

VOTO DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO

A compra da Kolynos do Brasil S.A., atual Kolynos do Brasil Ltda. , pela Colgate-Palmolive Company, através de sucessivos e complexos atos societários e transferências financeiras internacionais no início de 1995, representou cerca de dois terços do valor de aquisição de ativos corpóreos e incorpóreos antes existentes em 134 países e controlados por subsidiária da multinacional American Home Products. Tratou-se, como se sabe, até então, da mais dispendiosa operação de “take-over” de empresa privada realizada no Brasil e possivelmente no conjunto dos países em desenvolvimento.

2. Com efeito, o valor de aquisição da Kolynos do Brasil, no montante de US\$ 760 milhões , representou 3,8 vezes o faturamento médio daquela empresa nos três anos anteriores à operação, o que evidencia a possível magnitude e a perspectiva continuada de lucros extraordinários assegurados pela posição dominante da mais antiga e conhecida marca de produto de higiene bucal no mercado brasileiro, não obstante o “abandono tecnológico” a que teria sido relegada por sua controladora internacional.

3. Gestada no exterior, no contexto do intenso movimento de fusões, incorporações e desincorporações setoriais que caracteriza o processo de globalização, a aquisição produziu no Brasil seus efeitos concorrenciais mais acentuados, sendo alcançada pelo princípio da territorialidade expresso no Art. 2 da Lei 8884/94 e submetida ao CADE nos termos dos dispositivos dos Arts. 54 a 58 do citado diploma legal, que tratam das formas de controle dos atos e contratos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

4. Ao propiciar à Colgate Company , através do controle conjunto das duas marcas com maior presença no mercado brasileiro de produtos de higiene bucal, uma expectativa de participação de 77,5% ou mais no faturamento total de cremes dentais neste mercado, contra menos de 20% detidos pela segunda maior concorrente (Unilever), a aquisição provocou uma radical transformação estrutural do setor, consubstanciada nos programas de investimentos em expansão da capacidade produtiva, verticalização e modernização tecnológica apresentados pela requerente e destinados a reforçar a posição dominante de que já desfrutava a Kolynos do Brasil no principal mercado relevante.

5. Esclareço desde já concordar totalmente com a delimitação, adotada pela ilustre C.R, de 4 mercados relevantes distintos de produtos de higiene bucal, complementares e não substituíveis entre si, a qual permite visualizar com maior nitidez os diferentes níveis de concentração e diferentes impactos concorrenciais verificados em cada um deles como consequência da operação. Tal como a C.R., excluo da análise o fio dental e os enxaguantes bucais, em cujos mercados incipientes os efeitos anticompetitivos da aquisição parecem-me desprezíveis. Parecem-me igualmente toleráveis e remediáveis pela própria dinâmica do mercado os efeitos anticoncorrenciais da concentração produzida pela aquisição no mercado relevante de escovas de dentes, no qual predomina forte competição entre pelo menos três empresas e a consequente geração de eficiências em benefício do consumidor (sem ignorar, contudo, a preocupação da C.R. com o problema da discriminação de preços em bases regionais, aparentemente incluída na estratégia de expansão de vendas das escovas Kolynos).

6. É no mercado relevante de cremes dentais, portanto, em que se manifesta com maior clareza a nocividade potencial para a concorrência do ato de concentração em exame e no qual o poder de mercado acrescido pelo controle simultâneo de 2 marcas dominantes se fará sentir em todo o seu peso. Valendo-se de qualquer dos critérios de mensuração de concentração industrial utilizados na análise antitruste no plano

internacional, os efeitos anticompetitivos da operação devem, como sugere a C.R., ser mais fortemente presumidos no mercado relevante de cremes dentais, alvo principal das preocupações dos órgãos de defesa da concorrência, por representar quase 75% do faturamento global da indústria nacional de produtos de higiene bucal.

7. Ressalto ainda em breve resumo, em nome da economia processual, os seguintes pontos de coincidência com a brilhante e exaustiva análise desenvolvida pela C.R. :

a) o surgimento de um duopólio ou quase-monopólio não é de molde a intensificar o reduzido vigor concorrencial existente desde antes da operação no mercado relevante de cremes dentais no Brasil, em contraste com o clima altamente competitivo, dos pontos-de-vista mercadológico e tecnológico, prevalecente no oligopólio diferenciado que domina a indústria em outros mercados a nível mundial ;

b) a operação em separado das duas filiais da Colgate Company representaria uma postura tática que não chega a disfarçar o quase-monopólio, abrigando ainda um contrasenso ao inibir as sinergias e geração de eficiências esperadas em fusões de empresas concorrentes e em nada atenuando o quadro de agravamento do grau de concentração pré-existente no mercado relevante;

c) é pouco significativa a contestabilidade das posições dominantes no mercado relevante via importações, que não se prestam a produtos de massa e são utilizadas para assegurar nichos especializados de mercado ou destinadas a classes de mais alta renda;

d) é particularmente preocupante a dominação, pelo mesmo grupo, do mercado de cremes dentais também na Argentina, Paraguai e Uruguai, que poderá anular a possível pressão competitiva do intercâmbio de produtos livres de impostos e

restrições alfandegárias entre os países do Mercosul e desestimular a entrada de novos concorrentes não só no Brasil, mas em todo o mercado regional;

e) no tocante às barreiras à entrada no mercado relevante de cremes dentais, destaquem-se:

i. a dificuldade de verificação da qualidade e de escolha racional por parte do consumidor, influenciado pela diferenciação artificial de produtos através da fixação da imagem da marca dominante pela propaganda maciça e contínua;

ii. os altos custos irrecuperáveis da fixação de imagem de nova marca ou mesmo de uma extensão de marca, os quais, se incorridos por tempo prolongado, tendem a inviabilizar a entrada de novos concorrentes com escala mínima para contestar a posição das marcas dominantes no segmento de mercado de produtos de massa;

iii. a exploração, pelas empresas em posição dominante, da “lógica circular” de lealdade às marcas por parte do sistema de distribuição, talvez mais importante do que a fidelidade do consumidor;

iv. o poder de negociação das firmas detentoras de marcas dominantes frente à rede varejista e o papel do comércio, como assinala a C.R., de instrumento na consolidação e cristalização de parcelas de mercado;

v. o elevado custo de aquisição, que se poderia chamar de “preço de reserva de poder de mercado”, como forte indicativo da disposição da adquirente de defender contra novos entrantes os espaços de mercado conquistados ou por conquistar, demonstrada ainda pela estratégia de proliferação de novos produtos sob a marca dominante, posta em prática nos últimos meses

pela Colgate-Kolynos e pelos projetos de expansão da ordem de 80% da capacidade produtiva do grupo nos próximos cinco anos.

8. À margem da “guerra de pareceres” sobre o nível e a real importância das barreiras à entrada de concorrentes potenciais, conclui-se que, no caso específico e peculiar do mercado relevante de cremes dentais, o próprio grau de concentração de mercado em mãos de um virtual monopólio, com duas marcas de maior prestígio sob o controle da única empresa do ramo que tem no setor de higiene bucal o núcleo central de suas atividades, constitui, por si só, a mais poderosa barreira para novos entrantes e torna praticamente certo o risco de abuso de poder de mercado e de sério prejuízo à concorrência naquele mercado relevante. Como evidência significativa, mencione-se que, desde a aquisição há quase dois anos, não há notícia no mercado de planos de novos investimentos no setor por outras empresas que não a própria Colgate-Kolynos, em contraste com a intensa mobilização de capitais internacionais visando a participar do crescimento dinâmico da demanda por bens de consumo durável e não-durável na economia estabilizada do Brasil e, por extensão, no Mercosul.

9. Partilho, nesse sentido, o argumento de que o mercado relevante ampliado de cremes dentais no Mercosul poderia comportar pelo menos 4, senão 5 produtores eficientes, i.e., participando continuamente na disputa por excelência tecnológica e não apenas por fatias de mercado com a simples força da propaganda. Concordo também em particular com as conclusões do parecer técnico da SDE, no qual, depois de ressaltar as peculiaridades da estrutura social do mercado brasileiro de cremes dentais e a participação dominante nele da marca com produto estratégico de preço mais baixo, o parecerista sintetiza em 7 pontos os efeitos anticompetitivos da operação, dos quais destaco: a “redução da opção de compra para os consumidores, dadas as barreiras existentes à entrada de novos concorrentes”, que “o baixo nível de contestabilidade do mercado leva a riscos presumíveis de práticas abusivas” e

que “as eficiências apresentadas pelos requerentes não trazem benefícios suficientes ao consumidor e ao mercado”.

10. Não vislumbro, por outro lado, a lógica concorrencial ou o ângulo da preservação do interesse da economia nacional explorado no parecer da SEAE/MF, quando afirma que a contestação ao expressivo poder de mercado conferido pela operação ao grupo CPK “limita-se, no âmbito do mercado, às importações ..., “à concorrência de outra empresa produtora com participação expressiva...” e “à potencial entrada no Brasil de algum produtor integrante do oligopólio mundial de higiene bucal”; e, “no âmbito do Governo, através da legislação de defesa da concorrência e da criação de compromissos de desempenho de modo a garantir ao consumidor as mesmas condições de acesso ao produto existentes anteriormente à negociação, alertando ainda a referida Secretaria para os prováveis efeitos prejudiciais, para a economia nacional, de uma decisão que induza a Colgate a redirecionar seus investimentos para outros países do Mercosul.

11. Contrariamente à visão da SEAE, creio que, diante de risco substancial de abuso de poder de mercado interposto pela aquisição, compete, “no âmbito do Governo”, acionar a legislação de defesa da concorrência para assegurar ao consumidor não apenas as mesmas, mas melhores condições de acesso ao produto, sobretudo em termos do binômio preço/qualidade, relativamente às existentes antes da operação. Em outras palavras, garantir ao consumidor brasileiro de qualquer classe social um leque de opções nos principais mercados relevantes de produtos de higiene bucal definitivamente superior ao que lhe foi oferecido durante décadas de atraso tecnológico.

12. No tocante ao interesse nacional, a homologação de uma operação semi-monopolística de efeitos potenciais tão nocivos para a concorrência, não só no mercado brasileiro mas em todo o Mercosul e mal-disfarçada por compromissos comportamentais de difícil e onerosa fiscalização, poderá ser

interpretada em círculos de investidores internacionais como um indício da retomada das políticas de reserva de mercado que tanto prejuízo trouxeram à economia brasileira e representará a negação dos objetivos da abertura econômica como instrumento para a mais rápida e eficiente inserção do país no processo de globalização.

13. Permitindo-me divergir do parecer da douta Procuradora-Geral, não tenho dúvida de que operação de aquisição da Kolynos do Brasil pela Colgate Company deixa de atender às condições estabelecidas em pelo menos dois, senão três, dos incisos do Parágrafo 1º do Artigo 54 da Lei 8884/94, para que quaisquer atos potencialmente restritivos da concorrência, especialmente aqueles cobertos pelo Parágrafo 3º do mesmo Artigo, possam ser apreciados sob uma luz favorável pelo CADE. De inteiro acordo com a opinião da C.R., entendo que a operação não é, assim, passível de aprovação na forma em que foi apresentada.

14. Poderá ser aprovada, contudo, se sujeita a alterações estruturais aceitas voluntariamente pela requerente e destinadas a evitar o controle simultâneo de duas marcas dominantes pelo mesmo grupo empresarial, bem como os efeitos anticompetitivos de tal controle em termos da “eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante”, da não observância dos “limites necessários para atingir os objetivos visados” pela operação e possivelmente da distribuição não equitativa de benefícios entre os participantes da operação e os consumidores e usuários finais, não sendo as eficiências propostas suficientes para compensar tais efeitos.

15. Como bem apontado e ilustrado pela C.R., a jurisprudência internacional quanto a atos de concentração que resultem no controle simultâneo das marcas mais importantes nos principais segmentos de mercados privilegia como remédio estrutural para as lesões potenciais à concorrência o desfazimento, total ou parcial, do negócio realizado, mediante venda, licenciamento, transferência de tecnologia e outras modalidades de cessão de ativos. No caso presente, parecem

proceder as sérias dúvidas colocadas quanto à conveniência do desfazimento total, previsto no Parágrafo 9o. do Art. 54, através da venda de ativos físicos e incorpóreos, o qual restabeleceria em tese o “statu quo ante” sob a forma de dominação, pelo novo detentor da marca Kolynos, de fatia em torno de 50% do principal mercado relevante e continuaria a desestimular a entrada de outros concorrentes potenciais.

16. Inclino-me assim pela fórmula alternativa de suspensão do uso da marca e pelo prazo de aplicação adotados pela C.R., bem como as opções de cooperação industrial e de licenciamento previstas no conjunto A) de condições que compõem a proposta de decisão, as quais me parecem particularmente importantes para atenuar possíveis efeitos prejudiciais ao abastecimento normal do mercado interno, sem subestimar, por outro lado, a importância de viabilizar, com o mínimo possível de prejuízo, os programas de investimentos propostos pela requerente, especialmente no que tange à criação de uma base sólida e permanente de exportação de produtos de higiene bucal para o Mercosul, outros países da América Latina e países em desenvolvimento de outras regiões.

17. Dentro dessa ótica, creio útil acrescentar que qualquer solução de caráter estrutural adotada deve conter um elemento temporal de fundamental importância, qual seja um prazo de transição suficientemente longo, a contar da assinatura do compromisso de desempenho, para permitir a adaptação da empresa à nova situação com um mínimo de perturbação ao abastecimento normal do mercado, bem como para permitir ao CADE avaliar a eficácia ou a necessidade de ajustamentos da fórmula de desconstituição adotada como estímulo efetivo à entrada, no principal mercado relevante, de novos concorrentes, já presentes ou não no Brasil, com ou sem vínculos contratuais com a Colgate.

18. As opções de licenciamento previstas evitariam o inconveniente de retirar do leque de escolha do consumidor brasileiro o produto mais popular e de menor preço, sem garantia de substituição em prazo razoável e em nível

equivalente de “bem estar”. Afastaria, além disso, o inconveniente de que a simples limitação do uso da marca Kolynos apenas para o mercado externo poderia induzir a Colgate a utilizar parte substancial da capacidade instalada conjunta (de cerca de 80.000 toneladas depois da aquisição) para expandir rapidamente a parcela de mercado de sua marca original e restringir a entrada de novos concorrentes, o que restabeleceria o quadro anterior de oligopólio pouco competitivo. Creio finalmente que a opção de licenciamento para uso em “marca dupla” permitiria manter a imagem da marca Kolynos no mercado interno e sem os vícios anticompetitivos da marca dominante, evitando-se maior cerceamento da preferência do consumidor.

19. Oferece-se à requerente a oportunidade de definir juntamente com o CADE alternativas mutuamente aceitáveis e viáveis econômica e juridicamente para ajustar-se aos objetivos principais do não uso temporário, pela Colgate Company, da marca Kolynos no território nacional, da criação de espaços para a entrada desinibida de novos concorrentes e de utilização racional e não predatória da capacidade produtiva conjunta da Colgate-Kolynos, sem embaraços de maior monta ao fluxo normal de abastecimento. Com essas preocupações em mente, adoto integralmente o voto da C.R., ao qual proporia apenas o acréscimo de um prazo de transição de seis meses, a contar da assinatura do termo de compromisso de desempenho, para sua plena implementação.

É o meu voto.

Paulo Dyrceu Pinheiro

Conselheiro