

PARECER DA PROCURADOR MARUZA FREIRE

EMENTA: ATO DE CONCENTRAÇÃO - AQUISIÇÃO DA TOTALIDADE DAS AÇÕES DA KOLYNOS DO BRASIL S/A - ALTO GRAU DE CONCENTRAÇÃO - POTENCIAL DE DANOS À CONCORRÊNCIA E AO CONSUMIDOR - INTERESSANTE À ECONOMIA NACIONAL - NECESSIDADE DE RIGOROSO COMPROMISSO DE DESEMPENHO PARA ASSEGURAR A SATISFAÇÃO DAS CONDIÇÕES LEGAIS ESTABELECIDAS NOS INCISOS II E III DO § 1º DO ART. 54 - PELA APROVAÇÃO.

Senhores Conselheiros,

Para o ato de concentração nº 27/95 adoto como relatório, no que for cabível, a análise elaborada pelo economista e assessor deste Conselho Hélio Campagnucio.

APRECIACÃO

O ato realizado em 10 de janeiro de 1995, mediante o qual a Colgate-Palmolive Company, pela subsidiária brasileira da KAC Corporation, a K& S Aquisições Ltda., adquiriu a Kolynos do Brasil S/A, foi submetido tempestivamente, em 30 de janeiro de 1995, à apreciação deste Conselho.

02. Da análise preliminar do mencionado ato verificam-se presentes os seguintes requisitos de jurisdição: 1) a aquisição de sociedade que implica em participação de mais de 20% (vinte por cento) de um mercado relevante; 2) a presença de participantes cujo faturamento bruto anual,

incluindo o faturamento externo, é superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

SOBRE A POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO

03. Considerando as condições que envolvem a operação ora examinada, entendendo necessários, preliminarmente, alguns comentários sobre a posição dominante no nosso direito substantivo. A Lei 8.884/94 identifica como infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir, entre outros efeitos o domínio de mercado relevante de bens ou serviços e o exercício de forma abusiva da posição dominante.

04. Em relação ao domínio de mercado, a legislação exclui da caracterização como infração da ordem econômica a hipótese da conquista resultar de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico.

05. Quanto à posição dominante, a Lei 8.884/94 estabelece duas concepções: a primeira, de ordem subjetiva porque faz depender, a definição de posição dominante, do controle de parcela substancial de mercado relevante de um produto serviço ou tecnologia a ele relativo (§ 2º do art. 20); e a segunda de ordem objetiva, onde se estabelece a presunção legal de que a empresa ocupa posição dominante quando controlar 20 % de mercado relevante (§ 3º do art. 20).

06. Assim, diferenciou o legislador o domínio de mercado da ocupação de posição dominante. Dominar o mercado é a um só tempo ação e efeito que sempre caracteriza infração da ordem econômica quando não decorrente da hipótese prevista no § 1º do art. 20 ou de ato autorizado pelo

CADE nos termos do art. 54. De outro modo, ocupar posição dominante, para caracterizar-se como infração da ordem econômica, necessita que ocorra o seu exercício abusivo, pois podem ocorrer situações em que a ocupação de posição dominante efetivamente não implica em limitação ou prejuízo à concorrência, e portanto é perfeitamente legítima.

07. Ainda sobre a posição dominante, ao fixar o índice de 20% para presunção legal de sua caracterização, o legislador demonstrou ser necessário a fixação de um marco a partir do qual a posição da empresa assim seria caracterizada. No entanto, deixou ao CADE a competência para alterar esse percentual para setores específicos da economia, face às suas características diante do produto em causa e do seu custo de fabricação; do poder dos concorrentes reais e do seu número; da existência ou não de concorrência potencial; e, finalmente, da existência de produtos alternativos que possam concorrer com o bem que define o mercado em apreciação.

08. Importante, ainda, ressaltar que o método para aferição dos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração pelo percentual de participação no mercado das empresas envolvidas, conforme estabelecido em nossa legislação, traz apenas presunção *juris tantum* de posição de domínio, a merecer investigação das autoridades administrativas.

09. Se após toda a análise, que deverá ser realizada caso por caso, com o estudo do mercado considerado, o CADE concluir que o ato examinado decorrente da ocupação de posição dominante, limita ou de qualquer forma prejudica a livre concorrência, ou resulta na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, poderá, quando atendidas as

condições legais, autorizar que tais atos permaneçam na vida jurídica.

10. E mais, ainda quando esses atos que limitam ou causam danos à concorrência ou resultam em domínio de mercado não atendam à todas as condições elencadas no § 1º do art. 54, mas apenas a três delas, e sejam considerados necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e não impliquem em prejuízo ao consumidor final, podem eles ser aprovados pelo CADE.

11. E isso decorre do fato de que a Lei 8.884/94 não está voltada exclusivamente para a defesa da concorrência, mas para a preservação da ordem econômica nacional, com todos os paradoxos originados pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.

12. Arrepia, portanto, ao direito pátrio, pensar na condenação de um ato tão-somente pelo elevado percentual de sua posição no mercado. Precisam as autoridades de defesa da ordem econômica se despirem dos preconceitos para, ao tomarem como exemplo os parâmetros encontrados em outras legislações, analisarem os casos que lhes são submetidos sob a ótica de nossa economia e de nossos consumidores, com tudo que lhes é de peculiar.

DA AQUISIÇÃO DA KOLYNOS PELA COLGATE-PALMOLIVE

13. Embora conste nos autos pronunciamentos de autoridades econômicas que sugerem a possibilidade de que o

mercado relevante a ser considerado é o internacional face a abertura da economia brasileira nos anos 90, prevaleceu o entendimento de que geograficamente o mercado relevante abrange todo o território nacional. Em termos de produto, o mercado examinado refere-se ao setor de higiene bucal, composto de creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal, que embora possuam a mesma finalidade de limpeza oral, não são substituíveis entre si, mas complementares para uma perfeita higienização. Por esse motivo, para efeito das análises econômicas, cada um dos produtos constitui um mercado relevante.

14. A operação ora examinada apresenta alto grau de concentração econômica, uma vez que a Colgate-Palmolive detinha 26,6 % do mercado brasileiro de creme dental e com a aquisição da Kolynos (50,9 %) passou a um percentual superior a 77% de participação nesse mercado de creme dental. No de escova dental a Colgate participava com 8,4 % e a Kolynos com 26,5 %, anteriormente à aquisição, o que resultou numa participação de 35,1 %.

15. Somente nesses segmentos de creme dental e escova dental ocorre concentração superior a 20 %, pois no de fio dental a Colgate participava com 2,3% e a Kolynos com 7,9 % o que totaliza 10,2 % após a aquisição, enquanto que no segmento de enxaguante bucal somente a Kolynos participava com 8,9 %.

16. Enquanto que, face às peculiaridades do mercado e dos concorrentes a concentração no mercado de escova dental não apresenta maiores riscos à concorrência, o alto grau de concentração no segmento de creme dental, tendo em vista o aumento no poder de mercado por parte da Colgate, resulta na possibilidade do exercício abusivo desse poder, trazendo altos riscos à concorrência no mercado interno de saúde oral. A operação, portanto, só merece aprovação por parte deste Conselho se atendidas as condições legais estabelecidas no art.

54 da Lei 8.884/94, a serem asseguradas mediante compromisso de desempenho nos termos do art. 58 daquele diploma legal.

17. Das condições determinadas pelo § 1º do art. 54, observa-se que o ato investigado é analisado sob diversos aspectos. No inciso I, objetiva-se apurar os aspectos subjetivos do ato, ou seja, a intenção dos participantes em sua realização. No inciso II e no inciso III a análise deve ser formulada a partir dos efeitos da operação e de suas circunstâncias face a realidade do mercado a que se refere. E, por último, verifica-se o aspecto formal do ato, ou seja, os meios pelos quais os objetivos visados pelos participantes foram obtidos.

18. Entre os critérios enumerados naquele dispositivo legal, verifica-se que não é possível permitir atos que objetivem simplesmente o controle de preços, ou que sirvam de impedimento a outras empresas entrarem no mercado, ou que se prestem a suprimir ou restringir exportações, ou ainda a obter uma predominância científica ou tecnológica sobre a adquirida, daí porque a exigência de que os atos enquadráveis no art.54 tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

19. Nesse sentido, em nenhuma das análises efetuadas sobre o caso encontram-se maiores questionamentos em relação ao aumento de produtividade, à melhoria da qualidade do produto e o desenvolvimento tecnológico, por integrarem, evidentemente, a proposta da Colgate de transformar a Kolynos num centro de exportação. Questiona-se, no entanto, em termos de eficiências, no que se refere à redução dos custos administrativos, de pessoal, de produção e de distribuição em decorrência da opção da Colgate por manter separada a estrutura da Kolynos no Brasil. Todavia, como a parte inicial do inciso I exige que o ato tenha por objetivo, cumulada ou alternativamente as alíneas que menciona, considero atendida na sua totalidade esta condição legal contida no inciso I do § 54.

20. Como um dos pilares das normas de defesa da concorrência é não se permitir que a empresa aufera sozinho as vantagens da posição dominante, devendo estas serem partilhadas de forma razoável entre os participantes de um lado e os consumidores de outro, esta previsão está contida no inciso II do § 1º do art. 54.

21. Nessa análise, entretanto, por envolver o grau de domínio e o grau de imperfeição da concorrência no mercado, deve o aplicador da norma legal procurar identificar as vantagens que a Colgate/Kolynos obterá nas transações por ser detentora dessa posição de domínio e que não obteria no caso da existência de uma concorrência suficientemente eficaz.

22. E como somente face à complexidade de uma dada realidade econômica é que se pode dizer que uma empresa ocupando no mercado uma posição dominante, caracterizada por uma situação de monopólio ou uma concentração manifesta do poder econômico, tem o potencial de com suas atividades entravar o normal funcionamento do mercado, um breve relato sobre aspectos específicos do mercado em questão será formulado mais adiante, quando colocaremos a nossa posição quanto ao atendimento desse requisito legal.

23. Por essa mesma razão, somente após aquelas considerações, nos posicionaremos sobre o inciso III do art. 54, que não aceita que o ato examinado implique em eliminação ou substancial redução da concorrência entre empresas. Afinal, para que se verifique a ocorrência de eliminação ou substancial redução há de se analisar o estado anterior das coisas, pois eliminar ou reduzir pressupõem a pré-existência de um estado concorrencial anterior.

24. Finalmente, segundo a determinação do inciso IV do art. 54, é preciso que a operação observe os limites

estritamente necessários para que sejam atingidos os objetivos visados. Nesse sentido, tem-se de se perguntar se os objetivos pretendidos pelas empresas envolvidas na concentração só podem ser obtidos com a prática do ato investigado ou se, pelo contrário, poderiam ter sido obtidos por meio menos anticompetitivo.

25. O que se analisa neste dispositivo, portanto, são os meios utilizados pelas participantes. Trata-se do aspecto formal do ato praticado para a obtenção dos objetivos das empresas envolvidas na concentração. No caso concreto, o ato de concentração, não resultou de objetivo comum para as empresas, pois não se trata de concentração decorrente de fusão ou incorporação, mas da aquisição da totalidade das ações da Kolynos do Brasil S.A., uma vez que o anterior titular pretendia direcionar seus negócios para outros setores.

26. Observa-se, então, que o que ensejou a operação não foi um processo de negociação comercial bilateral em que a Colgate procurava adquirir o controle de concorrente para aumentar sua participação no mercado, podendo estabelecer outros limites para o negócio.

27. Do contrário, o referido ato de concentração resultou de leilão privado em que a American Home Products Corporation - AHP, colocou à venda seu negócio mundial de saúde bucal, objetivando a obtenção de recursos necessários a reduzir parte de sua dívida proveniente da aquisição de outra empresa (American Cyanamid Company) na área de medicamentos e produtos químicos para a qual a AHP pretende direcionar seus investimentos.

28. Ressalte-se que, a Kolynos vinha sofrendo um isolamento tecnológico, o que afetava a sua capacidade de competir e exigiria por parte da AHP uma política agressiva e

constante de investimentos, sobretudo com a queda de barreiras tarifárias, a empresa ficaria vulnerável ante a competitividade dos importados no setor. Por outro lado, considerada as condições oligopolísticas do setor de higiene bucal, sem dúvida esta seria a melhor forma para a AHP conseguir os recursos de que estava precisando, tendo em vista que despertaria o interesse das grandes empresas que encontrariam boas perspectivas com o potencial do negócio e o grande mercado que estava sendo aberto.

29. Este fato efetivamente ocorreu e participaram do leilão apenas as companhias multinacionais de grande porte, tendo vencido a Colgate, pela melhor proposta. Embora falem os autos de valores vultosos que asseguraram o negócio à Colgate, não se conhecem os valores ofertados pelos demais proponentes. Sob a ótica financeira, a operação envolveu financiamento e transferências internacionais de recursos, não se podendo afirmar que os valores envolvidos colocam em suspeição o negócio, sobretudo porque a situação financeira e a rentabilidade da Kolynos, bem como a proposta da Colgate de transformar a empresa adquirida num centro de exportação, parecem ser suficientes para justificar o preço pago face aos modernos métodos de avaliação de empresas.

30. Do ponto de vista da Colgate, constata-se que, como afirma, é uma das quatro maiores empresas do mundo no setor de higiene bucal, estando, por este motivo absolutamente comprometida com a busca de novos mercados e desenvolvimento de novos produtos e tecnologias. Registre-se que é a quarta empresa do *ranking* mundial em termos de faturamento, do qual 25% refere-se às vendas no segmento de higiene bucal. Legítimo, portanto, que a empresa concorra publicamente em leilão que oferece tão grande possibilidade de expansão internacional.

31. Pretende com o negócio obter o aumento da capacidade produtiva instalada da Kolynos do Brasil (o que significa novos investimentos diretos em ativo fixo), como também melhorar a competitividade de sua linha de produtos, tanto no mercado interno quanto no mercado externo. Nesse

sentido, objetiva seja transformada a Kolynos do Brasil numa base de exportações para os produtos Kolynos, contando para isso com os canais já abertos pela Colgate, além de diversos itens elencados pela requerente para viabilizar o que se propõe. Prevê uma expansão das vendas externas que passaria dos atuais U\$ 10 milhões para U\$ 50 milhões no final do século.

32. A proposta de manter separadas as administrações dos negócio Colgate e Kolynos no Brasil, embora do ponto de vista econômico reduza as eficiências resultantes da operação, do ponto de vista da concorrência, dificulta a possibilidade de práticas anticompetitivas e permite maior controle por parte das autoridades de defesa da concorrência. Juridicamente a manutenção das administrações separadas faz significativa diferença, pois, apesar da unificação do centro decisório, a empresa só pode cometer infração contra a ordem econômica através de um agente. No caso, este agente é o seu administrador que, nos termos do art. 23, II da Lei n.º 8.884/94 responde pessoalmente por essas infrações com multa no valor de 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa.

33. Assim, entendo que, formalmente, a operação observou os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, pois ao que consta nos autos, tratou-se da compra dos ativos que foram postos à venda *sponte sua* pela AHP. Considero, portanto, atendida a condição estabelecida no inciso IV do § 1º do art. 54.

O MOMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

34. A esta altura entendo interessante transcrever alguns trechos da análise elaborada pelo Sr. Hélio Campagnucio sobre alguns cenários da economia brasileira que creio serão úteis à nossa avaliação. Descreve ele com otimismo resultados do plano real, prevendo que “a estabilidade política

e a eficácia dos principais instrumentos econômicos devem proporcionar um cenário de continuidade do Plano com crescente ingresso de divisas via investimentos diretos (principalmente com fusões e aquisições de empresas), inflação estável, com pequenos sobressaltos, e a mesma política cambial”.

35. Quanto ao mercado interno considera que “o real proporcionou aumento de consumo, principalmente nas classes de rendas mais baixas. Não é por acaso que as indústrias de alimentos e de outros produtos de uso popular vêm aumentando sua produção e vendas. É de se esperar que tal fato continue a ocorrer pois ainda há demanda não atendida nestas classes. O Brasil tem um mercado interno emergente, cujo potencial de crescimento beneficiará diretamente as indústrias de bens não duráveis. Tendo em conta que o nível de poupança nesse segmento é baixo, os aumentos reais de renda refletirão positivamente no consumo”. Este fato tem sido constatado pelos diversos institutos de pesquisa junto ao consumidor, inclusive pelo IBGE (cf. Revista VEJA, de 11.09.96 fls. 32/7).

36. Em relação à política externa encontramos a seguinte análise: “a renegociação da dívida externa em 1994, proporcionou ao país menor dependência em gerar superávits comerciais, como aconteceu no passado. Esse fato é alvissareiro no sentido de que permite usar as importações para debelar focos inflacionários internos, pois o que se persegue agora é tão-somente não gerar déficits comerciais. Como o prazo de carência pactuado é dilatado deveremos ter uma política comercial de aumento das exportações (até como estratégia de geração de empregos e de crescimento do PIB) mas, concomitantemente, com aumento de poder de importação, o que faculta ao Governo um significativo instrumento de combate aos aumentos abusivos de preços. Alia-se a perspectiva da política cambial não provocar desvalorizações no real, o que continuará a tornar o produto importado competitivo no mercado doméstico”.

37. Neste cenário de reordenação econômica, o compromisso da Colgate-Palmolive de transformar a marca Kolynos em produto mundial, cuja produção e exportação será realizada a partir do Brasil, o que, além de investimentos diretos proporcionará também mais empregos, impostos e riquezas, bem como o fato de transformar a Kolynos numa base de pesquisas, desenvolvimento e produção da marca, vem ao encontro das necessidades atuais da economia nacional. E isto já seria suficiente para enquadrar a operação no § 2º do art. 54, de modo que apenas três das condições estabelecidas no § 1º daquele mesmo artigo precisariam estar atendidas, para que o CADE pudesse aprovar o ato mediante compromisso de desempenho.

38. Todavia, para complementar nossa análise jurídica, faremos uma avaliação sobre os efeitos da operação tanto do ponto de vista da distribuição de vantagens aos consumidores, quanto da eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante, para que se possa constatar se a operação analisada consegue assegurar sejam respeitadas esta duas outras condições.

EFEITOS DA OPERAÇÃO - DO MERCADO DE HIGIENE BUCAL

39. O setor de higiene bucal está compreendido no setor de higiene pessoal que por sua vez está contido no setor de higiene e limpeza no qual 85% do faturamento global pertence às dez maiores empresas do setor que compreendem fisicamente gigantescas unidades de produção com economia de escala, possibilitando o emprego de mão-de-obra altamente qualificada, grande capacidade de estocagem de produção e de matérias-primas. Os recursos disponíveis por estas empresas possibilitam maiores investimentos na pesquisa e na criação de novos produtos, além da elaboração de eficientes campanhas publicitárias e sólidas estratégias de “marketing”. Os fatores integrantes da economia de escala estão fora do alcance das pequenas e médias empresas (Parecer da SEAE - fls. 307).

40. O setor de higiene bucal do mundo é um mercado oligopolizado e concentrado em vários países, entretanto, como bem salienta o Parecer da SDE, trata-se de um oligopólio muito competitivo onde as empresas brigam entre si por maiores fatias de mercado através de constantes inovações dos produtos, melhor qualidade e menores preços. Observa-se, no entanto, que nos países em que a empresa com maior participação detém mais de 70% do mercado podem haver prejuízos aos consumidores que não usufruem dos benefícios advindos daquela competição.

41. No Brasil, mesmo antes da compra da Kolynos, o mercado brasileiro de higiene bucal já era um oligopólio, até mais concentrado que no resto do mundo, especialmente no segmento de creme dental onde três empresas obtiveram 98,7% deste mercado em 1994. Destaca-se ainda que, desde 1987, a posição relativa entre estas três empresas se manteve praticamente constante, em que pese a participação da líder mundial do setor de higiene (UNILEVER) e da líder mundial do setor de higiene bucal (COLGATE).

42. Assim, entendem os pareceres da SEAE e da SDE, bem como o Relatório Preliminar, que a aquisição da Kolynos do Brasil pela Colgate-Palmolive Company acentuará significativamente a concentração já existente no mercado brasileiro.

43. Ocorre que, especialmente no que se refere ao mercado de creme dentais, não foi considerado com a devida importância o fato de que, embora destinados ao mesmo uso e apresentando características similares, os cremes dentais poderiam compor mercados distintos caso fosse feita uma análise do grau de concentração por segmento de renda ou outros fatores de diferenciação. E isto poderia levar a um resultado diverso, ao menos no que se ao grau de elevação de concentração.

44. Nesse sentido, o Direito Antitruste internacional refere-se a exemplos de produtos com mesmo uso mas que formam mercados distintos. Encontramos nas Guidelines do Canadá que um carro popular e um carro de luxo destinam-se ao mesmo uso e apresentam características similares (para os fins de análise do mercado), mas os preços respectivos diferenciam-nos de tal modo que não há elasticidade da demanda do primeiro para o segundo. Em tese poderia até haver elasticidade do segundo para o primeiro. Isto é, o carro de luxo não poderia ser incluído no mercado popular, mas o carro popular poderia ser até incluído no mercado do carro de luxo, atendendo apenas em parte as necessidades dos compradores do último. (*Merger Enforcement Guidelines Under Canada's Competition Act Adopted by the Director of Investigation and Research*, de 17 de abril de 1991, 60 *ANTITRUST & TRADE REG. REP.* - Suplemento Especial, 25 de abril de 1991 - pag. 10 - in Carvalho, Nuno T.P. - *Concentração de Empresas no Direito Antitruste* - Ed. Resenha Tributária - SP, 1995).

45. Guardadas as devidas proporções com o exemplo citado, a relação produto/preço/renda dos consumidores deveria ter sido objeto de melhor exame por parte das análises mencionadas na determinação do mercado relevante. Observa-se que, as próprias fontes de dados existentes, não levam em consideração estes fatores ao elaborarem seus dados estatísticos, especialmente sobre o consumo. Fala-se sempre na participação totalizada do produto no mercado e de um consumo também medido genericamente.

46. Nesse sentido, o Parecer do Professor Dr. Mário Luiz Possas (fls. 2.072 a 2.114) chega a identificar que o produto creme dental ofertado pelas três empresas atuantes no setor de higiene bucal poderia, em princípio ser diferenciado em três níveis inferiores: a) por segmentos de aplicação (medicinal, benefícios múltiplos, anti-cárie, cosmético e infantil); b) por faixas de preço; e/ou por classe de renda dos consumidores.

47. E, complementa aquele Professor que “para chegar-se a um resultado inteiramente conclusivo, o ideal seria realizar uma pesquisa empírica sobre as preferências dos consumidores entre produtos e marcas no mercado de cremes dentais a fim de avaliar sua sensibilidade a variações de preços relativos e sua fidelidade às marcas, de forma a quantificar as elasticidades-cruzadas da demanda entre segmentos. Como tal pesquisa não foi feita e os dados inexistem, ao menos na extensão adequada e com uma metodologia compatível, a análise deve limitar-se a uma avaliação qualitativa resumida como se segue. É provável que a substituíbilidade no consumo (medida, por exemplo, pela elasticidade-preço cruzada da demanda), sensível como é aos preços, seja limitada entre aqueles produtos voltados para a classe de renda extremas e com preços completamente díspares.”

48. Mais adiante, o Professor Dr. Mário Luiz Possas volta a referir-se à carência de dados: “Embora, repetindo, não haja dados concretos apoiando alguma conclusão rigorosa, é razoável admitir, *até prova em contrário*, que ao menos dois principais segmentos denominados “cosméticos” e “anti-cárie” - sejam formados de produtos *altamente* substituíveis no consumo de creme dentais, supondo que este atenda primordialmente a uma demanda básica por *um produto de higiene dental*, e não por produtos medicinais.” Daí conclui ele que, do ponto de vista do produto, o mercado de creme dentais deve ser considerado o mercado relevante.

49. Essa falta de dados e pesquisas no setor revela o pouco caso que ideologicamente se dá à saúde bucal no nosso país e aos consumidores de baixa renda, que constituem cerca de 80% de nossa população. Por essa razão, reporto-me ao contido no item 12.1 do Parecer da SDE que descreve

rapidamente a gravidade do perfil da saúde bucal da população brasileira:

“O Brasil é um país de desdentados, é campeão de cáries e doenças periodontais. Hoje, o quadro é este:

- mais de 1,5 bilhão de cáries;*
- aos 12 anos as crianças já têm sete dentes cariados na boca;*
- apenas 40% dos jovens, a partir dos 18 anos, têm todos os dentes;*
- entre 50 e 59 anos de idade mais de 70% da população já está totalmente banguela’*
- o Brasil só perde, no mundo, para o Paquistão.*

.....
.....

Estes dados, reunidos no Global Oral Data Bank (GODB), demonstraram que em duas décadas houve queda nos índices de cáries em praticamente todos os países industrializados. Nos países em desenvolvimento (incluindo o Brasil) a prevalência de cárie aumentou.

.....
.....

o caminho para a saúde bucal no Brasil é o da prevenção, ou seja, o uso da escova dental. Isso é fundamental o povo brasileiro tem que poder comprar, tem que ter acesso ao produto,..... É necessário usar pasta de dente com flúor, com melhores produtos de higiene bucal, melhores preços, mais educação e

empenho coletivo, será possível fazer a prevenção crescer.

.....
.....

As doenças bucais trazem ao País um custo social elevado, face aos incômodos que trazem (.....) que contribuem para baixo rendimento escolar das crianças e jovens e baixa produtividade dos trabalhadores (.....) além das doenças colaterais provocadas, que também oneram os sistemas públicos de saúde.

.....
.....

Diante de realidade tão sombria, pode-se avaliar a relevância do assunto em exame.”

50. Essas informações procuram traduzir a importância do setor higiene bucal que deveria merecer especial tratamento, inclusive das autoridades de defesa da ordem econômica, pois se trata de um mercado cujos produtos são essenciais à saúde da população brasileira, que revela uma carência assustadora dos produtos em questão, principalmente no segmento de baixa renda.

51. Uma análise técnica que revele o número de brasileiros que não participam do mercado consumidor desses produtos e que poderiam vir a ser a ele incorporados em razão das melhorias advindas do programa econômico de estabilização ou de campanhas de saúde pública voltadas para a higiene oral não é encontrada nos relatórios citados.

52. Os dados sobre consumo foram essencialmente colhidos em grandes capitais e especialmente no sudeste e

centro-sul do país. A falta de amplitude encontrada nos dados contidos no processo, bem como a falta de uma análise que levasse em consideração a segmentação do mercado relevante de creme dental e escova pelas faixas de renda da população e pelos segmentos de aplicação (“cosméticos”, “anti-cárie” e “medicinal”) e podem levar a uma deturpação do conjunto da análise antitruste por este Órgão Judicante, especialmente no que se refere ao atendimento do inciso II do § 1º do art. 54.

53. Sobretudo porque, ante o quadro transcrito no item 49, assusta ouvir falar em creme dental com aplicação cosmética, especialmente se for ele o destinado à classe de renda mais baixa. Assim, de imensurável benefício ao consumidor seria, adicionar aos creme dentais integrantes deste segmento de aplicação, se existente, como decorrência das eficiências obtidas pela operação, qualidades medicinais, e particularmente anti-cárie. Análise desse modo fica prejudicada.

54. Este fato já havia sido alertado por ocasião do Parecer exarado pelo Douto Procurador da Fazenda Nacional Dr. José Nazareno S. Dias, que atuou no processo como Procurador “Ad Hoc”. Nada nos impede, entretanto, de concluir que o compromisso de desempenho onde as empresas formalizem a intenção de manterem suas atividades comerciais separadas e de preservarem e fortalecerem as marcas e produtos encontrados atualmente no mercado, além da manutenção dos preços em níveis estáveis, em decorrência das eficiências e redução de custos bem como do lançamento de novos produtos e melhoria da qualidade dos produtos ora existentes, poderia trazer benefícios ao consumidor, assegurando sejam distribuídas equitativamente as vantagens auferidas com a concentração desde que acompanhadas de outras condições que serão mencionadas posteriormente.

EFEITOS DA OPERAÇÃO - DAS BARREIRAS À ENTRADA E DA ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DE PARTE SUBSTANCIAL DO MERCADO RELEVANTE

55. Como já foi dito o que se pretende com a análise do ato de concentração é verificar até que ponto estão sendo alteradas as condições competitivas do mercado em prejuízo à concorrência e, por extensão, aos consumidores. Desse modo, há de se levar em conta dois momentos distintos: a situação anterior à operação examinada e aquela depois de sua verificação, afinal, os participantes só respondem pelos riscos anticompetitivos decorrentes do acréscimo de poder de mercado resultante do ato que praticaram, e não pelas situações de imperfeição da concorrência já encontradas no mercado.

56. No caso concreto, verifica-se que ambos os participantes detinham posição dominante anteriormente à prática do ato em análise, segundo a presunção estabelecida no § 3º do art. 20 da Lei 8,884/94. Também constata-se, nos diversos pareceres que compõem o processo, que o mercado de creme dentais apresenta a estrutura de oligopólio caracterizado por grande diferenciação de produtos, o que torna difícil uma avaliação das condições competitivas anteriores e posteriores ao ato ora examinado, sobretudo quando soma-se a isso as diferenças de ambientes econômicos encontradas no país - antes e depois da abertura do mercado (1990) e do plano real (1994).

57. A maior preocupação sentida no curso do processo são relacionadas com barreiras à entrada. Foi demonstrada a existência de algumas barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado sobretudo associadas à presença de custos irrecuperáveis em decorrência da diferenciação de produtos por marcas que conseguem obter lealdade dos consumidores . Todavia não restou demonstrado que essas barreiras constituem novas barreiras estruturais, ou que são acréscimo às barreiras preexistentes, e que surgiram em decorrência do simples aumento da concentração ou do maior potencial para práticas anticoncorrenciais originadas pela aquisição da Kolynos.

58. Além disso, o fato de ser o creme dental um bem de consumo habitual (de uso contínuo) não-durável, e cujo custo de troca e experiência pelo consumidor é inexpressivo, a lealdade dos consumidores à marca, termina por ser atenuada pela concorrência em preços ou em promoções de outras marcas, uma vez que os fatores que criam essa lealdade não são muito significativos, sobretudo quando comparados a bens de consumo duráveis.

59. Dois outros aspectos importantes a serem considerados na análise das condições competitivas em um oligopólio também são atenuados por diversos fatores.

60. O primeiro refere-se aos efeitos anticompetitivos em termos de preços. E aí é curioso observar que os preços dos creme dentais populares têm oscilado pouco, pois encontram-se limitados por um lado aos produtos de melhor tecnologia e apresentação e, por outro, às margens já baixas o que impede a sua diminuição. Embora a importação não tenha participação significativa no mercado, a ausência de barreiras legais e tarifárias (a alíquota de importação é baixa - 2%) expõem o setor às importações, especialmente se necessário fazer frente a um aumento considerável e persistente de preços decorrentes da operação, sobretudo nos produtos destinados à faixa de renda média e alta da população. Além disso, uma prática, pouco provável de preços predatórios poderia ser bem suportada pelos concorrentes que também são de grande porte.

61. O segundo diz respeito à estrutura da distribuição. Não se encontra nos autos argumentos que promovam maiores preocupações quanto à possíveis efeitos restritivos ao acesso de concorrentes, efetivos ou potenciais, uma vez que os canais de comercialização, venda e distribuição são basicamente os mesmos e, por apresentarem-se razoavelmente pulverizados tanto no que se refere às empresas concorrentes quanto a outras

linhas de produtos do setor de higiene bucal ou pessoal, não estão vulneráveis à qualquer tipo de controle, ainda que parcial. Constituem os canais de distribuição: como pontos de venda os supermercados, farmácias e armazéns em todo o país; e, como distribuidores as grandes e médias empresas distribuidoras independentes (Parecer da SEAE, p.45).

62. Embora nas análises encontradas nos autos demonstrem que existem possibilidades de entrada de novos concorrentes no mercado, ainda que bastante dificultada, não se pode negar que a operação em exame implica em significativa redução da concorrência encontrada no mercado já concentrado. Afinal, a aquisição da empresa líder pela segunda no setor, além de eliminar um concorrente, provoca inexoravelmente um potencial de dano à concorrência - ainda que as suas administrações sejam mantidas separadamente -, tendo em vista a diminuição da necessidade de competitividade entre as duas empresas que passam a participar do mercado em situação de quase monopólio, pelo menos em termos quantitativos.

63. Desse modo verifica-se o não atendimento à condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54. E o não atendimento a este dispositivo resultante do alto grau de concentração verificado, além do potencial prejuízo à concorrência poderá a médio ou longo prazo traduzir-se num prejuízo aos consumidores, especialmente após decorrido o período em que a operação se encontra sujeita a compromisso de desempenho perante o CADE.

DA PROPOSTA DA COLGATE-PALMOLIVE

64. Ante o exposto, este Conselho, ao apreciar o ato examinado, se concluir pela sua aprovação, deverá fazê-lo apenas mediante compromisso de desempenho, estabelecendo como condição o saneamento do risco proveniente da

concentração resultante da aquisição da Kolynos pela Colgate. Nesse sentido, a proposta apresentada pela própria Colgate de fornecer todos os elementos para que novos entrantes atinjam, em 3 ou 5 anos, um “market share” de 15% a 20% do mercado de creme dental.

65. A aceitação da proposta fixando-se o percentual em 20%, e ressaltando-se que “todos os elementos fornecidos pela Colgate” não podem implicar em práticas anticompetitivas, parecem compensar razoavelmente o não atendimento do mencionado dispositivo legal, pelos benefícios que traria à concorrência e aos consumidores com a entrada de novos investidores no mercado. Paralelamente poderiam ser fixadas metas arrojadas de exportação, bem como especificados os demais investimentos e vantagens oferecidas pela empresa, sobretudo aquelas relacionadas à melhoria da qualidade do produto.

66. Com este compromisso, estar-se-ia entregando ao próprio mercado a solução para torná-lo mais competitivo, pois as concorrentes, em busca pela ocupação do espaço, se interessariam pela fiscalização do compromisso assumido pela Colgate, somente cabendo ao CADE fiscalizar o resultado, que certamente culminaria com uma situação pelo menos tão competitiva quanto a anterior. Esta condição, de uma só vez, asseguraria o atendimento ao contido nos incisos II e III do § 1º do art. 54.

67. A sua eficácia, entretanto, dependerá do estabelecimento de compromisso em que a empresa pague anualmente pesquisa a ser realizada por instituto especializado, por indicação do CADE e com a interveniência de organismos nacionais de defesa do consumidor, durante o prazo de cinco anos. Além disso o novo entrante teria de ser empresa conceituada que apresentasse condições de manter-se no mercado após atingir aquele percentual de participação.

68. Esta Procuradoria recomenda, ainda, que, por prudência, sejam mantidas separadamente as atividades comerciais da Kolynos e da Colgate pelo período em que a empresa estiver sujeita a compromisso de desempenho, caso este Colegiado resolva pela aprovação da operação, pois isto facilitará a execução de uma possível revogação da aprovação pelo CADE, caso se verifique o descumprimento do compromisso de desempenho assumido, nos termos previstos no § 3º do art.58 da Lei 8.884/94.

CONCLUSÃO

69. Considerando que os argumentos de fato e de direito acima aduzidos sobre a operação ora analisada bem demonstram que o atendimento das quatro condições estabelecidas no § 1º do art. 54 é viável mediante a aceitação da proposta da empresa de se comprometer perante este colegiado a “fornecer todos os elementos para que novos entrantes atinjam, em 3 a 5 anos, um “market share” de 20% do mercado de creme dental”; e considerando que a transformação da Kolynos num centro de exportação se coaduna com as necessidades do atual momento econômico brasileiro, esta Procuradoria se manifesta pela aprovação da operação examinada mediante compromisso de desempenho.

Brasília, 18 de setembro de 1996

Marusa Freire
Procuradora-Geral do CADE