VOTO DO CONSELHEIRO EDISON RODRIGUES CHAVES

Na Lei Fundamental brasileira de 1988, a livre concorrência é um dos dez princípios que informam a concepção constitucional da Ordem Econômica, inscritos em seu art. 170. E a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou em autarquia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, dando-lhe potencialmente maior autonomia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Desempenha, assim, este órgão, missão de natureza constitucional. Tribunal administrativo que é — e aqui nos insurgimos contra os que pretendem minimizar sua importância de garante dos bens jurídicos por aqueles diplomados, da qual é titular a coletividade, na forma do parágrafo único do seu art. 1º, —, compete-lhe reprimir abusos do poder econômico.

2. Exige a referida Lei n.º 8.884, de 1994, em seu art. 54, que sejam submetidos à apreciação do CADE “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. Incluem-se entre esses atos aqueles que “visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através da fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante”; ou em que qualquer dos partícipes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a quatrocentos milhões de reais.

3. Isso não significa, porém, a condenação ao desfazimento de todo e qualquer ato de concentração que se enquadre nesses parâmetros. Poderá o CADE autorizá-los, desde que atendam às seguintes condições:

- tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro lado;
- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Também poderão ser considerados legítimos os atos aqui referidos, desde que atendidas pelo menos três das condições acima enunciadas, “quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

4. Com base nesse dispositivo, não poucos têm sido os atos de concentração aprovados pelo CADE. Quando os rejeita, porém, é o órgão acusado de atuar na contramão da História. Contesta-se a permanência da própria Lei n.º 8.884, que — apesar de ainda não suficientemente testada, por ser nova de dois anos — estaria ultrapassada. Agora mesmo, comenta-se na imprensa que a operação em julgamento hoje definiria o tratamento que este Colendo pretende dar à Lei Antitruste, que estaria sendo posta em xeque pela acelerada globalização da economia.

5. É curioso como são forjados equívocos em favor de determinadas posições, em defesa de interesses ilegítimos contrariados, ou até mesmo por falta de informações corretas. Acabo de fazer uma visita de duas semanas ao *Bundeskartellamt* — o Departamento Federal de Cartéis, da Alemanha —, em Berlim, e à DG-IV — Direção Geral da Concorrência —, da Comissão das Comunidades Europeias, em Bruxelas. Participei de uma troca informal de experiências, de pontos-de-vista, com os membros daqueles colegiados. E fiquei satisfeito com o que vi e o que ouvi. Satisfeito por verificar, pessoalmente, que o Brasil está no caminho certo, ao adotar, em sua Lei Antitruste, critérios também válidos em países do Primeiro Mundo, o que, de qualquer forma, é confirmado pela jurisprudência justificativa de seu voto pela ilustre Conselheira-Relatora. Pelo convencimento, também, *ab imo pectore*, de que o CADE, com a independência que caracteriza suas decisões, vem aplicando com um cuidadoso critério — não com o rigor cego dos intransigentes, mas a flexibilidade necessária ao exame, caso a caso, de cada operação particular — as normas aqui em vigor. As observações feitas naquelas duas capitais mostraram-me, ainda, uma outra realidade: enquanto no Brasil ainda há quem conteste a validade da atuação de um órgão de defesa contra os abusos do poder econômico — em nome de uma globalização que, supostamente, tudo permite —, os países-membros da União Europeia defendem o estabelecimento de regras de concorrência de âmbito internacional. A proposta será levada à próxima reunião ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC), a realizar-se em Cingapura, em dezembro. Segundo o documento, elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, deveria haver a designação de um grupo de trabalho, encarregado de elaborar, no próximo ano, um projeto das referidas normas, bem como a criação de uma entidade intergovernamental destinada à troca de informações e a solucionar pendências entre empresas localizadas em países diversos.

6. Ao contrário, portanto, do que se tem algumas vezes propalado, a crescente abertura das economias nacionais à competição estrangeira não implica, *ipso facto*, a supressão de regras de controle da concorrência. Exige, isto sim, a **globalização** dessas regras, de forma a restabelecer o equilíbrio entre os grandes conglomerados econômicos transnacionais e as médias e pequenas empresas de atuação nacional, ou mesmo regional.

Depois de ressaltar que, nos últimos decênios, duas as tendências vêm caracterizando a atividade econômica — a **globalização** e a **liberalização** — assinala o documento, a ser levado pelos europeus à reunião da OMC, que o número e as dimensões das empresas aumentaram. Mais do que nunca, os atos comerciais assumem dimensão internacional. O resultado é o crescimento das práticas anticoncorrenciais internacionais: interpretações de normas passam a ter alcance além-fronteiras; acordos têm por objeto a desleal exclusão de concorrentes estrangeiros; abusos internacionais de posições dominantes, ou fusões extra-nacionais, com efeitos anticoncorrenciais. No entender da CEE, “essas práticas podem restringir a concorrência e comprometer as vantagens da liberalização”. Com perdão do ilustre patrono das Requerentes, há que controlar cada vez mais essas práticas. Há que responder à globalização da atividade econômica, à investida dos grandes grupos transnacionais contra os grupos regionais e nacionais, com a globalização das regras de concorrência.

7. Mas enquanto não vêm as normas internacionais, as regras globalizadas, cumpre-nos aplicar as nacionais, mesmo porque, prevalecem estas sobre aquelas, especialmente quando entre elas não existe conflito. *In casu*, estamos diante de uma operação que se enquadra entre as sujeitas ao exame do CADE, a teor do estatuído no art. 54, *caput*, da Lei n.º 8.884, de 1994, ao mesmo tempo em que entendo não situar-se entre as passíveis de aprovação, dentro dos critérios adotados pelos parágrafos primeiro e segundo do referido artigo, ao contrário do que pensa a Douta Procuradora-Geral. Concordo com a

ilustre Conselheira-Relatora, quando diz da impossibilidade de ungir o ato com a consagração deste Colegiado. O grau de concentração, de 80% do mercado em uma só empresa, associado à existência de enormes barreiras à penetração de novos concorrentes, tornaria difícil a sua aprovação pura e simples, em qualquer Estado ou Comunidade que possua eficientes regras de defesa da concorrência. E mesmo que se levasse em conta todo o esforço desenvolvido pelas Requerentes, de forma direta ou indireta, em defesa da aceitação de um compromisso de desempenho, para viabilizar a aprovação do ato, não vejo como poderia ele, nos termos propostos, minimizar os malefícios que entendo configurados em decorrência do grande aumento do seu poder no mercado.

8. Mas se lhe nego aprovação na forma como é apresentada à apreciação deste Colendo Conselho, não chego ao ponto de recomendar o desfazimento da operação, uma operação que envolve quase US\$ 800 milhões e que já produziu efeitos, pois realizada há quase dois anos. Ao mesmo tempo, se restrições vejo à aprovação do ato, naquilo em que se relaciona aos cremes dentais com a marca Kolynos, nenhuma restrição lhe faço no tocante aos demais produtos de higiene bucal envolvidos na operação. Acompanho, assim, em tese e com pequenas variantes, o voto da ilustre Conselheira-Relatora, aprovando o ato de que se cuida, mediante às seguintes condições:

- suspensão temporária do uso direto da marca Kolynos em cremes dentais pelas Requerentes, em território nacional, pelo prazo de quatro anos, a contar da decisão;
- admissão da exportação do produto pelas Requerentes com a referida marca, e o seu licenciamento para empresas que não tenham qualquer vínculo direto ou indireto com a Colgate, para que a utilizem em território brasileiro;

- submissão ao CADE, pelas Requerentes, de proposta pública de licenciamento do uso da marca Kolynos, a ser por elas oferecida ou por banco de investimento que escolherem;
- previsão, pela proposta de licenciamento, da possibilidade de utilização da marca Kolynos conjuntamente com outra, do licenciado;
- aprovação prévia pelo CADE de todo e qualquer contrato decorrente da referida oferta de licenciamento.

Aceitas essas condições pelas Requerentes, sou pela aprovação do **Ato de Concentração n.º 27/95**. Concedam-se às Requerentes trinta dias, para que manifestem sua aquiescência às condições estabelecidas. Após o referido prazo, sem a manifestação das Requerentes ou, em na havendo, insurgindo-se elas contra as condições aqui estabelecidas, condene-se as Requerentes ao desfazimento da operação, com a alienação, a terceiros, do controle acionário da Kolynos, no prazo de noventa dias, findo o qual pagarão multa diária no valor de R\$ 85.0070,00 (oitenta e cinco mil reais), calculada na forma do art. 25, *in fine*, da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, até o integral cumprimento da decisão, determinando-se, ao mesmo tempo, à Procuradoria do CADE, a inscrição do débito na Dívida Ativa com a sua **execução fiscal** e o ajuizamento contra elas de **execução por obrigação de fazer**, na forma da Lei.

9. E antes de concluí-lo com a tradicional fórmula de que “este é o meu voto”, quero explicar a razão da proposta da aplicação de multa às Requerentes, na hipótese de não cumprimento, ou de sua procrastinação. Demonstra a experiência de que a falta de sanção prevista para o caso de descumprimento das decisões do CADE, se não as tornam ineficazes, dificultam sua execução. Há sempre meios de adiá-lo *ad infinitum*, com a certeza de que, ao final, se houver realmente de fazê-lo, nenhum prejuízo adicional haverá para a empresa que não encontrou neste Plenário acolhida para os seus

atos. A previsão da multa, certamente, desencoraja temerárias manobras jurídico-administrativas. Se apesar de tudo são feitas, a parte por elas responsável assume conscientemente o risco de ter de submeter-se à pena pecuniária.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 1996.

Conselheiro RODRIGUES-CHAVES