

VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS XAUSA

O processo que hoje se discute e vota, despido de todas suas technicalidades jurídicas e econômicas, envolve uma disputa negocial básica e notória: a de duas das quatro companhias que compõem o tetrapólio de creme dental do mundo. Uma delas, se aprovada a operação requerida, virá a deter cerca de 80% do mercado nacional e aproximadamente 70% do Mercosul, com posição dominante da Patagônia ao Caribe, com a possível exceção do Chile. A outra, que, tecnicamente não é parte no processo, e já domina o mercado norte-americano e parte do europeu, ingressa como maior opositora da transação, que considera de natureza monopolística e criadora de barreiras intransponíveis à entrada de novos concorrentes. O que está em causa, em suma, no caso em julgamento, sem eufemismos, é o futuro e a partilha do negócio de creme dental no continente, a partir do destino da estratégia vencedora no Brasil.

Não há aqui vilões ou heróis. Não são valores éticos ou humanos que estão em jogo. Trata-se de um jogo de interesses jogado segundo regras ancestrais de sobrevivência do mais forte. E que faz parte da essência do funcionamento do sistema capitalista, especialmente em sua dimensão hoje planetarizada.

Ao CADE não cabe participar desta luta específica, muito menos tomar parte ou mesmo arbitrá-la. Sua missão é mais modesta e, ao mesmo tempo, mais relevante. Ao CADE cabe tão só e preeminentemente julgar se a operação proposta fere ou não a legislação brasileira que previne e reprime o abuso do poder econômico, chamada também de legislação anti-truste ou, mais elegantemente, de defesa da concorrência.

Aos membros do Plenário, neste mister, aplicam-se, entre outras, as normas dos artigos 131 e 335 do CPC, a saber: art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Art. 335: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto à esta, o exame pericial”.

.....

I

O Direito

A matéria de Direito se contém, essencialmente, no art. 54 e seus parágrafos da Lei n.º 8884/94.

Suas disposições que, de resto, seguem uma tendência internacional histórica, têm como cerne substantivo o “caput” do artigo e seus parágrafos primeiro e terceiro.

Este último estabelece o que se poderia chamar de pressupostos quantitativos de conhecimento, por parte do CADE, para exame dos atos de concentração, não só no País como também aqueles regidos pelo princípio da ultraterritorialidade do artigo segundo da Lei. Vale dizer: Os atos que impliquem qualquer forma de concentração acima de 20% ou aqueles nos quais qualquer das partes supere faturamento anual de R\$ 400 milhões.

O “caput” do Art. 54, à sua vez, contém os resultados estruturais causados no mercado e alcançados pela Lei como ilegítimos. São, pois, ao mesmo tempo, pressupostos e objeto de sanção: “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”.

Como consequência, ambas as disposições importam em presunção de ilegalidade e de lesão à concorrência, presunção que tem a virtude de inverter o ônus da prova. Isto é: Cabe ao interessado provar que além das hipóteses do parágrafo terceiro, os atos não contém os atributos e consequências previstos no “caput”.

A ninguém cabe provar nada, além do requerente. E se a prova não for convincente, o ato ou não deve ser aprovado, ou se aprovado, o será com severas restrições.

Mais. Não é qualquer prova que a Lei permite. A prova, prevista em “*numerus clausus*”, é taxativa, e só se pode dar através das hipóteses contidas nos quatro únicos casos do parágrafo primeiro, a saber:

“I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade dos bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de uma lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados”.

Dito de outra forma, trata-se de uma prova “prima facie” contra o interessado. E, de consequência, se presente a descritiva do art. 54 “caput”, por exemplo, deverá a requerente provar a presença de todas as alternativas do parágrafo 1º.

Não menciono o parágrafo segundo do artigo, que autoriza a presença de apenas três das condições do parágrafo primeiro, porque o considero de especial e não frequente utilização. É a disposição importante para uma visão sistemática da Lei, mas com o risco de que interesses meramente privatistas sejam erigidos em “necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”. Exemplo que, a propósito, inclino-me a enquadrar nas ditas duas qualificações do “caput” e do parágrafo 3º, é o das privatizações.

Destarte, não efetuada a prova do abrigo de todos os quatro incisos do citado parágrafo primeiro, somente o compromisso de desempenho do Art. 58 da Lei será capaz de “assegurar o cumprimento das condições estabelecidos no parágrafo primeiro do referido artigo”.

Tal compromisso, porém, não poderá ser apenas de caráter comportamental, do tipo, como no caso, “não aumentar preços”, “manter as empresas do mesmo grupo com administrações separadas” ou “manter espaços em prateleiras para produtos concorrentes”, condições aceitas pela douta Procuradoria-Geral. Há que se cogitar de compromissos estruturais, como na tradição européia e norte-americana, os quais constituem a única alternativa real à desaprovação dos

pedidos. Veja-se o recentíssimo *Caso Kimberly-Clark/Scott* já citado pela ilustre Conselheira-Relatora, e que somente foi aprovado, tanto na Europa, USA e México, com pesadas restrições estruturais. Como de resto, também o disposto na Lei brasileira, através do parágrafo nono do Art. 54, para eliminar os efeitos nocivos da concentração julgada anti-concorrencial. Está claramente previsto que se concluir o CADE pela não aprovação do Ato “determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros” (grifo nosso).

E, para concluir, no processo sob julgamento, a análise de todos os compromissos comportamentais sugeridos pela requerente, e das condições do parágrafo 1º (fls. 36 e 38), como já efetuada no voto da Relatora, não são de molde a me convencer, como juiz, da capacidade dos mesmos para anular os efeitos nocivos à concorrência do Ato de Concentração.

Esta seria a finalidade relevante para o CADE. Na verdade, as ditas eficiências comportamentais e as sinergias, ao invés de mitigar, reforçam a posição dominante da requerente.

II

Um “fair trial” para os interessados

A tradição do “fair trial” é inerente à própria evolução do Direito anglo-saxônico. O “julgamento pelos pares” da tradição saxônia, medieval e feudal, evoluiu para o juri como hoje o conhecemos.

As firmas norte-americanas que atuam no estrangeiro detêm particular preocupação de que as suas disputas não sejam julgadas segundo alguma lei tribal exótica, e por juízes geneticamente oligofrênicos e moralmente pigmeus. Em suma, e no mínimo, aspiram ao julgamento por um sistema jurídico de alguma forma ligado à tradição cultural do Ocidente, e por juízes razoavelmente alfabetizados e presumivelmente íntegros.

Pois bem. O teste que pretendo neste voto vai mais longe. E aspira ao seguinte resultado: que as empresas interessadas (sejam ou não partes tecnicamente), obtenham uma decisão aceitável segundo os padrões legais de seu próprio país de origem. Vale dizer: embora o julgamento obviamente seja feito segundo a lei, a doutrina e a tradição brasileiras, a pergunta que proponho como expressão de um “fair trial” é a seguinte: a transação sob exame, envolvendo basicamente interesses de empresas norte-americanas, seria ou não aprovada pelas agências e pelos tribunais norte-americanos?

Minha proposição é a de que, além de ferir a lei de defesa da concorrência no Brasil, a transação como proposta, também, em hipótese alguma, seria aprovada nos EEUU, nos termos de sua legislação anti-truste. Ouso dizer que sequer seria realizada.

Basta uma visão panorâmica dos precedentes judiciais e da doutrina neles contida.

E que servem a um duplo propósito, além do já citado. De um lado, como contribuição convencional, mormente em termos de Direito Comparado. Por outro, como fundamentação doutrinária do voto, à medida em que os casos são expostos.

Assim, cabe examinar as hipóteses de: a) monopólio; b) tentativa de monopolizar, e principalmente c) a questão do grau de concentração dos mercados como o fator crucial, de longe, no juízo sobre a lesão à concorrência.

O que está em causa, essencialmente, são a Secção 2ª do Sherman Act e a Secção 7ª do Clayton Act, como emendados.

1. MONOPÓLIO

O monopólio tido por ilegal tem sido definido como “a posse do poder de monopólio (poder de controlar preços ou excluir concorrência) somada a um elemento volitivo (a conduta com a intenção de adquirir, usar ou preservar este poder). “A Suprema Corte identificou os elementos no *Caso Grinnell* (1966): “o monopólio definido na Secção 2 do *Sherman Act* tem dois elementos: 1- a posse do poder do monopólio no mercado relevante. 2- a aquisição ou a manutenção voluntária deste poder sem que seja através do crescimento ou desenvolvimento resultante de um produto superior, competência empresarial ou acidente histórico. Note-se que o mesmo princípio está contido no art. 20, parágrafo 1º da Lei n.º 8884/94: “...resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores...”

No Brasil, ilustração lapidar é a da própria Kolynos que, ao longo de décadas atingiu sua posição de mercado. O caso oposto é o presente, onde a Colgate passa de 27,4% para 79,1%, através de um caro e rápido “take over”.

A participação no mercado como um Indicador do poder de Monopólio.

A participação no mercado, embora não o único, é notoriamente a principal variável em matéria de monopólio. No *Caso du Pont* (1966) a Suprema Corte decidiu unanimemente que 75% do mercado relevante envolvia poder monopolístico. Ainda no *Caso Grinnel* a Corte foi explícita em afirmar que o “poder monopolístico pode ordinariamente ser inferido da participação predominante do mercado” (nota 1).⁴¹

Os Tribunais inferiores continuam a considerar o “market-share” como fator decisivo. “Uma participação acima de 70% é quase sempre julgada suficiente para apoiar uma inferência de poder de monopólio”. (Por exemplo *Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, AG*, 5º Circuito 1977, 71% a 76% da participação do mercado como suficiente). Illinois ex rel. Hartigan, 1990. “Em participações de mercado acima de 70% os tribunais simplesmente têm inferido a existência de poder de monopólio sem examinar especificamente... controle sobre os preços ou concorrência”.

TENTATIVA DE MONOPOLIZAR

Mas a secção 2 do Sherman Act vai mais longe: proíbe a mera tentativa de monopólio. “Mesmo quando o poder de uma empresa no mercado relevante não seja monopolístico, a conduta excludente ou predatória pode constituir uma tentativa ilegal de monopolizar”. O principal elemento da “tentativa de monopolizar” é a chamada “probabilidade perigosa de sucesso” na obtenção do monopólio de um mercado relevante. Tal

⁴¹ “Antitrust Law Developments” - Section Of The American Bar Association, 1992, Vol. I, pags. 196 e seguintes.

doutrina, formulada pelo Juiz Holmes no *Caso Swift & Co. v. United States*, desde 1905, tem sua reafirmação mais conhecida no *Caso American Tobacco Co. v. United States* (1946) onde diz a Suprema Corte, mantendo condenação criminal: **“A frase “tentativa de monopolizar” significa o emprego de métodos meios e práticas que poderiam, se bem sucedidas, chegar ao monopólio e que embora não conseguindo mesmo assim chegam tão perto a ponto de criar uma probabilidade perigosa”** (nota 2).²

CONCENTRAÇÃO

2. O caso clássico onde passam a ter relevância as considerações de ordem econômica, na Suprema Corte, ainda é *Philadelphia National Bank et.al.*, (1963), onde se diz:

“Os apelados, um banco nacional e um estadual, são, respectivamente, o segundo e o terceiro maiores dos 42 bancos comerciais na área metropolitana de Filadélfia, com agências em toda esta área.”

.....
.....

“O banco resultante controlaria uma tal percentagem indevida do mercado relevante (pelo menos 30%) e a fusão resultaria num aumento tão significativo na concentração dos serviços bancários na área, que o resultado seria, de uma forma inerentemente provável, o de diminuir

² Idem

substancialmente a concorrência, não havendo evidência de que isto não acontecesse”

.....

“Já notamos no *Caso Brown Shoe Co*, supra, que “o tema dominante perpassando as considerações do Congresso com respeito à emenda de 1950 à Secção 7 do Clayton Act, foi o medo daquilo que se considerava uma onda crescente de concentração econômica na economia americana”...Especificamente, pensamos que uma fusão que produza uma empresa controlando uma percentagem indevida do mercado relevante, e que resulte num aumento significativo na concentração de empresas deste mercado, de forma tão inerente, é provável que diminua a concorrência substancialmente, e que deve ser proibida, na ausência de evidências que demonstrem claramente não ser provável que a fusão produza tais efeitos anticompetitivos.

Mais ainda, o teste é permanentemente consoante com a teoria econômica de que “a concorrência é provável ser maior quando há muitos vendedores no mercado, nenhum dos quais tenha uma participação de mercado significativa”.

3. No *Caso Tasty* (1987), o Tribunal Distrital Federal da Pensilvânia realiza, no julgamento, extensa revisão histórica da posição da Suprema Corte. Assim,

“Várias decisões da Suprema Corte estabeleceram diretrizes para determinar violações ao “Clayton Act” Secção 7, começando pelo já citado *Caso do Banco Nacional de Filadélfia*.

Neste caso, o Tribunal estabeleceu que um resultado de 30% de concentração de mercado desencadeia a presunção. Veja-se também o *Caso Mrs. Smith's Pie Co. (1976)* (desconstituição determinada quando uma companhia com 26/28% de participação no mercado comprou outra com participação de 7%). No *Caso Continental Can Co (1964)*, o Tribunal sugeriu que uma participação de mercado de 25% estabelece a presunção. Também no *Caso Aluminum Co*, o Tribunal reconheceu que em um mercado altamente concentrado, a aquisição de uma empresa com apenas 1,3% do mercado, efetuada pela líder, pode ser barrada pelo Clayton Act. Veja-se também o *Caso Pepsi Co de 1972*. Dados esses precedentes, a aquisição da divisão Drake pela Continental presumivelmente violava o Clayton Act nos mercados relevantes.

Tais presunções não são, obviamente, irrefutáveis (*Caso General Dynamics-1974*). Poderiam ser superados pela evidência “de que dados de participação conferem uma visão pouco acurada dos prováveis efeitos da aquisição na concorrência. Todavia, o ônus da prova é das empresas. No *Caso Marine Bancorporation-1974*, os réus não ofereceram nenhuma evidência a esse respeito e, como notado, o Governo provou que a estrutura de mercado tendia a confirmar a significância das estatísticas de participação. Veja-se também o *Caso Greater Buffalo-1971*, onde o Tribunal reconheceu que uma concentração de 75% em uma firma permite concluir que as dificuldades para novos entrantes se tornarem concorrentes são muito aumentadas”. Portanto, na verdade, os réus não conseguiram refutar a presunção de violação antitruste estabelecidas pelos autores.”

E, de novo, o tema da concentração volta à análise em termos de monopólio ou de tendência a monopolizar. Continua a decisão:

“Com respeito à acusação de monopolização efetiva sob o Sherman Act, Secção 2, a análise também começa com a avaliação das participações de mercado. No *Caso Grinnel Corp*, a Corte determinou que:

“A existência de poder de monopólio pode ser inferida da participação predominante do mercado. No *Caso American Tobacco*, dissemos que dois terços do segmento doméstico total de cigarros constituíam “um monopólio substancial”. No *Caso Aluminum Co.-1945*, 90% do mercado era considerado monopólio. No caso presente, 87% do mercado relevante não deixa dúvidas de que os réus têm poder de monopólio.

Veja-se também o *Caso Hunt Wesson Foods vs Ragu Foods-1981*, onde a Corte estabeleceu que 65% de participação de mercado leva a inferir um poder de monopólio.

Finalmente,

Também o *Caso United Shoe Machinery Corp* (75 ou mais na participação percentual de mercado, constituem poder de monopólio). No *Caso Paramount Pictures* 70% pôde ser suficiente.

4. “No *Caso Hospital Corporation of America*, a aquisição de onze hospitais fez a participação de mercado na área de Chattanooga crescer de 14% para 26%”, implicando violação ao Clayton Act.

Outras decisões da década de sessenta consideradas importantes, além de “Philadelphia National Bank”, consolidam a doutrina ainda hoje vigente.

Em particular os Casos *Brown Shoe-1962*, *Aluminum Co-1964*, *Von Grocery-1966*, *Pabst Brewing-1966* - pareceram, tomados como um grupo, estabelecer a ilegalidade de qualquer aquisição expressiva de um competidor, quer a mesma tivesse ou não grande probabilidade, ou de produzir ou de aumentar preço de oligopólio ou de colusão. A eliminação de um concorrente significativo era tida, por si só, como lesiva aos complexos valores econômicos e sociais concebidos pela maioria da Corte para informar as palavras da Lei “possa...substancialmente...reduzir a concorrência”.

5. Bem recentemente (1991), no Caso *United Tote*, julgado pelo Tribunal Regional de Delaware, “a posição do governo foi a de que a aquisição da Autotote pela *United Tote* aumentava a participação dessa última no mercado americano relevante de 13% para 40% e reduzia o número de competidores significativos desse mercado de 3 para 2. Finalmente, após aplicar o Índice Herfindahl Hirschman (HHI) nesse mercado, o governo afirmava que o HHI anterior à aquisição era de 3940 e passara para 4640. Baseado nisso, a Corte concluiu que o governo estabeleceria um caso *prima facie*.”

6. Deixei, para concluir, duas ilustrações judiciais que são consideradas paradigmáticas em tema de concentração. Refiro-me aos casos “*Federal Trade Commission*” vs *PPG et al* (1986) e aos dois casos famosos da chamada “guerra das Colas”.

7. **O Caso PPG:** A Indústria PPG era a maior produtora do mundo de vidros para aeronaves - janelas,

parabrisas e pálios usados em aviões e helicópteros civis e militares -. Era também uma substancial supridora de transparências acrílicas e compostas (mistura de vidro/acrílico).

A Swedlon, por sua vez, era a maior produtora mundial de transparências acrílicas para aeronaves. A Swedlon não produz transparências de vidro.

A decisão da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, foi proferida em agosto de 1986, relatada pelo Juiz Robert Bork (notoriamente um severo crítico da legislação anti-truste, fiel discípulo da Escola de Chicago, e autor, dentre outros, do conhecido “livro de combate” “The Antitrust Paradox”). Pois foi paradoxalmente o mesmo Bork quem prolatou decisão favorável à FTC, considerando que o mercado já se encontrava altamente concentrado, com as quatro maiores empresas dominando 80% de todas as vendas de 1984, uma estatística que produzia um HHI de 1943 pontos. A fusão da PPG, com 30% do mercado, e da Sweden, segunda maior produtora, com 23%, redundaria em possuir 2,5 vezes mais do mercado que o seu concorrente mais próximo e aumentaria o HHI para 3.295 pontos.

No bojo de seu voto, o relator observa que o Depto. de Justiça, em suas “Merger Guidelines” define um mercado como “não concentrado” quando tem um HHI inferior a 1.000 pontos, “moderadamente concentrado” quando o HHI se situar entre 1.000 e 1.800 pontos e “altamente concentrado” quando superar os 1.800 pontos. Quando a alteração para maior é de mais de cem pontos, há presunção de anti-competitividade (sic).

A Corte ponderou que o HHI calculado antes da fusão mostrava que o mercado relevante já estava altamente concentrado e o efeito da aquisição seria o de aumentar dramaticamente a concentração. Vale notar que no caso que ora

julgamos o HHI sobe de 5.406,14 para 8.907,28 (sic) com um incremento de 3.501,14 (sic).

Diz Bork numa passagem célebre da decisão: **“...quando os competidores são poucos as firmas mais facilmente coordenam suas condutas, ou pela colusão aberta ou pelo entendimento implícito, de forma a atingir lucros acima dos níveis competitivos. O Tribunal também entende que fortes barreiras à entrada prolongam a alta concentração de mercado”.**

8. Os casos envolvendo a Coca-Cola e a Pepsi-Cola podem ser assim resumidos:

Em 20 de fevereiro de 1986, a Companhia Coca-Cola anunciou sua intenção de se unir à Empresa Dr. Pepper e fundir as operações das duas empresas. Três semanas e meia antes, a Pepsico anunciara sua intenção de se juntar à Seven-Up Company, subsidiária da Philip Morris Corporation. Essas duas fusões significariam a consolidação, respectivamente, da primeira com a quarta e da segunda com a terceira maiores produtoras de xaropes para refrigerantes dos Estados Unidos.

Exercitando suas responsabilidades de implementação da lei antitruste, a FTC, em junho de 1986, decidiu que essas fusões mostravam-se anticompetitivas e declarou sua decisão preliminar de se opor a elas. Diante dessa oposição, a Pepsico e a Seven-Up dissolveram a fusão, mas a Coca-Cola e a Dr. Pepper persistiram junto a um Tribunal de primeira instância na Corte Distrital Federal.

(...)

Em 1985, a Coca-Cola detinha 37,4% do mercado, contra 28,9% da Pepsi-Cola. A Philip Morris (Seven-Up) detinha 5,7% e a Dr. Pepper 4,6%, num total, entre as quatro maiores, de 76,6%.

(...)

Os argumentos da FTC contra as fusões basearam-se em quatro proposições:

- 1) os mercados de produtos relevantes eram os xaropes de refrigerantes e os refrigerantes propriamente ditos e os mercados geográficos relevantes eram o mercado nacional e, também, mercados locais próximos a áreas metropolitanas.
- 2) esses mercados eram altamente concentrados e a proposta de fusão aumentaria os níveis de concentração substancialmente.
- 3) a entrada de novos produtores ou a expansão dos pequenos produtores já existentes - que poderia do contrário frustrar os esforços de exercício do poder de mercado - seria difícil, arriscada e perda de tempo; e
- 4) conseqüentemente, a fusão resultaria numa substancial diminuição de concorrência.

Com a fusão, o HHI para este segmento aumentaria em 341 pontos, para um nível de 2.646 pontos. Isto é bem acima dos 1.800 pontos convencionados nas Merger Guidelines.

(...)

Em 31 de julho de 1986 o Juiz Gerhard Gesell decidiu em favor da FTC, aceitando a maior parte de suas proposições e apoiando seus argumentos. Eis, sinteticamente, os fundamentos principais, que cito porque absolutamente pertinentes ao caso sob exame:

“O mercado relevante era altamente concentrado sendo a Coca-Cola e a Dr. Pepper ativos concorrentes no mesmo. Agora a Coca-Cola procura simplesmente comprar seu concorrente”. A entrada no mercado não era fácil. Um problema era o acesso para os engarrafadores. “Outras empresas tentando disputar a liderança da Coca-Cola e da Pepsi no segmento dos principais sabores provavelmente encontrariam dificuldades na distribuição”...

Além disso, o estabelecimento de uma nova marca requer grandes gastos em propaganda para fixar a marca e a imagem na mente dos consumidores - gastos que não podem ser recuperados em caso de fracasso....Aqueles que vão entrar no mercado devem ainda equiparar seus gastos promocionais aos das grandes empresas para que suas marcas sejam distribuídas eficazmente pelos varejistas...Finalmente, a experiência da indústria é que uma entrada efetiva contra as companhias dominantes provavelmente requer anos de um esforço sustentado para a obtenção de qualquer sucesso continuado...

Em quarto lugar a fusão teria consequências anticoncorrenciais.

Foi dada ênfase ao argumento legal introduzido pela FTC no processo. Citando uma decisão antitruste anterior da Suprema Corte ele escreveu que “considerando a vontade legislativa dominante de punir a concentração econômica de poder, é desnecessário especular sobre o efeito econômico da aquisição proposta. Sem mais indagações, fusões substanciais deste tipo em indústrias pesadamente concentradas são presumidas ilegais...o Tribunal deve guiar-se pelo ponto de vista de que uma fusão que produza uma empresa controlando uma percentagem indevida de participação no mercado relevante, e que resulte num aumento significativo na concentração de empresas deste

mercado é tão provável que de forma inerente diminua a concorrência de um modo substancial, que deve ser proibida, na ausência de evidências mostrando claramente que a fusão não terá tais efeitos prováveis anticoncorrenciais” (U.S. v. Philadelphia National Bank, 1963)”.

Para concluir, ele prestou pouca atenção aos argumentos da Coca-Cola sobre eficiências “Qualquer juiz federal considerando objetivos regulatórios tais como aqueles estabelecidos pelo Congresso na seção 7ª do Clayton Act deveria hesitar antes de projetar para dentro da lei tais teorias econômicas não testadas como a doutrina da “maximização-do-lucro” e da “eficiência-através-de-aquisição”, exposta pela Coca-Cola Company”... “Em verdade, eficiências que beneficiam os consumidores são consideradas como desejáveis, mas devem ser desenvolvidas pelos empreendedores dominantes usando seu cérebro, não seu dinheiro, arrematando concorrentes em dificuldades”.

Em suma, “falta à aquisição qualquer característica aparentemente salvadora”.

Pepsico, Inc. “Consent Agreement”

No caso Pepsico, decidido em 1990, sob a mesma inspiração de 1986, e pelos fundamentos análogos ao do caso Coca-Cola, a empresa submeteu-se a um “Consent Agreement” que implicava o desfazimento da compra da Twin Ports Seven Up Botling Company.

A longa lista de compromissos estruturais resumia a iniciativa da F.T.C., considerando que a aquisição da Seven-Up pela Pepsi no mercado relevante “diminuiria substancialmente a concorrência violando a Secção 7 do

Clayton Act, a não ser que um remédio efetivo eliminasse os efeitos anti-concorrenciais” (grifo nosso).

9. Nesta linha comparativa, prevejo desde logo, basicamente, três objeções:

a) O grau de concentração não se constituiria no critério dominante ou único para decisão, principalmente depois que a Suprema Corte, no caso “General Dynamics”, pela primeira vez reconheceu a existência de “outros fatores pertinentes” compensando com vantagem (sic) a concentração alta. O argumento prova demais e prova contra.

“Outros fatores pertinentes” são precisamente aqueles clássicos presentes nas “Guidelines” da F.T.C. e do Departamento de Justiça, especialmente a natureza do produto definindo o mercado relevante, as barreiras à entrada e as economias de custo e eficiências.

Com relação à primeira, caberia afirmar que o mercado relevante de creme dental, no caso “sub judice” como bem de consumo com grau de substituíbilidade quase nula, contém uma propensão a lesar a concorrência maior do que qualquer dos mercados envolvidos nos casos citados.

As economias de escala e as ditas eficiências, como se viu, não só não compensam a real lesão à concorrência, mas correm o risco paradoxal de agudizar esta lesão.

Ademais, os elementos constantes do processo, incluindo as informações prestadas em Audiência Pública e

ênfatizadas pela C. Relatora, convenceram-me da existência de barreiras à entrada praticamente intransponíveis.

b) A legislação e as realidades americanas são diversas das brasileiras

Não procede. A legislação anticoncorrencial de todo o mundo civilizado tem um débito imenso com a teoria e prática daquela dos EEUU, com 105 anos de idade. Vale dizer, o Sherman Act e o Clayton Act, com suas emendas, as decisões judiciais e administrativas e as Guidelines da F.T.C e do Departamento de Justiça.

A tradição brasileira não é diversa desde 1962 até a Lei 8884 de 1994. A formulação legal é frequentemente a mesma, e quando não o é, é conceitualmente idêntica. Não é gratuitamente que o CADE por tradição aplica, na prática, as Guidelines norte-americanas nos julgamentos de Atos de Concentração.

Quanto às realidades econômicas, ousaria dizer que o Brasil de hoje está muito mais próximo dos EEUU da década de 60, ou mesmo do início do século em certos aspectos, do que da década de 90. Explico-me: A reação às concentrações excessivas impõe-se para reforçar ou desencadear uma genuína cultura de concorrência. E neste sentido estamos a dar os primeiros passos, ao contrário do perfil já sedimentado daquele país. Em suma, a aplicação de doutrinas legais se deve efetuar em fases equivalentes da evolução e não em fases distintas. E estas fases, obviamente, em economias tão díspares, não só não são necessariamente coetâneas, mas frequentemente não coincidem no tempo. Se é para imitar ou importar, pois que o façamos no devido tempo e nas circunstâncias correspondentes.

Logo, sem automatismo servil e também sem irrealismo ingênuo na importação de conceitos e decisões.

c) A própria decantada globalização, por sua vez, não constitui tendência comum a justificar indiscriminada corrida a fusões e incorporações. Estas só se legitimam, seletivamente, quando, de modo especial, economias de escala são exigidas de modo inequívoco para enfrentar a competição internacional, dentro ou fora do País. Ora, não parece exagero afirmar que o mercado de creme dental está longe de padecer desta carência estratégica, e que a segurança nacional esteja a depender do sabor de um gel mentolado ou da qualidade das cerdas de uma escova.

A mesma globalização, penso, a propósito, não é um tiro de largada para um frenético darwinismo social, redivivo, onde todos os valores humanos sejam imolados no altar da eficiência econômica, e cujo resultado venha a ser a canibalização do planeta.

A globalização não supõe menos concorrência mas exige mais concorrência.

Nada ilustra melhor tal propósito do que o contido no Quadro 5, a fls. 12 do Relatório, onde se vê que os mercados de creme dental menos concentrados correspondem aos países mais adiantados (Ex.: Alemanha 26% para o maior produtor, Itália 26%, Áustria 32%), os mais concentrados a países pouco desenvolvidos como Venezuela, com 55%, Turquia, com 56% e Índia, com 63% e os quase monopolistas, como México e Argentina, com cerca de 80%.

III

A Hipótese de licenciamento, com permanência da marca no mercado

10. Há um “trade off” visível entre o bem estar imediato do consumidor e a defesa estrutural da concorrência.

Nesta busca de um ajuste razoável, e após ponderar todos os argumentos favoráveis à permanência da marca Kolinós no mercado com licenciamento a terceiros, não alimento dúvida de que tal concessão romperia fatalmente o equilíbrio em desfavor da concorrência, acarretando risco inequívoco à entrada de novos concorrentes. Com evidente prejuízo ao mesmo consumidor, a médio e longo prazo.

A “ameaça” ou dano potencial ao consumidor, com a suspensão total, se produziria por apenas quatro anos. Ao contrário, o dano à concorrência e ao livre mercado, uma vez produzido, permanecendo a marca sob licença, seria permanente e irreversível.

O problema da oferta, na hipótese da suspensão, a meu juízo, foi resolvido pela possibilidade de licenciamento a outros produtores que não a Colgate.

IV

11. Conclusão.

A concentração não constitui um mal em si. Merece estímulo, mesmo, como já visto, em hipóteses determinadas.

Mas há um momento em que a dimensão quantitativa se transforma em qualitativa. E que anula eventuais efeitos benéficos com a causação de efeitos maléficos.

Não exclui necessariamente a concorrência. Todavia, não representa seu maior estímulo. Deve ser temperada, não estimulada “tout court”. Disciplinada, não alimentada sem razão de interesse social.

As razões culturais, históricas e estruturais - e porque não dizer políticas - que construíram uma economia patrimonialista, altamente centralizada e cartorial, constitui uma herança mercantilista que, em tudo, se opõe a uma genuína cultura de concorrência.

Se é chegada a hora de, finalmente, implantar o capitalismo no Brasil, que se o faça com espírito de boa-fé. Com verdadeiros empresários, risco, boa administração de custos, preços, qualidade, inovação tecnológica e respeito ao consumidor. Uma capitalismo, em suma, que seja a vitória da competência sobre a expediência.

12. Do exposto, e sendo obrigado a manifestar-me sobre o pedido,

DECIDO

a) Negar aprovação ao pedido como apresentado, no que concerne ao mercado relevante de creme dental, julgando-o fora do abrigo da Lei n.º 8884/94;

b) Todavia, considerá-lo em condições de ser aprovado, se aceito o Compromisso de Desempenho sugerido no voto da Conselheira-Relatora.

É o meu voto.

Conselheiro LEÔNIDAS R. XAUSA