

CHOCOLATE COM PIMENTA: O EMBATE DE PRINCÍPIOS NO CASO NESTLÉ-GAROTO

CHOCOLATE WITH PEPPER: THE CLASH OF PRINCIPLES IN THE NESTLÉ-GAROTO CASE

Rômulo Guilherme Leitão*
Uinie Caminha**
Andressa Borges Monteiro Pires***

*Pós Doutor pela Boston University (BU). Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Faculdade de Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Email: romuloleitao@unifor.br

**Pós Doutora pela Faculdade de Direito pela Universidade de São Paulo (FADUSP). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Aperfeiçoamento em Direito do Mercado Financeiro pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Email: ucaminha@gmail.com

***Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Unichistus (UNICHISTUS). Email: andressabpires@hotmail.com

Como citar LEITÃO, Rômulo Guilherme; CAMINHA, Uinie; PIRES; Andressa Borges Monteiro. Chocolate com pimenta: o embate de princípios no caso nestlé-garoto. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 24, n. 2, p. 47-63, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p47. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A operação de aquisição das sociedades empresárias Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. perdura em âmbitos administrativo e judicial por dezoito anos. Trata-se de caso peculiar, visto que teve seu primeiro andamento na vigência da revogada legislação concorrencial e perdura até hoje, na vigência da nova lei. Desde 2002, após a submissão da aquisição ao CADE, houve uma série de impasses, pois o mercado de chocolates ainda não estava bem segmentado. Nesse cenário, a maioria dos pareceres foi desfavorável à operação, ensejando a primeira decisão denegatória pelo CADE. Atualmente, encontra-se pendente julgamento pelo TRF da 1ª Região recurso oposto pelas empresas. A decisão, que será definitiva sobre o caso, deve ponderar valores de preservação da empresa, livre iniciativa, proteção do consumidor e defesa da concorrência. O objetivo do presente trabalho é avaliar, do ponto de vista principiológico, a solução mais adequada para a operação de aquisição. Em termos metodológicos, opta-se por realizar um estudo de caso e fazer uma pesquisa bibliográfica e documental no que tange à fonte, qualitativa no que se refere à abordagem, teórica quanto à natureza e descritiva em relação aos objetivos. Em sede conclusiva, evidencia-se que a alternativa mais adequada é aprovar a operação com restrições, a serem apontadas pelas próprias empresas e avaliadas pelo CADE.

Palavras-chave: Nestlé. Garoto. Aquisição. CADE. Princípios.

Abstract: The acquisitions of Nestlé Brasil Ltda. and Chocolates Garoto S.A, both company enterprises, spanned 18 years in

the judicial and administrative fields. This case is particularly interesting because it commenced when the revoked competition law was still valid and its legal procedure duration lasts until present day, in the validity of the new competition law. Since 2002, after the application for the acquisition was submitted to CADE, there have been a series of stalemates that restricted it, as the chocolate market, at the time, was not yet well segmented. In this scenario, most of the opinions were unfavorable to the transaction, giving rise to CADE's first unfavorable decision. Currently, there is a pending judgement by the TRF of the 1st Region. The decision, which will be final, must consider the values of company preservation, free initiative, consumer protection and competition defense. The objective of this paper is to evaluate, from a principiologistical point of view, the most adequate solution for the acquisition process. In methodological terms, this study chose to analyze a case study and utilize bibliographic and documentary sources with the qualitative method. In conclusion, the most adequate solution is to approve the operation with restrictions, to be pointed out by the companies themselves and evaluated, sequentially, by CADE.

Keywords: Nestlé. Garoto. Acquisition. CADE. Principles.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seus artigos 170 e seguintes,

inaugura a Ordem Econômica e Financeira, que deve ser considerada como um microsistema congruente de regras e de princípios para que se possa proferir decisões compatíveis com todo o ordenamento jurídico. As decisões para impasses judiciais e administrativos, dessa maneira, devem partir de uma perspectiva constitucional.

A aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda., ato de concentração passível de apreciação pelo órgão antitruste, já permeia os âmbitos administrativo e judicial há quase vinte anos. Como houve alteração legislativa e diversas impugnações, o ato de concentração não foi passível de solução amigável, de modo que se pode afirmar que o impasse vivenciado pelas empresas expressa verdadeira pimenta para os chocolates.

A última movimentação em matéria judicial requer julgamento pelo TRF da 1ª Região acerca dos Embargos de Declaração propostos pelas sociedades empresárias. Acontece que, por se tratar de matéria concorrencial, se deve atentar para os preceitos da preservação da empresa, da livre iniciativa, da proteção do consumidor e da defesa da concorrência, ainda que não tenham sido exaustivamente discutidos no procedimento.

Por diversas vezes, a operação foi recusada, e apenas nos votos vencidos e nos pareceres superados é que se encontraram argumentos favoráveis à manutenção da operação. A partir disso, a questão é: seria possível a aprovação da operação de concentração tendo por base os princípios da Ordem Econômica e Financeira?

A justificativa da investigação se dá pela insegurança jurídica causada pelo prolongamento das demandas sem solução definitiva às sociedades empresárias e a todos os *stakeholders*. Além disso, destaca-se a função social exercida pelas empresas e a possibilidade de avaliar o caso piloto que deu ensejo à alteração da legislação concorrencial partindo da Constituição Federal.

O objetivo geral do presente trabalho é avaliar, do ponto de vista principiológico, a solução mais adequada para a operação de aquisição. De maneira mais detalhada, tem-se como objetivos específicos definir a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, analisar a operação de concentração da Nestlé e da Garoto, avaliar a colisão de princípios no caso em estudo e apontar a solução mais adequada.

A metodologia utilizada para o presente trabalho possui fonte de natureza bibliográfica e documental, uma vez que, além de livros e artigos, foram buscados os documentos relativos aos processos administrativo e judicial. A abordagem da pesquisa é qualitativa, tendo em vista que não adentra em dados estatísticos para mensuração, e possui, quanto aos objetivos, caráter descritivo com estudo de caso da operação de aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. Por fim, a natureza da investigação é de ordem teórica.

1 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA: A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Constituição Federal, logo em seu artigo primeiro, enumera os fundamentos da República Federativa do Brasil e traz, em seu rol, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O tratamento específico da Ordem Econômica e Financeira, por derradeiro, seguiu o mesmo caminho, fundando-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. Os artigos 170 e seguintes, assim, insculpem uma série de princípios para fundar essa ordem.

As normas constitucionais em referência indicam que existe verdadeira Constituição Econômica dentro da Constituição Total, tendo em vista o conjunto de regras e de princípios específicos para reger as relações entre os particulares e medir a possibilidade de intervenção do Estado (GRAU, 2010). A avaliação de quaisquer impasses que permeiam essas normas constitucionais, assim, deve adentrar no macro sistema constitucional e no micro sistema econômico constitucional.

Ao apontar a livre iniciativa como um de seus fundamentos, o Estado brasileiro indica que sua atuação, via de regra, não promoverá ingerências substanciais no mercado privado e em seu funcionamento. Em casos excepcionais, por outro lado é necessário que sejam impostos determinados limites para a atuação dos particulares no mercado, como a defesa da concorrência e a proteção ao consumidor, conforme o artigo 170, incisos IV e V, do Texto Constitucional.

O Direito Antitruste e o Direito Consumerista estão intimamente ligados por meio da relação das sociedades empresárias com os consumidores. Enquanto o Direito do Consumidor se preocupa com reprimir condutas lesivas ao consumidor, de modo a garantir uma informação segura para o exercício do poder de escolha, o Direito Antitruste se preocupa com evitar condutas lesivas ao mercado por parte dos agentes que nele atuam, de forma a garantir exercício ao mercado¹ (AVERITT; LANDE, 2003).

O mercado perfeito idealizado por Coase (2016), em que não há falhas ou custos de transação, e em que todos teriam acesso às informações relevantes a um só tempo para exercer o pleno direito de escolha, entretanto, é apenas um modelo teórico para testar e buscar soluções econômicas viáveis. Inexiste, portanto, mercado sem falhas, de modo que são inevitáveis violações ao Direito do Consumidor.

Veja-se que se pode relacionar essas violações na seara consumerista diretamente com a defesa da concorrência e com a livre iniciativa, pois ofensas na seara concorrencial diminuem significativamente as opções conferidas ao consumidor (AVERITT; LANDE, 2003). Em um mercado sustentado por oligopólios ou monopólios, por exemplo, não há espaço para a entrada de novos *players* ou para a efetivação do direito de escolha (ABREU, 2008), estando a proteção da concorrência intimamente ligada à livre iniciativa e à defesa do consumidor.

O funcionamento de um sistema de livre concorrência, assim, é fundamental para uma melhor desenvoltura desse grupo de princípios. Especificamente em relação a essa norma, esculpiu-se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações à Ordem Econômica, hoje consubstanciado na Lei 12.529/2011.

¹ O efetivo exercício do mercado pode se dar quando há amplas opções ao consumidor e não há cometimento de infrações entre as empresas desse mercado, como práticas anticompetitivas ou infrações à Ordem Econômica e Financeira (AVERITT; LANDE, 2003).

Mencionada lei, em consonância com a Constituição Federal, se funda na liberdade de iniciativa, na livre concorrência, na função social da propriedade, na defesa dos consumidores e na repressão ao abuso do poder econômico. Para atingir o seu fim, por conseguinte, a Lei divide o SBDC em Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), vinculado ao Ministério da Justiça, e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), associada ao Ministério da Fazenda.

O principal desses órgãos, porém, é o CADE, tendo em vista que a ele incumbe a proliferação de uma cultura concorrencial no País, a punição às infrações à Ordem Econômica e a análise dos atos de concentração (PIRES; XIMENES, 2019). O primeiro encargo pode ser realizado de diversas maneiras, como o planejamento de cursos ou elaboração de cartilhas informativas. Em relação à segunda atribuição, veja-se que, nos casos do artigo 36 da Lei 12.529/2011, é dever do CADE instaurar procedimento administrativo para responsabilizar aqueles que infringem o dispositivo mencionado, prescindindo de análise de culpa, em conformidade com a proteção do consumidor (FRANCISCO, 2014).

No que concerne aos atos de concentração, em algumas situações o CADE deverá proceder com a análise, pois tais operações podem estar mascarando uma violação ao Direito Antitruste e ao Direito do Consumidor (AVERITT; LANDE, 2003). Nesse contexto, a autarquia federal poderá aprovar de maneira incondicionada, denegar ou aprovar com restrições a proposta da operação.

A submissão de pedido para aprovação de ato de concentração deve ser feita ao CADE previamente ao ato, com a possibilidade de imposição de multa pecuniária em casos de descumprimento, conforme o § 6º do artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Para avaliar a operação e realizar o controle, a autarquia dispõe de prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo da petição ou de sua emenda, conforme o § 3º do mencionado artigo.

O conceito de ato de concentração, apesar de não ser expressamente disposto na legislação, pode ser dela extraído, tendo em vista que se apresentam exemplos dessas operações no artigo 90 da Lei 12.529/2011. Podem ser enquadrados nessa categoria, assim, a fusão, a aquisição, a incorporação e o consórcio associativo ou *joint venture*, que podem ocorrer de maneira vertical, horizontal ou conglomerada.

Um ato de concentração vertical ocorre quando duas ou mais empresas atuam na mesma cadeia de produção, mas em estágios diferentes²; horizontal caso as atividades desenvolvidas sejam do mesmo ramo e equivalentes no estágio e conglomeradas quando não há qualquer vinculação da atividade ou do momento da cadeia (ROCHA; LIMA; CORDEIRO, 2017). Dentre essas modalidades, a que mais apresenta situações de prejuízo à concorrência é a de concentração horizontal³.

2 A verificação de um ato de concentração vertical é simples quando se imagina um ramo de atuação que demanda a distribuição, por exemplo. Imagine, nessa perspectiva, determinada atividade de produção de chocolate que, além de angariar matéria prima, produz as formas de chocolate em suas fábricas e, depois, precisa distribuir. Nesse caso, se qualquer das empresas que atua em um desses três estágios quiser adquirir, incorporar ou elaborar um *joint venture*, por exemplo, seria uma concentração vertical passível de análise pelo CADE.

3 Tomando a fusão como exemplo, nos atos de concentração horizontal, se duas sociedades empresárias que atuam no mesmo ramo e no mesmo estágio da produção decidirem por se juntar, é evidente que vai haver soma de esforços,

Acontece que não é em todos os casos dessa natureza que é necessária a manifestação da autarquia federal, tendo o artigo 88 da Lei 12.526/2011 previsto hipóteses materiais para a submissão àquela com relação ao faturamento do ano anterior ao da operação. São submetidos, assim, os atos de concentração em que a empresa maior tiver obtido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e a menor tiver auferido faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (BRASIL, 2011).

Os parâmetros indicados pela lei, contudo, apenas apontam que o ato deve ser submetido ao CADE, não impactando na decisão a ser proferida pela autarquia. Há uma presunção quantitativa de que, pelo volume das operações, a concorrência possa ser malferida, mas deve ser avaliado especificamente o caso, o mercado relevante e as possíveis alternativas para a aprovação da operação.

O mercado relevante é o âmbito material e territorial de influência de determinada empresa, ou seja, os setores em que atua e os locais em que opera. Diante dessa noção, devem ser estudados os domínios para que não seja possível uma empresa alterar unilateralmente os preços, prejudicando a concorrência⁴. Para isso, são feitas investigações de ordens qualitativa e quantitativa, uma vez que o controle de 20% (vinte por cento) ou mais de determinado mercado presume uma posição dominante, conforme estipula o parágrafo segundo do artigo 36 da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

A organização atual do SBDC referente aos atos de concentração, excetuando-se o prazo de análise das operações, evita maiores dilemas acerca da aprovação ou da rejeição do ato, uma vez que o CADE avalia a operação de maneira prévia e a violação a esse preceito enseja multa. A atuação da autarquia federal, assim, ocorre antes mesmo de a operação ser aprovada entre as empresas, para que não seja impossível desfazê-las em momento posterior.

Acontece que o caso que se procederá a análise foi submetido ao CADE, sob a vigência da antiga legislação antitruste, Lei 8.884/94, situação em que primeiro se realizou a operação e apenas *a posteriori*⁵ submeteu-se o ato de concentração à análise do órgão antitruste⁶. Passados quase vinte anos do pedido de apreciação da aquisição, ainda não há solução em definitivo para o

que não demanda a produção máxima das duas empresas para que se concorra com as demais. Nessa perspectiva, as empresas poderiam diminuir sua produção para atingir determinado fim, enquanto as concorrentes teriam que aumentar apenas para manter o nível, o que poderia ensejar aumento nos preços. É premente, assim, que o órgão regulador da concorrência se manifeste sobre casos dessa monta (WERDEN, FROEB, 1998).

4 Veja-se que a possibilidade de dominância do mercado relevante configura infração à Ordem Financeira, nos termos do artigo 36, inciso segundo e parágrafo segundo, da Lei, bem como caso de proibição da operação, segundo prediz o parágrafo quinto do artigo 88 da referida Lei (BRASIL, 1988).

5 O caso Nestlé-Garoto foi um dos eventos que contribuiu para que o sistema de defesa da concorrência fosse repensado e alterada a forma de análise dos atos de posterior para anterior ao ato que visava a qualquer das formas de concentração e preenchesse as condições quantitativas para essa submissão (CUNHA, 2005). Essa alteração beneficiou o sistema e, inclusive, as empresas, posto que a concentração e a consequente rejeição do pedido acarretavam alto impacto negativo do ponto de vista econômico. Outrossim, a análise ulterior fazia que algumas empresas, temendo a rejeição do pedido, demorassem na entrega de alguns documentos para que, em momento de análise, ao verificar os prejuízos que o desfazimento da operação poderia acarretar, aprovassem o ato (SOUZA, 2013).

6 Ainda que sob o manto de diploma diverso, o referente caso deveria ser submetido ao CADE. O revogado artigo 54

impunha, assim, a necessidade de submissão ao órgão quando prejudicasse a livre concorrência ou impusesse uma dominância de mercados relevantes. Assim, a submissão do caso ao manto da análise pelo órgão concorrential seria premente sob o pálio de qualquer das legislações.

caso.

2 NESTLÉ-GAROTO: ASPECTOS ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Em 18 de março de 2002, começava uma reviravolta não antecipada no Direito Concorrencial, eis que a Nestlé Brasil Ltda. submeteu à análise do CADE operação em que subscrevia aumento de capital na Chocolates Garoto S.A. com posterior resgate de ações. Trata-se, portanto, de uma aquisição, ato de concentração descrito no artigo 90, II, da Lei 12.529/2011.

Consolidada e ocupando relevante posição no mercado desde 1929, a brasileira Chocolates Garoto S.A. estava passando por leves, mas progressivas, perdas no mercado. Nessa situação, os acionistas discutiram estratégias de mercado e decidiram por alienar suas participações societárias, de modo a preservar os ativos da empresa, mantê-los à disposição dos consumidores no Brasil e angariar possibilidade de expansão em outros países (BRASIL, 2002).

Dentre as diversas sociedades empresárias nacionais e internacionais que participaram de negociações feitas com o intuito de proceder à aquisição da Chocolates Garoto S.A., estava a Nestlé Brasil, subsidiária do grupo suíço Nestlé. Demonstrando a melhor qualificação para manter os ativos da empresa e vislumbrando uma ampla possibilidade de crescer no mercado, a subsidiária brasileira foi a que logrou êxito nas negociações (BRASIL, 2002).

Com o encerramento das negociações e em obediência à legislação pátria consubstanciada no artigo 54, § 3º da Lei 8.884/94, o ato de concentração foi submetido à apreciação do CADE. Veja-se que a legislação ora em referência, posteriormente revogada pela Lei 12.529/2011, previa a possibilidade de o ato ser submetido ao CADE após 15 dias de sua realização, o que implica uma análise *a posteriori*⁷.

Foi submetida à análise da SDE, da SEAE e do CADE, portanto, operação em que a Nestlé Brasil havia passado a deter a totalidade do capital social da Chocolates Garoto. Tendo em vista que a empresa adquirente atuava em diversos segmentos, destacou-se que o setor econômico envolvido na operação era o de confeitos ou guloseimas, pois era o mesmo em que atuava a empresa adquirida.

Uma das primeiras providências a se analisar em processos de concentração, por outro lado, é a definição do mercado relevante, ou seja, deve-se primeiro delimitar as fronteiras da

7 Os atos de concentração podem, eventualmente, representar consequências negativas para o mercado e para as empresas, sendo mais temerárias quando a análise é posterior ao ato (VORONKOFF, 2014). Por esse motivo, a análise não contou apenas com pareceres de ordem qualitativa, mas quantitativas, além de modelos de simulação de fusões. Acontece que o modelo de simulação nem sempre transparece a realidade, pois possui uma série de variáveis. Em verdade, diversos são os modelos para simulação de fusões hoje estudados pelos pesquisadores do ramo da Economia, mas, realizando-se diversas simulações, mesmo que com métodos diferentes e, inclusive, sobre as margens de erro do simulador, não é possível atingir um ponto em comum. Isso importa em afirmar que, por mais que auxilie na previsão de novos valores para as empresas e se consubstancie em uma importante forma de complementação, não é possível fazer uma análise certa e conclusiva apenas com tais dados, sendo temerário pautar-se, portanto, apenas em análises objetivas (PIONER; CANÊDO-PINHEIRO, 2006). Além disso, ao considerar apenas a economia aplicada, com o modelo de simulação de fusões, se estaria restringindo o espaço do conhecimento jurídico, em seu estudo específico da legislação antitruste, e contaminando o sistema. O estudo e as decisões sobre os atos de concentração devem permear, por óbvio, estudos de economia e de averiguação econômica, mas não pode se restringir apenas a esse ramo, posto que se trata de uma questão, também, jurídica (SCHUARTZ, 2006).

concorrência no âmbito dos produtos e no âmbito geográfico de atuação⁸. A importância dessa medida se dá pela necessidade de averiguar a existência de posição dominante, considerando a possibilidade de unilateralmente alterar as condições de mercado, conforme a legislação antitruste⁹.

A submissão inicial da aquisição indicou, por conseguinte, três segmentos de atuação que corresponderiam aos mercados relevantes da operação, a saber: balas e guloseimas, chocolates sob todas as formas e achocolatados. Além disso, pela amplitude do mercado, indicou-se que a incidência geográfica da operação percorria todo o Mercado Comum do Sul (GUERRIERO, 2008).

Em alguns dos setores relativos aos produtos, ao avaliar a operação, indicava-se uma concentração de mercado superior à permitida, com posição dominante presumida pela legislação. Entretanto, como se tratava de setor com diversos *players*, além de pequenos produtores, não se vislumbrava qualquer ato que aparentemente pudesse prejudicar a livre concorrência.

A empresa adquirente, reafirmando a possibilidade de o ato de concentração poder ser realizado, além do que foi indicado, sinalizou uma série de eficiências compensatórias em detrimento da operação¹⁰. Foram indicadas, por conseguinte, eficiências em questões técnicas, produtivas, administrativas e logísticas (MAIA, 2005). Desse modo, os preços continuariam os mesmos para os consumidores, e eventuais malefícios seriam compensados (ROSA; GONÇALVES, 2007).

Acontece que a operação não foi bem recebida por outras competidoras do mercado, como a Kraft Foods Brasil S.A, e por outros órgãos administrativos, de modo que foi necessário assinar um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO)¹¹. A medida adotada assegurava que as sociedades empresárias não se confundissem em relação ao local, ao material, ao trabalho e às marcas, por exemplo.

Antes da decisão definitiva do caso, foram emitidos pareceres da SEAE, da SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal (MPF). O parecer emitido pelas secretarias possuiu teor bastante diverso, tendo aquele denegado a operação por considerar insuficientes as eficiências alegadas. O segundo deles, apesar de aprioristicamente negar a operação, suscitou a possibilidade de aprovação, caso fossem oferecidas alternativas que inibissem o exercício do poder de mercado.

A divergência de teor dos pareceres realizados pelas secretarias se deu, em maior medida, pela diversa definição e delimitação do mercado relevante. A SEAE, dessa maneira, utilizou as balas e os confeitos, os achocolatados, as coberturas de chocolate e os chocolates sob todas as formas (GUERRIERO, 2010), evidenciando-se a dominação dos mercados de coberturas de

8 As agências antitruste devem realizar algumas análises para que se chegue a uma decisão definitiva sobre o caso e o primeiro ponto é a definição do mercado relevante. Para a solução de alguns impasses, a Organização Mundial do Comércio (OMC), também passa por esse procedimento (ANDRADE; ESTEVÃO, 2017).

9 A legislação antitruste prevê a repressão às práticas anticompetitivas que podem se expressar por meio de acordos anticompetitivos, como cartéis, e práticas unilaterais, ou seja, abuso de posição dominante (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019).

10 Inobstante a expectativa de as fusões e as aquisições entre empresas que atuam no mesmo setor e possuem uma parcela elevada do mercado aumentarem a possibilidade de práticas anticompetitivas, algumas vezes a operação pode conferir eficiências. As eficiências, por conseguinte, representam os ganhos compensatórios por prováveis perdas advindas de operações de concentração (POSSAS, 2002).

11 O APRO foi utilizado pela primeira vez no Brasil no caso ora em referência. Pretendia-se, com a sua utilização, que não houvesse confusão entre as sociedades, tendo em vista a possibilidade de denegação da operação do ato de concentração referendado.

chocolate e de chocolates sob todas as formas (GUERRIERO, 2008).

O parecer emitido pela SDE, a seu turno, definiu onze mercados relevantes, a saber: Mercado Nacional de Balas e Confeitos, Mercado Nacional de Chocolates em pó, Mercado Nacional de Achocolatados em pó, Mercado Nacional de Cobertura de Chocolate Sólida, Mercado Nacional de Cobertura de Chocolate Líquida, Mercado Nacional de Chocolates de Consumo Imediato, Mercado Nacional de Tabletes entre 101g a 400g, Mercado Nacional de Tabletes entre 401g a 500g, Mercado Nacional de Ovos de Páscoa, Mercado Nacional de Caixas de Bombons e Mercado Regional de Chocolates Artesanais. De todo modo, apesar de considerar a dominação e diversos desses mercados, cogitou a possibilidade de aprovação caso fossem ofertadas medidas para inibir o poder de mercado.

Além desses, o parecer da procuradoria do CADE acompanhou o parecer da SDE, e o do MPF foi favorável à aprovação com imposição de determinadas condições. Apesar das diversidades dos pareceres, a decisão, por maioria, foi por denegar a operação, apoiando-se no voto do Relator do caso, conselheiro Thompson Andrade, que rememorou diversos aspectos do parecer da SEAE, rejeitou as eficiências alegadas e ordenou o desfazimento da operação (MAIA, 2005).

Irresignadas com a decisão do órgão antitruste, a Nestlé Brasil Ltda. e a Chocolates Garoto S.A. realizaram pedido de reapreciação administrativa. Veja-se que as decisões do CADE não comportam reapreciação administrativa, mas as sociedades empresárias ainda assim o fizeram, acostando uma série de pareceres doutrinários que se baseavam no contraditório, na ampla defesa e nos seus consectários para permitir esse reexame.

O novo pedido endereçado ao CADE contou com diferentes termos, como proposta de desinvestimento¹² em alguns setores e disponibilização de conjunto de ativos fixos e intangíveis, para que se possibilitasse entrada de novo concorrente no mercado, conforme parecer da SDE e voto vencido do conselheiro João Grandino Rodas. Todavia, o reexame da medida lhe negou provimento por três votos a dois, considerando insuficientes as propostas ofertadas.

Com a negativa em âmbito administrativo, ingressou-se na esfera judicial, questionando a legalidade e a proporcionalidade da operação, tendo sido designada a 4ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal (BRASIL, 2018b). Um dos principais pontos discutidos nesse cenário foi o prazo previsto no artigo 54, § 7º da Lei 8.884/94, que possibilitava a aprovação automática em caso de extrapolação de tempo para decidir. Dessa maneira, decisão liminar, posteriormente confirmada em sentença, aprovou automaticamente a aquisição da Chocolates Garoto pela Nestlé Brasil em virtude de decorrência do prazo (BRASIL, 2007).

Em segunda instância, ao revés, com apelação assinada pelo CADE no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, anulou-se o voto de um dos conselheiros e determinou-se novo julgamento pela autarquia federal (BRASIL, 2016d). A fim de que fossem observadas as garantias legais, de todo modo, a Nestlé Brasil Ltda. opôs embargos infringentes para que prevalecesse o voto vencido do Juiz Ávio Mozar José Ferraz de Novaes.

12 A proposta de desinvestimento contava, dentre outras coisas, com a venda de ativos no segmento de coberturas de chocolate, com capacidade de produção de 14.000 t/ano, e, no mercado de chocolates sob todas as formas, uma redução na participação, com venda de capacidade produtiva de 26.000 t/ano (BRASIL, 2016d).

Antes do julgamento dos embargos infringentes, por sua vez, as sociedades empresárias ingressaram com pedido de suspensão da medida para tentar solução administrativa junto ao CADE. Defendia-se, no momento, que o caso comportava reapreciação tendo em vista a sensível alteração do mercado relevante no período de 2000 a 2015 (BRASIL, 2016d).

Nota técnica do CADE elaborada para avaliar a proposta das sociedades empresárias (BRASIL, 2016d) atestou que, de fato, o mercado de chocolates foi alterado significativamente no período, de forma a permitir ampla gama de produtos no mercado e não lesar o consumidor. Entendendo por suficientes as soluções apontadas, o Relator Alexandre Cordeiro solicitou medidas para que as empresas implementassem e, enfim, tivessem a operação aprovada (BRASIL, 2016a)¹³.

Passados mais de dois anos da imposição de medidas indicadas no Despacho Decisório de nº 20/2016 (BRASIL, 2016a), entretanto, as sociedades empresárias ainda não haviam cumprido as imposições. Dessa maneira, no Despacho Decisório de nº 13/2018 (BRASIL, 2018a), a conselheira-relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova, encerrou o julgamento do caso sem análise do mérito e determinou retorno da ação judicial nº 2005.34.00.015042-8.

Em meio judicial, as últimas movimentações do presente caso ocorreram em 2018. A primeira em 14 de setembro, com decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que se negou provimento aos Embargos Infringentes (BRASIL, 2018b). As últimas em 24 de setembro e 16 de outubro, com oposição de Embargos de Declaração e Impugnação aos Embargos.

Dessa maneira, verifica-se que ainda não há uma solução jurídica ou administrativa para o caso, apesar de a Nestlé Brasil Ltda. ter passado a se comportar como se a operação tivesse sido aprovada, esquivando-se de qualquer cenário em que as marcas pudessem ser alienadas (BOUÇAS, 2018). Se tem, na verdade, um embate principiológico a ser considerado para que o impasse seja resolvido de maneira definitiva.

3 PESOS E MEDIDAS: NORMAS COLIDENTES NO CASO NESTLÉ-GAROTO

O impasse que permeia o pedido de concentração consubstanciado na aquisição da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. já se perpetua por quase vinte anos sem qualquer resolução definitiva nos âmbitos administrativo e judicial. O processo, como mencionado, hoje se encontra na alçada do Poder Judiciário, que deve se pronunciar sobre os Embargos de Declaração opostos no final de 2018.

Veja-se que para as sociedades empresárias já houve prejuízo pela desarrazoada demora, de modo que a solução a ser adotada não se pode esquivar da apreciação de normas como preservação da empresa, livre iniciativa, proteção do consumidor e defesa da concorrência¹⁴. Como apontado,

13 Em relação a essa decisão, voto vogal da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt salientou que a proposta de desinvestimento era, de fato, a melhor opção, mas que deveria ser garantida, no processo, proteção ao consumidor que estaria acostumado com certas marcas (BRASIL, 2016b). Alexandre Cordeiro, apesar de temerário quanto à operação, proferiu voto pela homologação da decisão (BRASIL, 2016c).

14 A aplicação das normas a casos concretos, na maioria das vezes, pressupõe a colidência de princípios, que devem ser ponderados para a solução concreta (ALEXY, 2014).

a desaprovação total ou parcial da operação pode representar intervenção desmedida no domínio econômico (BRASIL, 2002).

Destaca-se, ademais, que a Ordem Econômica e Financeira se baseia na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano e que o Estado normativo e regulador apenas atua em meio a fiscalizar, incentivar e planejar o setor privado. Além disso, o artigo 174 da Constituição Federal dispõe que não se pode impor compulsoriamente planejamento à iniciativa privada, vez que apenas se confere natureza indicativa e não determinante ao Estado. Assim, não se poderia impor uma desconcentração compulsória em caso de reprovação da operação de aquisição.

Veja-se que a decisão denegatória possui, por si, natureza declaratória e não desconstitutiva, de forma que a autarquia federal não poderia impor moldes para desconstituição, mas apenas decidir por aprovar ou rejeitar. Além disso, em esfera concorrencial, se houver qualquer possibilidade eliminação do risco à concorrência, ela é preferível ao desfazimento da operação (SALOMÃO FILHO, 2007).

É premente considerar, dessa maneira, a preservação da empresa, ainda que não expressamente prevista no Texto Constitucional¹⁵. Saliente-se, em primeira mão, que a Chocolates Garoto S.A. passava por um período de perdas sucessivas em seu faturamento, de modo que era crucial a interferência no controle da sociedade. Constante da Lei de Recuperação Judicial e Falências, a preservação da empresa objetiva proteger a continuidade da atividade econômica¹⁶, a fim de que esta possa cumprir sua função social.

Não se defende a preservação da empresa a qualquer medida, nem mesmo nos casos de considerar as empresas muito grandes para falir¹⁷, devendo-se sempre compactuar as decisões com os preceitos da Ordem Econômica e Financeira. Dessa maneira, auferindo lucros e atentando para o desenvolvimento em meio social, com geração de empregos e bem-estar da sociedade e dos *stakeholders*¹⁸, a empresa deveria ser preservada, pois estaria cumprindo sua função social (FERREIRA, 2016).

Em outro plano, entram as normas de proteção do consumidor e de defesa da concorrência, preceitos insculpidos no artigo 170 da Constituição Federal como princípios da Ordem Econômica e Financeira. Destaca-se, aprioristicamente, que os consumidores possuem patente ligação com as marcas (BRASIL, 2016b), de modo que o desinvestimento ou a alienação de ativos poderia prejudicá-los.

Além disso, a ocupação de posição dominante no mercado poderia lesar diretamente a concorrência e as sociedades empresárias, uma vez que uma empresa ou grupo de empresas teriam

15 A despeito de não haver expressa menção no Diploma Constitucional, por outro lado, ainda se defende a existência de um princípio constitucional implícito, decorrente dos valores fundamentados no ordenamento jurídico brasileiro (VARELLA, 2010).

16 É importante considerar que a preservação da empresa é fundamental em matéria empresarial, uma vez que se deve guiar pelos objetivos da sociedade empresária (BUSHATSKY, 2017).

17 A teoria das empresas *too big to fail* defende a ideia de que, em alguns casos, há empresas que cuja crise irrecuperável seria desastrosa ao ponto de prejudicar a própria economia do País. Dessa maneira, o Governo deveria apoiar as empresas. Essa teoria modifica, inclusive, o comportamento dos investidores, que podem migrar seus ativos imaginando que a corporação estaria protegida da falência (FOUREAUX, 2012).

18 Os *stakeholders* são definidos como indivíduos, organizações e grupos que possuem interesse na empresa e que são por ela afetados. O gerenciamento eficiente de uma sociedade empresária, portanto, deveria considerar os interesses dos *stakeholders* (HARRISON; FREEMAN; ABREU, 2015).

a possibilidade de alterar unilateralmente os preços (AVERITT; LANDE, 2003). É evidente que as operações de concentração horizontal são as que mais demonstram práticas anticompetitivas, eliminando a competição e acarretando prejuízo à escolha livre do consumidor (AVERITT; LANDE, 2003), mas essa não é a única faceta do problema.

Há, por derradeiro, diversas normas a serem consideradas em eventual decisão para denegar ou aprovar a operação de aquisição. As normas em conflito, a seu turno, não possuem estruturas que requerem uma lógica de tudo ou nada, mas que devem ser realizadas na maior medida possível, como verdadeiros mandamentos de otimização para uma máxima aplicação no caso concreto (ALEXY, 2014).

Tratando-se de mandamentos de otimização, deve-se promover a menor restrição possível sobre o preceito que for afastado. Assim, é premente que se realize uma ponderação entre os princípios colidentes, conforme ensina Alexy (2014). Essa ponderação, a seu turno, avalia a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, iniciando-se pela primeira e passando-se aos demais apenas em caso de superação e conformidade dos anteriores.

Em apertada síntese, pode-se definir a adequação como a conformidade entre os meios empreendidos e os fins, ao passo que a necessidade traduz a utilização da medida que menos tenha impactos negativos na situação fática. A proporcionalidade em sentido estrito, por fim, analisa as posições jurídicas para que os princípios sejam utilizados em maior medida. Assim, será avaliada a preponderância entre um princípio determinado em face do outro (ALEXY, 2014).

No caso do ato de concentração entre a Nestlé Brasil Ltda. e a Chocolates Garoto S.A., dessa maneira, parte-se da adequação da medida de desconstituição da operação. Veja-se, primeiro, que a medida de desconstituição de ativos seria extremamente desproporcional, uma vez que o Estado estaria extrapolando os limites de sua atuação, que apenas deve possuir natureza declaratória, não passando pelo patamar da adequação.

Caso se entenda pela adequação da medida, por outro lado, passa-se à análise da necessidade. Destaca-se que a aquisição da Chocolates Garoto S.A. poderia ser aprovada sem a imposição de nenhuma restrição, tendo em vista que já se restou comprovado que o mercado atual foi completamente alterado, não havendo prejuízo nesse contexto (BRASIL, 2016d). Além disso, poder-se-ia aprovar a operação impondo restrições, caso se anteviesse objetivamente posição dominante do mercado.

Por outro lado, o que não pode ser feito do ponto de vista da necessidade é o desfazimento da operação, vez que essa é **a medida que mais** impacta negativamente a situação fática para a preservação da empresa, a livre iniciativa, a proteção do consumidor e a defesa da concorrência. Em um sistema congruente, que possui a Constituição como vetor hermenêutico, deve-se atentar para esses critérios de ponderação.

Sendo assim, não seria proporcional desfazer a operação, dada sua atual conjectura, mas a aprovação desmedida também **não parece** ser a melhor solução, posto que não se tem objetivamente todos os dados relativos ao mercado relevante e às eficiências atualizados. Dessa maneira, sugere-se que a operação seja aprovada com a imposição de restrições, ainda que essas

devam ser selecionadas pelas sociedades empresárias em meio a não interferir no domínio privado.

CONCLUSÃO

A ordem econômica e financeira da Constituição Federal se funda na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, bem como estabelece uma série de princípios para pautar a atuação nesse meio. Além disso, no que tange especificamente ao objeto em análise, foi estabelecido um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que compartilha de diversos daqueles preceitos.

A operação em análise, qual seja, a aquisição da Chocolates Garoto S.A pela Nestlé Brasil Ltda., por conta do volume de operações realizadas no ano base anterior ao da operação, teve que ser submetida ao SBDC, especialmente para a averiguação pelo CADE. Como o pedido foi feito em 2002, ainda vigorava a legislação antitruste revogada, de modo a permitir a realização da operação com posterior submissão da operação à autarquia federal.

Com um vaivém administrativo e judicial, hoje a matéria encontra-se para análise no TRF da 1ª Região, que deverá decidir sobre os Embargos de Declaração opostos em 2018. Certo é que a decisão definitiva da matéria não se pode esquivar de considerar os princípios da ordem constitucional, pois eles orientam todo o ordenamento jurídico. Além disso, como se trata de normas com estrutura principiológica, deve ser feita a ponderação.

A presente pesquisa contou com patente limitação, uma vez que diversos dos documentos da operação possuem conteúdo sigiloso, bem como são mantidos em extensos arquivos que, por diversas vezes, contavam com ordem equivocada das páginas. Além disso, não houve decisões favoráveis no plano prático que permearam o conteúdo da investigação.

Aprofundando um pouco mais, sugere-se a análise das motivações políticas para as decisões administrativas, bem como o estudo econométrico do atual estado do mercado, para que possa ser conferida eventual parcela de dominância do mercado. Em caso de eventual denegação do pedido, necessária se fazer a análise das alienações dos ativos e das parcelas de mercados posteriores à operação.

Em relação à pergunta de pesquisa, responde-se que é possível a aprovação da operação com base nos princípios constitucionais, uma vez que eles são quem deve fomentar a atuação do Estado na Ordem Econômica e Financeira. Decisões que não os consideram, como as que foram proferidas em âmbito administrativo, maculam a Constituição Econômica.

Quanto aos objetivos, por fim, veja-se que, partindo da Constituição Federal, a melhor opção é a de aprovar a operação com a imposição de restrições, uma vez que representa medida adequada e necessária para a resolução do embate principiológico. A reprovação da operação de aquisição, ao revés, sequer ultrapassa o âmbito da adequação, não merecendo guarida.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 874, p. 70-100, ago. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, Maria Cecília; ESTEVÃO, Ana Carolina. Caso telemex (DS204): a perspectiva concorrencial nas decisões da OMC. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira (org.). **OMC: funcionamento do sistema de solução de controvérsias – reflexões dos especialistas sobre os principais casos**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 57-70.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 26-49, jan./mar. 2003.

BOUÇAS, Cibele. Com Garoto, Nestlé cresce mais de 7%. **Valor Econômico**, São Paulo, 3 dez. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/6009589/com-garoto-nestle-cresce-mais-de-7>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Justiça Federal - 4ª Vara. **Procedimento Comum 2005.34.00.015042-8**. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S.A. Requerido: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Juíza: Raquel Soares Chiarelli. Brasília, 19 mar. 2007. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=150180820054013400&secao=JFDF>. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. (Constituição [1988]). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.526, de 11 de novembro de 2011**. Abre aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, em favor da Justiça Eleitoral e do Ministério da Defesa, crédito suplementar no valor global de R\$ 20.843.096,00, para reforço de dotações constantes da Lei Orçamentária vigente. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12526.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho decisório nº 20/2016/GAB6/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 4 out. 2016a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNXzvLy96wZ8goi1IE5K3HrNk9uedgvM5ff4IPyzvSLLo1n7bu72SjxLJBCnnLHINPtWO_OSX_uvVzWuNCFKcIz. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto vogal**: versão pública. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 18 out. 2016b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMwy5xmKNZgKAOSHRamtgyfXYAzKxV1ZMNVYlu5L0nqIOTThOpaTknH0EIzGImT3Opw5_eulHb5gAN2F02zDPM6. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Voto Vogal: versão de acesso restrito. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 18 out. 2016c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP8U38rAAmBgyRygdWx7mx_Cn5itlDyolAwXqNtVdeJRyW3QezwrlaE50Ou6lPtOab-4dHEyFauF-RQjf3U0iD9. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota técnica nº 16/2016/DEE/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016d. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nota-tecnica-16-2016-publica-sei-0205865.pdf/view>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho decisório nº 13/2018/GAB6/CADE**. Brasília: Ministério da Justiça, 2018a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMOqa56ZPPEXSBakpzoYAYi_I78AKVXrCfoLiIglDR5HfD5yIS7qWlvzyNy66IKBipE39Mjp608m-SbF-WPSJW. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário 08012.001697/2002-89**. Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A. Brasília, 15 mar. 2002. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODL0dQJrH0em4COi5at7KHpcN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). **Embargos Infringentes 0015018-08.2005.4.01.3400** (2005.34.00.015042-8/DF). Embargante: Chocolates Garoto S/A e outro. Embargado: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relator: Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Brasília, 14 set. 2018b. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200534000150428&pA=200534000150428&pN=150180820054013400>. Acesso em: 15 maio 2019.

BUSHATSKY, Daniel Bushatsky. Princípio da preservação da empresa. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Comercial. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>. Acesso em: 5 jun. 2019.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

CUNHA, Carolina. **O controle das concentrações de empresas**. Coimbra: Almedina, 2005.

FERREIRA, Leandro Taques. Função social da empresa: conceito e aplicação. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 16, p. 19-39, maio/ jun. 2016.

FOUREAUX, André Luís de Lana. **Too big to fail?** estudo de caso do setor bancário português. 2012. 56 f. Dissertação (Mestrado em Economia Monetária, Bancária e Financeira) – Universidade do Minho, Braga, 2012.

- FRANCISCO, André Marques. **Responsabilidade civil por infração da ordem econômica**. 2014. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda. Direito antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira (coord.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. p. 169.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GUERRIERO, Ian Ramalho. **Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto**. 2008. 93 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- GUERRIERO, Ian Ramalho. O caso nestlé-garoto e reflexões para o uso de modelos de simulação na análise antitruste. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 38., 2010, Salvador. **Anais [...]**. Salvador, 2010. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/000-eb4c37fbec5b939bcc1a312183e9609b.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2018.
- HARRISON, Jeffrey S.; FREEMAN, R. Edward; ABREU, Mônica Cavalcanti Sá. Stakeholder theory as an ethical approach to effective management: applying the theory to multiple contexts. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 17, n. 55, p. 858-869, abr. 2015. Disponível em: <https://rbgn.fecap.br/RBGN/article/view/2647/pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.
- MAIA, Guilherme Baptista da Silva. **Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos ambev e nestlé-garoto**. 2005. 218 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- PIONER, Heleno Martins; CANÊDO-PINHEIRO, Maurício. Margens de erro e eficiências em fusões. In: FIUZA, Eduardo P. S.; MOTTA, Ronaldo Seroa (coord.). **Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica**. Rio de Janeiro: Ipea, 2006. Cap. 2.
- PIRES, Andressa Borges Monteiro; XIMENES, Lívia. Análise crítica da decisão do conselho administrativo de defesa econômica na fusão nestlé-garoto. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO À PESQUISA, 15., ENCONTRO DE INICIAÇÃO À DOCÊNCIA, 15., ENCONTRO DE PESQUISADORES, 13., MOSTRA DE CIÊNCIA, ARTE E CULTURA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO CHRISTUS – UNICHRISTUS, 2., 2019, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: Unichristus, 2019. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/xvencontrounichristus/114983-ANALISE-CRITICA-DA-DECISAO-DO-CONSELHO-ADMINISTRATIVO-DE-DEFESA-ECONOMICA-NA-FUSAO-NESTLE-GAROTO>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- POSSAS, Mario Luiz. Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.
- ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável. **Scientia**

Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 64-97, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27111/21299>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ROSA, José Del Chiaro Ferreira; GONÇALVES, Priscila Brólio. O CADE, a concorrência e a operação Nestlé-Garoto. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 263-278, maio 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42130/40821>. Acesso em: 19 ago. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste? **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 153-182, 2006.

SOUZA, Adriana Feliciano Pereira. A Lei 12.529/2011 e os princípios da ordem econômica constitucional. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Maranhão, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2013. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/5/pdf_2. Acesso em: 22 abr. 2018.

VARELLA, Emerson dos Santos. Preservação da empresa: princípio constitucional não escrito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 13, n. 73, fev. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7220. Acesso em: 5 jun. 2019.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise previa dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 144-179, nov. 2014. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/128>. Acesso em: 20 ago. 2018.

WERDEN, Gregory J.; FROEB, Luke M. A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of a homogeneous product. **Economic letters**, [S. l.], v. 58, n. 3, p. 367-369, mar. 1998. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.538.3602&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Como citar LEITÃO, Rômulo Guilherme; CAMINHA, Uinie; PIRES; Andressa Borges Monteiro. Chocolate com pimenta: o embate de princípios no caso nestlé-garoto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 24, n. 2, p. 47-63, jul. 2020. DOI: 10.5433/2178-8189.2020v24n2p47. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 02/03/2020

Aprovado em: 22/05/2020