

Fusão Nestlé/Garoto desafia legislação de concorrência

O último episódio do imbróglio jurídico em que se transformou o processo de fusão da Nestlé com a Garoto aconteceu na semana passada com a concessão de uma liminar, cassada em seguida

A juíza Lília Botelho Neiva, da 4ª Vara federal de Brasília, acatou os argumentos de que a procuradora-geral do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Maria Paula Dallari Bucci, é sobrinha de um dos pareceristas do processo, Adilson Dallari, e deferiu liminar cassando o veto de Maria Paula para que as duas empresas se unam. Dias depois, o entendimento de Lília foi reformado.

“Trata-se de procedimento sem fundamento que só serve para retardar o processo”, afirma o advogado da Nestlé, **Carlos Francisco de Magalhães**. O processo de fusão da Nestlé com a Garoto, um negócio de R\$ 600 milhões, já dura três anos e não tem prazo para acabar. Tudo isso acontece no momento em que a legislação da concorrência comemora seu décimo aniversário. Não se vive no melhor dos mundos, mas a situação era muito pior antes da lei.

Para especialistas, a discussão judicial em torno da fusão das fabricantes de chocolate não passa de um embate alimentado por integrantes do Ministério Público Federal, da Procuradoria do Estado do Espírito Santo e do Cade e só serve para prejudicar o andamento do processo. Na prática, seja qual fosse o entendimento, ele não provocaria diferença alguma na fusão. Isso porque, existe um acordo assinado pelas empresas com o Cade no qual elas se comprometem a não dar seguimento à integração da administração e da produção de chocolates das duas fábricas antes da decisão final da autarquia.

O que vale mesmo e é aguardado pelas partes envolvidas no processo é o acórdão que deve ser publicado nos próximos dias, com a resolução do Cade de denegar o pedido de compra por 3 votos a 2. A decisão, que determina que a Nestlé venda a Garoto, será contestada pela compradora. Em nota divulgada no início deste ano, a Nestlé afirmou que a demora do Cade em chegar a uma solução definitiva “traz em si uma discussão processual acerca da nulidade insanável da decisão, uma vez que foram ultrapassados os prazos legais previstos na lei”.

A posição do Cade em vetar a união das empresas foi, desde o início, recebida com surpresa pelo mercado. Esperava-se que o processo repetisse a história de sucesso na formação da Ambev (Antártica e Brahma), aprovada pela autarquia. O resultado foi inesperado em especial porque um dos pontos rechaçados pelo Cade na união é o fato de que a fusão traria monopólio de 100% do mercado em alguns produtos, como a cobertura de chocolates, por exemplo.

Levaria, também, à ausência da guerra de preços, já que a Lacta, colocada entre as três maiores do setor, deixaria de querer competir com a gigante Nestlé/Garoto. Na visão de especialistas, a fusão prejudica o mercado “requisito levado em conta pelo Cade — e não favorece o consumidor. Para eles, não há de se comparar o caso com a Ambev, já que é um erro não justificar o outro” além de os mercados de cerveja e chocolates serem muito distintos.

O embate das empresas x Cade se dá; em meio ao aniversário da lei das concorrências (8.884), que comemora dez anos com vitalidade e graça, mas ainda cheia de caminhos a percorrer. Antes dela, não existia um sistema organizado de proteção à concorrência e a violação de tal princípio econômico era tratada como crime. A nova lei valorizou o Cade e o transformou em autarquia. O órgão passou a atuar efetivamente e criar regulamentos e jurisprudência para a aplicação das normas.

Ele ainda prescinde, no entanto, de estrutura que permita dar maior celeridade aos pedidos de fusão. Hoje, cada conselheiro da autarquia conta com um, às vezes dois assistentes. Segundo um especialista em Direito Concorrencial, nenhum profissional do setor privado aceitaria trabalhar no Cade. Os salários são muito baixos. Há também de se evitar excessos de duplicação de tarefas entre o Cade e a Secretaria de Direito Econômico (SDE). Hoje, em casos complexos como o da Nestlé existe excesso de informações e pareceres, que resultam na demora do julgamento. Para os especialistas, a decisão final deveria demorar no máximo 30 dias, evitando a possível paralisação do mercado e prejuízo às empresas.

Além de melhor aparelhar o órgão, é necessária também a reforma da lei das concorrências para melhor atender a demanda econômica do país. Para o advogado **José Marcelo Martins Proença**, do Advocacia Approbato Machado a nova legislação precisa aprimorar o ato de concentração, introduzindo o controle prévio de fusão. Atualmente, é primeiro feita a fusão para depois comunicá-la ao Cade. A ideia é que o ato seja comunicado previamente, diz ele.

Proença acredita que existem falhas e uma das mais graves é a falta de fortalecimento institucional para assegurar a independência nas decisões do Cade. Para ele, no entanto, há de se reconhecer as vantagens do dispositivo. Hoje, entende-se que o processo não pode só beneficiar as empresas em questão, mas trazer contrapartidas, como aumento da qualidade, da garantia e redução do preço do produto.

Leia a íntegra da liminar concedida esta semana e cassada logo em seguida

MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

PROCESSO: 2004.34.00.045421-0

CLASSE 2100

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, contra ato do PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA do CADE, objetivando, em síntese, suspender os efeitos da decisão proferida na 326ª Sessão Ordinária, a qual exceção de impedimento suscitada pelo MPF, em



face da Procuradoria-Geral do CADE, nos autos do Pedido de Reapreciação nº 08012.001697/2002-89 formulado pelas empresas Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A.

Alega, em síntese, que a Procuradoria-Geral do CADE, a Dra. Maria Paula Dallari Bucci, encontra-se legalmente impedida de oficiar no referido feito, uma vez que o parecerista contratado pelas empresas interessadas, o Dr. Adilson Dallari, é seu tio, incidindo, na espécie as regras contidas nos arts. 18, II, Lei nº 9.781/99 e art. 87 da Lei nº 8.884/94 c/c 134. V, do CPC.

Requer, também, em sede de liminar, o afastamento da referida Procuradora-Geral do CADE para atuar no processo de concentração de interesse das referidas empresas, assim como o desentranhamento dos referidos autos, dos pareceres emitidos pela mesma.

Os impetrantes manifestaram-se a fls. 388/380, requerendo a citação das empresas Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, do Sindicato dos Trabalhadores da Alimentação do Estado do Espírito Santo, do estado do Espírito Santo, assim como do Município de Vila Velha/ES.

É o sucinto relatório

DECIDO

Inicialmente, recebo a petição de fls. 377/380 como emenda à inicial, e defiro o pedido de citação, na qualidade de litisconsortes passivas necessárias, tão somente em relação às empresas Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, eis que somente estas possuem interesse do art. 47 do CPC.

Quando ao pedido de liminar, registra-se que a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança pressupõe a existência dos requisitos legais, consubstanciados na relevância do direito invocado e no fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Do caso, a plausibilidade do direito alegado verifica-se presente, na medida que, nos termos do art. 18, II, da Lei nº 9.784/99 aplicável subsidiariamente à espécie (art. 69 do referido diploma), encontra-se impedida de atuar em processo administrativo a autoridade que tenha dele participado ou venha participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até terceiro grau, como se ocorrer no presente caso, em que o parecerista contratado pelas empresas interessadas pela ato de concentração é tio (parente consanguíneo de terceiro grau) da Procuradora-Geral do CADE, que atua no referido processo administrativo, nos termos do art. 11, parágrafo 11º, da Lei nº 8.884/94.

Registre-se que o mencionado dispositivo legal, visando garantir a imparcialidade das decisões administrativas, em atendimento ao princípio da moralidade da administração pública, expressamente previsto no art. 37, caput, da Carta Magna, estabelece, de forma objetiva, a referida hipótese de impedimento, cuja caracterização prescinde de qualquer avaliação circunstancial, bastando a verificação do vínculo de parentesco.



Ademais, é aplicável a hipótese o disposto no art. 137, V, do CPC, eis que o parente da Procuradora-Geral atua no procedimento administrativo como preposto das empresas interessadas, sendo causa de avaliação da sua participação, na qualidade de parte, uma vez que, em se tratando de pessoa jurídica, deve-se aferir o parentesco considerando-se as pessoas físicas beneficiárias do ato, em qualquer dimensão.

Ante o exposto, DEFIRO A LIMINAR, requerida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Plenário do CADE, na 326ª Sessão Ordinária, a Dra. Maria Paula Dallari Bucci, de qualquer análise e julgamento relacionados ao ato de concentração de interesse das empresas Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, objeto do Pedido de Reapreciação nº 08012.001697/2002-89. Determino, ainda, a retirada das manifestações expendidas pela referida Procuradora nos autos do Procedimento Administrativo em questão.

Oficie-se a autoridade para o devido cumprimento, assim como para que apresente as informações cabíveis.

Citem-se as empresas Nestlé do Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, na qualidade de litisconsortes passivas necessárias, conforme requerido pelos impetrantes.

Dá-se vista ao Ministério Público Federal.

Então, venham os autos conclusos para sentença.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 2004

LÍLIA BOTELHO NEIVA

Juiz Federal Substituta da 4ª Vara