

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Instituto de Ciências Gerenciais e Econômicas
Curso de Ciências Contábeis

FUSÃO NESTLÉ E GAROTO

**Ana Cláudia Reis
Carlos Henrique Carvalho
Eliane Aparecida da Silva
Flaviane de Oliveira Lopes
Júlio César de Souza
Renata Aparecida Gonçalves Coelho**

**Belo Horizonte
2010**

**Ana Cláudia Reis
Carlos Henrique Carvalho
Eliane Aparecida da Silva
Flaviane de Oliveira Lopes
Júlio César de Souza
Renata Aparecida Gonçalves Coelho**

FUSÃO NESTLÉ E GAROTO

Trabalho apresentado à disciplina de Controladoria e Gestão, do 8º período do Curso de Ciências Contábeis, turno da noite do Instituto de Ciências Econômicas e Gerenciais da Pontifícia Universidade Católica de Minas – Campus Coração Eucarístico.

**Belo Horizonte
2010**

Sumário

1. DEFINIÇÃO.....	6
1.1. Fusão	6
1.2. Incorporação.....	7
1.3. Cisão	7
1.4. Aquisição	8
2. PONTOS A SEREM OBSERVADOS NA CELEBRAÇÃO DE UM EVENTO SOCIETÁRIO	10
2.1. Condições	10
2.2. Direitos dos credores	12
3. TRATAMENTO CONTÁBIL	14
3.1. Em Incorporação.....	14
3.2. Em Fusão	15
3.3. Em Cisão	15
4. CASO PRÁTICO.....	17
4.1. Como funciona o processo de fusão no Brasil.....	17
4.2. O caso Nestlé e Garoto.....	19

INTRODUÇÃO

Com a economia globalizada, existe uma forte tendência mundial no sentido de concentração das atividades produtivas em torno de um número cada vez mais reduzido de grupos econômicos.

Essa tendência é justificada pela concorrência cada vez mais acirrada existente entre as empresas e pela busca por produtos mais competitivos. Para conseguir um aumento na lucratividade as empresas são obrigadas a criar estratégias econômicas, dentre elas podemos iremos estudar a reorganização societária que envolve incorporações, fusões e cisões.

A fusão, incorporação e cisão envolvem operações societárias que resultam em sucessão, no sentido de que uma pessoa jurídica transfere a outra um conjunto de direitos e obrigações, ou de ativos e passivos, ou, ainda, de forma tal que, sem que haja solução de continuidade, uma pessoa jurídica prossegue uma atividade até então exercida por outra. A incorporação, fusão e cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou entre tipos diferentes.

As reorganizações societárias mediante os processos de incorporações, fusões ou cisões podem ser processos relativamente simples de ser detectados, definidos e implantados. Porém envolvem operações complexas como a identificação de todos os problemas e interesses envolvidos, a negociação entre as partes envolvidas sobre os diversos temas e seus reflexos para encontrar soluções de equilíbrio e a implementação formal e jurídica das soluções encontradas que reflitam nas negociações efetivadas. Vários aspectos devem ser observados quando de uma reestruturação societária, dentre os quais podemos citar:

- Reflexos tributários, observando-se os reflexos não só do ponto de vista da empresa como também dos acionistas.
- Aspectos organizacionais e operacionais.
- E principalmente aspectos financeiros, que envolvam a necessidade de novos recursos dos atuais acionistas, de novos acionistas ou de financiamentos de terceiros.

Um aspecto que deve ser observado e que se tornou prática corriqueira são as participações societárias entre as empresas, mediante a compra e venda de parte ou total do controle acionário.

Na maioria dos casos a reorganização societária (fusão, incorporação e cisão), acontece com o intuito econômico, ou seja, o que leva a empresa a se reorganizar-se societariamente é a perspectiva da empresa incorporadora ingressar em um determinado nicho de mercado, tornar-se mais forte, trocarem tecnologias, aumentar a fatia de mercado. Entretanto, as empresas começam a perceber que tais procedimentos também são eficazes para economia fiscal. Neste sentido vamos demonstrar a importância do planejamento tributário.

1. DEFINIÇÃO

1.1. Fusão

É a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem, formando uma só.

Conforme o artigo 228 da Lei 6406 fusão é “a operação pela qual se unem uma ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

As sociedades originais extinguem-se. A nova sociedade adquire personalidade jurídica e inicia sua atividade econômica, a partir da data da fusão.

O patrimônio da nova sociedade é composto pela soma dos patrimônios das empresas fusionadas. Seu capital será integralizado com bens, direitos e obrigações recebidos das sociedades fusionadas.

A fusão caracteriza-se pelo fato de desaparecerem as sociedades que se fundem, para, em seu lugar, surgir uma nova sociedade. A fusão, entretanto, não importa na dissolução das sociedades fundidas, mas na extinção formal das sociedades que passaram pelo processo de fusão. Não havendo dissolução, não há que se falar em liquidação do patrimônio social, posto que a nova sociedade surgida da operação em questão assumirá toda e qualquer obrigação, ativa e passiva, das sociedades fusionadas.

A fusão ocorre em três fases:

- (a) transmissão do patrimônio das sociedades fundidas para a nova sociedade;
- (b) passagem dos acionistas das sociedades fundidas para a nova sociedade;
- (c) extinção das sociedades transmitentes de seus patrimônios.

Na fusão há a sucessão universal, compreendendo, portanto, todos os direitos, obrigações e responsabilidades das sociedades fundidas, assumidas pela sociedade constituída como resultado da operação.

1.2. Incorporação

É a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, sendo que as sociedades incorporadas deixam de existir, mas a empresa incorporadora continuará com sua personalidade jurídica.

O artigo 227 da Lei 6406 define a incorporação como a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. A sociedade incorporada extingue-se. A incorporadora prossegue sua atividade econômica, agora com seu patrimônio acrescido com o PL da incorporada. Deve providenciar o aumento de seu capital, com o valor do citado PL da incorporada, aumento esse que será integralizado com os bens, direitos e obrigações recebidos da incorporada.

Essa operação pode ser efetuada entre sociedades do mesmo tipo ou de tipos diferentes.

Portanto, ao contrário da fusão, a incorporação de sociedades importa, necessariamente, apenas na reforma do estatuto ou contrato da sociedade que incorpora, desaparecendo-se a empresa incorporada. A fusão, por outro lado, impõe a extinção das sociedades fusionadas, surgindo, assim, uma nova sociedade.

1.3. Cisão

A cisão ocorre quando parte ou a totalidade do capital de uma sociedade é transferida a outra. Na primeira hipótese, isto é, na cisão parcial, a sociedade cindida subsiste. Na segunda hipótese, na cisão total, a sociedade se extingue.

O artigo 229 da lei 6406 define cisão como "a operação jurídica pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, e dividindo-se o seu capital, se parcial a versão"

Na cisão total, a empresa cindida é extinta. Entretanto, a cisão pode ser parcial, se houver acordo entre os sócios ou acionistas. Nesse caso, a empresa cindida continua a atividade com a mesma denominação social e com o patrimônio reduzido dos valores que foram transferidos para a outra ou mais empresas, envolvidas na cisão.

1.4. Aquisição

A aquisição de uma empresa dá-se quando o comprador adquire todas as ações ou quotas de capital da adquirida, assumindo assim seu controle total.

Conforme o artigo 225 da lei 6406 como "A alienação do controle da companhia aberta que dependa de autorização do governo para funcionar sta sujeita à prévia autorização do órgão competente para aprovar a alteração do seu estatuto"

A aquisição do controle acionário é a forma que tem sido adotada na privatização das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização.

A aquisição da companhia aberta que dependa de autorização para funcionar deverá ser precedida de oferta pública. Esta somente poderá ser feita com a participação da instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante (art. 257 da LSA).

Uma vez adquirido o controle acionário, a empresa compradora, em assembléia geral, nomeia um novo Conselho de Administração que, por sua vez, nomeia uma nova Diretoria, que se encarregará de preencher todos os demais cargos da companhia. No mesmo ato é nomeado também um novo Conselho Fiscal.

O adquirente pode manter a mesma denominação da companhia adquirida, se for de seu interesse. Ou pode acrescentar parte de seu nome à denominação da companhia adquirida.

É importante que a avaliação do patrimônio líquido da empresa vendida seja correta, pois esta avaliação deverá considerar também outros valores, como por exemplo, o desempenho econômico que pode ser esperado com a adoção de novos métodos de gestão e de novas tecnologias, os créditos tributários que podem ser

recuperados, os prejuízos acumulados que podem ser compensados entre outros fatores.

Uma vez avaliada (conforme acima), deve ser fixado um preço mínimo para a concretização da venda. Se o preço de arrematação no leilão for superior ao mínimo estabelecido, esse valor pago a maior é considerado como ágio.

No caso de privatização de empresas estatais, cujo capital pertence a um dos entes federativos, portanto capital público, a compra só pode ser realizada por meio de leilão público realizado em Bolsa de Valores.

2. PONTOS A SEREM OBSERVADOS NA CELEBRAÇÃO DE UM EVENTO SOCIETÁRIO

A Lei 6404/76 prevê, em seus artigos 223 a 234, procedimentos complexos para a concretização das operações de incorporação, fusão e cisão, que consistem na realização de diferentes atos, comuns a todas as citadas modalidades de reestruturações societárias. Em suma, tais procedimentos pretendem segregar, em atos específicos, os passos lógicos que a operação requer. Tais passos são: o acordo para a realização, a exposição de motivos ao órgão deliberativo e a deliberação propriamente dita.

A incorporação, fusão e cisão podem ser operadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes e deverão ser deliberadas na forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos ou contratos sociais.

Assim, partindo do pressuposto de conjugação dos interesses das sociedades envolvidas, os respectivos administradores assinam um documento (protocolo) que, com respectiva gama de motivação (justificação), é apresentado à deliberação do órgão competente (Assembléia Geral Extraordinária, na sociedade por ações).

Nas operações onde há a criação de sociedade, serão observadas as normas reguladoras da constituição das sociedades do seu tipo. Os sócios ou acionistas das sociedades incorporadas, fundidas ou cindidas receberão, diretamente da companhia emissora, as ações que lhes couberem.

A partir da vigência da Lei 9457/97, se a incorporação, fusão ou cisão envolverem companhia aberta, as sociedades que a sucederem serão também abertas. Estas devem obter o respectivo registro e, se for o caso, promover a admissão de negociação das novas ações no mercado secundário, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data da assembléia geral que aprovou a operação, observando as normas pertinentes baixadas pela Comissão de Valores Mobiliários. O descumprimento do previsto dará ao acionista direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações, nos 30 (trinta) dias seguintes ao término do prazo nele referido.

2.1. Condições

Somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas na deliberação sobre o protocolo e a justificativa.

Deverá constar de protocolo firmado pelos órgãos de administração das companhias com as características abaixo:

- O número, a espécie e a classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;
- Os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;
- Os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;
- A solução a ser adotada quanto às ações ou quotas de capitais de uma das sociedades possuídas por outra;
- O valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte da operação;
- O projeto ou projetos de estatuto, ou das alterações estatutárias que deverão ser aprovadas para efetivar a operação;
- Todas as demais condições a que estiver sujeitas à operação.

O protocolo deverá ser submetido à assembléia geral, mediante justificação, na qual serão expostos:

- Os motivos e a finalidade da operação e o interesse da companhia ou sociedade em sua realização;
- As ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação de seus direitos, se prevista;
- A composição do capital social, após a operação, segundo espécies e classes das ações. Bem como as ações que deverão ser emitidas em substituição às que deverão extinguir-se;

- O valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Em todas as operações, a decisão quanto a sua realização deve ser tomada, em cada sociedade, pela forma prevista para a alteração do estatuto ou contrato social. Assim, por exemplo, em se tratando de sociedades por ações, a decisão deverá ser tomada em assembléia geral extraordinária, obedecidas as regras legais e estatutárias pertinentes. Na sociedade limitada, pelo modo definido no contrato, que deve ser verificado em cada caso.

Havendo criação de sociedade, como pode ocorrer na cisão, devem ser observadas as normas reguladoras da constituição do respectivo tipo societário. Assim, na cisão de que resulte nova companhia, esta deverá ser criada em consonância com as formalidades previstas na lei das sociedades por ações. Existem algumas circunstâncias para as quais se devem atentar no momento em que se delibera incorporação, fusão ou cisão de companhia.

A primeira diz respeito ao desacordo da minoria. Os acionistas dissidentes da deliberação tenham ou não voto adquire o direito de recesso em função da aprovação da medida da qual discordam. Consiste tal direito em poder pedir a própria companhia o reembolso do valor das ações que possuem, dela, assim, se retirando. O valor desse reembolso será calculado pela forma prevista no estatuto social. Se o estatuto não contiver regra sobre esse assunto, adotar-se-á o critério legal, determinando o valor do reembolso em função do patrimônio líquido contábil da sociedade.

A sociedade emissora de debêntures, que ainda não as tenha resgatado, depende da aprovação de seus debenturistas, para realizar incorporação, fusão ou cisão. Para livrar-se desse condicionamento, deverá resgatar as debêntures ou assegurar tal resgate num prazo de seis meses, aos debenturistas que assim o desejarem.

2.2. Direitos dos credores

A Lei das S/A garante os direitos aos credores nessas operações. Seguem abaixo esses direitos por operação:

Em casos de Incorporação ou Fusão

- O credor anterior a essas operações que se julgar prejudicado tem como prazo de 60 (dias) contados a partir da publicação, para pleitear judicialmente a anulação desses atos. Findo esse prazo, decairá o direito do credor que não o tiver exercido.
- Se o credor requerer judicialmente a anulação da operação, esse pedido poderá ser obstado pela consignação em pagamento nos autos desse mesmo processo.
- Se a dívida não for líquida, ou seja, seu valor ainda não está determinado, a sociedade poderá garantir a execução, suspendendo o processo de anulação.
- Se nesse mesmo prazo (60 dias), ocorrer a falência da incorporadora ou da sociedade nova, qualquer credor anterior a essa operação tem o direito de pedir a separação dos patrimônios, para que seu crédito seja pago pelos bens das referidas massas.

Em Cisão

- Na cisão total, com a extinção da empresa cindida, as sociedades que absorverem parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da empresa cindida.
- Na cisão parcial, a empresa cindida que substituir e as que absorverem parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira, anteriores à cisão.
- O ato da cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio de empresa cindida responderão apenas pelas obrigações que lhe forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a empresa cindida.
- Nesse caso, qualquer credor anterior poderá opor-se a essa estipulação em relação a seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 dias contados da data da publicação dos atos.

3. TRATAMENTO CONTÁBIL

3.1. Em Incorporação

Em decorrência de uma incorporação, a incorporadora registrará contabilmente ou um aumento de capital, ganho ou perda patrimonial nas contas de apuração de resultado. A situação de aumento de capital ocorre sempre que a incorporadora não participa do capital da incorporada. Ocorrendo tal participação, deve-se apurar o respectivo resultado contábil, em conta diferencial, mediante a comparação entre o valor da participação que será baixada e o valor do correspondente patrimônio incorporado. Dessa comparação resultará ganho ou perda de capital com resultados fiscais que serão examinados posteriormente.

Diversos lançamentos devem ser feitos para o registro da operação nos livros da incorporadora. Na data da incorporação e com base nos valores constantes dos balanços levantados na data-base (se for contábil o critério de avaliação) ou no laudo de avaliação (se for outro critério), serão adotados os seguintes procedimentos:

- Abrir conta denominada X – conta incorporação;
- Debitar a conta referida em a pelo valor das contas passivas da sociedade incorporada e creditar as respectivas contas passivas na sociedade incorporadora;
- Creditar a conta referida em a, pelo valor das contas ativas da sociedade incorporadora e debitar as respectivas contas ativas na sociedade incorporadora.

Quando o patrimônio líquido da sociedade incorporada for avaliado a preços de mercado, e este for diferente do valor do patrimônio líquido contábil da sociedade incorporada, o registro contábil da incorporação com base nos valores do laudo terá como consequência fiscal, o acréscimo patrimonial registrado pela incorporadora que será gravado pelo imposto de renda; Se o valor do patrimônio a preço de mercado for superior ao patrimônio líquido contábil ou então haver uma redução patrimonial registrada pela incorporadora, que será admitida como dedutível para fins de imposto

de renda, se o valor do patrimônio a preços de mercado for inferior ao patrimônio líquido contábil.

3.2. Em Fusão

Como já observado no exemplo anterior, o registro contábil dessa operação é simples, e também, deve-se criar uma conta transitória, tanto nas empresas sucedidas quanto nas empresas sucessoras. Deve-se também ajustar as participações que uma empresa detém de outras, registrando-se o aumento de capital.

No caso da fusão o procedimento é bastante simples, porém, neste caso será criada uma nova empresa, através do capital inicial originalmente resultante da extinção de uma ou mais empresas ou sociedade.

O fator mais importante a ser considerado neste processo é bastante simples. Os valores existentes no ativo e passivo são adicionados, ou seja, consolidados e constituindo uma nova empresa.

Entretanto, na ocorrência de operações, e ou transações entre as empresas, tais como; compra e venda de estoques, contas correntes deve-se retirar o efeito das operações, de forma a não contaminar o resultado e as demonstrações financeiras da nova empresa.

3.3. Em Cisão

As operações contábeis são muito semelhantes as realizada em uma operação de incorporação, bastando apenas obedecer alguns dos seguintes critérios a seguir:

- Creditar as ativas pelo valor das parcelas que serão transferidas para a nova empresa, debitando em contrapartida, a conta Cisão (conta especialmente criada para fins de registro das operações desse processo).

- Debitar as contas passivas pelo valor das parcelas que serão transferidas para a nova sociedade, creditando em contrapartida, a conta Cisão;
- Debitar a conta Capital Social, pelo valor correspondente ao patrimônio líquido transferido, creditando, em contrapartida a conta dos sócios retirantes;
- Debitar a conta dos sócios retirantes, pelo total que lhes cabe na operação, creditando, em contrapartida, a conta Cisão.

4. CASO PRÁTICO

4.1. Como funciona o processo de fusão no Brasil

As fusões e aquisições de empresas além de movimentar grandes volumes de dinheiro, ainda contribuem na formação das maiores empresas em determinado setor no mundo. A briga pelo mercado onde há cada vez mais concorrentes e ainda seguindo uma tendência atual da economia de cada vez mais se fortalecer, verifica-se o aumento significativo dessas negociações.

No Brasil temos assistido a grandes fusões, dentre elas uma chama muito atenção, é o caso da fusão da Nestlé e Garoto. Para que possamos entender melhor o caso, precisamos entender como funciona o processo de fusão no Brasil.

Existem hoje no Brasil três órgãos que formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e são eles: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça e a Secretária de Acompanhamento Econômico – SEAE do Ministério da Fazenda.

A SEAE é órgão específico e singular do Ministério da Fazenda, foi criada por meio da Medida Provisória n.º 813, de 1º de janeiro de 1995. Possui três esferas de atuação: Promoção e Defesa da Concorrência; Regulação Econômica; e Acompanhamento de Mercados.

A SEAE auxilia a SDE enviando estudos e relatórios que enfocam principalmente os aspectos econômicos das operações apresentadas e das condutas investigadas.

Nos casos de conduta, a SEAE é informada pela SDE a respeito das investigações e, querendo, pode emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o que deverá ocorrer antes do encaminhamento do processo ao CADE.

Nos casos de análise de atos de concentração, a SEAE deve, por lei, emitir parecer sobre os efeitos das operações em análise no prazo de trinta dias, exceção feita aos casos enquadrados no Procedimento Sumário, Portaria SDE-SEAE n.º 01/2003, pelo qual a Secretaria tem 15 dias para emitir o parecer.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.055, de 11.08.00, posteriormente convertida na Lei nº 10.149, de 21.12.00, a SEAE passou a ter maiores poderes, tais como o de poder aplicar multa no caso de obstrução da realização de inspeção, além de outros poderes de investigação.

Já a SDE é órgão integrante do Ministério da Justiça, com a finalidade de formular, implementar e supervisionar as políticas de proteção e defesa da ordem econômica, no âmbito da livre concorrência e da defesa dos direitos do consumidor.

No âmbito da defesa da concorrência, a SDE é responsável não só por investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, mas também por emitir parecer sobre os aspectos concorrências dos atos de concentração apresentados para aprovação do CADE. Tais investigações e análises são conduzidas através da instauração de processo administrativo, que posteriormente é remetido ao CADE para julgamento.

No âmbito da proteção ao consumidor, a SDE é o órgão responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e tem suas competências estabelecidas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, cabendo-lhe planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor.

O CADE foi criado em 1962, como órgão do Ministério da Justiça tendo sido transformado em Autarquia Federal em 1994, conforme Lei nº. 8.884/94, que também estabeleceu suas atribuições.

Dentre suas funções, o CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador na prevenção e repressão dos abusos cometidos por empresas com poder de mercado.

Assim, na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o CADE é o órgão responsável pelo julgamento dos processos e, com base na instrução realizada pela SDE e na análise dos pareceres, não vinculativos, emitidos tanto por esta quanto pela SEAE, decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte de empresas ou seus administradores nos casos de conduta, e também, aprecia os atos de concentração submetidos à sua aprovação.

O CADE é formado por um Plenário composto por um presidente e seis conselheiros, indicados pelo Presidente da República, sabatinados e aprovados pelo

Senado Federal, para um mandato de dois anos (havendo a possibilidade de uma única recondução, por igual período) e, portanto, só podem ser destituídos em condições muito especiais. Esta regra confere autonomia aos membros do Plenário do CADE, o que é fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e imparcial.

As decisões do CADE são tomadas em sessões públicas de julgamento, realizadas a cada 15 dias, na sede do órgão em Brasília. Todos os casos julgados possuem um Conselheiro-Relator, que é a pessoa responsável por relatar o caso aos demais membros do Plenário, emitindo seu voto ao final da relatoria.

Cada um dos membros do Plenário tem direito a um voto. O Presidente do CADE preside a sessão de julgamento e tem direito a voto, inclusive, de qualidade, em caso de empate. As decisões são tomadas por maioria simples.

No que se refere à política de concorrência, as atribuições dos três órgãos estão estabelecidas pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, esta é a Lei de Defesa da Concorrência. Sua finalidade é a de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica baseada na liberdade de iniciativa e livre concorrência.

Quando uma operação resulta em participação superior a 20% do mercado relevante, ou no caso de pelo menos um dos grupos de empresas envolvidos na operação tenha obtido faturamento igual ou superior a quatrocentos milhões anuais no Brasil, a operação deve ser obrigatoriamente, apreciada pelo CADE.

Entre outros pontos, esta Lei estabelece a forma de implementação da política de concorrência no país, dispondo sobre a competência dos órgãos encarregados de zelar pela prevenção e repressão de abusos do poder econômico.

4.2. O caso Nestlé e Garoto

A partir dessas explicações acima podemos analisar nosso caso prático, a fusão Nestlé e Garoto.

Em 15 de março de 2002, a empresa Nestlé Brasil Ltda., subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé, submeteu à apreciação do CADE a aquisição da empresa Chocolates Garoto S/A.

A operação se formalizou, após processo de disputa entre diversas empresas interessadas, com a celebração pelas Requerentes do Contrato de Subscrição, datado de 22 de fevereiro de 2002. Depois do fechamento do negócio, que ocorreu em 28 de fevereiro de 2002, conforme previsto na cláusula 3ª do Contrato de Subscrição, a Nestlé Brasil Ltda. passou a deter a totalidade do capital social da Chocolates Garoto S/A.

Para resguardar as condições do mercado relevante, de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis até a decisão final do Plenário do CADE, foi adotada uma Medida Cautelar, com a celebração do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), nos termos da Resolução CADE nº 28, de 24 de julho de 2002. Esse foi o primeiro APRO da história CADE.

Como em outros casos, a definição do mercado relevante exigiu uma análise aprofundada do caso. Duas fontes diferentes de informação serviram de base para estabelecer as fronteiras do mercado relevante: a) dados provenientes da aplicação da metodologia PEM (Price Elasticity Model), comumente utilizada em estudos de marketing pelas empresas; b) dados de varejo Nielsen que serviram de base para estimações econométricas da demanda de chocolates. Ambos os estudos tinham como objetivo conhecer a reação do consumidor a um potencial aumento de preços dos chocolates Nestlé/Garoto.

O Conselheiro-Relator definiu quatro mercados relevantes afetados pela operação: (i) o mercado de balas e confeitos sem chocolates, (ii) o mercado de coberturas de chocolates, (iii) o mercado de achocolatados e (iv) o mercado de chocolates sob todas as formas, excluindo os chocolates artesanais.

Quanto à dimensão geográfica, todos os mercados relevantes foram definidos como nacionais. As Requerentes propuseram uma definição mais abrangente da dimensão geográfica do mercado de chocolates sob todas as formas, que incluía todos os países membros do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). No entanto, o Plenário entendeu que as restrições relativas à existência de restrições às importações, decorrentes da perecibilidade do produto, o gosto do consumidor brasileiro e sua fidelidade à marca e as exigências de uma rede de distribuição nacional inviabilizavam a

entrada de produtos provenientes de outros países do MERCOSUL, notadamente da Argentina, na escala suficiente para disciplinar os preços de chocolates no Brasil.

Não foram vislumbrados problemas nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. No primeiro, a participação de mercado resultante da operação (2,7%) seria incapaz de conferir poder de mercado às Requerentes; e a elevada participação da Nestlé no segundo mercado não resultava da operação, sendo que o aumento da participação da líder (Nestlé/Garoto) de 58,1% para 61,2% não alterou substancialmente a estrutura de oferta, permanecendo o mercado com as condições competitivas similares às existentes antes da operação.

No mercado de coberturas de Chocolate, no entanto, entendeu-se que a operação introduziu incentivos para condutas colusivas ou, no mínimo, condutas de colaboração tácita entre as duas únicas ofertantes do mercado, não sendo a rivalidade entre os dois concorrentes remanescentes condição suficiente para proteger os clientes de práticas abusivas.

No mercado de produtos de chocolate em geral, a Garoto era a terceira maior empresa do Brasil, enquanto a Nestlé e a Kraft Foods (Lacta) alternavam-se na posição de liderança. A aquisição aumentava significativamente a concentração horizontal no mercado de chocolates em geral.

Outras questões foram analisadas, incluindo a estimativa das barreiras à entrada e as perspectivas de expansão de marcas rivais como Mars e Hershey, que formavam uma franja competitiva constituída por grandes empresas multinacionais.

Foi apresentado estudo detalhado das eficiências esperadas da concentração, elaborado por auditoria independente.

O CADE concluiu que as importações não eram fator significativo no mercado e que havia barreiras a novas entradas em razão das dificuldades para garantir a distribuição por atacado e devido à diferenciação do produto sustentada por elevados gastos em propaganda. Além disso, foram descartadas as eficiências apresentadas pelas empresas, uma vez que ou não seriam específicas à operação e poderiam ser obtidas de outras formas menos lesivas à concorrência, ou porque as eficiências decorriam de transferências financeiras. Assim, o Plenário concluiu que a transação deveria ser rejeitada porque (1) nem a esperada redução nos custos variáveis (eficiências), nem o

grau de rivalidade remanescente no mercado, seriam suficientes para evitar os aumentos de preço ao consumidor de chocolate, e (2) não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração.

Em 4 de fevereiro de 2005, a maioria do Conselho votou pelo veto a operação, determinando à Nestlé que vendesse a Chocolates Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante.

As partes peticionaram junto ao CADE requerendo reconsideração da decisão, o que o CADE negou em 3 de fevereiro de 2005. As empresas recorreram novamente ao CADE, propondo alienações parciais de produção e marca. O CADE, mais uma vez rejeitou o pedido de reconsideração, em 27 de abril de 2005.

Assim, a Nestlé ajuizou perante o Poder Judiciário ação para rever a decisão do CADE, tendo conseguido liminar para suspender a execução administrativa da decisão. Conforme notícia publicada pelo Valor Online em 22 de janeiro de 2009, a ação de rito ordinário proposta pela Nestlé encontrava-se pendente de sentença judicial perante a 4ª Vara Federal de Brasília.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3ª ed. São Paulo: CIEE, 2007.