausência de comprovação de descumprimento do APRO. Aprovação dos relatórios definidos no APRO pela CAD/CADE. Produtos relevantes: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes players dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo price standard às condições definidas no §1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do Ato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, determinar a desconstituição da operação, nos termos do voto do relator. Vencido o Presidente que a aprovava com restrições. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira, Luiz Alberto Esteves Scaloppe. Presente a Procuradora Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília, 04 de fevereiro de 2004 (data do julgamento – 312ª S.O.).

⁴ http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_327/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-001697-Garoto-Nestle.pdf. Acesso em: 28 nov. 2009.

Do exposto na ementa e no acórdão, conclui-se que a aquisição da empresa Garoto pela Nestlé contraria o art. 54, caput, § 1º, II e III, da Lei 8.884/94.

Não é necessário ser nenhum estudioso do assunto, para concluir que do pedido inicial das requerentes até a decisão do CADE, já havia passado muito tempo. Assim, se do pedido das requerentes à resposta do órgão encarregado pela decisão, já transcorreu muito tempo, quase que dois anos, imagina-se como será se ambos resolverem chegar até a última instância do Poder Judiciário.

3 PEDIDO DE REEXAME

Após a primeira negativa, a Nestlé juntou novas provas e entrou com um pedido de reexame junto ao Conselho. O objetivo deste trabalho não é adentrar em especificidades como esta, pois a questão da juntada dessas novas provas e de possíveis estratégias utilizadas pelas empresas cabe ao judiciário decidir, diante das provas acostadas nos autos, sobre a legalidade ou ilegalidade de tais questões.

O fato é que o CADE negou o pedido de reexame feito pela Nestlé, conforme matéria abaixo transcrita⁵:

BRASÍLIA - Cinco anos após vetar a compra da Garoto pela Nestlé, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) do Ministério da Justiça deverá ser convocado novamente para julgar o negócio. A ordem para que a Nestlé vendesse a Garoto foi dada em fevereiro de 2004, mas a empresa recorreu ao Judiciário e obteve decisões para que não fosse obrigada a cumpri-la. Ontem, dois desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal de Brasília - João Batista Moreira e Fagundes de Deus - votaram a favor do reenvio do processo ao Cade para que seja reapreciado.

Fagundes afirmou que o Cade deveria reexaminar provas produzidas depois do veto à compra da Garoto. Após o sinal vermelho à aquisição, a Nestlé ingressou com um pedido de reapreciação junto ao Cade. [...]

[...] A Nestlé teve o pedido de reapreciação negado e recorreu à Justiça, em maio de 2005. Três meses depois, obteve liminar que suspendeu a obrigação de vender a Garoto.

⁵<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/22/justica-manda-cade-reavaliar-compra-da-garoto-pela-nestle-754090084.asp>. Acesso em: 29 nov. 2009.

A priori, isso parece ser uma questão sem muita relevância, mas muda completamente toda a situação jurídica e econômica da fusão.

Jurídica porque se a justiça entender que as novas provas deveriam ser levadas em consideração no julgamento do CADE e, dessa forma, decidir pelo um novo parecer sobre o ato de concentração, tudo muda no plano jurídico, já que o órgão administrativo será compelido a se posicionar novamente sobre a fusão. O que, obviamente, resultará em novas questões jurídicas que poderão ser outra vez objeto de querela judicial.

Econômica porque diante da lei antitruste, o ato de concentração primeiro é efetivado, para só depois ser levado à chancela do CADE, conforme art. 54, § 4º, da Lei 8.884/94⁶. Assim, se a nossa legislação adotasse um sistema de análise prévia, o resultado seria outro, visto que as empresas não ficariam atuando juntas no mercado sem antes receber o aval do órgão responsável pela análise do ato de concentração econômica.

Desse modo, a atual sistemática gera muita insegurança jurídica, haja vista que primeiro as empresas se juntam para depois pedir a autorização do órgão competente. O processo de análise feito pelo órgão pode ser muito demorado, a exemplo da fusão da Garoto com a Nestlé que foram quase dois anos, ocasionando, assim, a consolidação das empresas unidas atuando no mercado, o que pode acarretar graves prejuízos para a livre concorrência.

Portanto, uma análise prévia e adotar mecanismos para dar uma maior celeridade processual, evitaria, assim, uma insegurança jurídica no mundo dos negócios. Nesse diapasão, vale trazer a lume as palavras do presidente do CADE, Arthur Badin⁷:

ConJur — A análise prévia resolveria o problema de segurança jurídica dos negócios? Isso está previsto no projeto que reestrutura o Cade. Quais os principais pontos do projeto?

Badin — São quatro os principais objetivos da reforma do Cade. Em primeiro lugar, **simplificar o processo de análise de atos de**

⁶ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95).

⁷ <http://www.conjur.com.br/2009-mai-28/entrevista-arthur-badin-presidente-cade>. Acesso em: 28 nov. 2009.

concentração. Mas mais importante do que a **análise prévia dos atos**, são os prazos improrrogáveis para análise. O Cade tem de proferir decisão em até 20 dias depois da apresentação do negócio. (grifo nosso).

ConJur — E se o Cade não decidir nesse prazo?

Badin — A fusão ou aquisição é automaticamente aprovada. Com a reforma, o Brasil adere às práticas internacionais de países que têm controle de estrutura de mercado. O segundo grande objetivo do projeto é a unificação institucional. **Hoje, um processo de concentração pode transitar por mais de cinco órgãos diferentes, uma verdadeira via crucis onde cada órgão faz uma análise, dá um parecer.** (grifo nosso).

ConJur — Quais são esses órgãos?

Badin — O processo pode tramitar pela respectiva agência reguladora, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda, pela Secretaria do Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, pela Advocacia-Geral da União e pelo Ministério Público Federal. Só depois chega ao conselheiro-relator e, então, vai a julgamento pelo Plenário do Cade. O projeto que reforma o sistema unifica essa estrutura e evita que haja diversos pareceres sobre a mesma questão. Assim, torna possível uma análise prévia e célere, além de reduzir custos.

Na atual dinâmica empresarial, não mais se admite que grandes negócios fiquem a mercê de estruturas arcaicas, ultrapassadas e que impera a burocracia. Já está até estabelecido na própria Constituição, art. 5º, LXXVII⁸, no título que trata dos direitos e das garantias fundamentais, o princípio da celeridade processual.

Assim, como justificar uma estrutura que mais parece uma via crucis (palavras do próprio presidente da instituição do CADE), se a ordem econômica mundial requer agilidade nas transações comerciais e a Constituição Federal estabeleceu rapidez processual como princípio?

Nada justifica essa estrutura processual por que passam os atos de concentração para a sua rejeição ou aprovação no órgão competente. Ademais, são negócios vultosos que estão em jogo e, como em todo grande negócio, o prejuízo pode ser imensurável, tanto para a sociedade como para os investidores. Assim, patente está a necessidade de se estabelecer um sistema de análise prévia com rapidez processual.

⁸ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

4 QUESTÕES PROCESSUAIS NO JULGAMENTO DO CADE

Cabe lembrar que o TRF da 1ª Região apenas decidiu pelo retorno do processo ao CADE, para que este reexamine a questão. Ora, isso implica dizer que pode acontecer do processo chegar a Suprema Corte apenas para os Ministros decidirem se determinam ou não o retorno do processo a estaca zero, ou melhor, por questões meramente processuais, já que o TRF aceitou a tese da nulidade processual por inobservância do devido processo legal. Ou seja, anularem tudo, com isso, abrindo a possibilidade do processo refazer o mesmo caminho. Isto será possível porque o CADE pode novamente não autorizar o ato de concentração e as requerentes acionarem, outra vez, a justiça, o que não é difícil de acontecer. Assim, provável é que essa lide se prolongue indefinidamente. Nunca é demais lembrar que vivemos numa economia globalizada, onde tudo é online.

5 DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Como já fora exposto, inicialmente a Nestlé recorreu ao próprio CADE, onde o novo empreendimento, resultado da fusão, apresentou fatos novos e pediu reexame da decisão. Mas o órgão antitruste negou o recurso e a empresa foi ao Judiciário.

Então, após quase dois anos do processo tramitando na Autarquia (o que, por si só, já é um motivo relevante para botar em xeque todo processo de tramitação no órgão administrativo), o CADE negou definitivamente a fusão das empresas e determinou a venda da Garoto. Cabe aqui mais uma vez frisar que as requerentes mesmo antes da negativa do órgão antitruste, já estavam atuando em plenamente juntas no mercado.

Mais precisamente, em maio de 2004, a Nestlé inconformada com a decisão do órgão administrativo responsável pelo controle da legalidade dos atos de concentração econômica, entrou na justiça e em março de 2005 obteve decisão favorável a junção, a saber ⁹:

⁹ <http://columbo2.cjf.gov.br/portal/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=83&tmp.texto=18452>. Acesso em: 01 dez 2009.

Primeiro, a Nestlé obteve sentença do juiz Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara da Justiça Federal de Brasília, determinando a anulação da decisão do Cade. O órgão antitruste recorreu ao TRF1.

O fato curioso dessa decisão da justiça de primeira instância é que ela se deu num prazo bem inferior ao dado pela Administração Pública. Enquanto que esta deu num prazo de quase dois anos, aquela deu em menos de um ano, ou seja, menos da metade. Assim, como justificar que o CADE decida em tempo superior ao dobro da justiça de primeira instância? Isso não quer dizer que o judiciário possa demorar no julgamento, mas é uma questão de razoabilidade. Enquanto a instituição é especializada nesse assunto, na justiça o processo requer um rito mais dialético.

Entendimento que já era previsível, haja vista que o argumento invocado pela Nestlé do cerceamento do direito de defesa foi até admitido por alguns conselheiros do próprio CADE, conforme matéria abaixo divulgada na imprensa¹⁰:

Após o sinal vermelho à aquisição, a Nestlé ingressou com um pedido de reapreciação junto ao Cade. Na época, o então conselheiro do Cade Luiz Scaloppe participou de audiência pública em Vila Velha (ESP), sede da Garoto, para ouvir os trabalhadores da empresa e outros envolvidos na fusão. Os demais conselheiros se recusaram a ir, mas Scaloppe alegou que a audiência trouxe argumentos novos sobre o negócio.

Assim, fácil ficou para as empresas argüírem um precedente de incidente de inconstitucionalidade por cerceamento do direito de defesa, conforme preceitua o art. 48 do Código de Processo Civil¹¹.

6 DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

O fato é que a estratégia traçada pelas requerentes foi simples, visto que a celeuma quanto aos novos fatos já havia sido alvo de publicidade em todos os jornais de grande circulação, conforme já relatado no item anterior.

¹⁰ <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/22/justica-manda-cade-reavaliar-compra-da-garoto-pela-nestle-754090084.asp>. Acesso em 01 dez. 2009.

¹¹ Art. 480 - Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Assim sendo, não foi difícil para as requerentes emplacarem no tribunal a tese da nulidade processual no julgamento do órgão administrativo, por inconstitucionalidade no cerceamento do direito de defesa. Dessa forma, derrubando na justiça o parecer dos conselheiros do CADE sobre o ato de concentração da fusão da Garoto com a Nestlé, ou seja, que ele fosse considerado nulo.

O que já era esperado foi confirmado pelos desembargadores da 5ª turma do TRF da 1ª Região¹²:

Agora, o TRF1, após sucessivos pedidos de vista, decidiu que o Cade deve julgar novamente o caso. Isso porque os desembargadores João Batista Moreira e Fagundes de Deus concluíram que o órgão antitruste deixou de analisar fatos novos apresentados pela companhia após o veto à compra da Garoto.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) do Ministério da Justiça deverá recorrer contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), em Brasília, que anulou o veto dado à compra da Garoto pela Nestlé.

Pela decisão do TRF, tomada pela 5ª Turma, na quinta-feira, o Cade deve realizar outro julgamento para decidir o caso Nestlé-Garoto.

Então, algumas questões são de fácil entendimento. Primeiro, que a pendenga judicial vai se arrastar indefinidamente. Segundo, a fragilidade do nosso sistema processual como um todo contribui para essa morosidade judicial. Terceiro, o CADE precisa, urgentemente, de uma reforma na sistemática processual da análise dos atos de concentração e, sobretudo, que seja adotado um sistema de análise prévia. Dito isso, vale mais uma vez trazer a baila as palavras do presidente do CADE¹³:

ConJur — Há países com o mesmo modelo atual do Brasil, em que a análise dos negócios é posterior e, na prática, sem prazos definidos?

Badin — Nem todos os países têm controle de estrutura do mercado, ou seja, análise de atos de concentração. O Chile, por exemplo, tem boa jurisdição antitruste, mas não tem essa estrutura de controle. Dos países que têm análise de atos de concentração, só o Brasil faz o controle depois que a operação é fechada.

¹² <http://columbo2.cjf.gov.br/portal/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=83&tmp.texto=18452>. Acesso em: 02 dez. 2009.

¹³ <http://www.conjur.com.br/2009-mai-28/entrevista-arthur-badin-presidente-cade>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

No mais, o que não é compreensível é quanto à magnitude dos prejuízos para a sociedade se ao fim da lide ficar provado que a fusão da Garoto com a Nestlé foi prejudicial à livre concorrência.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso da fusão da Nestlé com a Garoto serve de estímulo para que legisladores e juristas reflitam sobre o impacto da morosidade jurídica para a sociedade como um todo. O que não pode é responsabilizar juízes ou membros do CADE pela atual estrutura processual, seja ela no âmbito administrativo ou judiciário. Entretanto, é preciso (e até mais importante do que qualquer outra coisa) que mediante a grandiosidade das partes em questão, as autoridades e órgãos julgadores não se sintam intimidados, ou calculem seus entendimentos e posições de forma a agradar qualquer dos envolvidos em detrimento dos interesses da coletividade.

Acredita-se que o CADE demonstrou comprometimento com o seu propósito de defender a ordem econômica, conforme preceitua o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, quando exigiu que a Nestlé vendesse a Garoto à outra empresa. Assim, agiu no intuito de coibir a formação de monopólios e evitar a aquisição de lucros indevidos.

Entretanto, é pertinente salientar que a possibilidade das empresas concretizarem a fusão, antes da posição do CADE, contribui e muito para um conflito jurídico e, porque não dizer, para uma insegurança jurídica. Soa como um desrespeito à competência delegada ao órgão pela lei em vigor (Lei 8.884/94), pois se a questão analisada trata-se da conveniência da fusão, com apreciação dos impactos da empresa na sociedade, logo a materialização dessa fusão antes do fim do processo, leva a crer que todo trabalho realizado pela Autarquia de nada vale.

Vale ressaltar que apesar da fusão da Nestlé com a Garoto acontecer precocemente (antes da decisão), tal ato está respaldado pela lei 8.884/94, o que poderia ser objeto de reforma processual, como bem entende alguns segmentos da sociedade. A criação do CADE e da citada lei são, sem sombra de dúvidas, pontos positivos, instrumentos jurídicos de controle à injustiça econômica, à corrupção,

objetivando o cumprimento das garantias constitucionais da livre concorrência e também do direito de escolha do consumidor. Mas para o cumprimento dessas garantias, conforme a experiência já demonstrou no caso da Nestlé e tantas outras, faz-se necessário ocorrer alterações na Lei 8.884/94, como por exemplo, uma análise prévia dos atos de concentração e uma maior celeridade processual. O funcionamento normal das empresas-origem permite que o judiciário recolha provas no momento certo e assim evite que o processo se estenda durante muito tempo e que essa demora resulte em perdas monetárias para as partes e para toda a sociedade.

A possibilidade de anulação da decisão do CADE, dar margem a várias indagações: uma delas é a ridicularização de uma decisão já formada, com isso não defendemos que ela seja absoluta, mas é fundamental que as empresas ainda estejam operando no mercado separadamente; outra traz a preocupação quanto à possibilidade de recorrer por longo tempo e com isso atrasar a finalização, podendo gerar prejuízos incalculáveis para toda a sociedade; outra dúvida, não menos importante, é se a Justiça não se rende ao poder econômico da parte que detém o capital e, assim, modificar a decisão para beneficiar quem pode mais.

Diante do exposto vale ressaltar que não basta só a criação de leis ou órgãos para garantir os direitos da coletividade. É preciso moralizar as apreciações jurídicas e dar o tratamento adequado à parte. De respeito, de possibilidade de defesa, de constituir provas, sem beneficiar-se pelo poder econômico. Pois se os princípios Constitucionais são atropelados em razão da pressão financeira, toda construção legal perde a finalidade e dar lugar a permanente insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Thomsom e RODAS, João Grandino. **Ato de Concentração nº 080012.001697/200289**.Disponívelem:<http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_327/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-001697-Garoto-Nestle.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2009.

BASILE, Juliano e CUNHA, Lilian. **Justiça manda CADE reavaliar compra da garotopelaNestlé**.Disponívelem:<<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2009/01/22>

/justica-manda-cade-reavaliar-compra-da-garoto-pela-nestle-754090084.asp>. Acesso em: 28 nov. 2009.

CÂMERA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. II, 16ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2009.

FRANCO, Itamar e MARTINS, Alexandre de Paula Dupeyrat. **Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 29 nov. 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HAIDAR, Rodrigo. **Na crise, é preciso recrudescer política antitruste**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-28/entrevista-arthur-badin-presidente-cade>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

ITO, MARIANA. **TRF decide a favor da Nestlé, mas Cade deverá recorrer**. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.gov.br/portal/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=83&tmp.texto=18452>>. Acesso em: 02 dez 2009.

Portal da Justiça Federal. **TRF1:Decisão do ato de concentração Nestlé/garoto**. Disponível em: <<http://www.justicafederal.jus.br/cjf/outras-noticias/trf1-decisao-do-ato-de-concentracao-nestle-garoto>>. Acesso em: 28 nov. 2009.

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_327/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-001697-Garoto-Nestle.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2009.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm>. Acesso em: 29 nov. 2009.

Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

Disponível em: <<http://www.qprocura.com.br/clip-noticias/2007/57344/Justica-contraria-Cade-e-aprova-compra-da-Garoto-pela-Nestle.html>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 01 dez. 2009.