

VOTO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER DE OLIVEIRA

A Adequação da Proposta de Suspensão Temporária do Uso da Marca Kolynos

Acompanho, em sua essência, o voto da Conselheira-Relatora e o faço pelas seguintes razões:

1. A proposta da requerente não cumpre integralmente os requisitos legais necessários à aprovação ao amparo da Lei 8884/94, pois há, de fato, dano à concorrência no mercado de cremes dentais. A análise da Relatora mostra de maneira convincente que o controle por parte da requerente de duas marcas que representam quase 80% do mercado relevante de creme dental coloca significativas barreiras à entrada, acarretando, em consequência, efeitos nocivos sobre a concorrência.

Em tais circunstâncias, parece-me correto o diagnóstico da Relatora de que a penetração de nova marca por parte de entrante potencial exigiria esforço de investimento, especialmente de propaganda, com retorno esperado relativamente reduzido face sua posição de domínio de mercado. A empresa teria, dessa forma, aptidão para o exercício de práticas anticoncorrenciais no segmento em análise.

2. A suspensão temporária do uso da marca Kolynos é nitidamente superior a outras eventuais alternativas:

a) Um compromisso de desempenho de caráter comportamental tal qual proposto inicialmente pela requerente não é adequado, posto que o problema não reside em ausência de estímulo ao cumprimento do Inciso I do Par. 1 do Artigo 54.

Assinale-se, ademais, que há dupla razão para o CADE ser parcimonioso em suas exigências em termos de compromisso de desempenho, procurando não se imiscuir nas atividades produtivas e comerciais da requerente. De um lado, porque os custos de monitoramento de tal alternativa seriam sabidamente elevados. De outro, e mais importante, porque se uma operação requer controle excessivamente abrangente para ser aprovada é porque muito provavelmente não deveria ser aprovada, ou pelo menos, deveria ser reformulada de forma a minimizar custos e maximizar benefícios.

O controle preventivo previsto na ementa da Lei 8884/94 supõe precisamente coibir operações que venham a requerer monitoramento sistemático e/ou possam acarretar, com grande probabilidade, infrações à ordem econômica. É o máximo esforço da autoridade no sentido de erradicar, ou mais realisticamente minorar, no seu nascedouro, o vício da imperfeição de mercado que permite que o mesmo venha a operar livremente, com o mínimo de intervenção *a posteriori* por parte do poder público.

b) Tampouco o desfazimento da operação constitui alternativa superior à suspensão temporária do uso da marca neste caso. Em primeiro lugar, é oneroso, como sempre, desconstituir operação realizada há 21 meses. Trata-se de custo elevado, embora inevitável por vezes quando uma operação que, inibindo a livre concorrência, possa causar custos sociais ainda maiores. Assinale-se, a este respeito, que espera-se que tal distorção venha a ser minorada no futuro, à medida em que se logre induzir a notificação prévia à realização do ato, prevista na Lei 8884/94, tornando-a regra e não exceção, como ocorre atualmente.

Mas a principal desvantagem da alternativa de desfazimento do ato deriva de uma peculiaridade da operação em exame. O problema central reside na barreira à entrada provocada pelo fato da requerente ter adquirido a marca Kolynos, que representa cerca de 50% do mercado relevante de

creme dentais. Como a marca constitui bem indivisível, o desfazimento da operação recolocaria o problema, posto que um eventual pretendente passaria a deter controle de metade do mercado.

c) A suspensão temporária do uso da marca Kolynos pela requerente resolve de maneira engenhosa o problema. Isto porque abre-se uma janela de oportunidade para novos entrantes sem incorrer nos custos inerentes, e especialmente altos neste caso, do desfazimento. Trata-se de decisão que não apenas retira a principal barreira detectada à entrada, mas estimula o ingresso de novos produtores e investimentos.

Pontos Metodológicos Relevantes para a Jurisprudência do CADE

3. Cumpre ressaltar, ainda que de forma tópica, pontos do voto da Relatora que sustentam a decisão, bem como constituem referências importantes em exames futuros de atos ao agasalho do Artigo 54:

a) Define-se com rigor os mercados relevantes, rejeitando-se noções imprecisas como a de “submercado”.

b) Separam-se com rigor os quatro mercados envolvidos (cremes dentais, escova de dentes, fios dentais e enxaguantes bucais), privilegiando a elasticidade da demanda e não a oferta. Ressalta corretamente a Relatora que:

“tal opção implica enfatizar o papel do consumidor como foco do poder de mercado, posto que é sobre ele que o poder de mercado é exercido e são suas reações e alternativas que contam para identificar o grau de poder de mercado envolvido no caso em análise.”

c) Rejeita-se corretamente análise simplista de que o resultado de grau de concentração de 80% em uma única

empresa constituiria de *per se* razão para desaprovar a operação. Naturalmente, a forte elevação do índice de concentração não escapou á Relatora, conforme refletido no quadro de índices de HHI.

Conforme mostra o Quadro 1 anexo, e de acordo com a classificação da *Federal Trade Commission (FTC)*, três dos mercados relevantes analisados se situam naquilo que poderia ser chamado de “região de alerta”, caracterizada por níveis de HHI pós-operação elevados e variações pronunciadas neste indicador.

Porém, não se descuidou de mostrar que a operação acentuava de fato a barreira à entrada, não sendo os dados de concentração suficientes, por si mesmos, para tal demonstração. Nos casos de mercados de fio dental e mesmo de escova de dentes, não há sério risco á concorrência a despeito dos indicadores de HHI situarem ambos os mercados na “região de alerta” do Quadro 1.

Cumpra evitar uma superestimativa da importância dos índices de concentração, ou do estabelecimento de intervalos rígidos como referência para o processo de decisão, pois:

- embora exista uma correlação entre grau de concentração e margens de lucro extraordinário, a teoria moderna de Organização Industrial e a evidência empírica não corroboram hipótese de relação simples de causalidade entre os dois indicadores.
- a estrutura industrial brasileira contém peculiaridades importantes associadas à natureza do processo de substituição de importações que marcou a dinâmica de crescimento na maior parte deste século e ao tamanho relativamente pequeno comparativamente à economia norte-americana, para a qual se aplica a classificação da FTC¹. Os Quadros 2 e 3 ilustram como amostras setoriais revelam uma

maioria de segmentos com níveis relativamente elevados de concentração.

- a economia brasileira passa por verdadeira revolução produtiva em virtude de seu ajustamento à abertura e estabilidade com mudanças estruturais na maioria dos segmentos relevantes para a análise antitruste.

d) Procurou-se, da mesma forma, demonstrar que o comércio exterior não afeta substancialmente o grau de contestabilidade do mercado de cremes dentais em função principalmente dos custos de transporte e distribuição, além do fato da estrutura de oligopólio diferenciado prevalecer também no plano internacional.

Cumpre, neste ponto, destacar duas diretrizes básicas a respeito da política comercial que deveriam sempre orientar as análises do CADE:

(i) perquirir os múltiplos aspectos do regime de comércio que possam, de alguma forma, afetar as condições de concorrência. Isto envolve não apenas a informação acerca do nível de alíquota de importação, mas a respeito de existência de barreiras não tarifárias ou técnicas, acordos especiais e assim por diante. Em uma economia globalizada, este ponto assume particular importância.

(ii) investigar como o regime de comércio interage com a estrutura vigente de mercado, evitando hipóteses simplistas como a que presume que a mera redução de alíquota poderia, por si só, exercer forte pressão competitiva. No caso em tela, como em vários outros, o entendimento da cadeia produtiva e de distribuição revela que não há relação direta e automática entre a política tarifária e o processo de formação de preços. Exceto para aqueles bens com características de *commodities* e fortemente comerciáveis no plano internacional, questões de

normas e barreiras técnicas, custos de transportes e uma gama de outros fatores que requerem análise minuciosa.

e) identifica-se corretamente a proposta da requerente de distribuição de escova dental em determinadas regiões do país como estratégia de discriminação de preço. Esta prática é prevista de forma genérica e exemplificativa no Inciso XII do Artigo 21 da Lei 8884/94. Trata-se no caso em exame daquilo que se denomina na literatura de Organização Industrial de discriminação de preço de terceiro grau.

¹ O PIB nacional é cerca de 10% do norte-americano

A análise dos impactos sobre o bem-estar de práticas de discriminação de preço de terceiro grau não é trivial: o resultado líquido sobre o excedente do consumidor depende do formato das curvas de demanda e de custo marginal dos mercados envolvidos, requerendo considerável esforço econométrico.

Tal tarefa de investigação geraria resultados possivelmente duvidosos pelas razões mais gerais corretamente apontadas pela Relatora com relação às dificuldades de efetuar tal análise empírica em circunstâncias de mudança estrutural do mercado com a estabilização da economia em 1994-95. Portanto, é adequado e coerente com o princípio da razoabilidade, não se prever neste caso, proibição à prática detectada de discriminação de preço.

A Importância da Marca para o Bem-Estar e a da Possibilidade de Licenciamento para Terceiros

Destaco na proposta apresentada a possibilidade de licenciamento a terceiros por parte da requerente.

4. Ressalte-se que é o controle da marca Kolynos pela Colgate e não a presença da marca Kolynos no mercado que constitui fator inibidor à concorrência e que, portanto, deve ser objeto de ação do CADE. Na expressão da Relatora,

“De todo o exposto, concluiu-se que é o controle simultâneo das duas marcas mais importantes do mercado, em particular da marca dominante Kolynos, a barreira à entrada significativa, e, por conseguinte, a fonte do poder de mercado agora detido pela adquirente. Assim, é sobre o controle de marcas que deve concentrar-se a decisão deste Conselho (grifo meu)”.

Nem poderia ser diferente, pois a presença dominante da marca Kolynos é um fato mercadológico inelutável mediante providências administrativas. Tal fenômeno transcende, ademais, a vida da extinta empresa Kolynos, enquanto parte do grupo AHP. Neste sentido, é lícito argumentar, ao amparo do Par. 1 do Artigo 20, que a posição dominante conquistada pela antes empresa e agora marca Kolynos não caracteriza ilícito nos termos do *caput* do referido Artigo.

5. É certo que uma das virtudes da suspensão temporária do uso da marca Kolynos é o estímulo à entrada representado pela não utilização da marca por empresa dominante. mas não se deve ir além e impedir a presença da própria marca Kolynos no mercado sob pretexto de “ampliar espaço à entrada”. Tal excesso compromete o desejável equilíbrio e harmonia que a autoridade administrativa deve manter entre os vários princípios que regem a aplicação criteriosa da legislação de defesa da concorrência.

O objetivo de incentivar o ingresso no mercado não pode ser absolutizado a ponto do estímulo à entrada restringir injustificadamente uso de ativo, impondo custos privados e sociais desnecessários. Um exemplo extremo é didático ao realçar o argumento: suponha que o uso exclusivo de determinado conhecimento médico por agente com posição dominante possa dar margem a abusos. Ora, não ocorreria a ninguém meramente sustar por algum tempo a aplicação

daquele conhecimento para estimular a concorrência, senão que alterar a situação de controle de forma a assegurar a disseminação dos benefícios oriundos da nova técnica terapêutica.

6. Não pode haver dúvida quanto ao fato de que a simples retirada da marca Kolynos diminui a satisfação do consumidor. A maximização do bem-estar constitui, por sua vez, objetivo precípua da defesa da concorrência.

É irrelevante para esta análise se a diferenciação de marcas corresponde a mudanças significativas para a saúde bucal. Tal indagação, decerto legítima, pode e deve ser do interesse, por exemplo, de dentistas e associações de consumidores. Ao CADE, no entanto, cabe se ater exclusivamente ao nível de bem-estar, tal qual manifestado no mercado, mediante a preferência revelada do consumidor.

A este respeito, a experiência das últimas décadas revela que a marca Kolynos encontra ampla aceitação no mercado com penetração particularmente forte nas camadas de renda mais baixa. As marcas alternativas à Kolynos são significativamente mais caras com preços frequentemente de até quatro vezes o da Kolynos.

7. A atenção que se requer neste ponto não pode se restringir a aspectos preponderantes de relações de propriedade entre produtores, conforme tem sido objeto do Direito de Marcas desde final do século XIX. Para recuperar a expressão da Relatora em outro contexto cumpre,

“...ênfatisar o papel do consumidor como foco do poder de mercado, posto que é sobre ele que o poder de mercado é exercido e são suas reações e alternativas que contam para identificar o grau de poder de mercado envolvido no caso em análise.”

Neste caso, a preocupação com a aplicação harmônica e sistemática da legislação deve voltar-se para os princípios que tem regido a defesa dos direitos do consumidor desde a segunda metade do século XX nos EUA e desde a Constituição de 1988 no Brasil e, em particular, com a edição da Lei 8078/90. Encontra-se, nesta última, em especial no Capítulo de práticas comerciais, a noção clara de que se deve evitar a descontinuidade no atendimento das necessidades do consumidor, sejam elas relacionadas a bens tangíveis ou não, ou mesmo acessórios a determinados itens da cesta de consumo.

8. A possibilidade de licenciamento da marca Kolynos pode, ademais, atenuar eventual problema de oferta do produto durante o período de suspensão da marca pela requerente. De fato, produtores menores e/ou distribuidores teriam oportunidade de negócio rentável, ainda que sua ação no mercado não viesse a alterar o padrão de concorrência.

9. A visibilidade da marca Kolynos no mercado brasileiro contribui para o plano de exportações da requerente que deveria ser estimulado, tanto por razões micro quanto macroeconômicas. Pelo menos duas razões justificam tal proposição:

- conforme demonstram à saciedade famílias de modelos da Nova Teoria do Comércio, a difusão de marca no mercado doméstico constitui plataforma importante para fluxos de comércio intra-industrial.

- segundo informações da requerente, o Mercosul, e em particular a Argentina, constituem os principais mercados de destino das exportações planejadas. Na mesma direção, afirma a Relatora que o mercado relevante pode se ampliar nos próximos anos para abranger o Mercosul. Como o mercado brasileiro representa cerca de 75% do Mercosul, é razoável supor que a menor visibilidade de uma marca em $\frac{3}{4}$ do mercado afete seu desempenho no $\frac{1}{4}$ restante.

10. Poder-se-ia argumentar que a possibilidade de licenciamento para terceiros abriria a possibilidade de burla, impondo custos adicionais de fiscalização para se assegurar a efetiva mudança de controle sobre o uso da marca Kolynos.

No entanto, os cuidados requeridos para averiguar a real situação de controle não diferem em nada de exames normalmente realizados a respeito de qualquer ato apreciado ao amparo do Artigo 54, de acordo com a praxe e competência legal do CADE.

11. Restaria, por fim, a objeção de que a possibilidade de licenciamento ficaria restrita a agentes de pequeno porte, cuja ação não poderia alterar a dinâmica do mercado (embora, conforme assinalado antes, poder-se-ia, dessa forma, atenuar eventual problema de oferta). Isto porque não haveria interesse por parte de grande produtor de investir em marca que, após período determinado por este Conselho, voltará às mãos da requerente.

Ora, mas se isto de fato ocorrer estará aberto o espaço a novos entrantes por mecanismos de mercado e não mediante proibição administrativa. Além disso, deve-se prever, conforme voto adiante, possibilidade do licenciado utilizar a marca Kolynos como forma de divulgar sua própria marca, expediente por vezes denominado de “marca dupla”.

Decisão:

Em síntese, decido acompanhar o voto da Relatora

GESNER OLIVEIRA
Presidente do CADE

