

VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO

1. No exaustivo trabalho analítico que desenvolveu, cuja qualidade é motivo de orgulho para este Colegiado, a Conselheira-Relatora Lucia Helena Salgado e Silva demonstrou com clareza que o ato em exame não preenche os requisitos do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, o que permite concluir, sem sombra de dúvida, pela impossibilidade de sua aprovação na forma em que foi apresentado a este Conselho.

2. Para tal posicionamento, a Conselheira-Relatora encontrou fundamentos, principalmente, no fato de que a operação implica em eliminação substancial da concorrência no mercado relevante de creme dental e supera os limites necessários para atendimento dos fins visados, contrariando as exigências dos incisos III e IV do citado dispositivo legal. A Conselheira-Relatora exclui desse entendimento os efeitos do ato sobre os mercados relevantes de fio dental, escova dental e enxaguante bucal, afirmando que, se os efeitos da operação se limitassem a esses mercados a operação poderia ser aprovada, por estarem atendidos os quatro quesitos do mesmo dispositivo.

3. Com o intuito de evitar que a operação elimine substancialmente a concorrência e crie poder de mercado tão grande que desencoraje a entrada de novos concorrentes e ameace a autonomia dos atuais, a Conselheira-Relatora propõe a aprovação condicionada a compromisso de desempenho no qual a empresa se dispusesse a suspender o uso da marca Kolynos para a fabricação e comercialização de creme dental no território nacional por quatro anos. Considero que, a despeito do inegável apelo dessa medida em favor da concorrência, sua adoção implicaria em consequências e desdobramentos de previsão tão difíceis que poriam em risco sua coerência e ameaçariam o próprio objetivo que se pretende atingir. Exploremos alguns aspectos dessa possibilidade, do ponto de vista da defesa da concorrência.

4. Levada a suspender o uso da marca Kolynos, e deparando-se com um súbito crescimento de sua capacidade ociosa correspondente às linhas de produção de Kolynos que, a partir daquela decisão, passam a representar apenas capital ocioso, parece razoável supor que a Requerente pudesse adotar a atitude empresarialmente racional de empenhar-se, ela também, em disputar a lacuna no mercado deixada pela retirada dos produtos da marca Kolynos, visando, em última análise, a maximização de seus lucros.

5. Analisemos as condições que teria a Requerente para participar dessa disputa, admitindo que, quanto melhores suas condições, menores as chances de êxito dos atuais e potenciais concorrentes em relação à conquista de parcela desse mercado.

6. Início pela capacidade instalada, vantagem mais evidente da Requerente em relação aos demais competidores, representada pelo somatório das capacidades instaladas da Colgate e da Kolynos, hoje em plena operação e responsáveis pela produção de cerca de 80% do creme dental vendido no país.

7. Não consegui encontrar nos autos informações precisas sobre capacidade instalada, por empresa, da indústria nacional de creme dental nos últimos anos, como também sobre o tamanho desse segmento do mercado. Sem prejuízo à análise, no entanto, pode-se assumir, com segurança, a partir de informações contidas nos autos, que, sendo a capacidade de produção da Kolynos e da Colgate de 70.000 t/ano, com capacidade ociosa média de cerca de 30% (média de 1993 e 1994), e o mercado total de creme dental estimado em cerca de 70.000 t/ano, fica evidente que, na eventualidade de ser aprovada a operação, a Requerente disporá de capacidade de produção suficiente para inundar o mercado com seus produtos, a reduzidíssimo custo adicional, inibindo, assim, a entrada de novos competidores nesse mercado, principalmente no que se refere à parcela deste ocupada por produtos mais populares e mais baratos.

8. Chamo atenção para o fato de que torna-se virtualmente impossível que qualquer competidor sequer se aproxime da posição da Requerente nesse aspecto, considerando-se o horizonte temporal de, por exemplo,

quatro anos. Tudo indica, portanto, que a medida em análise não afeta, por si só, o poder de mercado representado pela propriedade da capacidade produtiva, não eliminando, portanto, essa barreira à entrada de competidores.

9. Ademais, a Requerente continuaria a dispor de todo conhecimento tecnológico necessário à produção e, mais importante, de toda gigantesca e complexa estrutura de comercialização e de distribuição das marcas Colgate e Kolynos, fator de fundamental importância para viabilizar a produção em escala compatível com a capacidade produtiva acima comentada.

10. De grande importância parece-me também um outro fator relacionado ao custo de oportunidade das instalações produtivas da Kolynos, subitamente fadadas a um elevado grau de ociosidade em decorrência da medida em tela. Permito-me lembrar o significado do conceito econômico de custo de oportunidade, qual seja, o de que o custo efetivo de um determinado fator de produção correspondente ao valor ou benefício de que se abre mão ao não utilizá-lo na melhor alternativa (ou oportunidade) possível ou disponível. No caso em questão, como as instalações produtivas não poderiam ser utilizadas na produção direcionada para o mercado interno, hoje responsável pela quase totalidade da capacidade utilizada, parte do capital produtivo dedicada a esse mercado passa a não ter emprego alternativo e, portanto, um baixíssimo custo de oportunidade, significando que, do ponto de vista da Empresa, esse capital seria mais eficientemente empregado em qualquer outra finalidade, com maior proveito econômico, já que, para isso, não será necessário abrir-se mão de coisa alguma (para simplificação, não se considera, aqui, a venda das instalações como uso alternativo).

11. Com essa significativa massa de capital produtivo a tão baixo custo de oportunidade, seria razoável supor que a Requerente teria condições de lhe atribuir valor econômico tal que lhe permitisse produzir creme dental a preço tão competitivo quanto necessário para recuperar a fatia de mercado antes pertencente à marca Kolynos.

12. Por outro lado, a Requerente disporia, ainda, da marca Colgate, que seria, a partir de uma suposta suspensão

da marca Kolynos, a primeira em importância no mercado nacional e que poderia tranquilamente ser utilizada para o fim de lançar produto com a finalidade de ocupar o espaço em questão. Vale também frisar que, a suspensão do uso da marca Kolynos possibilitará à Requerente transferir para esse “novo” produto todo orçamento de publicidade e *marketing* atualmente alocado àquela, aumentando substancialmente suas chances de ocupar o espaço de mercado almejado, sem que isso representasse pressão adicional sobre os custos da Empresa. Considerando a relevância da propaganda na estratégia de comercialização desse tipo de produto, em particular, esse aspecto tem significado excepcionalmente importante na presente avaliação.

13. Do acima exposto, pode-se concluir que a suspensão do uso da marca Kolynos no mercado interno, não elimina, por si só, o poder de mercado que hoje detém a Requerente, representado, a meu ver, não pela marca, isoladamente, mas pelo trinômio escala-marca-preço (ou escala-marca-custo, visto por outro ângulo), com alto grau de interatividade entre estes três fatores estruturais, isto é, com grandes possibilidades de que o enfraquecimento de um dos fatores seja total ou parcialmente compensado pela ação dos demais. E é este poder, estou convencido, a principal fonte de potencial dano à concorrência no que se refere à operação em análise. Corrobora esta avaliação algumas conclusões contidas no parecer da Secretaria de Direito Econômico, citadas pela Conselheira-Relatora à página 34 de seu relatório, onde se afirma que “ o produto estratégico da Kolynos e de maior participação no mercado nacional de cremes dentais é o que possui o preço mais baixo” e que “ a demanda desse produto é representada pelas classe C, D, e E, que guiam-se por preço e imagem da marca (essa veiculada pela propaganda)”.

14. Esta situação confere à Requerente vantagens virtualmente insuperáveis de manter sob seu domínio a parcela do mercado na qual se pretende reconstituir a concorrência, o que levaria à frustração dos objetivos pretendidos pela medida em discussão. Ficaria preservada, portanto, a capacidade da Requerente de erigir barreiras à

entrada de concorrentes, principalmente via preço e escala. Esta capacidade poderia até vir a ser aumentada em relação à situação atual, considerando que a Requerente, tendo perdido parte do seu poder de mercado ao não poder utilizar-se da marca Kolynos por certo período, teria justificativas de sobra para buscar compensações para tal perda de poder, adotando estratégias de comercialização mais agressivas para o produto (ou produtos) que elegeisse como postulante à vaga do Kolynos, como, por exemplo, a adoção de preços e condições de venda mais “competitivos”, mesmo que temporariamente, com vistas a impedir a entrada de novos concorrentes, o que, vale lembrar, não significaria necessariamente um ilícito.

15. Assim, da ótica da defesa da concorrência, a suspensão pura e simples do uso da marca no mercado interno apresenta, no meu entender, grande potencial de ineficácia quanto ao atingimento dos objetivos propostos, pois não assegura a reconstituição do vigor concorrencial no mercado relevante, podendo até contribuir para debilitá-lo ainda mais.

16. Do ponto de vista da sociedade em geral, em particular, é preciso ainda considerar a possibilidade de que a medida em análise traga consequências negativas ao bem-estar do consumidor, como, por exemplo, o desaparecimento repentino de marca tão conhecida e consumida quanto a Kolynos e o aumento de preços, mesmo que por curto período, decorrente de eventual desabastecimento, especialmente no segmento de cremes dentais populares.

17. Reconhecendo os problemas identificados tanto sob a ótica da concorrência quanto do bem-estar do consumidor, e na tentativa de minimizar seus efeitos, o voto da Conselheira-Relatora propõe a inclusão, na decisão, de condições adicionais à aludida suspensão, entre as quais destacam-se as seguintes: (i) a Empresa deverá oferecer a concorrentes existentes ou potenciais no mercado de creme dental contratos de produção **no segmento hoje ocupado pela marca “Kolynos Super Branco”, por encomendas em volumes totais não inferiores a 14.000 t/ano**, incluindo completo suporte à produção e entrega do produto e (ii) a Empresa deverá oferecer a varejistas e distribuidores de

grande porte assistência no lançamento de marcas próprias no mesmo segmento acima citado, contratos estes que deverão incluir compromissos de fabricação por encomenda, também como mencionado acima, **a custos razoáveis, isto é, que permitam viabilizar economicamente tal produção para o terceiro interessado.**

18. Com estas medidas adicionais, entre outras de importância relativamente menor, pretende-se assegurar a terceiros a possibilidade de beneficiar-se de parte da capacidade ociosa correspondente ao espaço vazio deixado pela marca Kolynos e, ao mesmo tempo, de impedir a utilização dessa mesma capacidade exclusivamente pela Requerente, além de prevenir-se contra a mencionada possibilidade de desabastecimento.

19. Em que pese o fato de estarem estas medidas adicionais logicamente direcionadas no sentido de corrigir possíveis falhas decorrentes da aplicação da medida principal, vale lembrar que, ao condicionar a aprovação da operação à suspensão do uso da marca no mercado interno por quatro anos, desde que a Empresa **ofereça** contratos de produção a terceiros, o cumprimento da condição principal fica, é óbvio, dependendo não apenas do oferecimento, mas também da **aceitação**, por parte desses terceiros, dos termos e condições do referido contrato, o que poderia dar aos concorrentes algum grau de controle sobre as efetivas possibilidades de êxito da operação como um todo.

20. Isto porque, além de estabelecer o volume mínimo total (14.000 t/ano), impõe-se também a restrição de que **o segmento de mercado visado deve ser aquele atualmente ocupado pelo “Kolynos Super Branco”,** o creme dental mais barato do mercado e de domínio praticamente absoluto no segmento “popular”, o que significa restrição de custo, já que as condições do contrato devem viabilizar a entrada do contratante nesse segmento específico (e não em qualquer outro), elemento de difícil aferição e, ao mesmo tempo, essencial para que se atinja o objetivo central da medida. Desse modo, passa a ser de fundamental importância a avaliação e o controle, pelo CADE, desse um aspecto específico dos citados contratos, qual seja, o custo a ser

estipulado pela Empresa para a fabricação de creme dental para terceiros.

21. Abro aqui um parênteses para um pequeno comentário sobre o segmento de cremes dentais populares. Conforme a análise da Conselheira-Relatora, se a elasticidade-preço da demanda de creme dental é inversamente proporcional à renda do consumidor, é de se supor que nos mercados de mais baixa renda a elasticidade cruzada entre os produtos populares e os demais (chamados terapêuticos) seja muito baixa, o que quer dizer que a demanda por produtos populares pouco se altera em decorrência de variações de preço dos demais produtos. A baixa substituíbilidade entre estes dois tipos de produto e a virtual impossibilidade de entrada no mercado de produtos populares com reduzida escala, já que a escala mínima eficiente é muito elevada, sugere uma forte independência entre os segmentos, digamos, popular e terapêutico do mercado relevante de creme dental. Observo que o presente comentário não tem o objetivo de questionar a definição de mercado relevante dada pela Relatora para o caso em análise, mas apenas o de chamar atenção para uma importante característica do mercado de cremes dentais “populares”. Fecho o parênteses.

22. Creio ser desnecessário discorrer sobre as sutilezas e principalmente sobre a fortíssima presença de fatores subjetivos na determinação das condições (custos, condições de pagamento, qualidade do produto, prazos de entrega etc.) que viabilizariam a entrada de terceiros no mercado em questão. Não seria realista imaginar, por exemplo, que a Requerente transferisse a concorrentes, por meio dos aludidos contratos, as vantagens associadas à escala e à marca e que, por assim dizer, fazem parte do “pacote” por ela adquirido, o que inclui, digamos, as vantagens do monopolista. Tampouco seria factível esperar que os interessados em tais contratos aceitassem condições que lhes fossem de algum modo desfavoráveis, apenas para favorecer o cumprimento dos compromissos da Requerente perante o CADE. Entre estas duas posições hipotéticas, aqui utilizadas apenas com finalidade ilustrativa, há, evidentemente, um oceano de possibilidades verdadeiramente

imprevisíveis, em especial para aqueles não familiarizados com a subjetividade e complexidade das avaliações estratégicas de empresas do porte das participantes do cenário em exame.

23. Se o que é viável para um dos lados não é necessariamente viável para o outro, existe a possibilidade de descumprimento do compromisso da Requerente com o CADE em virtude da não celebração dos contratos supra mencionados. Diante disso, e a título de mera ilustração, é de se questionar que critérios usaria o CADE para avaliar a eventual justificativa da Empresa para tal descumprimento, lembrando que da sua aceitação ou rejeição depende a manutenção ou revogação do ato de aprovação (parágrafo 3º do art. 58 da Lei n.º 8.884/94).

24. Parece-me claro, também, que a condição adicional proposta excede à capacidade da compromissária de garantir o cumprimento da obrigação assumida. É que sendo o contrato um acordo bilateral da vontades, não haveria com impor à Requerente, enquanto apenas uma das partes contratantes,, que garanta a celebração de contratos em termos preestabelecidos. Em outras palavras, não é factível que a Requerente assegure que terceiros, ou seja, a outra parte contratante, irão com ela celebrar contratos sob condições por ela unilateralmente estabelecidas, ainda mais em se tratando de concorrente, e não apenas de cliente ou supridora de bens e serviços. Em síntese, é a própria natureza do instrumento contratual que põe em risco o cumprimento da condição proposta.

25. Pelo exposto, concluo que a suspensão do uso da marca Kolynos no mercado interno tal, como proposto pela Conselheira-Relatora, não se constitui medida recomendável, por conter aspectos negativos que, a meu ver, em muito superam os positivos.

26. Quanto à condição alternativa referente a licenciamento exclusivo para terceiros, tampouco considero-a recomendável, por razões semelhantes às acima expostas, especificamente no que diz respeito à possibilidade de não reduzir suficientemente o poder de mercado da Requerente.

27. Embora concorde que a operação, nos termos em que foi apresentada ao CADE, não cumpre os requisitos necessários à aprovação sob amparo da Lei n.º 8.884/94, julgo, pelos motivos sobejamente demonstrados pela Conselheira-Relatora, que a mesma operação, se tivesse seus efeitos restritos aos mercados relevantes de fio dental, escova de dentes e enxaguante bucal, teria condições de ser aprovada, por atender, exclusivamente nesses três mercados, aos requisitos constantes do parágrafo primeiro do art. 54 da citada Lei.

28. Considero também, que **o desfazimento da operação no que se refere ao mercado relevante de creme dental, tem elevadas chances de restabelecer ou até mesmo elevar o padrão concorrencial existente nesse mercado antes do ato de concentração**, pois poderá exigir do futuro comprador esforço maior na busca de eficiência produtiva e excelência de produtos do que o exigido da Requerente, indústria já instalada e com forte presença no mercado. Conta ainda a favor dessa opção, sua maior simplicidade e transparência em relação à suspensão da marca, transmitindo ao mercado mensagem inequívoca sobre o papel do CADE na defesa da concorrência.

29. Assim, voto pela desconstituição parcial da operação, determinando:

a) que a requerente se desfaça da marca Kolynos para a comercialização de creme dental no território nacional;

b) que a requerente se desfaça dos demais ativos que garantem tanto a fabricação de creme dental de marca Kolynos, quanto a sustentação e comercialização da mesma marca de creme dental no território nacional;

c) que as alienações referidas nas alíneas anteriores se realizem no prazo de 90 (noventa) dias contados da publicação da decisão do CADE no Diário Oficial da União, sob pena de vir a mesma a ser realizada por interventor indicado pelo CADE;

d) que a Requerente zele pela manutenção, em perfeita ordem, de todos os ativos a serem alienados, até a data de concretização da venda;

e) que a requerente apresente ao CADE, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão do CADE no D.O.U., plano e cronograma referentes às atividades de alienação acima mencionadas e

f) que seja a Requerente cientificada de que o não cumprimento das determinações acima implicará em solicitação do CADE ao Poder Judiciário para que este nomeie interventor com o objetivo de desfazer integralmente o negócio.

É o voto.

Brasília, 18 de setembro de 1996.

RENAULT DE FREITAS CASTRO