

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

volume 3 nº 10 - outubro 1996

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

São Paulo
outubro de 1996

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748

Fax.: (011) 872 2609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, , Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria, Ubiratan Mattos. A REVISTA DO IBRAC é editada mensalmente, a partir de 1996, pelo Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo. A Revista aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado /
Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DECISÃO	1
PARECER DA PROCURADOR MARUZA FREIRE	8
RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA SALGADO	32
VOTO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER DE OLIVEIRA	230
VOTO DO CONSELHEIRO EDISON RODRIGUES CHAVES	241
VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS XAUSA	248
VOTO DO CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA	271
VOTO DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO	288
VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO	297

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA - CADE**

ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 27/95

**REQUERENTES: K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLYNOS
DO BRASIL S/A**

CONSELHEIRA-RELATORA: LUCIA HELENA SALGADO

DECISÃO

O Plenário decidiu, por maioria, acompanhar o voto da Conselheira-Relatora, que aprovou a operação, no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental, enxagüante bucal, por não representar dano ou ameaça de dano à concorrência. Quanto ao mercado relevante de creme dental, aprovou a operação desde que aceite, pela Requerente, um dos três conjuntos de condições detalhados abaixo, no prazo de trinta dias, a contar da publicação desta decisão:

**A) SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO USO DA MARCA
KOLYNOS**

1. A Empresa deverá suspender a utilização da marca KOLYNOS e extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno pelo prazo de quatro anos ininterruptos, a contar da aprovação por este Conselho do plano de suspensão a ser apresentado pela empresa. Inclui-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionado à marca do produto creme dental. As extensões referidas nesta decisão são Kolynos Super Branco, Kolynos Ação Total, Kolynos Fresh, Kolynos Clorofila, Kolynos Anti-placa, Kolynos Star Gel,

Kolynos Prevent, Kolynos Tandy, Kolynos Fluor 2 Gel, Kolynos Bicarbonato de Sódio e todas as que pudessem ser criadas a partir da marca KOLYNOS.

1.1. O plano de suspensão deverá contemplar o detalhamento dos passos a serem adotados para adaptação das linhas de produção da KOLYNOS a novas embalagens e demais materiais relacionados, assim como dos contratos de suprimento e distribuição em andamento.

1.2. A empresa deverá oferecer publicamente a concorrentes existentes ou potenciais no mercado de creme dental contratos de produção de creme dental no mesmo segmento ocupado atualmente pela marca KOLYNOS Super Branco, por encomenda. Esses contratos deverão incluir todos os serviços de suporte necessários à produção e entrega do produto.

1.3. A empresa deverá publicamente oferecer a varejistas e distribuidores de grande porte toda a assistência necessária para o lançamento de marcas próprias no mesmo segmento da KOLYNOS Super Branco. Tais contratos deverão incluir contratos fabricação por encomenda, como no item 1.2. acima, bem como outros serviços de apoio desejados pelo distribuidor ou varejista, a custo que viabiliza a operação econômica no segmento, para garantir o sucesso do empreendimento.

2. Durante o período de suspensão, a empresa poderá adotar os seguintes procedimentos:

2.1. Oferecer a marca KOLYNOS para a constituição de marca dupla, sendo a marca Kolynos co-marca ou marca do fabricante.

2.2. O contrato de licenciamento exclusivo para a constituição de marca dupla deverá incluir cláusula de desaparecimento gradual (fading out da marca KOLYNOS, além de assistência técnica, operacional e suprimento, a critério do licenciado.

2.3. O contrato de licenciamento exclusivo, renovável a critério da licenciada, nos termos gerais definidos no item 2.1. deverá ser apresentado ao CADE para apreciação de acordo com o "caput" do artigo 54 da Lei 8.884/94.

2.4. Oferecer publicamente no Brasil a concorrentes existentes ou potenciais, contratos de fornecimento de tecnologia, com remuneração definida de acordo com os usos e costumes, para a produção de creme dental no mesmo segmento da KOLYNOS Super Branco, utilizando o carbonato de cálcio precipitado, assim como assistir os contratantes no desenvolvimento de seus negócios.

2.5. Durante o período de suspensão ou após, seja ou não utilizada a prerrogativa de licenciamento nos termos definidos, a empresa poderá vender a marca, uma ou mais das extensões de marcas mencionadas no item 1 desta decisão.

3. É vedada à empresa, durante o período de suspensão, a reinternação no território brasileiro de creme dental sob a marca KOLYNOS ou extensões, diretamente ou através de terceiros,

exportado para os países do Mercosul ou qualquer outro.

B) LICENCIAMENTO EXCLUSIVO PARA TERCEIROS DA MARCA KOLYNOS

1. Licenciar com exclusividade por 20 anos prorrogáveis, de acordo com o interesse do licenciado, por igual prazo e de forma indefinida, os direitos no Brasil sobre a marca KOLYNOS e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno.

1.1. O contrato de licenciamento, celebrado em até noventa dias após a manifestação da Requerente de sua opção pelo conjunto B de condições, deverá seguir os usos e costumes na determinação das cláusulas de "royalties", controle de qualidade, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, marca dupla, uso gratuito de "know-how", dentre outras e deverá ser apresentado ao CADE, para que seja apreciado sob o amparo do caput do artigo 54.

1.2. Durante o período em que vigorar o licenciamento exclusivo, a empresa não poderá fazer uso da marca KOLYNOS e suas extensões nem de marcas similares, assim como qualquer material relacionado de embalagem, propaganda e promoção.

C) ALIENACÃO DA MARCA KOLYNOS

1. Alienar a marca KOLYNOS e extensões, para a produção e comercialização de creme dental voltada para o mercado interno, em favor de comprador que não detenha atualmente participação

maior que 1 % (um por cento) no mercado e simultaneamente presente-se como competidor capaz de sustentar a marca.

1.1. A alienação poderá, a critério do comprador, incluir os demais ativos que garantem a sustentação da marca.

1.2. A alienação poderá ser realizada por processo de leilão privado, conduzido por banco de investimento escolhido pela empresa. O resultado do leilão será submetido à apreciação do CADE, para que se pronuncie à luz do artigo 54 da lei 8.884/94.

1.3. A alienação deverá ocorrer em 180 (cento e oitenta) dias após a manifestação da Requerente sobre sua opção de adotar o conjunto de condições C, caso contrário serão tomadas as medidas legais para a execução da decisão.

1.4. A empresa deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação.

1.5. A organização e cronograma de alienação da marca KOLYNOS e extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno deverão ser

apresentados ao CADE no prazo de sessenta dias após a comunicação, por parte da empresa, da sua opção pelo conjunto C de condições.

Decidiu, ainda, o Plenário que, respeitado o prazo de trinta dias, a contar da publicação da decisão no Diário Oficial da União, para manifestação da disposição em aceitar um dos conjuntos (A, B ou C) de condições impostas nesta decisão, deverá a empresa, no prazo de sessenta dias a contar da publicação da presente decisão, assinar Termo de Compromisso de Desempenho, pelo

qual se obrigará à estrita observância das condições aceitas, sem prejuízo dos seguintes compromissos:

a) manter o Programa de Investimentos da KOLYNOS 2001, de forma a atender ao inciso I do parágrafo primeiro do artigo 54;

b) dar seqüência ao programa de exportação da KOLYNOS;

c) apresentar ao CADE para apreciação à luz do artigo 54 da Lei 8.884/94 os contratos referidos nos itens A.1.1, A1.2., A.1.3., A 2.3, A 2.4., B 1.1, C 1.2., quando cabível, bem como os demonstrativos semestrais sobre os resultados referentes aos itens a e b acima .

Decidiu o Plenário que a não conformidade com as condições impostas pelo CADE para aprovação do ato de aquisição importa na determinação de desfazimento integral do negócio, no prazo de noventa dias a contar do prazo para manifestação sobre as condições impostas pelo CADE.

Determinou o CADE que se dê ciência ao INPI acerca desta decisão e das providências dela decorrentes.

O Plenário decidiu, ainda, pela aplicação de multa diária no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), em caso de a Requerente não apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do acórdão, nenhum plano, seja para suspender, licenciar ou alienar a marca e suas extensões, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis, com vistas ao integral cumprimento da presente decisão.

Vencido o Conselheiro Renault de Freitas Castro que votou pela desconstituição parcial da operação com relação à marca e ativos para a fabricação e comercialização do creme dental.

PARECER DA PROCURADOR MARUZA FREIRE

EMENTA: ATO DE CONCENTRAÇÃO - AQUISIÇÃO DA TOTALIDADE DAS AÇÕES DA KOLYNOS DO BRASIL S/A - ALTO GRAU DE CONCENTRAÇÃO - POTENCIAL DE DANOS À CONCORRÊNCIA E AO CONSUMIDOR - INTERESSANTE À ECONOMIA NACIONAL - NECESSIDADE DE RIGOROSO COMPROMISSO DE DESEMPENHO PARA ASSEGURAR A SATISFAÇÃO DAS CONDIÇÕES LEGAIS ESTABELECIDAS NOS INCISOS II E III DO § 1º DO ART. 54 - PELA APROVAÇÃO.

Senhores Conselheiros,

Para o ato de concentração n° 27/95 adoto como relatório, no que for cabível, a análise elaborada pelo economista e assessor deste Conselho Hélio Campagnucio.

APRECIACÃO

O ato realizado em 10 de janeiro de 1995, mediante o qual a Colgate-Palmolive Company, pela subsidiária brasileira da KAC Corporation, a K& S Aquisições Ltda., adquiriu a Kolynos do Brasil S/A, foi submetido tempestivamente, em 30 de janeiro de 1995, à apreciação deste Conselho.

02. Da análise preliminar do mencionado ato verificam-se presentes os seguintes requisitos de jurisdição: 1) a aquisição de sociedade que implica em participação de mais de 20% (vinte por cento) de um mercado relevante; 2) a presença de participantes cujo faturamento bruto anual,

incluindo o faturamento externo, é superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

SOBRE A POSIÇÃO DOMINANTE NO DIREITO BRASILEIRO

03. Considerando as condições que envolvem a operação ora examinada, entendo necessários, preliminarmente, alguns comentários sobre a posição dominante no nosso direito substantivo. A Lei 8.884/94 identifica como infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir, entre outros efeitos o domínio de mercado relevante de bens ou serviços e o exercício de forma abusiva da posição dominante.

04. Em relação ao domínio de mercado, a legislação exclui da caracterização como infração da ordem econômica a hipótese da conquista resultar de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico.

05. Quanto à posição dominante, a Lei 8.884/94 estabelece duas concepções: a primeira, de ordem subjetiva porque faz depender, a definição de posição dominante, do controle de parcela substancial de mercado relevante de um produto serviço ou tecnologia a ele relativo (§ 2º do art. 20); e a segunda de ordem objetiva, onde se estabelece a presunção legal de que a empresa ocupa posição dominante quando controlar 20 % de mercado relevante (§ 3º do art. 20).

06. Assim, diferenciou o legislador o domínio de mercado da ocupação de posição dominante. Dominar o mercado é a um só tempo ação e efeito que sempre caracteriza infração da ordem econômica quando não decorrente da hipótese prevista no § 1º do art. 20 ou de ato autorizado pelo

CADE nos termos do art. 54. De outro modo, ocupar posição dominante, para caracterizar-se como infração da ordem econômica, necessita que ocorra o seu exercício abusivo, pois podem ocorrer situações em que a ocupação de posição dominante efetivamente não implica em limitação ou prejuízo à concorrência, e portanto é perfeitamente legítima.

07. Ainda sobre a posição dominante, ao fixar o índice de 20% para presunção legal de sua caracterização, o legislador demonstrou ser necessário a fixação de um marco a partir do qual a posição da empresa assim seria caracterizada. No entanto, deixou ao CADE a competência para alterar esse percentual para setores específicos da economia, face às suas características diante do produto em causa e do seu custo de fabricação; do poder dos concorrentes reais e do seu número; da existência ou não de concorrência potencial; e, finalmente, da existência de produtos alternativos que possam concorrer com o bem que define o mercado em apreciação.

08. Importante, ainda, ressaltar que o método para aferição dos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração pelo percentual de participação no mercado das empresas envolvidas, conforme estabelecido em nossa legislação, traz apenas presunção *juris tantum* de posição de domínio, a merecer investigação das autoridades administrativas.

09. Se após toda a análise, que deverá ser realizada caso por caso, com o estudo do mercado considerado, o CADE concluir que o ato examinado decorrente da ocupação de posição dominante, limita ou de qualquer forma prejudica a livre concorrência, ou resulta na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, poderá, quando atendidas as

condições legais, autorizar que tais atos permaneçam na vida jurídica.

10. E mais, ainda quando esses atos que limitam ou causam danos à concorrência ou resultam em domínio de mercado não atendam à todas as condições elencadas no § 1º do art. 54, mas apenas a três delas, e sejam considerados necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum e não impliquem em prejuízo ao consumidor final, podem eles ser aprovados pelo CADE.

11. E isso decorre do fato de que a Lei 8.884/94 não está voltada exclusivamente para a defesa da concorrência, mas para a preservação da ordem econômica nacional, com todos os paradoxos originados pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico.

12. Arrepia, portanto, ao direito pátrio, pensar na condenação de um ato tão-somente pelo elevado percentual de sua posição no mercado. Precisam as autoridades de defesa da ordem econômica se despirem dos preconceitos para, ao tomarem como exemplo os parâmetros encontrados em outras legislações, analisarem os casos que lhes são submetidos sob a ótica de nossa economia e de nossos consumidores, com tudo que lhes é de peculiar.

DA AQUISIÇÃO DA KOLYNOS PELA COLGATE-PALMOLIVE

13. Embora conste nos autos pronunciamentos de autoridades econômicas que sugerem a possibilidade de que o

mercado relevante a ser considerado é o internacional face a abertura da economia brasileira nos anos 90, prevaleceu o entendimento de que geograficamente o mercado relevante abrange todo o território nacional. Em termos de produto, o mercado examinado refere-se ao setor de higiene bucal, composto de creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal, que embora possuam a mesma finalidade de limpeza oral, não são substituíveis entre si, mas complementares para uma perfeita higienização. Por esse motivo, para efeito das análises econômicas, cada um dos produtos constitui um mercado relevante.

14. A operação ora examinada apresenta alto grau de concentração econômica, uma vez que a Colgate-Palmolive detinha 26,6 % do mercado brasileiro de creme dental e com a aquisição da Kolynos (50,9 %) passou a um percentual superior a 77% de participação nesse mercado de creme dental. No de escova dental a Colgate participava com 8,4 % e a Kolynos com 26,5 %, anteriormente à aquisição, o que resultou numa participação de 35,1 %.

15. Somente nesses segmentos de creme dental e escova dental ocorre concentração superior a 20 %, pois no de fio dental a Colgate participava com 2,3% e a Kolynos com 7,9 % o que totaliza 10,2 % após a aquisição, enquanto que no segmento de enxaguante bucal somente a Kolynos participava com 8,9 %.

16. Enquanto que, face às peculiaridades do mercado e dos concorrentes a concentração no mercado de escova dental não apresenta maiores riscos à concorrência, o alto grau de concentração no segmento de creme dental, tendo em vista o aumento no poder de mercado por parte da Colgate, resulta na possibilidade do exercício abusivo desse poder, trazendo altos riscos à concorrência no mercado interno de saúde oral. A operação, portanto, só merece aprovação por parte deste Conselho se atendidas as condições legais estabelecidas no art.

54 da Lei 8.884/94, a serem asseguradas mediante compromisso de desempenho nos termos do art. 58 daquele diploma legal.

17. Das condições determinadas pelo § 1º do art. 54, observa-se que o ato investigado é analisado sob diversos aspectos. No inciso I, objetiva-se apurar os aspectos subjetivos do ato, ou seja, a intenção dos participantes em sua realização. No inciso II e no inciso III a análise deve ser formulada a partir dos efeitos da operação e de suas circunstâncias face a realidade do mercado a que se refere. E, por último, verifica-se o aspecto formal do ato, ou seja, os meios pelos quais os objetivos visados pelos participantes foram obtidos.

18. Entre os critérios enumerados naquele dispositivo legal, verifica-se que não é possível permitir atos que objetivem simplesmente o controle de preços, ou que sirvam de impedimento a outras empresas entrarem no mercado, ou que se prestem a suprimir ou restringir exportações, ou ainda a obter uma predominância científica ou tecnológica sobre a adquirida, daí porque a exigência de que os atos enquadráveis no art.54 tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

19. Nesse sentido, em nenhuma das análises efetuadas sobre o caso encontram-se maiores questionamentos em relação ao aumento de produtividade, à melhoria da qualidade do produto e o desenvolvimento tecnológico, por integrarem, evidentemente, a proposta da Colgate de transformar a Kolynos num centro de exportação. Questiona-se, no entanto, em termos de eficiências, no que se refere à redução dos custos administrativos, de pessoal, de produção e de distribuição em decorrência da opção da Colgate por manter separada a estrutura da Kolynos no Brasil. Todavia, como a parte inicial do inciso I exige que o ato tenha por objetivo, cumulada ou alternativamente as alíneas que menciona, considero atendida na sua totalidade esta condição legal contida no inciso I do § 54.

20. Como um dos pilares das normas de defesa da concorrência é não se permitir que a empresa aufera sozinho as vantagens da posição dominante, devendo estas serem partilhadas de forma razoável entre os participantes de um lado e os consumidores de outro, esta previsão está contida no inciso II do § 1º do art. 54.

21. Nessa análise, entretanto, por envolver o grau de domínio e o grau de imperfeição da concorrência no mercado, deve o aplicador da norma legal procurar identificar as vantagens que a Colgate/Kolynos obterá nas transações por ser detentora dessa posição de domínio e que não obteria no caso da existência de uma concorrência suficientemente eficaz.

22. E como somente face à complexidade de uma dada realidade econômica é que se pode dizer que uma empresa ocupando no mercado uma posição dominante, caracterizada por uma situação de monopólio ou uma concentração manifesta do poder econômico, tem o potencial de com suas atividades entrar o normal funcionamento do mercado, um breve relato sobre aspectos específicos do mercado em questão será formulado mais adiante, quando colocaremos a nossa posição quanto ao atendimento desse requisito legal.

23. Por essa mesma razão, somente após aquelas considerações, nos posicionaremos sobre o inciso III do art. 54, que não aceita que o ato examinado implique em eliminação ou substancial redução da concorrência entre empresas. Afinal, para que se verifique a ocorrência de eliminação ou substancial redução há de se analisar o estado anterior das coisas, pois eliminar ou reduzir pressupõem a pré-existência de um estado concorrencial anterior.

24. Finalmente, segundo a determinação do inciso IV do art. 54, é preciso que a operação observe os limites

estritamente necessários para que sejam atingidos os objetivos visados. Nesse sentido, tem-se de se perguntar se os objetivos pretendidos pelas empresas envolvidas na concentração só podem ser obtidos com a prática do ato investigado ou se, pelo contrário, poderiam ter sido obtidos por meio menos anticompetitivo.

25. O que se analisa neste dispositivo, portanto, são os meios utilizados pelas participantes. Trata-se do aspecto formal do ato praticado para a obtenção dos objetivos das empresas envolvidas na concentração. No caso concreto, o ato de concentração, não resultou de objetivo comum para as empresas, pois não se trata de concentração decorrente de fusão ou incorporação, mas da aquisição da totalidade das ações da Kolynos do Brasil S.A., uma vez que o anterior titular pretendia direcionar seus negócios para outros setores.

26. Observa-se, então, que o que ensejou a operação não foi um processo de negociação comercial bilateral em que a Colgate procurava adquirir o controle de concorrente para aumentar sua participação no mercado, podendo estabelecer outros limites para o negócio.

27. Do contrário, o referido ato de concentração resultou de leilão privado em que a American Home Products Corporation - AHP, colocou à venda seu negócio mundial de saúde bucal, objetivando a obtenção de recursos necessários a reduzir parte de sua dívida proveniente da aquisição de outra empresa (American Cyanamid Company) na área de medicamentos e produtos químicos para a qual a AHP pretende direcionar seus investimentos.

28. Ressalte-se que, a Kolynos vinha sofrendo um isolamento tecnológico, o que afetava a sua capacidade de competir e exigiria por parte da AHP uma política agressiva e

constante de investimentos, sobretudo com a queda de barreiras tarifárias, a empresa ficaria vulnerável ante a competitividade dos importados no setor. Por outro lado, considerada as condições oligopolísticas do setor de higiene bucal, sem dúvida esta seria a melhor forma para a AHP conseguir os recursos de que estava precisando, tendo em vista que despertaria o interesse das grandes empresas que encontrariam boas perspectivas com o potencial do negócio e o grande mercado que estava sendo aberto.

29. Este fato efetivamente ocorreu e participaram do leilão apenas as companhias multinacionais de grande porte, tendo vencido a Colgate, pela melhor proposta. Embora falem os autos de valores vultosos que asseguraram o negócio à Colgate, não se conhecem os valores ofertados pelos demais proponentes. Sob a ótica financeira, a operação envolveu financiamento e transferências internacionais de recursos, não se podendo afirmar que os valores envolvidos colocam em suspeição o negócio, sobretudo porque a situação financeira e a rentabilidade da Kolynos, bem como a proposta da Colgate de transformar a empresa adquirida num centro de exportação, parecem ser suficientes para justificar o preço pago face aos modernos métodos de avaliação de empresas.

30. Do ponto de vista da Colgate, constata-se que, como afirma, é uma das quatro maiores empresas do mundo no setor de higiene bucal, estando, por este motivo absolutamente comprometida com a busca de novos mercados e desenvolvimento de novos produtos e tecnologias. Registre-se que é a quarta empresa do *ranking* mundial em termos de faturamento, do qual 25% refere-se às vendas no segmento de higiene bucal. Legítimo, portanto, que a empresa concorra publicamente em leilão que oferece tão grande possibilidade de expansão internacional.

31. Pretende com o negócio obter o aumento da capacidade produtiva instalada da Kolynos do Brasil (o que significa novos investimentos diretos em ativo fixo), como também melhorar a competitividade de sua linha de produtos, tanto no mercado interno quanto no mercado externo. Nesse

sentido, objetiva seja transformada a Kolynos do Brasil numa base de exportações para os produtos Kolynos, contando para isso com os canais já abertos pela Colgate, além de diversos itens elencados pela requerente para viabilizar o que se propõe. Prevê uma expansão das vendas externas que passaria dos atuais U\$ 10 milhões para U\$ 50 milhões no final do século.

32. A proposta de manter separadas as administrações dos negócios Colgate e Kolynos no Brasil, embora do ponto de vista econômico reduza as eficiências resultantes da operação, do ponto de vista da concorrência, dificulta a possibilidade de práticas anticompetitivas e permite maior controle por parte das autoridades de defesa da concorrência. Juridicamente a manutenção das administrações separadas faz significativa diferença, pois, apesar da unificação do centro decisório, a empresa só pode cometer infração contra a ordem econômica através de um agente. No caso, este agente é o seu administrador que, nos termos do art. 23, II da Lei n.º 8.884/94 responde pessoalmente por essas infrações com multa no valor de 10% a 50% do valor da multa aplicável à empresa.

33. Assim, entendo que, formalmente, a operação observou os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados, pois ao que consta nos autos, tratou-se da compra dos ativos que foram postos à venda *sponte sua* pela AHP. Considero, portanto, atendida a condição estabelecida no inciso IV do § 1º do art. 54.

O MOMENTO ECONÔMICO BRASILEIRO

34. A esta altura entendo interessante transcrever alguns trechos da análise elaborada pelo Sr. Hélio Campagnucio sobre alguns cenários da economia brasileira que creio serão úteis à nossa avaliação. Descreve ele com otimismo resultados do plano real, prevendo que “a estabilidade política

e a eficácia dos principais instrumentos econômicos devem proporcionar um cenário de continuidade do Plano com crescente ingresso de divisas via investimentos diretos (principalmente com fusões e aquisições de empresas), inflação estável, com pequenos sobressaltos, e a mesma política cambial”.

35. Quanto ao mercado interno considera que “o real proporcionou aumento de consumo, principalmente nas classes de rendas mais baixas. Não é por acaso que as indústrias de alimentos e de outros produtos de uso popular vêm aumentando sua produção e vendas. É de se esperar que tal fato continue a ocorrer pois ainda há demanda não atendida nestas classes. O Brasil tem um mercado interno emergente, cujo potencial de crescimento beneficiará diretamente as indústrias de bens não duráveis. Tendo em conta que o nível de poupança nesse segmento é baixo, os aumentos reais de renda refletirão positivamente no consumo”. Este fato tem sido constatado pelos diversos institutos de pesquisa junto ao consumidor, inclusive pelo IBGE (cf. Revista VEJA, de 11.09.96 fls. 32/7).

36. Em relação à política externa encontramos a seguinte análise: “a renegociação da dívida externa em 1994, proporcionou ao país menor dependência em gerar superávits comerciais, como aconteceu no passado. Esse fato é alvissareiro no sentido de que permite usar as importações para debelar focos inflacionários internos, pois o que se persegue agora é tão-somente não gerar déficits comerciais. Como o prazo de carência pactuado é dilatado deveremos ter uma política comercial de aumento das exportações (até como estratégia de geração de empregos e de crescimento do PIB) mas, concomitantemente, com aumento de poder de importação, o que faculta ao Governo um significativo instrumento de combate aos aumentos abusivos de preços. Alia-se a perspectiva da política cambial não provocar desvalorizações no real, o que continuará a tornar o produto importado competitivo no mercado doméstico”.

37. Neste cenário de reordenação econômica, o compromisso da Colgate-Palmolive de transformar a marca Kolynos em produto mundial, cuja produção e exportação será realizada a partir do Brasil, o que, além de investimentos diretos proporcionará também mais empregos, impostos e riquezas, bem como o fato de transformar a Kolynos numa base de pesquisas, desenvolvimento e produção da marca, vem ao encontro das necessidades atuais da economia nacional. E isto já seria suficiente para enquadrar a operação no § 2º do art. 54, de modo que apenas três das condições estabelecidas no § 1º daquele mesmo artigo precisariam estar atendidas, para que o CADE pudesse aprovar o ato mediante compromisso de desempenho.

38. Todavia, para complementar nossa análise jurídica, faremos uma avaliação sobre os efeitos da operação tanto do ponto de vista da distribuição de vantagens aos consumidores, quanto da eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante, para que se possa constatar se a operação analisada consegue assegurar sejam respeitadas esta duas outras condições.

EFEITOS DA OPERAÇÃO - DO MERCADO DE HIGIENE BUCAL

39. O setor de higiene bucal está compreendido no setor de higiene pessoal que por sua vez está contido no setor de higiene e limpeza no qual 85% do faturamento global pertence às dez maiores empresas do setor que compreendem fisicamente gigantescas unidades de produção com economia de escala, possibilitando o emprego de mão-de-obra altamente qualificada, grande capacidade de estocagem de produção e de matérias-primas. Os recursos disponíveis por estas empresas possibilitam maiores investimentos na pesquisa e na criação de novos produtos, além da elaboração de eficientes campanhas publicitárias e sólidas estratégias de “marketing”. Os fatores integrantes da economia de escala estão fora do alcance das pequenas e médias empresas (Parecer da SEAE - fls. 307).

40. O setor de higiene bucal do mundo é um mercado oligopolizado e concentrado em vários países, entretanto, como bem salienta o Parecer da SDE, trata-se de um oligopólio muito competitivo onde as empresas brigam entre si por maiores fatias de mercado através de constantes inovações dos produtos, melhor qualidade e menores preços. Observa-se, no entanto, que nos países em que a empresa com maior participação detém mais de 70% do mercado podem haver prejuízos aos consumidores que não usufruem dos benefícios advindos daquela competição.

41. No Brasil, mesmo antes da compra da Kolynos, o mercado brasileiro de higiene bucal já era um oligopólio, até mais concentrado que no resto do mundo, especialmente no segmento de creme dental onde três empresas obtiveram 98,7% deste mercado em 1994. Destaca-se ainda que, desde 1987, a posição relativa entre estas três empresas se manteve praticamente constante, em que pese a participação da líder mundial do setor de higiene (UNILEVER) e da líder mundial do setor de higiene bucal (COLGATE).

42. Assim, entendem os pareceres da SEAE e da SDE, bem como o Relatório Preliminar, que a aquisição da Kolynos do Brasil pela Colgate-Palmolive Company acentuará significativamente a concentração já existente no mercado brasileiro.

43. Ocorre que, especialmente no que se refere ao mercado de creme dentais, não foi considerado com a devida importância o fato de que, embora destinados ao mesmo uso e apresentando características similares, os cremes dentais poderiam compor mercados distintos caso fosse feita uma análise do grau de concentração por segmento de renda ou outros fatores de diferenciação. E isto poderia levar a um resultado diverso, ao menos no que se ao grau de elevação de concentração.

44. Nesse sentido, o Direito Antitruste internacional refere-se a exemplos de produtos com mesmo uso mas que formam mercados distintos. Encontramos nas Guidelines do Canadá que um carro popular e um carro de luxo destinam-se ao mesmo uso e apresentam características similares (para os fins de análise do mercado), mas os preços respectivos diferenciam-nos de tal modo que não há elasticidade da demanda do primeiro para o segundo. Em tese poderia até haver elasticidade do segundo para o primeiro. Isto é, o carro de luxo não poderia ser incluído no mercado popular, mas o carro popular poderia ser até incluído no mercado do carro de luxo, atendendo apenas em parte as necessidades dos compradores do último. (*Merger Enforcement Guidelines Under Canada's Competition Act Adopted by the Director of Investigation and Research*, de 17 de abril de 1991, 60 *ANTITRUST & TRADE REG. REP.* - Suplemento Especial, 25 de abril de 1991 - pag. 10 - in Carvalho, Nuno T.P. - *Concentração de Empresas no Direito Antitruste* - Ed. Resenha Tributária - SP, 1995).

45. Guardadas as devidas proporções com o exemplo citado, a relação produto/preço/renda dos consumidores deveria ter sido objeto de melhor exame por parte das análises mencionadas na determinação do mercado relevante. Observa-se que, as próprias fontes de dados existentes, não levam em consideração estes fatores ao elaborarem seus dados estatísticos, especialmente sobre o consumo. Fala-se sempre na participação totalizada do produto no mercado e de um consumo também medido genericamente.

46. Nesse sentido, o Parecer do Professor Dr. Mário Luiz Possas (fls. 2.072 a 2.114) chega a identificar que o produto creme dental ofertado pelas três empresas atuantes no setor de higiene bucal poderia, em princípio ser diferenciado em três níveis inferiores: a) por segmentos de aplicação (medicinal, benefícios múltiplos, anti-cárie, cosmético e infantil); b) por faixas de preço; e/ou por classe de renda dos consumidores.

47. E, complementa aquele Professor que “para chegar-se a um resultado inteiramente conclusivo, o ideal seria realizar uma pesquisa empírica sobre as preferências dos consumidores entre produtos e marcas no mercado de cremes dentais a fim de avaliar sua sensibilidade a variações de preços relativos e sua fidelidade às marcas, de forma a quantificar as elasticidades-cruzadas da demanda entre segmentos. Como tal pesquisa não foi feita e os dados inexistem, ao menos na extensão adequada e com uma metodologia compatível, a análise deve limitar-se a uma avaliação qualitativa resumida como se segue. É provável que a substituíbilidade no consumo (medida, por exemplo, pela elasticidade-preço cruzada da demanda), sensível como é aos preços, seja limitada entre aqueles produtos voltados para a classe de renda extremas e com preços completamente díspares.”

48. Mais adiante, o Professor Dr. Mário Luiz Possas volta a referir-se à carência de dados: “Embora, repetindo, não haja dados concretos apoiando alguma conclusão rigorosa, é razoável admitir, *até prova em contrário*, que ao menos dois principais segmentos denominados “cosméticos” e “anti-cárie” - sejam formados de produtos *altamente* substituíveis no consumo de creme dentais, supondo que este atenda primordialmente a uma demanda básica por *um produto de higiene dental*, e não por produtos medicinais.” Daí conclui ele que, do ponto de vista do produto, o mercado de creme dentais deve ser considerado o mercado relevante.

49. Essa falta de dados e pesquisas no setor revela o pouco caso que ideologicamente se dá à saúde bucal no nosso país e aos consumidores de baixa renda, que constituem cerca de 80% de nossa população. Por essa razão, reporto-me ao contido no item 12.1 do Parecer da SDE que descreve

rapidamente a gravidade do perfil da saúde bucal da população brasileira:

“O Brasil é um país de desdentados, é campeão de cáries e doenças periodontais. Hoje, o quadro é este:

- mais de 1,5 bilhão de cáries;*
- aos 12 anos as crianças já têm sete dentes cariados na boca;*
- apenas 40% dos jovens, a partir dos 18 anos, têm todos os dentes;*
- entre 50 e 59 anos de idade mais de 70% da população já está totalmente banguela’*
- o Brasil só perde, no mundo, para o Paquistão.*

.....
.....

Estes dados, reunidos no Global Oral Data Bank (GODB), demonstraram que em duas décadas houve queda nos índices de cáries em praticamente todos os países industrializados. Nos países em desenvolvimento (incluindo o Brasil) a prevalência de cárie aumentou.

.....
.....

o caminho para a saúde bucal no Brasil é o da prevenção, ou seja, o uso da escova dental. Isso é fundamental o povo brasileiro tem que poder comprar, tem que ter acesso ao produto,..... É necessário usar pasta de dente com flúor, com melhores produtos de higiene bucal, melhores preços, mais educação e

empenho coletivo, será possível fazer a prevenção crescer.

.....
.....

As doenças bucais trazem ao País um custo social elevado, face aos incômodos que trazem (.....) que contribuem para baixo rendimento escolar das crianças e jovens e baixa produtividade dos trabalhadores (.....) além das doenças colaterais provocadas, que também oneram os sistemas públicos de saúde.

.....
.....

Diante de realidade tão sombria, pode-se avaliar a relevância do assunto em exame.”

50. Essas informações procuram traduzir a importância do setor higiene bucal que deveria merecer especial tratamento, inclusive das autoridades de defesa da ordem econômica, pois se trata de um mercado cujos produtos são essenciais à saúde da população brasileira, que revela uma carência assustadora dos produtos em questão, principalmente no segmento de baixa renda.

51. Uma análise técnica que revele o número de brasileiros que não participam do mercado consumidor desses produtos e que poderiam vir a ser a ele incorporados em razão das melhorias advindas do programa econômico de estabilização ou de campanhas de saúde pública voltadas para a higiene oral não é encontrada nos relatórios citados.

52. Os dados sobre consumo foram essencialmente colhidos em grandes capitais e especialmente no sudeste e

centro-sul do país. A falta de amplitude encontrada nos dados contidos no processo, bem como a falta de uma análise que levasse em consideração a segmentação do mercado relevante de creme dental e escova pelas faixas de renda da população e pelos segmentos de aplicação (“cosméticos”, “anti-cárie” e “medicinal”) e podem levar a uma deturpação do conjunto da análise antitruste por este Órgão Judicante, especialmente no que se refere ao atendimento do inciso II do § 1º do art. 54.

53. Sobretudo porque, ante o quadro transcrito no item 49, assusta ouvir falar em creme dental com aplicação cosmética, especialmente se for ele o destinado à classe de renda mais baixa. Assim, de imensurável benefício ao consumidor seria, adicionar aos creme dentais integrantes deste segmento de aplicação, se existente, como decorrência das eficiências obtidas pela operação, qualidades medicinais, e particularmente anti-cárie. Análise desse modo fica prejudicada.

54. Este fato já havia sido alertado por ocasião do Parecer exarado pelo Douto Procurador da Fazenda Nacional Dr. José Nazareno S. Dias, que atuou no processo como Procurador “Ad Hoc”. Nada nos impede, entretanto, de concluir que o compromisso de desempenho onde as empresas formalizem a intenção de manterem suas atividades comerciais separadas e de preservarem e fortalecerem as marcas e produtos encontrados atualmente no mercado, além da manutenção dos preços em níveis estáveis, em decorrência das eficiências e redução de custos bem como do lançamento de novos produtos e melhoria da qualidade dos produtos ora existentes, poderia trazer benefícios ao consumidor, assegurando sejam distribuídas equitativamente as vantagens auferidas com a concentração desde que acompanhadas de outras condições que serão mencionadas posteriormente.

EFEITOS DA OPERAÇÃO - DAS BARREIRAS À ENTRADA E DA ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA DE PARTE SUBSTANCIAL DO MERCADO RELEVANTE

55. Como já foi dito o que se pretende com a análise do ato de concentração é verificar até que ponto estão sendo alteradas as condições competitivas do mercado em prejuízo à concorrência e, por extensão, aos consumidores. Desse modo, há de se levar em conta dois momentos distintos: a situação anterior à operação examinada e aquela depois de sua verificação, afinal, os participantes só respondem pelos riscos anticompetitivos decorrentes do acréscimo de poder de mercado resultante do ato que praticaram, e não pelas situações de imperfeição da concorrência já encontradas no mercado.

56. No caso concreto, verifica-se que ambos os participantes detinham posição dominante anteriormente à prática do ato em análise, segundo a presunção estabelecida no § 3º do art. 20 da Lei 8,884/94. Também constata-se, nos diversos pareceres que compõem o processo, que o mercado de creme dentais apresenta a estrutura de oligopólio caracterizado por grande diferenciação de produtos, o que torna difícil uma avaliação das condições competitivas anteriores e posteriores ao ato ora examinado, sobretudo quando soma-se a isso as diferenças de ambientes econômicos encontradas no país - antes e depois da abertura do mercado (1990) e do plano real (1994).

57. A maior preocupação sentida no curso do processo são relacionadas com barreiras à entrada. Foi demonstrada a existência de algumas barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado sobretudo associadas à presença de custos irrecuperáveis em decorrência da diferenciação de produtos por marcas que conseguem obter lealdade dos consumidores . Todavia não restou demonstrado que essas barreiras constituem novas barreiras estruturais, ou que são acréscimo às barreiras preexistentes, e que surgiram em decorrência do simples aumento da concentração ou do maior potencial para práticas anticoncorrenciais originadas pela aquisição da Kolynos.

58. Além disso, o fato de ser o creme dental um bem de consumo habitual (de uso contínuo) não-durável, e cujo custo de troca e experiência pelo consumidor é inexpressivo, a lealdade dos consumidores à marca, termina por ser atenuada pela concorrência em preços ou em promoções de outras marcas, uma vez que os fatores que criam essa lealdade não são muito significativos, sobretudo quando comparados a bens de consumo duráveis.

59. Dois outros aspectos importantes a serem considerados na análise das condições competitivas em um oligopólio também são atenuados por diversos fatores.

60. O primeiro refere-se aos efeitos anticompetitivos em termos de preços. E aí é curioso observar que os preços dos cremes dentais populares têm oscilado pouco, pois encontram-se limitados por um lado aos produtos de melhor tecnologia e apresentação e, por outro, às margens já baixas o que impede a sua diminuição. Embora a importação não tenha participação significativa no mercado, a ausência de barreiras legais e tarifárias (a alíquota de importação é baixa - 2%) expõem o setor às importações, especialmente se necessário fazer frente a um aumento considerável e persistente de preços decorrentes da operação, sobretudo nos produtos destinados à faixa de renda média e alta da população. Além disso, uma prática, pouco provável de preços predatórios poderia ser bem suportada pelos concorrentes que também são de grande porte.

61. O segundo diz respeito à estrutura da distribuição. Não se encontra nos autos argumentos que promovam maiores preocupações quanto à possíveis efeitos restritivos ao acesso de concorrentes, efetivos ou potenciais, uma vez que os canais de comercialização, venda e distribuição são basicamente os mesmos e, por apresentarem-se razoavelmente pulverizados tanto no que se refere às empresas concorrentes quanto a outras

linhas de produtos do setor de higiene bucal ou pessoal, não estão vulneráveis à qualquer tipo de controle, ainda que parcial. Constituem os canais de distribuição: como pontos de venda os supermercados, farmácias e armazéns em todo o país; e, como distribuidores as grandes e médias empresas distribuidoras independentes (Parecer da SEAE, p.45).

62. Embora nas análises encontradas nos autos demonstrem que existem possibilidades de entrada de novos concorrentes no mercado, ainda que bastante dificultada, não se pode negar que a operação em exame implica em significativa redução da concorrência encontrada no mercado já concentrado. Afinal, a aquisição da empresa líder pela segunda no setor, além de eliminar um concorrente, provoca inexoravelmente um potencial de dano à concorrência - ainda que as suas administrações sejam mantidas separadamente -, tendo em vista a diminuição da necessidade de competitividade entre as duas empresas que passam a participar do mercado em situação de quase monopólio, pelo menos em termos quantitativos.

63. Desse modo verifica-se o não atendimento à condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54. E o não atendimento a este dispositivo resultante do alto grau de concentração verificado, além do potencial prejuízo à concorrência poderá a médio ou longo prazo traduzir-se num prejuízo aos consumidores, especialmente após decorrido o período em que a operação se encontra sujeita a compromisso de desempenho perante o CADE.

DA PROPOSTA DA COLGATE-PALMOLIVE

64. Ante o exposto, este Conselho, ao apreciar o ato examinado, se concluir pela sua aprovação, deverá fazê-lo apenas mediante compromisso de desempenho, estabelecendo como condição o saneamento do risco proveniente da

concentração resultante da aquisição da Kolynos pela Colgate. Nesse sentido, a proposta apresentada pela própria Colgate de fornecer todos os elementos para que novos entrantes atinjam, em 3 ou 5 anos, um “market share” de 15% a 20% do mercado de creme dental.

65. A aceitação da proposta fixando-se o percentual em 20%, e ressaltando-se que “todos os elementos fornecidos pela Colgate” não podem implicar em práticas anticompetitivas, parecem compensar razoavelmente o não atendimento do mencionado dispositivo legal, pelos benefícios que traria à concorrência e aos consumidores com a entrada de novos investidores no mercado. Paralelamente poderiam ser fixadas metas arrojadas de exportação, bem como especificados os demais investimentos e vantagens oferecidas pela empresa, sobretudo aquelas relacionadas à melhoria da qualidade do produto.

66. Com este compromisso, estar-se-ia entregando ao próprio mercado a solução para torná-lo mais competitivo, pois as concorrentes, em busca pela ocupação do espaço, se interessariam pela fiscalização do compromisso assumido pela Colgate, somente cabendo ao CADE fiscalizar o resultado, que certamente culminaria com uma situação pelo menos tão competitiva quanto a anterior. Esta condição, de uma só vez, asseguraria o atendimento ao contido nos incisos II e III do § 1º do art. 54.

67. A sua eficácia, entretanto, dependerá do estabelecimento de compromisso em que a empresa pague anualmente pesquisa a ser realizada por instituto especializado, por indicação do CADE e com a interveniência de organismos nacionais de defesa do consumidor, durante o prazo de cinco anos. Além disso o novo entrante teria de ser empresa conceituada que apresentasse condições de manter-se no mercado após atingir aquele percentual de participação.

68. Esta Procuradoria recomenda, ainda, que, por prudência, sejam mantidas separadamente as atividades comerciais da Kolynos e da Colgate pelo período em que a empresa estiver sujeita a compromisso de desempenho, caso este Colegiado resolva pela aprovação da operação, pois isto facilitará a execução de uma possível revogação da aprovação pelo CADE, caso se verifique o descumprimento do compromisso de desempenho assumido, nos termos previstos no § 3º do art.58 da Lei 8.884/94.

CONCLUSÃO

69. Considerando que os argumentos de fato e de direito acima aduzidos sobre a operação ora analisada bem demonstram que o atendimento das quatro condições estabelecidas no § 1º do art. 54 é viável mediante a aceitação da proposta da empresa de se comprometer perante este colegiado a “fornecer todos os elementos para que novos entrantes atinjam, em 3 a 5 anos, um “market share” de 20% do mercado de creme dental”; e considerando que a transformação da Kolynos num centro de exportação se coaduna com as necessidades do atual momento econômico brasileiro, esta Procuradoria se manifesta pela aprovação da operação examinada mediante compromisso de desempenho.

Brasília, 18 de setembro de 1996

Marusa Freire
Procuradora-Geral do CADE

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA SALGADO

RELATÓRIO

1. OPERAÇÃO

Trata-se de ato de concentração econômica, submetido ao CADE na forma do art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que consiste na aquisição da KOLYNOS do Brasil S/A, atual KOLYNOS do Brasil Ltda., pela Colgate-Palmolive Company, em decorrência de compra realizada no exterior, através de processo privado de leilão, no qual a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation (AHP).

A K&S Aquisições Ltda., que também presta as informações em nome de sua controladora indireta Colgate-Palmolive Company, esclarece que a transação referente ao Brasil ocorreu em 10 de janeiro de 1995, mediante aquisição do negócio de saúde bucal de Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., que por sua vez é subsidiária brasileira de American Home Products Corporation. O preço do negócio referente à parte brasileira foi de US\$ 760 milhões, o que representa cerca de 73% do valor da operação mundial.

Segundo a K&S Aquisições Ltda., a aquisição do controle acionário da KOLYNOS do Brasil Ltda., criará as condições necessárias para a manutenção e o aumento da

capacidade produtiva, desenvolvimento tecnológico, promoção do alcance de economias de escala, incremento de exportações e desenvolvimento do mercado interno de saúde bucal, mais precisamente o mercado de creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal.

A notificação do referido ato foi feita à Secretaria de Direito Econômico, em 30/01/95, tendo sido cumprida as exigências legais estabelecidas no 4º §, do art.54, da Lei 8.884/94.

2. DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO

2.1. Colgate-Palmolive Company

A Colgate-Palmolive Company, doravante denominada simplesmente COLGATE COMPANY, sediada nos EUA, mantém operações em mais de 75 países e exporta para mais de 100. Atua no segmento de higiene e limpeza, destacadamente higiene bucal, higiene pessoal, produtos para limpeza doméstica, cuidados com tecidos, bem como em segmentos da indústria de nutrição animal.

É no segmento de higiene bucal (creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal) que a COLGATE COMPANY detém liderança mundial.

Sendo a única empresa global voltada prioritariamente para a higiene bucal, a COLGATE COMPANY possui 47 fábricas de produtos de higiene bucal no mundo inteiro, número superior ao de qualquer concorrente.

De acordo com as informações prestadas às fls.11 e 13, os negócios realizados em 1994 pela COLGATE COMPANY no segmento de higiene bucal foram da ordem de US\$ 2,4 bilhões, o que representa 24% do faturamento bruto mundial, estimado em US\$ 10 bilhões.

Nos últimos cinco anos, a COLGATE COMPANY investiu cerca de US\$ 1,894 bilhão (excluída a operação KOLYNOS) em aquisições ou em joint-ventures, dos quais 19,61% envolvem negócios de higiene bucal (fls. 508, Apenso III). Nestes termos, é importante destacar que a aquisição da KOLYNOS representa o maior investimento realizado pelo Grupo, ou seja, 55% dos investimentos realizados pela COLGATE COMPANY.

A COLGATE COMPANY no Brasil opera através de suas subsidiárias C-P Têxtil Industrial Comércio Ltda. (100%) e Colgate-Palmolive Ltda. (100%), doravante denominada simplesmente COLGATE LTDA., que, por sua vez, detém 50% da Dental Pack Ind. Comércio Ltda. e, no Uruguai, 100% da Alexandria S.A. (fls. 245 a 246, Apenso III).

Cabe ressaltar que a empresa Dental Pack Ind. Comércio Ltda., fabricante de tubos laminados usados como recipiente de cremes dentais, iniciou suas operações a partir de uma joint-venture entre COLGATE LTDA. e Itap Embalagens S.A., sendo sua produção vendida exclusivamente à COLGATE LTDA.

Em 06/09/95, o CADE foi notificado da aquisição da Dental Pack Ind. Comércio Ltda. pela COLGATE LTDA. O valor da transação foi de US\$ 2,4 milhões (fls. 505, Apenso III).

Em 1990, a COLGATE LTDA. adquiriu, por aproximadamente US\$ 11 milhões, a linha de produtos Pinho Sol, da Clorox Company.

A COLGATE LTDA. atua no segmento de saúde bucal, higiene pessoal e limpeza doméstica (fls.07), note-se que os negócios realizados com o segmento de saúde bucal no período 1990/94 representou cerca de 36,4%¹ de suas vendas líquidas, sendo a vice-líder de vendas do produto creme dental (fls.62, Apenso IV).

Atualmente, a empresa é constituída por 3 (três) unidades produtivas localizadas em São Paulo, tendo aumentado significativamente sua capacidade produtiva, em 1992, quando entrou em funcionamento sua unidade de Osasco que teria incorporado, segundo a empresa, tecnologia de última geração, exigindo um investimento da ordem de US\$ 18 milhões (fls. 426).

Até 1994, a empresa foi responsável pela distribuição no país do creme dental “Sensodyne”, produzido pela Sttaford-Miller, uma fabricante que não pertence ao Grupo COLGATE COMPANY.

A COLGATE LTDA. declara que, além do acesso ao núcleo de pesquisa e desenvolvimento da COLGATE COMPANY, em Piscataway, suas unidades produtivas contam com apoio de um centro próprio de pesquisa e de controle de qualidade (fls. 434), empregando juntas, no presente momento, 1.330 funcionários (fls.08).

Cabe observar que a COLGATE COMPANY alega que o negócio KOLYNOS do Brasil Ltda., não envolve a COLGATE LTDA. e que pretende mantê-las, sob todos os aspectos, operacionalmente separadas (fls.51).

2.2 - KOLYNOS do Brasil Ltda.

¹ Participação média do segmento de higiene bucal no faturamento bruto da empresa. Os dados primários constam do Quadro VI.

A American Home Products, empresa vendedora do negócio KOLYNOS, sediada nos EUA, é uma empresa de capital aberto, com ações negociadas na Bolsa de Valores de Nova Iorque e possui um faturamento anual de US\$ 13 bilhões.

A American Home Products atua nos mercados de medicamentos éticos, de medicamentos de venda livre (OTC`s) e de produtos de higiene pessoal, veterinário, linha terapêutica e biológica.

Entre as grandes aquisições realizadas no mercado mundial, em 1994, encontra-se a compra efetuada pela American Home Products da American Cyanamid Company, uma companhia da área de medicamentos e produtos químicos agroquímicos pelo valor de US\$ 9,7 bilhões (fls. 92, Apartado V).

É controladora da Whitehall Internacional Inc., empresa que opera no Brasil através da American Home Products do Brasil S.A. e dos Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., que por sua vez controlava os negócios KOLYNOS através da Divisão Anacol.

Os Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. foram criados em 1992, após uma reorganização societária de empresas do mesmo Grupo, que gerou uma fusão entre as empresas Anacol Ind. Com. Ltda. e Laboratórios Wyeth Ltda (fls. 361).

Com a aquisição da American Cyanamid Company, a American Home Products passou a deter 100% da Cyanamid Química do Brasil Ltda., empresa que atua no segmento de produtos veterinários. Cabe observar que American Home Products também está se desfazendo desta empresa, através de negócio realizado com a Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A.

De acordo com as informações prestadas, a American Home Products em função da aquisição de American Cyanamid Company não possuía mais interesse em atuar no segmento de mercado de saúde bucal, devendo centralizar sua atuação no segmento químico e farmacêutico. A venda da KOLYNOS vem de encontro com sua necessidade de aportes financeiros (fls. 72 e 92, Apartado V).

Informam, ainda, que embora o negócio KOLYNOS fosse rentável, a American Home Products deixou de investir em P&D, o que gerou atraso tecnológico de seus produtos frente às outras marcas.

Dentre as empresas de grande porte que operam no mercado brasileiro de saúde bucal, a KOLYNOS é a única que se dedica exclusivamente à produção das linhas de produto de higiene bucal - creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal (fls. 408).

Vale notar que, embora sua participação tenha decrescido ao longo dos últimos três anos, a KOLYNOS é a líder nacional no segmento de creme dental e vice-líder em valor de vendas no segmento escova dental, detendo, respectivamente, cerca de 52% e 20%² de participação no mercado.

A KOLYNOS é constituída por uma única unidade produtiva, localizada em São Bernardo do Campo, que também conta com um núcleo de pesquisa e desenvolvimento, empregando 3.170 pessoas (fls. 06).

3. ETAPAS DO NEGÓCIO

² Participação média da Kolynos em relação ao total faturado, no país, com as vendas de creme escova dental (fls. 62 e 64, Apenso IV).

De acordo com as informações contidas às fls.02, a American Home Products - USA colocou à venda o seu negócio mundial de saúde bucal, negócio este conduzido pela sua subsidiária Whitehall International Inc., através de leilão privado, realizado pelo Banco de Investimentos J.P. Morgan.

Afirma, ainda, que em consequência do porte e da natureza do negócio, apenas as companhias multinacionais de grande expressão participaram do leilão, tais como Smithkline Beecham, Unilever, Johnson & Johnson, Warner Lambert e Procter & Gamble (fls. 93, Apartado V).

O valor ofertado pela COLGATE COMPANY, de US\$ 1,04 bilhões, garantiu a aquisição dos ativos e marcas de higiene bucal colocados à venda pela American Home Products na Europa, Extremo Oriente e América Latina, à exceção das unidades produtivas da Índia, Colômbia e Argentina (fls.3).

Em 14/08/96 foram solicitados esclarecimentos quanto à operação, a fim de se identificar o significado desta para a Região. Só então, pode-se apreender que na Argentina e na Colômbia também se adquiriu a marca Kolynos, estoques e alguns equipamentos, que foram transferidos para as fábricas da empresa localizadas nesses países. Apenas imóveis e equipamentos utilizados na produção de medicamentos foram excluídos.

Cabe observar, ainda, que a COLGATE COMPANY adquiriu o portfólio completo, a nível mundial (134 países), dos registros da marca Kolynos, que cobrem não apenas a Índia, mas vários outros países além daqueles onde os produtos estavam sendo comercializados por ocasião da aquisição, inclusive no Chile, Uruguai e Paraguai (fls.2.716).

Quadro I

Compra da Kolynos pela Colgate Company, em alguns países selecionados - ativos envolvidos

Ativos Envolvidos	Países
Marcas, Equipamentos e Instalações	Brasil
Marcas e Equipamentos	Argentina Colômbia Perú
Apenas Marcas	Bolívia e Paraguai (Comercialização via importação do Brasil) Uruguai (Comercialização via importações do Brasil e Argentina) Equador Venezuela (Comercialização via importações da Colômbia) Hungria (Produção terceirizada) Taiwan e Grécia (Comercialização através de licenciamento)

Fonte: Colgate Company (fls.2715 a 2727). Elaboração: CADE.

No Brasil os negócios KOLYNOS faziam parte da Divisão Anakol dos Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., sociedade brasileira, controlada por American Home Products.

Segundo a Requerente, por imposição contratual da American Home Products, a implementação da operação no Brasil compreendeu vários atos societários envolvendo transferências financeiras internacionais, na forma da circular n.º 2242, de 07/10/92, do BACEN, que resultou nas seguintes operações (fls.188, Apartado V):

I. Os Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. criaram uma nova subsidiária, sob a denominação de KOLYNOS do Brasil S.A., para a qual foram transferidos todos os passivos e ativos relacionados ao negócios KOLYNOS no Brasil;

II. Os Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., no ato, subscreveram as ações de KOLYNOS do Brasil S.A. em favor de sua subsidiária uruguaia Yonkers S.A.;

III. A COLGATE COMPANY criou uma nova subsidiária nos EUA, sob a denominação KAC Corp., que por sua vez criou uma subsidiária no Brasil, sob a denominação de K& S Aquisições Ltda.;

IV. A K&S Aquisições Ltda. criou uma subsidiária uruguaia, sob a denominação Albala S.A., empresa que, por meio de empréstimo equivalente ao valor do negócio brasileiro - US\$ 760 milhões, realizado pela KAC Corp. à K&S Aquisições Ltda. - efetuou o pagamento do negócio KOLYNOS, através da Yonkers, à Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda.;

V. A Albala S.A transferiu as ações de KOLYNOS do Brasil S.A. para K&S Aquisições Ltda.;

VI. A KOLYNOS do Brasil S.A. e K&S Aquisições Ltda. foram fundidas em uma única empresa, sob a denominação KOLYNOS do Brasil Ltda., doravante denominada KOLYNOS ou Requerente, que continuou sendo subsidiária de KAC Corp., que por sua vez teve sua denominação alterada para KOLYNOS Corporation.

4. INFORMAÇÕES ECONÔMICAS DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NA OPERAÇÃO

4.1 - Produção e Capacidade Instalada

Da análise das informações apresentadas pela KOLYNOS, constata-se que durante o período 1990/94 sua produção de creme dental cresceu cerca de 3,77% a.a., aumentando de 34.151 toneladas/a para 39.600 toneladas/a, enquanto que o incremento na produção de escova dental ficou em torno de 3,21% a.a., crescendo de 33.795 unidades/ano para 38.350 unidades/ano. (Quadro II)

Não passou despercebido desta Conselheira-Relatora que o volume de produção de creme dental nos anos 1990/91/93 foi sempre abaixo do volume vendido³.

Nesse contexto, é importante destacar que não é padrão desse tipo de indústria operar com grandes estoques. Nos mercados de bens de consumo não duráveis a rotação é alta e não ocorre variações inesperadas da demanda, o que permite uma razoável previsibilidade das vendas, além do que o custo financeiro de manutenção de estoques é elevado. Ao mesmo tempo, não seria razoável supor que a empresa tenha acumulado estoques em 1989. Naquele ano o crescimento conjuntural da economia e as altas taxas de inflação contribuíram para o incremento da demanda, em particular para formação de estoques domésticos.

Todavia, há que se levar em conta que as diferenças entre os volumes produzidos e vendidos não ultrapassam, em média, 601.000⁴ toneladas/ano, o equivalente a 1,55%, margem esta que considero aceitável, por não prejudicar substancialmente a análise dos possíveis impactos que a concretização da operação, ora em exame, possa causar no mercado interno.

³ A relação entre volume produzido e vendido é dada a partir dos dados do Quadro II e das informações contidas às fls. 409, dos autos.

⁴ idem

Considerando-se esses dados e a partir da análise do Quadro III, verifica-se que em relação ao creme dental, o nível médio de capacidade ociosa da KOLYNOS situou-se em torno de 29%, sendo que sua capacidade instalada aumentou, a partir de 1992, para 54.357 toneladas/ano.

Com relação aos investimentos voltados para expansão de capacidade instalada, pode-se afirmar que a prioridade da empresa esteve voltada para o incremento das linhas de produção de escova dental. Note-se que a sua capacidade produtiva cresceu cerca de 33%, aumentando de 37.367 unidades/ano para 49.823 unidades/ano, enquanto que a ampliação da capacidade de produção relativa a creme dental cresceu aproximadamente 5%.

Embora tenha expandido sua capacidade de produção, é importante destacar que em relação à escova dental, a KOLYNOS, entre 1993/94, ainda manteve elevado grau de utilização de sua capacidade, em 76,5%. Particularmente no que diz respeito à fio dental, parte de sua produção é adquirida junto à Indústria e Comércio de Representações Poli Products Ltda, que, também, é fabricante de escova dental e responsável pela produção de outros produtos de higiene bucal para terceiros (fls. 112, Apenso IV).

No que diz respeito à COLGATE LTDA, verifica-se que durante o período 1990/94 sua produção de creme dental cresceu cerca de 7,49% a.a., aumentando de 13.556 toneladas/ano para 18.100 toneladas/ano (Quadro IV).

Comparando os dados relativos à produção e capacidade instalada, verifica-se que, até 1992, em relação ao creme dental, o nível de produção ocupava em média 84% da capacidade produtiva disponível pela empresa, sendo que esta situação se inverte em 1994, quando a empresa passa ocupar apenas 65% da sua capacidade produtiva.

Contudo, este fato pode ser explicado em função do início das operações da fábrica de Osasco, que representou um investimento total de US\$ 18 milhões, tendo a COLGATE LTDA. expandido significativamente sua capacidade instalada para creme dental, aumentando de 18.000 toneladas/ano para 28.000 toneladas/ano.

Quanto aos produtos escova dental e enxaguante bucal, embora a COLGATE LTDA. tenha aumentado consideravelmente sua capacidade produtiva, sua produção continua a ser dependente de terceiros.

Segundo a COLGATE LTDA., cerca de 34% da sua linha de produção de escova dental é terceirizada, o que é feito através de fabricantes locais - Indústrias Augusto Klimmek (o terceiro maior concorrente no mercado), Techno Plastic e Indústria e Comércio de Representações Poli Products Ltda - e, por meio de importações, em particular no que se refere ao modelo “Zig Zag” produzido pela Anchor Advance Products Inc. (fls. 572).

No caso de fios dentais, a dependência de terceiros ainda é total. Toda a produção é feita pela empresa Indústria e Comércio de Representações Poli Products Ltda.

Quadro II

Produção da KOLYNOS - (Divisão Anakol)

Ano	Creme Dental ⁽¹⁾	Escova de Dente ⁽²⁾	Fio Dental ⁽²⁾	Enxaguante Bucal ⁽²⁾
1990	34.151	33.795	811	90
1991	38.700	29.890	1.728	56
1992	38.700	29.260	1.339	159
1993	37.200	37.880	1.215	212

1994	39.600	38.350	706	248
------	--------	--------	-----	-----

Fonte: KOLYNOS (fls. 678). Elaboração: CADE

Notas: (1) Em Toneladas.

(2) Em 1.000 unidades.

Quadro III

Capacidade Instalada da KOLYNOS - (Divisão Anakol)

Ano	Creme Denta l⁽¹⁾	Utiliz. de Capac . %	Escova Dental⁽²⁾	Utiliz. de Capac . %	Fio Denta l⁽²⁾	Utiliz. de Capac . %	Enxaguante Bucal⁽²⁾	Utiliz. de Capac . %
1990	51.639	66,13	37.367	90,44	3.000	27,03	1.080	8,33
1991	51.639	74,94	37.367	79,99	3.000	57,60	1.080	5,19
1992	54.357	71,20	49.823	58,73	3.000	44,63	1.080	14,72
1993	54.357	68,44	49.823	76,03	3.000	40,50	1.080	19,63
1994	54.357	72,85	49.823	76,97	3.000	23,53	1.080	22,96

Fonte: KOLYNOS (fls. 408). Elaboração: CADE

Notas: (1) Em toneladas.

(2) Em 1.000 unidades.

Quadro IV

Produção da COLGATE LTDA.

Ano	Creme	Escova de	Fio	Enxaguante
------------	--------------	------------------	------------	-------------------

	Dental ⁽¹⁾	Dente ⁽²⁾	Dental ⁽²⁾	e Bucal ⁽²⁾
1990	13.556	229		
1991	16.462	66		
1992	18.639	5.356		106
1993	17.017	7.810	784	175
1994	18.100	15.612	1.141	351

Fonte: COLGATE LTDA. (fls.426). Elaboração: CADE

Notas: (1) Em toneladas.

(2) Em 1.000 unidades.

Quadro V

Capacidade Instalada da COLGATE LTDA.

Ano	Cremente Dental ⁽¹⁾	Utiliz. de Capac · %	Escov a Dental ⁽²⁾	Utiliz. de Capac · %	Fio Dental ⁽²⁾	Utiliz. de Capac · %	Enxaguant e Bucal ⁽²⁾	Utiliz. de Capac · %
1990	18.000	75,31	1.000	22,90	0	-		-
1991	19.000	86,64	1.000	6,60	0	-	1.200	0,00
1992	21.000	88,76	10.000	53,56	0	-	1.200	8,83
1993	22.000	77,35	10.000	78,10	0	-	1.200	14,58
1994	28.000	64,64	10.000	156,12	0	-	1.200	29,25

4								
---	--	--	--	--	--	--	--	--

Fonte: COLGATE LTDA.(fls.426). Elaboração: CADE

Notas: (1) Em toneladas.

(2) Em 1.000 unidades.

4.2 - Faturamento

A KOLYNOS, dentre às empresas que atuam no mercado brasileiro, de grande porte, é a única que opera exclusivamente no mercado de higiene bucal e, seu faturamento, em 1994, foi da ordem de US\$ 227 milhões, dos quais 90% corresponderam à comercialização de creme dental (Quadro VI).

Avaliando a importância das demais linhas no faturamento da empresa, percebe-se que, embora em termos reais tenha crescido 6,50% a.a., a participação do produto escova dental no faturamento total da empresa, nos últimos quatro anos vem perdendo expressividade, visto que em 1990 representava 9,47% caindo para 8,44%, em 1994. Já os produtos enxaguante bucal e fio dental têm peso marginal nos negócios dessa empresa.

Em 1994, o faturamento total da COLGATE LTDA. alcançou a cifra de US\$ 265,88 milhões, dos quais 60% corresponderam aos negócios realizados com produtos de higiene e limpeza. Todavia, cabe salientar que os negócios efetuados com os produtos de higiene bucal, que até 1992 representavam 32%, foram os que mais cresceram entre 1990/94, observa-se que o faturamento obtido com as vendas de produtos de higiene e limpeza cresceu à 5,31% a.a., enquanto que os produtos do segmento de higiene bucal cresceram cerca de 13,74% a.a. (Quadro VI).

Da mesma forma que para a KOLYNOS, o creme dental é o item de maior peso no faturamento do segmento, representando 90% do faturamento desse segmento - 32% do

faturamento total. A escova dental contribui em média com cerca de 6,52% - 2,6% do faturamento total (fls. 445).

Quadro VI

Faturamento nos Últimos Cinco Anos

US\$ 1.000

Ano/Empres a	KOLYNOS (Divisão Anacol)			COLGATE LTDA.	
	Creme Dental	Escova Dental	TOTAL	Higiene Bucal	TOTAL
1990	141.70 5	14.894	157.201	63.230	193.362
1991	119.75 8	11.524	132.498	52.731	162.650
1992	152.28 9	12.874	167.533	80.321	215.598
1993	117.30 7	17.438	197.070	88.288	219.888
1994	205.81 8	19.162	227.147	105.820	265.876

Fonte: KOLYNOS do Brasil (fls. 696) e COLGATE LTDA.(fls.445). Elaboração: CADE

4.3 - Investimentos

Dos investimentos realizados pela COLGATE LTDA., entre 1990/94, verifica-se que no triênio 1990/93, mais da metade dos recursos foram destinados à ampliação de sua capacidade produtiva do segmento de higiene bucal, período este de construção/instalação da unidade de Osasco. Muito embora fosse previsível que nos anos subseqüentes o aporte de

recurso destinado a esse segmento sofresse redução, não se pode deixar de observar que em 1994 o volume investido não atingiu 50% dos US\$ 3.075 milhões aportados em 1993 (Quadro VII).

Nesse contexto, vale notar que a título de manutenção e aquisição de equipamentos e maquinarias, a COLGATE LTDA., em 1994, investiu apenas 1,36% do seu faturamento.

Para os próximos 3 (três) anos a COLGATE LTDA. planeja investir o montante de US\$ 4.392 milhões (fls. 146, Apenso IV), visando manter a qualidade do processo de produção, assim como do produto acabado (modernização, tecnologia e capacidade produtiva), excluindo-se os investimentos voltados para desenvolvimento e promoção dos produtos (P&D, marketing e propaganda). Ou seja, a perspectiva da empresa é manter a mesma relação entre investimentos e faturamento realizada em 1994.

Quanto à KOLYNOS, à exceção de 1992, quando foi maior o aporte de recursos para ampliação de capacidade produtiva, seus investimentos situam-se em torno de 2% do faturamento (Quadro VIII).

Outro ponto a ser ressaltado refere-se aos investimentos realizados em P&D, observa-se que esses gastos em relação ao faturamento da empresa cresceram durante todo o período em análise, sendo que, em 1994, registra-se o maior valor investido, US\$ 2.226 milhões. Não obstante tal valor, não ultrapassou 0,98% de suas vendas (fls. 150, Apenso IV).

A KOLYNOS, por sua vez, projeta investir entre 1.995/2.001 aproximadamente US\$ 77 milhões em expansão de capacidade instalada e na melhoria do padrão de qualidade através da compra de máquinas e equipamentos de última geração. Destes recursos, US\$ 17 milhões foram orçados para 1995, com o objetivo de inserir inovações tecnológicas na sua

linha de escova dental e para viabilizar seu plano de exportações (fls.206, Apartado V).

Quadro VII

**Investimentos Realizados⁽¹⁾ pela Colgate Ltda., em
Manutenção e Ampliação
da Capacidade Produtiva e Participação no Faturamento,
nos Últimos Cinco Anos**

Produtos	1994	1991	1992	1993	1994
Higiene Bucal (Maquinaria e Equipamentos) ⁽¹⁾	9.137	2.656	4.317	3.075	1.443
% do faturamento - Higiene Bucal	14,45 %	5,04 %	5,37 %	3,48% %	1,36 %
% do faturamento - Total	4,73%	1,63 %	2,00 %	1,40%	0,54 %
Total (Higiene Bucal + Limpeza) ⁽¹⁾	11.729	4.911	7.983	10.975	8.107
% do faturamento - Higiene Bucal	18,55 %	9,31 %	9,94 %	12,43 %	7,66 %
% do faturamento - Total	6,07%	3,02 %	3,70 %	4,99%	3,05 %

Fontes: COLGATE LTDA.(fls.480, 482 e Apenso - respostas ao art. 10). Elaboração: CADE

Nota: (1) em US\$ 1.000

Quadro VIII

**Investimentos Realizados pela KOLYNOS - (Divisão Anakol)
⁽¹⁾ e Participação no Faturamento**

Produtos	1990	1991	1992	1993	1994
Maquinaria e Equipamentos ⁽¹⁾	n/d	n/d	2.807	3.213	1.449
Total ⁽¹⁾	3.420	6.540	4.230	4.005	4.944
% do faturamento	2,18%	4,94%	2,52%	2,03%	2,18%

Fonte: KOLYNOS (fls. 697 e Apenso - respostas ao art. 10).
Elaboração: CADE

Nota: (1) em US\$ 1.000

4.4 - Clientes

A Requerente alega, neste particular, que os clientes de ambas as empresas são Companhias de grande capacidade financeira, o que as habilitam a negociar termos e condições mais favoráveis de vendas diretamente com os seus fornecedores, além do que são perfeitamente aptas para se defenderem de práticas de mercado desleais como aumento de preços. A requerente alega adicionalmente que, diante de uma eventual situação dessa natureza, ainda existe a alternativa de recorrerem ao mercado externo, dado que as alíquotas de importação não constituem barreiras, tão pouco existem barreiras alfandegárias e que há, ainda, a alternativa de entrar no mercado com sua própria marca de produto (fls. 430 e 115 do Apenso IV).

Constata-se da documentação apresentada pela COLGATE LTDA. e pela KOLYNOS que as vendas realizadas são pulverizadas. Os cinco principais clientes da KOLYNOS representam apenas 17% de suas vendas (Quadro IX), enquanto que os seis maiores clientes da COLGATE LTDA. detêm 23,1% de suas vendas (Quadro X). Cabe observar que nestes

percentuais de vendas estão incluídas todas as linhas de produtos de cada empresa, dado que são utilizados os mesmos canais de comercialização, venda e distribuição.

As empresas declararam que não efetuavam vendas às Companhias direta ou indiretamente ligadas a elas (fls. 413 e 431).

De acordo com a requerente, todos esses produtos estão sujeitos às mesmas políticas de preço, independentemente da natureza e/ou dimensão dos canais de distribuição envolvidos, seu volume de compras ou localização geográfica. A única diferença é que a COLGATE LTDA., da mesma forma que todos os outros fabricantes de produtos de higiene e limpeza, realiza, ocasionalmente, campanhas proporcionais para reforçar a venda de um ou mais de seus produtos no segmento. Essas campanhas promocionais, realizadas ao nível de distribuição ou do consumidor final, assumem diferentes formas (redução de preços, prêmios, etc.) e resultam algumas vezes na adoção de diferentes preços para um ou mais produto.

Em termos de prazo de pagamento, a KOLYNOS opera com prazo de trinta dias após a entrega do produto, enquanto para a COLGATE LTDA. os pagamentos são devidos vinte dias após o recebimento dos produtos.

Quadro IX

Principais Clientes da KOLYNOS - (Divisão Anakol)

Clientes	Percentual s/ Vendas
Martins Com. Imp. e Exp. Ltda.	6,2
Carrefour Com. e Ind.	3,4
Peixoto Com. e Ind. Ltda.	2,9

Empresa Bahiana de Alimentos	2,5
Cia. Bras. Distribuição	2,0
Sub-Total:	17,0
Outros (15 clientes)	10,2
Total	27,2

Fonte: KOLYNOS do Brasil (fls. 413). Elaboração: CADE

Quadro X

Principais Clientes da COLGATE LTDA.

Clientes	Percentual s/ Vendas
Carrefour Com. e Ind.	5,75
Com. Imp. Exp. Arcon Ltda.	5,74
Martins Com. Imp. e Exp. Ltda.	4,55
Cia. Bras. Distribuição	3,36
Grupo Bejamim	2,57
Lojas Americanas S/A	1,46
Sub-Total:	23,43
Outros (14 clientes)	13,37
Total	36,80

Fonte: COLGATE LTDA. (fls.430). Elaboração: CADE

4.5 - Cadeia Produtiva

O processo produtivo do creme passa por três fases básicas: i) manufatura de tubos laminados; ii) fabricação do creme e; iii) enchimento do creme no tubo.

Na etapa de manufatura de tubos, lingotes de alumínio são derretidos e transformados em chapas frias, que são transformadas em lâminas. Essas são submetidas a um processo de cunhagem, passando em seguida por um processo de extrusão, torno mecânico, enrijecidas em fornos, esmaltadas, estampadas, seladas e rosqueadas, sendo produzidas internamente por processo de injeção.

Já na etapa da fabricação do creme dental, o processo é conduzido por um misturador a vácuo, onde são colocadas diferentes matérias-primas até a total homogeneização da mistura, que é transferida para tanques de armazenagem. Por fim, na fase de enchimento do tubo, esses são completos através de uma enchadeira automática e armazenados em caixas de papelão, passando em seguida por um enfardador.

Vale ressaltar que as linhas de produção de tubos de cremes dentais, bem como as enchadeiras dos tubos podem ser aproveitados em outros produtos como, por exemplo, cosméticos faciais, cremes para o corpo e medicinais, produtos alimentícios e até cremes para graxas de sapatos.

Quanto ao processo produtivo das demais linhas do segmento de higiene bucal, no caso da escova dental, os cabos são feitos em injetores e as cerdas são inseridas em máquinas automáticas de tufo, colocadas, em seguida, em caixas de papelão e armazenadas em caixas de embarque. Já quanto aos fios dentais, a linha é submetida a um processo de impregnação em cera quente e secada em rolos agregados em invólucros e armazenados em bolhas. Quanto aos enxaguantes bucais, a mistura é preparada em tanque industrial, preenchida em frascos de plástico e armazenados em caixas de papelão.

No caso da COLGATE LTDA. a verticalização é baixa: os tubos laminados produzidos pela Dental-Pack Indústria e Comércio Ltda e são considerados os maiores itens de custo para essa linha de produto.

Existe razoável dependência da COLGATE LTDA. em relação a fornecedores, no que tange a escova dental e fio dental, o que caracteriza baixa verticalização também nestes segmentos. Como já observado, com o início das operações da fábrica da empresa em Osasco, em 1992, o fornecimento externo de escovas de dentes representou cerca de 34% da produção total da COLGATE LTDA., sendo o restante suprido por fabricantes locais e subsidiárias estrangeiras dessa empresa. No caso do fio dental, a dependência da COLGATE LTDA. para com terceiros ainda é completa.

Já a KOLYNOS apresenta um grau de verticalização maior. Tal ocorre principalmente em relação à produção de bisnagas de alumínio utilizadas na embalagem de creme dental e caixas para embalagem de frascos de enxaguante bucal. A participação das empresas locais no fornecimento de matérias-primas é substancial. Cerca de 94% do total de matérias-primas e material de embalagem de creme dental são produzidos localmente. Sendo assim, além da ampliação do grau de concentração horizontal, a compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY representa um incremento na verticalização dessa última.

Quadro XI

Principais Matérias-Primas, Participação no Custo e principais

Fornecedores da COLGATE LTDA. - Produto: Creme Dental.

Matéria Prima	Custos (média) %	Fornecedores
----------------------	-------------------------	---------------------

		Empresas	% no fornecimento
Tubos ⁽¹⁾			
Laminado	14,6	Dental Pack	60
		Alcan	40
Alumínio	4,0	CP	80
		Tubocap	20
Caixa	8,76	Penha	100
Sorbitol	3,77	Getec	100
Carbonato	3,6	Quimbarra	100

Fonte: COLGATE LTDA (fls. 500 e 666). Elaboração: CADE

Notas: (1) Os cartuchos utilizados nos cremes nobres são fornecidos exclusivamente

pela Impr. Paranaense, enquanto que as bisnagas são fornecidas exclusivamente pela Alcan.

Segundo afirma a Requerente, as empresas fornecedoras de matérias-primas para o setor de higiene bucal, em sua maioria, são totalmente independentes do desempenho e dos pedidos das empresas de produtos de saúde bucal, por atenderem a demanda de diversos outros segmentos da indústria, o que afasta o temor de que a fusão gere um oligopsonio.

Quadro XII

**Principais Matérias-Primas/Participação no
Custo/Fornecedores da KOLYNOS - (Divisão Anakol) -
Produto: Creme Dental**

Matéria Prima	Custos (média) %	Fornecedores
Embalagem de Papelão	11,07	Cia. Gráfica P. Sarcinelli Agaprint Informática S.A.
Sorbitol	8,58	Getec Guanabara Quim. Ind.
Carbonato de Cálcio	7,46	Quivale Quim. Ind. Vale Paraíba Ltda. Tansan do Brasil
Bisnagas de Alumínio	6,62	Billiton Metals S.A. Aluvale Vale do Rio Doce Alumínio S.A.
Sulfeto de Lauril	3,76	Aquatec Química Hoeschst do Brasil
Carboximetil-Celulose	3,55	Metsa Serla (importação)
Óleo de Menta	2,79	Braswey S.A. Ind. Com.

		Sanoil Óleos Essenciais Ltda. Geroma do Brasil Ind. Com. Ltda.
Fosfato de Monofluor	2,03	Benkiser & Knapsack (importação)
Caixas de Papelão	1,52	Trombini Papel Embalagem S.A. Klabin Fabricadora de Papel Celulose S.A.
Sacarina	0,66	Pan Americana S.A.
Resinas	0,56	Politeno Ind. Com. S.A.
Massas	0,91	Basf S.A.
Outros	50,49	

Fonte: KOLYNOS (fls. 411). Elaboração: CADE

Quadro XIII

**Principais Matérias-Primas/Participação no
Custo/Fornecedores da KOLYNOS - (Divisão Anakol) -
Produto: Escova Dental.**

Matéria Prima	Custos (média) %	Fornecedores
Embalagem de Papelão	18,18	Impressora Paranaense
Cerdas	14,00	Dupont do Brasil
Resinas	6,14	Polibrasil S.A. Ind. e Com. P.P.H Cia. Ind. Polipropileno
Outros	61,68	

Fonte: KOLYNOS (fls. 411). Elaboração: CADE

Quadro XIV

**Principais Matérias-Primas/Participação no
Custo/Fornecedores da KOLYNOS - (Divisão Anakol) -
Produto: Fio Dental.**

Matéria Prima	Custos (média) %	Fornecedores
Caixas	19.0	Kolynos
Nylon	10.2	Trianyl
Embalagens de Papelaão	8.8	Emibra
Empola	3.2	Lamipack
Outros	3.8	

Fonte: KOLYNOS (fls. 411). Elaboração: CADE

Quadro XV

**Principais Matérias-Primas/Participação no
Custo/Fornecedores da KOLYNOS - (Divisão Anakol) -
Produto: Enxaguante Bucal.**

Matéria Prima	Custos (média) %	Fornecedores
Garrafas (300 ml)	22.5	Sinimplast
Sabor Hortelã	14.3	Dragoco
Glicerina	3.9	Ind. Gessy Lever
Fechos e Tampas	3.6	Mecaplastic Plastamp
L-Carvona	2.5	Formosa

Rótulos	2.5	Mac Color
Caixas de Papel	2.3	Nazareth
Outros	2.2	

Fonte: KOLYNOS (fls. 412). Elaboração: CADE

5. ATUAIS COMPETIDORES E ENTRANTES POTENCIAIS NA PERSPECTIVA DA REQUERENTE:

L’Oreal: Maior companhia mundial de cosméticos, à frente da P&G e Unilever, com subsidiária no Brasil (Procosa Ltda), podendo executar alavancagem para cremes dentais através da sua subsidiária Synthelabo, que comprou, em 1993, os Laboratoires Pahraceutiques Goupil, juntamente com seus cremes dentais Fluocaril e Parogencil, já estão disponíveis no mercado brasileiro. A L’Oreal possui a seu favor tanto o poder de publicidade como o sistema de distribuição que viabilizam a ampliação de suas vendas, o que reflete a possibilidade de extensão de marca. Além disso, boa parte do equipamento atualmente usado na fabricação e embalagem de cremes e óleos poderia ser utilizada na fabricação de creme dental (fls.14 e 15, Apenso VII).

Biesdorf AG: Atua em cosméticos, tratamento médico e fitas adesivas, possuindo subsidiárias em Santiago do Chile, Buenos Aires, na Argentina, São Paulo e Rio de Janeiro, sendo detidora da marca Nivea. A empresa já explorou sinergias de manufatura, resultante de equipamentos de manufatura semelhantes entre as linhas de creme Nívea e creme dental. Essa companhia, por um curto período de tempo, testou o mercado brasileiro no segmento de cremes dentais, com a marca Dentamed. Cabe destacar que esta marca continua sendo comercializada em outros países. É a maior vendedora de escovas de dentes na Espanha, comercializando a marca Wisdom e Jordan. Recentemente, segundo dados da Nielsen a escova de dentes Jordan apareceu em sua pesquisa ocupando 5% de participação no mercado (fls.16, Apenso VII).

Carrefour: No Brasil 15% das vendas do Carrefour são relativas a marcas próprias de produtos. A comercialização de cremes dentais com sua marca foi experimentada por um determinado período de tempo, tendo sido fabricado pela Searle do Brasil Ltda. Na França, sua marca exclusiva de creme dental ocupa o segundo lugar em vendas, nas suas próprias lojas (fls.17 e 18, Apenso VII).

Lion Corporation: A Lion Co. detém a marca Dentor, no Japão, com uma participação de 40% do mercado. Possui cinco marcas do produto creme dental, com um considerável sucesso no mercado mundial. A empresa faz-se presente no Brasil, através das importações da Yamato Import Company (fls.19, Apenso VII).

Block Drug Company: O produto creme dental está entre seu principal negócio, sendo os produtos de higiene bucal responsáveis por 54% de suas vendas. Países como Brasil, México, Colômbia e Argentina possuem instalações de sua manufatura, havendo expectativa da introdução de uma nova subsidiária no Chile. Sua marca mais famosa no Brasil é a Sensodyne, sendo que suas operações no País são conduzidas pela Stafford

Miller Indústria, com uma participação de 1,3% do volume vendido de creme dental no Brasil (fls.20 e 21, Apenso VII).

Henkel: Essa empresa opera através de sua subsidiária no Brasil (Henkel S.A. Indústrias Químicas), possuindo uma boa participação nos mercados europeus em creme dental, destacando-se o Theramed que já foi, inclusive, introduzido no Peru. No que tange às suas possibilidades de entrada no Brasil, vale destacar sua recente aliança com a Bombril, adquirindo 25% da mesma, o que favorece a utilização do sistema de distribuição e extensão da marca (fls.22, Apenso VII).

Natural White: Conquistou substanciais participações no mercado americano e europeu, lançando, recentemente, quatro versões de seus cremes dentais no Brasil (fls.23, Apenso VII).

Warner-Lambert: No setor de higiene bucal a empresa vende a escova dental Pro e o desinfetante Listerine, com uma participação de 8% do faturamento do mercado de enxaguante bucal. A empresa anunciou, recentemente, a decisão de lançar a marca Listerine nos EUA (fls.24 e 25, Apenso VII).

Kao: A empresa produz cremes e escovas dentais. Sua marca Cleardent alcançou 7% do mercado em dois anos, em Formosa, tendo boa participação em outros países da Ásia. No Brasil sua participação faz-se presente através das importações da Yamato Import Company (fls.26, Apenso VII).

Wal-Mart: Lançou recentemente o seu próprio creme dental com a marca Equate, nos EUA e, provavelmente, lançará em outros mercados. Sua recente expansão no Brasil, sugere que ela pode se tornar um entrante potencial (fls.27 e 28, Apenso VII).

Biolab(atual Searle): É uma indústria brasileira que fabrica os cremes dentais Acitra e Fluoristat, cuja marca registrada é de propriedade da P&G. Também fabricou o creme do Carrefour. Seu foco não é o creme dental (fls.29, Apenso VII).

Byk Gulden: O segmento OTC é responsável pelos cremes dentais Emoform e Paradontax. A empresa opera no Brasil através de sua subsidiária, Byk Química (fls.30, Apenso VII).

Billi Farmacêutica Ltda: Tem uma subsidiária no Brasil, a Eurofarma Laboratories. Apresenta capacidade para utilizar seu potencial de fabricação no setor de creme dental (fls.31, Apenso VII).

Procter & Gamble: O principal creme dental, Crest, é líder do mercado americano. Adquiriu no Brasil a Richardson Vicks (higiene pessoal e farmacêutico), a Phebo (sabonetes e produtos para cabelo). O setor de creme dental é especialmente importante

para a P&G, sendo provável que a empresa comece a fabricar, num futuro próximo, o Crest no Brasil (fls.33 e 34, Apenso VII).

Gessy (Unilever): Detém importante participação nos mercados de cremes dentais dos EUA e Europa, detendo 20% do mercado brasileiro. Tem lançado com sucesso vários produtos da linha Signal. As marcas Pepsodent, Close-Up e Mentadent são de sua propriedade (fls.35 e 36, Apenso VII).

Smithkline Beecham: Produz o Acquafresh e Mcleans e adquiriu, recentemente, a marca Phillips. A compra da Sanofi Winthrop propicia a essa empresa o potencial de rapidamente iniciar a produção de creme dental no Brasil. Tem contratos de distribuição com a Martins (fls.37, Apenso VII).

Gillette: A empresa iniciou sua produção com a marca Oral B, no segmento de escova dental, estendendo-se, posteriormente, sua produção para creme dental, fio dental e desinfetante bucal (fls.39 e 40, Apenso VII).

Johnson & Johnson: No segmento de higiene bucal comercializa as linhas de produto fio dental, escova dental e enxaguante bucal. É líder mundial no mercado de fio dental, enquanto que no Brasil também é a líder de vendas do

produto escova dental (27,5%). A empresa também comercializa a escova dental com a marca Reach (Alcance), além disso, mudou seus principais laboratórios de desenvolvimento de escova dental dos EUA para o Brasil. Não tendo participado muito ativamente, a nível mundial, no segmento de creme dental. A empresa possui uma grande capacidade de estender sua marca para cremes dentais, aproveitando sua infra-estrutura (fls.41 e 42, Apenso VII).

Reckitt & Colman: Possui subsidiária no Brasil demonstrando, até o presente momento, pouco interesse no setor de higiene bucal, atuando apenas através do creme dental Macleans, na Austrália, licenciado pela Smithkline Beecham (fls.43, Apenso VII).

Sara Lee: Sua marca Prodent é o creme dental n.º. 1, nos Países Baixos, tendo uma forte participação na Europa como um todo. Em 1994, a empresa adquiriu o negócio europeu de corpo e banho da Smithkline Beecham (fls.44 e 45, Apenso VII).

Avon: Produz escova e creme dental. No Brasil, esperava-se lançamento da linha de escova dental, até final de 1995. A empresa é capaz de fazer valer a extensão de sua marca (fls.46, Apenso VII).

Amway: Tem subsidiária no Brasil e comercializa no País, o creme dental Glistar. Sua rede de comercialização é bem conhecida (fls.47, Apenso VII).

6. EFICIÊNCIAS APRESENTADAS (fls. 3 a 57, Apenso II)

O programa de investimentos apresentado pela COLGATE COMPANY para a KOLYNOS - KOLYNOS 2001- busca promover a capitalização sobre a sua forte base no mercado brasileiro e transformá-la num centro de manufatura, exportação, tecnologia e pesquisa com o objetivo de ampliar as

operações da COLGATE COMPANY na área de higiene bucal do Brasil, Mercosul e demais regiões da América Latina e de outros mercados regionais globais em desenvolvimento.

Para tanto, pretende-se transformar a KOLYNOS numa empresa tecnologicamente verticalizada, de baixo custo, com funcionários tecnicamente qualificados. Atenção especial será dada ao desenvolvimento de produtos de alta qualidade a preços razoáveis, que sejam eficazes. A ênfase da produção recairá sobre a formulação de cremes dentais com base em sistemas abrasivos de carbonato de cálcio precipitado, de origem brasileira. Somando a sólida base tecnológica da KOLYNOS com o conhecimento especializado da COLGATE COMPANY, potencializa-se a viabilidade de redução nos custos dos produtos tanto no Mercosul como para os mercados globais.

A COLGATE COMPANY preve investir no programa *KOLYNOS 2001*, durante os anos de 1995 a 2001, cerca de US\$ 200 milhões. Esse valor equivale a 8,5% de projeções das vendas anuais da KOLYNOS.

Segundo informaram o programa de investimentos da *KOLYNOS 2001* está em andamento desde 1995, já tendo sido investidos US\$ 17 milhões em bens de capital. O Quadro XVI abaixo apresenta um breve resumo dos investimentos programados:

Quadro XVI

Investimentos Planejados - 1995/2001

US\$ 1.000

Projetos	Valores
-----------------	----------------

Melhorias em bens de capital	145,10
Expansão da área de P&D	11,30
Treinamento de funcionários	18,33
Melhoria do bem-estar comum	31,19
Total	206,42

Fonte: COLGATE COMPANY (fls.04, Apenso II). Elaboração: CADE

De acordo com a COLGATE COMPANY esses investimentos permitirão a geração das seguintes eficiências:

- a) modernização dos bens de capital => possibilitando uma manufatura mais eficiente;
- b) pesquisa e desenvolvimento de produtos de melhor qualidade e menor custo => criação de um “Centro de Excelência em P&D para o Mercosul e outros mercados globais em desenvolvimento, nas instalações da KOLYNOS;
- c) sistema de informática ligando diversas disciplinas => viabiliza processos de manufatura mais rápidos e livres de obstáculos, permitindo, ainda, uma maior interação entre vendedores e seus clientes;
- d) aprimoramento dos sistemas de trabalho => aumento da produtividade da mão-de-obra e conseqüente redução no desperdício de material e nos custos de manutenção, além de melhorias na qualidade do produto.

Com relação a questão das eficiências a COLGATE COMPANY elenca alguns fatores que considera como relevantes e que denotam a sua capacitação, de forma única, para a produção das referidas eficiências. Dentre eles:

1. A COLGATE COMPANY é a única empresa de âmbito mundial que tem a área de higiene bucal como centro de atenção estratégica;
2. Devido ao know-how da KOLYNOS no segmento de higiene bucal, a empresa possui as características ideais para se beneficiar da aquisição (a KOLYNOS já conquistou acesso total ao banco de dados global da COLGATE COMPANY, bem como na participação da área de higiene bucal que comercializa os produtos em 195 países em todo o mundo);
3. A COLGATE COMPANY tem grande conhecimento dos elementos necessários para a expansão dos produtos brasileiros em toda a América Latina e para os mercados globais em desenvolvimento;
4. A COLGATE COMPANY compromete-se com a manutenção e comercialização das marcas separadamente, bem como o crescimento de ambas as empresas.

No que se refere aos benefícios para a economia e para o consumidor brasileiro a COLGATE COMPANY vê-se capacitada e compromete-se, a partir dos investimentos e das eficiências produzidas, a manter os preços reais dos produtos de higiene bucal, com mais qualidade, eficácia, e menor custo. Salienta que desde a aquisição até o presente momento, ambas as empresas não majoraram os preços reais dos produtos de higiene bucal.

Junto com a melhoria da qualidade dos produtos, o consumidor continuará a ter acesso a uma ampla variedade de marcas, devido a manutenção, em separado, da comercialização de ambas as marcas. Além disso, o incremento de investimentos em

pesquisa e desenvolvimento, viabilizará um fluxo constante de novos produtos de ambas as marcas.

A COLGATE COMPANY garante que o investimento em novas tecnologias trará uma base mais sólida para seus negócios, possibilitando um aumento do nível das exportações. Ambas as empresas investirão em treinamento de qualificação dos funcionários, além de programas de conscientização de educação e tratamento da saúde bucal em todas as regiões do país.

Os principais projetos do programa estratégico da *KOLYNOS 2001* para produzir eficiências e benefícios, de acordo com o art. 54 da Lei n.º 8.884/94, podem ser agrupados em quatro categorias funcionais: manufatura, P&D, informática, marketing e vendas.

A - Manufatura

1. Criação na KOLYNOS de uma nova unidade de manufatura integrada para creme dental de modo a se aumentar a eficiência e qualidade do produto. Calculam-se investimentos da ordem de US\$ 101, 23 milhões e geração de eficiências em torno de US\$ 172,93 milhões, até 2001. O projeto de investimentos na área de manufatura prevê a elaboração dos seguintes subprogramas:

Quadro XVII

Previsão de Investimentos e Geração de Eficiências - 1995/2001

1.000

US\$

Conversão da embalagem de creme dental de alumínio para tubo laminado;

Investimentos: US\$ 82,1 milhões;

Eficiências: US\$ 152 milhões;

Introdução de processo contínuo patenteado de manufatura de creme dental COLGATE COMPANY, obtendo-se um produto uniforme de alta qualidade;

Investimento: US\$ 3 milhões;

Diminuição dos custos de embalagem através do estabelecimento da máquina na própria fábrica da KOLYNOS do Brasil de cartuchos para creme dental;

Investimentos: US\$ 10 milhões;

Eficiências: US\$ 19,64 milhões;

Novo layout da fábrica para um maior fluxo de materiais;

Investimento: US\$ 2 milhões;

Eficiência: US\$ 1,6 milhões;

Modernização dos equipamentos de moldagem de plástico por injeção;

Investimentos: US\$ 4,2 milhões.

Fonte: COLGATE COMPANY (fls. 18 a 31, Apenso II).

Elaboração: CADE

De acordo com a COLGATE COMPANY a remodelação da fábrica da KOLYNOS será uma operação integrada verticalmente na qual creme dental, tubos laminados, tampas de tubos e cartuchos serão fabricados no mesmo local, compondo um fluxo ideal para o processo produtivo. Essa integração permitirá à KOLYNOS um controle maior na qualidade e em todas as etapas do processo de manufatura.

A previsão de mudanças nas embalagens laminadas está condicionada à instalação na fábrica da KOLYNOS de novas máquinas e equipamentos. Saliente-se que 14 dessas máquinas já foram solicitadas, o que vem aumentar a capacidade de 34 milhões para 800 milhões de tubos por ano até 2001. Espera-se, após o estabelecimento desses investimentos e geração de eficiências, consolidar uma capacidade excedente na fabricação

de tubos de alumínio, na medida que ambas as empresas converterão suas embalagens de creme dental para tubos laminados.

2. Criação na KOLYNOS do Brasil de uma nova unidade de manufatura integrada de última geração de escova dental, com preços moderados e com fornecimento para o mercado interno e externo; Investimento: US\$ 12,15 milhões e Eficiências: US\$ 25,38 milhões.

Para gerar maiores eficiências e atingir economias de escala, as novas instalações de produção de escova dental da KOLYNOS deverão cobrir as operações internas, bem como fornecerão para as demais subsidiárias da COLGATE COMPANY, em particular para os países do Mercosul e outras regiões da América Latina. Com os investimentos previstos, estima-se um aumento da capacidade produtiva em 80%, passando de 47 para 84 milhões por ano, através de melhorias na produtividade da mão-de-obra em torno de 30%. Os volumes adicionais de produção serão utilizados em grande escala como apoio às exportações.

3. Construção na KOLYNOS de uma unidade global da COLGATE COMPANY de fio dental para fornecimento interno e externo; Investimento: US\$ 2,45 milhões e Eficiências: US\$ 20 milhões.

Essa fábrica será a primeira unidade de fabricação interna de fio dental. Os investimentos permitirão o atendimento das estimativas de vendas crescentes no mercado interno, além daquelas para subsidiárias da COLGATE COMPANY no restante do mundo. A capacidade inicial será de 16 milhões de unidades por ano, em 1996, aumentando para 40 milhões de unidades no ano de 2001.

4. Implementação de sinergias adicionais de manufatura resultantes da experiência global da COLGATE COMPANY.

Alguns projetos ainda serão implementados com o objetivo de dar suporte à geração de maiores eficiências. São eles:

- a) Introdução de programas para Manutenção Produtiva Total - MPT, Controles Visuais e Fábrica Focalizada de forma a ampliar a atuação do operário e aumentar a produtividade; Investimentos: US\$ 18,83 milhões e Eficiências: 33,42 milhões.

Segundo a COLGATE COMPANY, a MPT já é utilizada de forma extensiva na América Latina para criar eficiências através do treinamento multi-funcional dos operários e da adoção de controles visuais. Com a MPT e os Controles Visuais a COLGATE COMPANY, nas suas fábricas da América Latina, aumentou a produtividade em 50% nos últimos dois anos, além de ter melhorado a qualidade do produto gerando uma economia de US\$ 30 milhões. No Brasil esses dois planos tiveram início em agosto de 1995 e deverão estar totalmente implementados até 1999.

A COLGATE COMPANY espera uma redução de 20% nos custos de mão-de-obra a partir da maior eficiência dos equipamentos e uma redução de 15% nos custos de manutenção nos próximos quatro anos, a partir da implementação desses programas.

- b) Início da análise pela força-tarefa para gerar redução de custos e aprimoramento de produtos; Eficiências: US\$ 11 milhões.

De acordo com a COLGATE COMPANY, esse programa já foi iniciado desde agosto de 1995 e com base em outras experiências calcula-se que US\$ 2 milhões por ano em eficiências serão gerados.

Dar seqüência a auditoria da COLGATE COMPANY de Boas Práticas de Manufatura.

Ressalta, ainda, que desde a auditoria a Kolykos melhorou significativamente o sistema de tratamento de água, iniciou a implementação de procedimentos operacionais para a manutenção da fábrica e elaborou planos de isolamento das áreas de mistura e enchimento.

B. Investimentos para a expansão de P&D

A COLGATE COMPANY compromete-se com a criação de um centro regional de pesquisa e desenvolvimento para higiene bucal na KOLYNOS do Brasil de forma a desenvolver novos produtos de menor custo e valorizar a produção dos já existentes. Atualmente a empresa destina cerca de US\$ 60 milhões por ano para P&D na categoria de higiene bucal, planejando aumentar esses percentual à taxa de 10% a.a.

Os principais programas nessa área são os seguintes:

1. Criação na KOLYNOS de um Centro de Excelência de P&D de produtos de higiene bucal a preços moderado e clinicamente comprovados.

Para tanto, estima-se um investimento da ordem de US\$ 3,2 milhões até 2001 com um orçamento operacional anual de US\$ 5 milhões.

2. Permitir o acesso da KOLYNOS às novas tecnologias do centro Global de P&D da COLGATE COMPANY.

A COLGATE COMPANY investe cerca de US\$ 60 milhões por ano no desenvolvimento de novas marcas e tecnologia mais aprimoradas para os produtos de higiene bucal. Muitas das inovações tecnológicas são patenteadas. A COLGATE COMPANY possui no mundo inteiro mais de 4.500 patentes e pedidos de registro de patentes para produtos de higiene bucal, sendo 51 no Brasil. A KOLYNOS possuía, anteriormente, apenas 1 patente no Brasil. A COLGATE COMPANY registrou sua patente mais importante junto ao INPI. Além disso, a carteira de patentes em outros países oferece à KOLYNOS um mercado de exportação, protegendo seus produtos feitos utilizando a tecnologia da COLGATE COMPANY.

C. Investimentos para Aprimoramento da Eficiência de Informática da KOLYNOS

Segundo a COLGATE COMPANY desde a aquisição, já foram investidos US\$ 690 mil em equipamentos e sistemas de informática, prevendo-se ainda, para o período de 1996/2001, investimentos da ordem de US\$ 2,1 milhões. Esses investimentos permitirão uma melhor comunicação, maior eficiência no uso de informação e maior flexibilidade.

D. Investimentos para Aprimoramento da Eficiência de vendas e Marketing da KOLYNOS

⇒ Os custos de publicidade serão divididos com outras subsidiárias da COLGATE COMPANY, na América Latina.

A KOLYNOS destina, atualmente, cerca de US\$ 1 milhão por ano para a produção de campanhas publicitárias. Prevê-se que no futuro as subsidiárias da COLGATE COMPANY fora do Brasil também se utilizem dessas campanhas publicitárias pagando cerca de US\$ 250 mil por ano para a KOLYNOS, reduzindo em torno de 25% o custo para a KOLYNOS.

⇒ Informatização do sistema de acesso direto de pedidos do cliente.

A COLGATE COMPANY informa que está desenvolvendo programas para aprimorar o uso da comunicação, por computador, pela equipe de vendas, com o objetivo de

aumentar sua produtividade e melhorar o atendimento ao cliente. Esses programas já começaram a ser implementados e espera-se sua conclusão para 1996. Com as melhorias que serão implementadas calcula-se que o departamento de vendas da KOLYNOS poderá reduzir as despesas com vendas em cerca de US\$ 1,3 milhão, no período de Julho/96 a Junho/97, comparando-se com o mesmo período do ano anterior.

6.2 - Benefícios para os Consumidores

A partir dos investimentos e das eficiências que se pretende atingir, a COLGATE COMPANY espera repassar os benefícios aos consumidores através dos seguintes pontos:

- a) Manutenção de preços reais - a COLGATE COMPANY compromete-se a manter os preços reais para os produtos de higiene bucal de ambas as empresas, com exceção para os casos de aumento desproporcional nos preços das matérias primas e mão-de-obra, mudança significativa na composição de um produto ou reinvestimento em eficiências adicionais e aprimoramento de produtos.

- b) Melhoria da qualidade do produto - o Plano Estratégico *KOLYNOS 2001* estima US\$ 85 milhões para projetos que têm por objetivo a melhoria da qualidade do produto.

- c) Manutenção das marcas e lançamento de novos produtos em ambas as empresas - a COLGATE COMPANY compromete-se a manter a comercialização separadamente das marcas *Kolynos e Colgate-Palmolive*, garantindo aos consumidores uma ampla opção de produtos.

- d) Investimento da COLGATE COMPANY de US\$ 206 milhões na KOLYNOS, o que representa 8,5% das projeções de vendas anuais da KOLYNOS entre 1995 e 2001.

6.3 - Outros Benefícios para a Economia e Consumidores

A COLGATE COMPANY ainda prevê outros programas e projetos que venham a beneficiar a economia como um todo, quais sejam:

Valorização da Base de Negócios para a Economia Brasileira:

1. Expansão das exportações de creme, escova e fio dental.

As novas instalações serão produtoras eficientes a baixo custo de creme, escova e fio dental, com capacidade suficiente para possibilitar à KOLYNOS um aumento das exportações, sem prejuízo do mercado interno, em torno de US\$ 50 milhões até 2001.

2. Redução das importações e aumento das exportações através da conversão para tubos laminados.

A integração vertical da manufatura para creme dental tornará desnecessário o gasto de US\$ 5 milhões anuais de importações da Alemanha, podendo ainda suprir as

necessidades de material nas subsidiárias da COLGATE COMPANY na América Latina. Isto gerará cerca de US\$ 11 milhões, anualmente, em novas exportações a partir de 2001. A mudança para tubos laminados também trará maior capacidade excedente para a exportação.

3. Investimentos criarão benefícios indiretos para a economia brasileira.

Os investimentos da COLGATE COMPANY na manufatura de alta tecnologia e em P&D criarão uma demanda para fornecedores locais e serviços de tecnologia.

Quadro de funcionários mais competente:

- a) Treinamento;
- b) Aprimoramento em habilidades na manufatura;
- c) Oportunidades de carreira;
- d) Otimização do nível de emprego;
- e) Programas de saúde operacional e de segurança;

Melhor saúde bucal para a população:

- a) Programa escolar conjunto COLGATE LTDA.- KOLYNOS
- b) Diagnóstico, tratamento e educação para famílias de baixa renda
- c) Campanha de conscientização de saúde bucal
- d) Programas para profissionais de odontologia

Melhorias Ambientais:

- a) Nas instalações da KOLYNOS

b) Minimização dos desperdícios e prevenção da Poluição

6.4 - PLANO SOCIAL: Programa Educativo e Preventivo sobre Saúde Bucal

A COLGATE COMPANY afirma que vem realizando programas sociais abrangentes em Educação Oral nas escolas de mais de 25 países. Os elementos básicos para a implementação desses programas incluem educação em saúde bucal, melhor nutrição, maior acesso aos produtos de higiene bucal como, por exemplo, escova dental, maior acesso, à todos os níveis sociais, de profissionais de odontologia e projetos em larga escala de fluoridificação. Para tanto faz-se necessário a participação da indústria, de profissionais da área de odontologia e do governo.

O Programa chamado “Sorrisos Brilhantes, Futuro Brilhante” foi elaborado para ampliar seu alcance para uma série de outros setores públicos como administradores, agências governamentais, profissionais da área de saúde e de odontologia. Os principais componentes desse programa são o divertimento e a motivação. O programa educacional de saúde bucal tem como objetivo conscientizar as crianças, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, para a importância da higiene bucal.

Esse programa prevê grandes investimentos em programas sociais em saúde bucal, visitas educacionais a profissionais da área nas escolas e pretende atingir 100% das crianças em idade escolar primária estendendo-se, também, às áreas rurais mais pobres. Durante essas visitas, as crianças participam de palestras e assistem a vídeos sobre hábitos alimentares balanceados, boas técnicas de escovação, além da distribuição gratuita de creme e escova dental e de material educativo sobre o tema. Além disso, os professores das escolas

são treinados nas mesmas técnicas para que possam repetir, regularmente, o exercício com os alunos.

A COLGATE LTDA criou, ainda, um programa sofisticado que supervisiona, via computador, o acompanhamento e a extensão de seus programas educacionais, ampliando esses planos à KOLYNOS. Saliente-se que a COLGATE LTDA é o único fabricante no País que realiza tais programas educacionais de forma consistente. O custo anual desses programas é de cerca de US\$ 2,0 milhões, estimando-se um custo de US\$ 3,0 milhões para o ano de 1995.

Outro ponto que se pretende alcançar consiste no estabelecimento de clínicas dentárias em lojas, onde dentistas poderão oferecer aos consumidores atendimento e treinamento com qualidade. Além disso, tanto a COLGATE LTDA e a KOLYNOS assumiram o compromisso de dar suporte financeiro aos programas de fluoridificação da água, custeio de uma pesquisa epidemiológica em higiene bucal, implementação de campanha de conscientização, compra de equipamento odontológico para formandos das escolas de odontologia e financiamento para pesquisa universitária em odontologia.

Calcula-se que o montante total de investimentos necessários à elaboração desses programas é, aproximadamente, US\$ 31 milhões entre 1995 e 2001, o que representa três vezes mais o volume de gastos das duas empresas antes da aquisição.

Ressalta-se que uma parte desses programas já estão em andamento, como, por exemplo, os programas itinerantes da COLGATE LTDA que oferecem saúde bucal, exames, tratamento e distribuição gratuita de produtos de higiene bucal para os segmentos de baixa renda. Existem, atualmente, programas itinerantes funcionando no Brasil, China, Itália e Estados Unidos. Esse programa foi denominado de “Projeto Sorria Brasil”, e consiste

basicamente na visitação, através de uma clínica itinerante, das 17 regiões mais pobres do País. Foi possível, através desse programa detectar as áreas com maior carência em saúde bucal, particularmente, no Nordeste. Saliente-se que a COLGATE LTDA pretende ampliar esse programa coordenadamente com a KOLYNOS.

A COLGATE COMPANY também pretende estender o material educativo para pacientes em consultórios ou clínicas dentárias o que, atualmente, atinge mais de 20 milhões de consumidores. Além disso espera estabelecer um foro educacional com as últimas tendências do setor de higiene bucal, através de seu boletim trimestral, distribuído mundialmente à mais de 200.000 profissionais da área. Esse boletim trimestral concentra as descobertas científicas e clínicas mais importantes, bem como desenvolve um relacionamento interativo entre a COLGATE COMPANY e profissionais da área.

Além desse boletim trimestral a empresa possui outros boletins especiais direcionados aos profissionais de odontologia com objetivo de estimular a adoção de práticas preventivas. O boletim “Foco na Saúde bucal do Adulto” dirige-se a dentistas e ainda oferece oportunidades de obtenção de créditos através das universidades afiliadas. A série trimestral sobre Estudos de Caso em Administração Periodontol destaca a importância do papel dos profissionais da área no tratamento de doenças periodontais. Todos esses boletins serão traduzidos para o português e ditribuídos para dentistas e higienistas.

Um outro programa com caráter mais abrangente tem efeito sobre os preços dos produtos de higiene bucal. A KOLYNOS lançou uma escova dental a preço popular muito inferior aos preços efetuados no mercado brasileiro. O Quadro abaixo aponta, detalhadamente, os investimentos propostos pela Kolynos para melhorar o setor de saúde bucal no Brasil.

Finalmente, as empresas admitem que é de extrema relevância o apoio do governo, principalmente, na área de fluoridificação da água e melhoria da nutrição, estando dispostas a discutir e planejar, em conjunto com as autoridades brasileiras, um projeto de expansão de tais programas, a fim de se atingir 100% das crianças em escolas, entre 6 e 12 anos, ou seja cerca de 40% de todas as crianças dessa faixa etária, ao longo dos próximos cinco anos.

Quadro XVIII**Investimentos Planejados para as Ações Sociais da Kolynos com Saúde Bucal**

US\$ 1.000

<i>Projeto</i>	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	1996-2001
<i>Plano Escolar</i>								
Sala de Aula	1.500	2.100	2.100	2.100	2.100	2.100	2.100	12.600
Solução com Flúor	0	50	50	50	50	50	50	300
Diagnóstico/Trat. e Educação (Baixa Renda)								
Itinerante	60	330	510	420	420	420	420	2.520
Interno	20	96	180	160	160	160	160	916
Saúde bucal mensal	0	200	150	150	150	150	150	950
<i>Conscientização da Saúde bucal</i>								
TV	0	300	300	300	300	0	0	1.200
Rádio	0	150	150	150	0	0	0	450
Outdoor	0	250	250	250	250	250	250	1.500
Outros	0	195	115	185	185	185	185	1.050
<i>Saúde bucal Acessível</i>	0	35	35	35	35	35	35	210
<i>Apoio à Fluorização</i>	0	35	35	35	35	35	35	210
<i>Educação para Profissionais da Área</i>								

Congressos; Simpósios	584	550	550	550	550	550	550	3.300
Centro Profissional	40	60	60	60	60	60	60	360
Publicações	80	100	100	100	100	100	100	600
<i>Parceria com Escolas de Odontologia</i>								
Graduação	130	130	130	130	130	170	170	860
Pós-Graduação	40	40	40	40	40	40	40	240
Curriculum/Consulta- res/Testes Clínicos	300	160	160	160	160	160	160	960
<i>Pesq. Epidemiológica</i>	0	140	70	0	0	0	0	210
<i>Total:</i>	2.754	4.921	4.985	4.875	4.725	4.465	4.465	23.971
<i>Invest. Incremental - 1995</i>		2.167	2.231	2.121	1.971	1.711	1.711	11.912

Fonte: COLGATE COMPANY (fls.182 , Apenso II).

Elaboração: CADE

7. DOS PARECERES

7.1 - Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) - Ministério da Fazenda

O parecer da SEAE constante dos autos, às fls. 289 a 349, e em cumprimento ao disposto no § 6º do art. 54, da Lei 8.884/94, analisa o desempenho econômico-financeiro das empresas e avalia os impactos resultantes da operação.

A SEAE descreve a operação de venda da KOLYNOS pela sua controladora, a American Home Products (AHP). As justificativas enumeradas no parecer para a operação foram as seguintes:

- a) a necessidade da AHP de fazer face às carências de recursos, em decorrência da aquisição da American Cyanamid Company;
- b) o processo de isolamento tecnológico pelo qual vinha passando a empresa, dada a prioridade da AHP nos segmentos químico e farmacêutico;
- c) o enfrentamento pela KOLYNOS de competição mais acirrada dos concorrentes, que lançaram produtos novos e com qualidade superior.

É destacado pela SEAE que a COLGATE COMPANY, além de ter uma maior focalização no setor de higiene bucal, constitui-se em uma das 4 maiores empresas do mundo, o que a credencia para fazer frente aos dois últimos desafios.

A SEAE destaca que a COLGATE COMPANY garante que ambas as empresas manterão organizações próprias, o que evitaria, segundo a empresa, condutas concertadas que viessem a prejudicar a concorrência.

Após descrever os Grupos envolvidos, inclusive as principais operações de aquisição recentes e a situação atual do setor de higiene e limpeza, procurou descrever os produtos relevantes envolvidos.

São quatro as categorias de produtos no mercado relevante de higiene bucal, segundo a SEAE: creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal.

É ressaltado que o grau de verticalização é mais alto na KOLYNOS do que na COLGATE LTDA. Enquanto há alguma dependência no fornecimento de insumos, como o carbonato de cálcio, o sorbitol, caixa, cartucho e bisnaga, as empresas fornecedoras de higiene bucal, em sua maioria, são totalmente independentes das empresas de saúde bucal.

O setor de saúde bucal, de acordo com esse parecer, é bastante concentrado a nível mundial, sendo dominado especialmente pela COLGATE COMPANY, Procter & Gamble, Lever e Smithkline Beecham.

A SEAE destaca que a essencialidade do bem e a virtual inexistência de substitutos geram uma baixa elasticidade do produto. O mercado relevante geográfico é o nacional nas quatro linhas de produtos dado que todas as empresas instaladas no país distribuem seus produtos a nível nacional.

Acrescenta que as importações, apesar de terem crescido bastante nos últimos anos, ainda são muito incipientes e as exportações da COLGATE LTDA., assim como da KOLYNOS são realizadas basicamente para países da América Latina. Todavia, há perspectiva de incremento nas exportações, a partir das sinergias derivadas da operação.

A SEAE descreve as participações das empresas em cada mercado; da evolução dos faturamentos, passa-se à avaliação do incremento do grau de concentração baseado no índice HHI (Índice Herfindahl-Hirschman). Nesse caso, os maiores incrementos se verificam nos segmentos de creme dental e escova dental. Nos casos de fio dental e enxaguante bucal, o incremento do grau de concentração foi marginal.

Segundo o Parecer, todos os produtos de higiene bucal usam os mesmos canais de comercialização.

A SEAE considera que, dada a abertura comercial, não existem barreiras à importação. As duas barreiras mais importantes identificadas são os elevados gastos com propaganda e a fidelidade do consumidor à marca .

Descrevem-se os investimentos projetados da COLGATE e da KOLYNOS, além dos aprimoramentos esperados no processo produtivo.

De acordo com a SEAE as empresas concorrentes e as compradoras consultadas possuem impressões díspares acerca do impacto sobre o mercado. Enquanto a Gessy Lever, a Johnson & Johnson e a Gillete são razoavelmente neutras em relação à operação, a Procter & Gamble e a Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) consideram que os efeitos daquela serão nitidamente negativos.

É destacado que o valor da marca e do mercado brasileiro ocuparam papel predominante na determinação do montante da operação. Toma por base o investimento feito pela COLGATE LTDA na nova planta de Osasco, US\$ 18 milhões, para calcular que uma planta com a capacidade produtiva do parque negociado equivaleria a apenas 4,6% do preço pago pela Kolynos.

Para a SEAE a operação não gerará sinergias que contrabalancem o aumento de concentração, por conta da manutenção em separado da estrutura das empresas, muito embora o controle permaneça unificado.

A SEAE lembra as dificuldades associadas ao desfazimento da operação, com a possível transferência das operações no Mercosul para a Argentina.

Concluindo, a Secretaria afirma que a operação altera o padrão de concorrência nos já concentrados mercados de creme e escova dental, confere expressivo poder de mercado ao grupo que não será facilmente contestado, dada a dimensão das barreiras à entrada.

7.2 - Parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE) - Ministério da Justiça

Em cumprimento ao disposto no § 6º do art. 54, da Lei 8.884/94, a SDE pronunciou-se, às fls. 1781 a 1885, acerca do comportamento do mercado de higiene bucal, destacadamente em termos de participação na produção e comercialização das empresas envolvidas, empresas concorrentes, além de avaliar os possíveis reflexos que a operação pode gerar no mercado interno.

A SDE destaca que a estrutura do mercado de higiene bucal no Brasil é altamente concentrada e controlada por seis empresas: KOLYNOS, COLGATE LTDA., Gessy Lever, Johnson & Johnson, Augusto Klimmek e Merrel Lepetit.

Nesse sentido, ressalta que o segmento de mercado relativo ao creme dental é ainda mais concentrado, dado que 99,8% das quantidades vendidas correspondem a KOLYNOS, COLGATE LTDA. e Gessy Lever, restando apenas 0,2% às demais empresas. Sendo que em termos de faturamento 98,7% das vendas concentram-se nas mesmas empresas e apenas 1,3% corresponde às demais.

Além do que, o creme dental representa 74,2% do faturamento bruto do mercado nacional, correspondente a US\$ 341 milhões.

Em termos de produto, considera que o mercado relevante referente à aquisição, ora em exame, refere-se a escova dental, creme dental, enxaguante bucal e fio dental.

A SDE destaca que esses produtos são produtos essenciais e que não há produtos substitutos disponíveis no mercado.

Quanto à dimensão geográfica, segundo a SDE, o mercado relevante é o nacional, uma vez que esses produtos são comercializados no país e, devido à pequena participação das importações na oferta global do segmento de higiene bucal, assim o âmbito internacional pode ser desconsiderado.

Avalia que as medidas governamentais de redução de alíquotas de importação dentre outras, não foram, até o presente momento, suficientes para tornar o produto estrangeiro competitivo no mercado interno e, conseqüentemente, estimular a concorrência nesse setor. Ressalte-se, ainda, que o baixo nível de contestabilidade do mercado leva a riscos presumíveis de práticas abusivas.

Na análise de barreiras à entrada foi considerada a competição potencial e as estratégias das empresas quanto à possibilidade, viabilidade e disposição de realocação, no curto prazo, da capacidade instalada para o produto relevante.

O tamanho dos entrantes potenciais e sua capacidade financeira, também foram considerados segundo a SDE, já que para as pequenas e médias empresas a economia de escala está fora de alcance.

Em síntese na análise de barreiras à entrada cabe verificar, de acordo com a SDE:

- a) a competição potencial;
- b) a estratégia das empresas;
- c) o tamanho e porte das empresas potenciais.

Vale ressaltar que o parecer, ao questionar a enumeração das empresas citadas pelas requerentes como concorrentes potenciais, conclui que:

1. a estrutura social do mercado de cremes dentais no Brasil tem que ser considerada com atenção;
2. o produto estratégico da KOLYNOS e de maior participação no mercado nacional de cremes dentais é o que possui o preço mais baixo;
3. a demanda desse produto é representada pelas classes C, D e E, que guiam-se por preço e imagem da marca (essa veiculada pela propaganda);
4. os produtos importados no Brasil são dirigidos às classes com renda per capita mais alta, classes sociais A e B;
5. para que os concorrentes potenciais possam competir nesse mercado um grande e intenso investimento em marketing deve ser realizado, o que representa custos irreparáveis e,
6. quanto mais concentrado for o mercado, maiores serão os riscos de investimentos perdidos e menos “predisposição” de entrada para os novos competidores.

No que se refere à distribuição, a COLGATE COMPANY já possui uma situação privilegiada na distribuição e colocação do seus produtos nos estabelecimentos comerciais, varejistas em detrimento dos fabricantes de outras marcas. Esse fato reduz o poder de barganha dos compradores (comerciantes) devido à falta de alternativas de fornecedores, diminui também a opção de compra dos consumidores.

Os cremes dentais são distribuídos através de supermercados, atacadistas, farmácias, lojas de conveniência

que costumam se utilizar dos serviços de grandes distribuidores.

Observa a SDE em seu parecer que, teoricamente, os concorrentes potenciais poderiam fazer uso dos mesmos serviços de distribuição dos concorrentes efetivos, entretanto há dois pontos que merecem atenção: há um intrínseco desinteresse, por parte dos comerciantes, em destacar em suas prateleiras produtos de baixa rotatividade, obtendo espaço para as marcas que vendem mais, traduzindo-se em reais vantagens para o monopolista, a saber:

- a) maior distribuição para seus ítems;
- b) mais números de ítems em distribuição;
- c) mais ítems nas prateleiras;
- d) menor concorrência, ou seja, no caso de uma promoção geralmente os cinco maiores ítems escolhidos como destaque serão os da COLGATE COMPANY.

Para os pequenos e médios estabelecimentos, que possuem menor espaço físico, comportando em geral apenas duas marcas, os produtos escolhidos para destaque serão os da COLGATE COMPANY, que vendem mais.

O referido parecer ressalta o fato da COLGATE COMPANY ter reduzido a propaganda da marca KOLYNOS após a operação, resultando numa intensificação da distribuição da COLGATE LTDA., já que na falta do produto preferencial, o consumidor apela para a marca mais conhecida e pelo exposto acima, mais próxima.

Já as eficiências que foram demonstradas pelas requerentes não trazem, no entendimento da SDE, significativos benefícios ao consumidor e ao mercado, que

venham a compensar o grau de concentração produzido no mercado relevante.

O Parecer conclui que:

1. a operação aumenta a concentração nos mercados já concentrados de escova de dentes e pasta de dente;
2. a COLGATE COMPANY torna-se quase monopolista, com maior poder de mercado;
3. a COLGATE COMPANY já detém uma situação de distribuição e comercialização privilegiada;
4. há uma redução do poder de barganha dos compradores (comerciantes) dada a falta de fornecedores;
5. há uma redução da opção de compra, por parte dos consumidores, dada as barreiras existentes à entrada de novos concorrentes;
6. o baixo nível de contestabilidade do mercado leva a riscos presumíveis de práticas abusivas;
7. as eficiências apresentadas pelas requerentes não trazem benefícios suficientes ao consumidor e ao mercado.

O parecer da SDE conclui que a integração acentua a concentração num mercado já concentrado de escovas de dentes e cremes dentais. A COLGATE COMPANY passa a deter maior poder de mercado e poder econômico, numa situação quase monopolística.

Em despacho complementar ao parecer, o Senhor Secretário de Direito Econômico procurou observar e aprofundar algumas questões, como, por exemplo, a dificuldade de uma correta identificação do quantitativo dos usuários consumidores de creme dental, tanto no Brasil como na América Latina, bem como da situação brasileira em saúde

bucal e da elaboração de uma efetiva política brasileira de prevenção e redução de cáries dentárias. Além disso buscou-se uma análise da atuação das empresas no mercado brasileiro e sua posição no mercado relevante, tratando-se de enquadrar todas essas questões na forma da legislação brasileira (fls. 1886 a 1910).

Quando da análise do perfil do mercado internacional, verificou-se que esse mercado é bastante concentrado caracterizando-se como um mercado de concorrência oligopolizada entre a COLGATE COMPANY, a P&G, a Lever e a Smithkline Beecham. No ranking mundial a COLGATE COMPANY é a primeira empresa na fabricação de produtos de higiene bucal, mantendo operações em 80 países e exportando para 100 países.

Quanto ao conceito de mercado relevante, o Senhor Secretário observou que esse não pode limitar-se à definição de mercado geográfico ou do produto. O mercado relevante deve considerar, no seu entender, o mercado consumidor, no que se refere ao volume do produto negociado bem como as quantidades populacionais por classe e tipo de produto consumido.

Para o Senhor Secretário há a dificuldade de se compreender os efeitos do ato de concentração para a sociedade consumidora, bem como as estratégias empresariais de expansão das empresas que atuam nesse setor. Os dados não refletem com clareza os benefícios advindos desse ato de concentração aos consumidores ou usuários, dado que esse mercado atinge as classes de renda mais baixa, média e alta, além das empresas de creme dental serem as responsáveis pela divulgação e maturação do uso do produto. Outro ponto que merece destaque, e dado que o País apresenta elevados índices de cáries, é a identificação de um projeto de saúde bucal preventiva, com recursos mais elevados que o volume de recursos negociados no mercado.

Essa operação deve ser analisada de um lado, à luz de um quadro de disputa concorrencial no mercado internacional entre a COLGATE COMPANY e a Procter & Gamble, envolvendo questões de caráter comercial tecnológico. Por outro lado tem-se que considerar o interesse da American Home Products - AHP, de concentrar suas atividades setores nos farmacêutico e químico, vendendo seus negócios no setor de higiene bucal.

Nesse contexto, a COLGATE COMPANY tinha a opção de adquirir a KOLYNOS, viabilizando o crescimento da empresa no Brasil e a expansão de seus negócios em outros países da América do Sul, ou permitiria a entrada de novos concorrentes como, por exemplo, a P&G. A fim de preservar sua posição, a COLGATE COMPANY ofereceu um valor considerado bem elevado pela compra da KOLYNOS. O preço pago significou, além de preservação da barreira, a manutenção de sua sobrevivência no mercado brasileiro e da América Latina.

Pelo exposto a COLGATE COMPANY procurou, com a compra da KOLYNOS, resguardar e expandir seu mercado e dificultar o ingresso de concorrentes. Cabe salientar que as próprias medidas governamentais de redução de alíquotas de importação não torna os produtos estrangeiros competitivos frente aos preços da COLGATE LTDA. e da KOLYNOS no mercado brasileiro.

Em síntese, a aquisição da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY demonstra claramente o problema do oligopólio qual seja, uma entidade internacional que adquire uma concorrente de sua subsidiária local com a finalidade de resguardar sua posição e garantir condições de expansão a nível internacional e nacional. Dentro de todo segmento de creme dental no Brasil, com certeza verificou-se um avanço na posição dominante, sem, no entanto, haver uma contrapartida no aumento do mercado consumidor brasileiro, fato que exige cautela.

É a partir da dificuldade de se diagnosticar um perfil da saúde bucal no País, bem como a elaboração de uma política de saúde preventiva para a referida área, e com base em informações exclusivamente empresariais, que o Senhor Secretário de Direito Econômico auferiu as seguintes conclusões:

O percentual de 77,5%, indicativo de controle de mercado relevante, assume uma inclinação de domínio de mercado. Salaria que esse percentual tem como referência o total de consumidores atuais ou de consumo de creme dental, desprezando-se os mercados regionais.

A análise da documentação requisitada “não foi suficiente para justificar as exceções legitimadoras do ato” (fls. 1908), e embora seja possível identificar a dominação do mercado consumidor, não existe uma comprovação indicativa de abusividade, tendo-se que proceder a uma avaliação do efetivo e potencial mercado relevante prescrito nos incisos do parágrafo 1º, do art. 54. É necessário que se comprove se a concentração aumentará a produtividade, a melhoria da qualidade do produto, viabilizando, ainda, o desenvolvimento tecnológico ou econômico de modo que se aumente o espectro da população consumidora.

Presume-se que existem riscos para o mercado e para o consumidor, o que justifica no entender do Senhor Secretário a apreciação da operação pelo CADE.

7.3 - Parecer da Procuradoria Geral do CADE

i) O Procurador “ad hoc”, Dr José Nazareno S. Dias, manifestou-se em 27/02/96, às fls. 1917 a 1922, no qual, como questão preliminar assinalou, o cumprimento pela Requerente do prazo estabelecido no § 4º, do art. 54, da Lei 8.884/94.

No que diz respeito aos aspectos formais do processo, entendeu como perfeitamente atendidas as prescrições legais.

Considerou, ainda, a singularidade do negócio tendo em vista o alto grau de concentração econômica adivindo da operação em análise, uma vez que a COLGATE LTDA. já detem no mercado brasileiro de pastas de dentes 26,9%, passando a cerca de 78,8% com a efetivação do negócio.

Embora a SDE tenha considerada terminada a instrução processual, enviando o processo para o julgamento no CADE, concluiu, no entanto, o Douto Procurador que àquele momento os autos não estavam suficientemente instruídos.

ii) Questões Preliminares Relativas ao Complemento da Instrução Processual:

Em 25/06/96 a Conselheira-Relatora solicitou ao Senhor Secretário de Direito Econômico que informasse se, por ventura, ainda remanesca algum tipo de documentação ou dados que devessem ser anexados ao processo, bem como se àquela Secretaria teria novos elementos a serem acrescentados para exame da operação.

Em 11/07/96 a SDE, através de sua Chefe de Gabinete, informou não constar dados adicionais ou qualquer outro tipo de documentação aos presentes autos.

Ao longo da análise da operação esta Conselheira-Relatora considerou relevante obter maiores esclarecimentos, dada a complexidade da matéria. Para tanto, oficiou em diferentes datas e em situações distintas, as partes e os terceiros interessados, para que aduzissem informações complementares.

Em 08/08/96 foi realizada audiência pública, à qual compareceram representantes de empresas concorrentes,

entidades de defesa do consumidor, atacadistas, distribuidores e varejistas por convocação desta Conselheira-Relatora, para dirimir possíveis dúvidas remanescentes.

Em 14/08/96, ultimando a análise, surgiram dúvidas quanto à operação realizada entre a COLGATE COMPANY e a American Home Products na América Latina e, em, particular nos países do MERCOSUL. Diante de tal fato, foram requeridos esclarecimentos quanto à precisão de informações com respeito à abrangência da operação.

Esclarecidas as dúvidas remanescentes, esta Conselheira-Relatora considerou concluída a instrução processual.

iii) Em 17/09/96 a Procuradora-Geral do CADE, Dra. Marusa Freire manifestou-se no sentido de que o atendimento das quatro condições estabelecidas no § 1º do art. 54 é viável, mediante aceitação da proposta da empresa de se comprometer perante o CADE a “fornecer todos os elementos para que novos entrantes atinjam, em 3 a 5 anos, um “ market share” de 20% do mercado de creme dental”.

Manifestando-se, dessa forma, pela aprovação da operação mediante compromisso de desempenho.

8. DEPOIMENTOS COLHIDOS POR OCASIÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DE 08.08.96

Martins

(fls. 2368 a 2369)

Na empresa Martins Distribuidora a comercialização dos produtos de higiene bucal faz-se semanalmente de acordo com

tabela de preços que costuma variar num período de 30 dias e entregas CIF. Os descontos ora existentes são negociados de acordo com o volume comercializado, havendo a possibilidade de incentivos e promoções que podem se estender às equipes de vendas, aos varejistas e aos consumidores finais. Cabe salientar ainda que, as condições de comercialização dependem da política comercial de cada fabricante, que faz via descontos por canais, prazos e investimentos. A estratégia do fabricante dependerá do foco de suas prioridades, direcionando, assim, seus investimentos. Quanto a realização de campanhas promocionais para o segmento de higiene bucal, essas são articuladas juntamente com os fabricantes, dependendo do alvo que se deseje atingir.

No que se refere aos produtos de higiene bucal, as condições de comercialização com os fornecedores não são necessariamente as mesmas das negociadas no setor de higiene e limpeza como um todo. Um conjunto ótimo de comercialização para este segmento seria o que compatibilizasse o melhor preço relativo do mercado com um preço absoluto que fosse compatível com as exigências e necessidades do consumidor. Vale ressaltar que qualquer mudança nas atuais condições de comercialização, tais como a vinculação da venda por um determinado fabricante ou de um produto outro de menor demanda a redução do prazo para pagamento, sem uma contrapartida de redução de preço, seriam fatores prejudiciais ao bom andamento das negociações de comercialização nesse segmento.

A empresa avalia que a aquisição venha a concentrar a produção. Entretanto, até o presente momento, tem prevalecido um bom relacionamento comercial, haja visto a existência de outros grandes concorrentes nesse mercado.

Companhia Brasileira de Distribuição Pão de Açúcar

(fls. 2372 a 2374)

O Grupo Pão de Açúcar aponta que, com exceção da KOLYNOS, cujo contrato de duração anual prevê descontos de forma escalonada referentes a volume, quantidade cadastrada e espaço em gôndola, não há contratos padrões e pré-estabelecidos de fornecimento. Para os demais fornecedores não existem condicionantes contratuais, sendo os volumes de compras e os espaços em gôndola determinados pelo Grupo, para prazos de pagamento variando entre 28 a 31 dias; apenas as promoções são negociadas de forma conjunta.

Ainda em relação às condições de comercialização, essas são flexíveis por fornecedores à exceção da KOLYNOS que se detém rigidamente ao contrato de fornecimento, porém há uma certa identidade de comercialização dos produtos de higiene bucal e os demais produtos de higiene e limpeza. A empresa identifica, ainda, que o conjunto ótimo de condições de comercialização para o segmento de higiene bucal concentra-se em preços mais estáveis, prazos de pagamento mais elásticos, dado o quadro de estabilidade econômica que se preconiza, bem como um maior empenho na busca de soluções logísticas que reduzam os custos e viabilizem melhores preços aos consumidores.

No caso de redução dos prazos de pagamento ou um aumento injustificado nos preços certamente haveria impactos negativos nas condições de comercialização dentro do segmento de higiene bucal.

Quanto a articulação de campanhas promocionais, as condições de negociação são efetuadas diretamente com os fornecedores que sinalizam para maior exposição e comunicação dos produtos solicitados.

A empresa avalia que a aquisição provoque uma inflexibilidade nas negociações, traduzindo-se em preços mais elevados para os consumidores finais.

Lojas Americanas

(fls. 2366 a 2367)

No depoimento da empresa é dito que as condições de comercialização, no segmento de higiene bucal, variam de acordo com o volume comprado. Essas mesmas condições não são homogêneas por fabricantes, dependendo mais da linha de produto. Os produtos que possuem uma capacidade de giro maior têm prazos de pagamento menores, por exemplo, cremes dentais e sabonetes. De um modo geral, os prazos de pagamento variam de 30 a 90 dias, dependendo da negociação, com uma frequência de entrega quinzenal ou mensal. Quanto a disposição nas gôndolas, a empresa procura dividi-las de acordo com a

participação do produto no mercado. Por exemplo, a KOLYNOS possui uma participação de 49,2%, a Colgate 28,4%, a Elida 21,7% e 0,7% para outros.

A partir do descrito acima a empresa considera que o conjunto ótimo de condições de comercialização para esse segmento seria prazos de pagamento em torno de 60 dias, juntamente com um desconto médio de cerca de 20%. Cabe salientar que qualquer alteração nas condições de fornecimento seriam prejudiciais, refletindo num aumento de preços ao consumidor.

No que se refere a realização de campanhas promocionais no segmento de higiene bucal, a empresa costuma efetuá-las mensalmente, através de encartes promocionais, em conjunto com os fabricantes com descontos e quantidades negociadas num prazo de até 90 dias de antecedência.

A empresa avalia que qualquer concentração nas mãos de um único fornecedor não é recomendável. Porém, se o governo adotar um estratégia de estimular a importação com incidência fiscal que viabilize a competitividade, essa situação poderia ser minimizada.

Carrefour

(fls. 2354 a 2355)

O Carrefour é uma empresa que comercializa produtos de higiene bucal praticando uma política promocional periódica, através dos descontos adicionais oferecidos pelos fornecedores. Suas condições atuais de comercialização baseiam-se, para os produtos de higiene bucal, em prazos de pagamentos em torno de 28 dias, no que refere-se à KOLYNOS, e de cerca de 30 dias para a COLGATE COMPANY. A COLGATE COMPANY oferece um desconto para pagamento de cerca de 5%; a mesma prática não ocorre com a KOLYNOS. Saliente-se, ainda, que as condições de comercialização praticadas pelos fornecedores da indústria de higiene e limpeza são diferentes, principalmente no que se refere a prazos de pagamento e descontos.

O conjunto ótimo de condições de comercialização poderia se dar em um ambiente de livre concorrência com uma maior variedade de produtos, melhores prazos e condições de pagamento. Para o caso de uma maior concentração econômica haveria prejuízos para o bom andamento das transações comerciais.

A empresa procura realizar campanhas promocionais em conjunto com os fabricantes, no caso dos produtos de higiene bucal, através de negociações específicas em promoções especiais nas quais há a participação dos fornecedores.

Quanto à comercialização do creme dental da marca Carrefour, que durou doze meses, a empresa optou por

descontinuar sua comercialização devido a aspectos apenas de caráter mercadológico, não tendo nenhuma influência do projeto de aquisição da

KOLYNOS pela COLGATE COMPANY. A empresa não tem pretensões de retornar ao mercado nesse segmento e avalia que o esforço efetuado para que o empreendimento obtivesse sucesso foi o suficiente. Não acredita que teriam sido necessários maiores investimentos em propaganda e marketing. Os investimentos dispendidos foram recuperados ao longo do tempo e com outros projetos.

Por fim a empresa analisa que a operação, ora em questão, poderia concentrar ainda mais o mercado, inviabilizando a possibilidade de concorrência e a busca de competitividade dos preços.

Searle

(fls. 2377 a 2378)

A Searle é uma empresa que se dedica a fabricação de produtos farmacêuticos. Durante 18 meses atuou na comercialização do creme dental da marca Carrefour optando pela descontinuação do mesmo, uma vez que a ausência de escala tornava os custos de fabricação e comercialização inviáveis. Sua opção de saída do segmento de higiene relacionou-se a uma decisão comercial ligada a fatores meramente internos à empresa.

Quanto às despesas em marketing e propaganda no creme dental de marca Carrefour, a empresa julgou que apenas a notoriedade da marca fosse suficiente para garantir o sucesso de empreendimento, não apostando dessa forma na estratégia de grandes investimentos em marketing e propaganda. Entretanto, todos os investimentos realizados no projeto foram recuperados uma vez que o maquinário para a fabricação do creme dental

pode ser utilizado em outras linhas de produtos de fabricação da empresa.

A empresa, embora seja considerada uma concorrente potencial em sua capacidade técnica e industrial, não vislumbra um cenário de retorno ao segmento de higiene bucal, mantendo sua linha de produtos farmacêuticos e sendo totalmente indiferente a aquisição da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY.

Idec

(fls. 2380 a 2386)

Os principais pontos levantados pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) em relação ao ato de concentração foram os seguintes:

1. Excetuando-se os aspectos relacionados à apresentação dos produtos, o consumidor médio não é capaz de avaliar sua qualidade, considerando-se os fatores relevantes do ponto de vista da saúde pública, limitando-se a julgar aspectos como paladar, odor, facilidade de manipulação e, em menor escala, durabilidade;
2. As possibilidades de se equacionar esse problema com a devida orientação médica são reduzidas haja visto que: i) a maioria das pessoas não tem condições de fazer uma consulta regular ao dentista (seis meses); ii) os serviços de saúde, com algumas exceções, não conseguem atender a demanda; iii) a despeito do Ministério da Saúde possuir normas que regulamentam esses produtos, tem-se constatado que muitos são mal normalizados e controlados;

3. A decisão de compra também leva em conta bastante o conceito de marca;
4. A despeito do fator preço ser relevante para a opção de compra, os cremes dentais adquiridos para teste do IDEC tiveram uma variação de preços de 760% entre a marca mais barata e a mais cara. Em relação às escovas essa diferença atingiu 700%;
5. A despeito da promoção e propaganda serem elementos decisivos no conceito da marca junto aos consumidores, o IDEC não julga que os mesmos resistam a preços elevados, ou seja, a elasticidade preço é maior do que a elasticidade propaganda;
6. O IDEC acredita que o ato de concentração deve causar prejuízo à ordem econômica, ameaçando a diversificação dos produtos e prejudicando a qualidade, segurança, durabilidade e desempenho do produto.

Brasilcon

(fls. 2344 a 2353)

Os principais pontos levantados pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon foram os seguintes:

1. A avaliação feita pelos consumidores sobre a qualidade dos produtos de higiene bucal é falha e parcial, influenciada pela própria capacidade econômica do fornecedor de divulgar esta qualidade dentre os seus consumidores em potencial;
2. Grande influência da marca, existindo forte elemento de lealdade dos consumidores à mesma;

3. A publicidade comercial e a propaganda de uma determinada marca são peças decisivas no lançamento e manutenção da marca;
4. O preço é, depois da qualidade, o elemento de maior importância para o consumidor;
5. O fator mais importante para que um consumidor se disponha a provar um novo produto é a capacidade de promoção e propaganda, sendo este um importante fator inibidor da entrada de novos concorrentes;
6. O perigo da posição dominante é o desinteresse das empresas dominantes em repassar para o mercado periférico as conquistas tecnológicas obtidas nas matrizes e a capacidade de impôr preços abusivos;
7. As empresas em questão têm demonstrado respeito pelo consumidor brasileiro com uma atuação considerada correta até o momento;

Desse modo, os efeitos competitivos serão perversos, posicionando-se a BRASILCON contrariamente à operação.

Gessy Lever

(fls. 2402 a 2408)

A empresa não comercializa enxaguantes bucais e não produz escovas e fios dentais, pois adota a política de não produzir semi-manufaturados que podem ser mais eficientemente produzidos por empresas especializadas. Desse modo, a empresa se detém na produção de cremes dentais e sua escala mínima ótima de produção corresponde a 4,5% ou 3.000

toneladas de participação do mercado, no caso de uma fábrica já existente e 7% de participação de mercado ou 5.000 toneladas para uma nova fábrica, tendo como base o mercado de 70.000 toneladas.

Para as quatro linhas de produtos, dentro do segmento de higiene bucal e de acordo com as vendas da indústria para o comércio realizadas no ano de 1994, os valores que refletem o tamanho, a participação do mercado e o crescimento das vendas para cada linha de produto são:

Quadro XIX

Tamanho do Mercado de Higiene Bucal

Produtos	Valor em US\$ milhões¹	Volume	Crescimento%² em empresa
Creme Dental	413.0	70.000 tons.	2.3
Escova Dental	86.0	101.0 milhões de unidades	69.3
Fio Dental	20.0	18.0 milhões de unidades	16.3
Enxaguante Bucal	10.0	1.300 tons.	-

Fonte: SIPATESP - Sindicato de Perfumaria e Artigos de Toucador de São Paulo, Apud Gessy Lever.

Elaboração: CADE

Notas: (1) Esses valores são para o ano de 1994, não incluem impostos (IPI e ICMS)

e refletem as vendas da indústria para o comércio.

(2) Crescimento do ano de 1995 sobre 1994.

No que se refere ao grau de utilização da capacidade instalada na produção de cremes dentais, este deverá manter-se em torno de (...) * dentro dos próximos cinco anos, assim como o crescimento da demanda deverá aumentar (...).*

A Gessy Lever estima que, no Brasil, a indústria de higiene bucal opera com um excesso de capacidade em torno de pelo menos 20%. Tal margem é considerada necessária para atender às flutuações usuais da demanda.

Para a análise de introdução de uma nova marca no mercado ou mesmo de extensão de marca a novos produtos deve-se considerar a disposição dos recursos necessários em propaganda e marketing. Para tanto, o investimento em propaganda procura corresponder a uma participação no mercado publicitário 4 vezes maior do que a participação do mercado pretendida, ou seja, caso se almeje uma participação de mercado de 5%, o investimento em propaganda deve ser de 20% do total investido no mercado publicitário.

Tomando por base o ano de 1996 e uma participação de mercado hipotética de 10%, e considerando que o mercado publicitário na categoria de cremes dentais movimentará cerca de US\$ 30 milhões e US\$ 14 milhões para os segmentos de escova e fio dental, respectivamente, tem-se a seguinte estimativa para investimentos de introdução ou extensão de marca e de manutenção ou expansão de uma participação no mercado:

Quadro XX

Investimentos Necessários para Introdução ou Extensão de Marca

* Informações sigilosas.

* Informações sigilosas.

US\$ Milhões

Introdução ou Extensão Manutenção ou Expansão ⁽¹⁾						
Produtos	Propaganda	Outras despesas ⁽²⁾	Total	Propaganda	Outras despesas ⁽²⁾	Total
Creme Dental	12.0	2.850.0	14.850.0	6.0	3.0	9.0
Escova e Fio Dental	5.6	2.850.0	8.450.0	2.8	5.0	7.8

Fonte: Gessy Lever. Elaboração: CADE

Notas: (1) O custo de uma marca já existente é aproximado ao custo de manutenção da marca.

- (2) Corresponde as despesas em: Pesquisa de Mercado; Desenvolvimento da Embalagem; Desenvolvimento de Propaganda e Amostragem/Promoções.

A depoente salienta que, para a manutenção ou expansão gradual da marca em mercados competitivos, o investimento em propaganda deve corresponder a uma participação no mercado publicitário duas vezes maior que a participação de mercado existente. No caso de escovas e fios dentais, as atividades promocionais, inseridas no quesito outras despesas, são maiores do que para cremes dentais, em função da necessidade de uma quantidade maior de material promocional para a exposição de produtos.

Para o segmento de higiene bucal como um todo o montante de investimentos previstos para os próximos cinco anos relativos ao desenvolvimento de novos produtos, marketing e propaganda e P&D concentra-se em torno (...)* .

Finalmente, a Gessy Lever não acredita que a compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY possa mudar sua

* Informações sigilosas.

posição relativa dentro do mercado uma vez que, para a empresa, o estabelecimento da marca apresenta um elevado grau de estabilidade sendo mais importante a posição relativa das empresas. Especificamente no mercado de cremes dentais há um certo grau de conservadorismo devido, principalmente, a relação entre consumidor e produto. No entanto, o mercado deve continuar a ser monitorado para que os custos de um novo entrante no mercado mantenha-se, dentro de limites considerados razoáveis e não se tornem impeditivos.

Johnson & Johnson

(fls. 2410 a 2413)

A Johnson & Johnson não atua no segmento de cremes dentais. Seu mercado, dentro do setor de higiene bucal, concentra-se na produção de escovas e fios dentais e enxaguantes bucais, cada qual com suas exigências e características. O mercado de escova dental caracteriza-se por um alto grau de diferenciação de produtos seguido pelo mercado de fio dental, que é complementar e competitivo, mas sem o mesmo grau de diferenciação; já no mercado de enxaguante bucal, a complementaridade é ainda maior. A partir da característica de cada negócio, a escala mínima ótima de produção, dada a tecnologia ora presente, está diretamente relacionada com o nível de demanda de cada segmento, o grau de desenvolvimento e segmentação do mercado e o estabelecimento da marca.

Para as três linhas de atuação de produção da empresa, dentro do segmento de higiene bucal e de acordo com as vendas da indústria para o comércio realizadas no ano de 1994, os valores que refletem o tamanho, a participação do mercado e o crescimento das vendas para cada linha de produto são:

Quadro XXI

Tamanho do Mercado de Higiene Bucal

Produtos	Valor em US\$ milhões⁽¹⁾	Volume (000's de unidades)	Crescimento %⁽²⁾ da empresa
Escova Dental	86.4	101.065	26.0
Fio Dental	19.6	17.783	33.0
Enxaguante Bucal	9.7	1.309 tons.	31.0

Fonte: ABIHPEC-SIPATESP - Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal,

Perfumaria e Cosmético, Apud Johnson & Johnson.
Elaboração: CADE

Notas: (1) Esses valores não incluem impostos (IPI e ICMS) e referem-se aos dados de 1994.

(2) Os dados referem-se ao período de 1995 para um volume de vendas em milhões.

No que se refere ao atual grau de utilização e previsão para os próximos cinco anos da capacidade instalada da empresa por cada linha de produto, a empresa procura ajustar sua capacidade produtiva à demanda de mercado, mantendo uma margem de (...)*. Além disso, o nível de capacidade ociosa considerado normal para indústria, para cada linha de produto, gira em torno de 75% a 80%, procurando atender a demanda e os picos de flutuação.

Para a análise dos investimentos necessários para a introdução de uma nova marca no mercado e extensão de marca além de manutenção ou expansão gradual de participação do mercado deve-se considerar as características técnicas de cada linha de produto, seu posicionamento mercadológico, público alvo, bem como a estratégia de cada empresa. Para o caso de

* Informações sigilosas.

extensão de uma determinada linha de produto já existente, os investimentos necessários em propaganda, promoção e pesquisa de mercado giram em torno de 20% a 40% sobre as vendas e os investimentos em P&D em torno de 3% também sobre as vendas. Já para o caso de lançamento de um novo produto, com ampla abrangência de mercado, o patamar de investimentos necessários fica em torno de 60%, prevendo-se um período de 2 a 3 anos, a partir do lançamento, para a recuperação dos investimentos realizados.

Considerando o segmento de higiene bucal para os próximos cinco anos, a empresa estima que o volume de investimentos necessários para o desenvolvimento de novos produtos, P&D, marketing e propaganda gire em torno de (...)*

A Johnson & Johnson avalia que a concretização da compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY poderia acarretar (...)*. Do mesmo modo a empresa acredita que a aquisição gera uma competitividade natural (*sic*) dentro do mercado, ressaltando os aspectos

comportamentais e éticos da indústria como um todo, a competitividade dos preços e o grau de penetração da marca KOLYNOS no mercado brasileiro.

Stafford Miller Indústria Ltda.

(fls. 2415 a 2417)

A Stafford Miller é uma empresa que produz apenas cremes dentais dentro do segmento de higiene bucal. Em relação a produção de cremes dentais e de acordo com a estrutura fabril da empresa, sua escala mínima ótima de

* Informações sigilosas.

* Informações sigilosas.

produção que viabiliza a subsistência do produto no mercado e os respectivos gastos com administração, vendas e distribuição é de 120 toneladas métricas/ano.

Para as quatro linhas de produtos, dentro do segmento de higiene bucal e de acordo com as vendas da indústria para o comércio realizadas no ano de 1994, os valores que refletem o tamanho, a participação do mercado e o crescimento das vendas para cada linha de produto são:

Quadro XXII

Tamanho do Mercado de Higiene Bucal

Produtos	Volume ⁽¹⁾	Crescimento % ⁽²⁾ da empresa
Creme Dental ⁽³⁾	69.820 tons.	61
Escova Dental	101.065 mil unidades	-
Fio Dental	17.783 mil unidades	-
Enxaguante Bucal	1.309 tons.	-

Fonte: ABIHPEC - Associação Brasileira de Indústria de Higiene

Pessoal, Perfumaria e Cosméticos. Apud Stafford Miller.

NOTAS: (1) Esses valores não incluem impostos (IPI, ICMS, PIS/COFINS).

(2) Crescimento do ano de 1995 sobre 1994.

(3) Especialmente para cremes dentais que é o único produto

da lista de produção da empresa.

No que se refere ao atual grau de utilização da capacidade instalada na produção de cremes dentais, no ano de 1996, é de 80% da sua capacidade instalada, considerando apenas um turno de produção, com previsão de chegar a 100% em 1997. Quanto ao nível de capacidade ociosa da empresa esse é, atualmente, de 20%, tendendo a zero em 1997.

Em relação aos custos com propaganda e marketing na introdução de novos produtos o investimento mínimo necessário em propaganda e promoção, para apoiar o lançamento de um produto no eixo Rio-São Paulo é de cerca de US\$ 1 milhão ao ano, para uma campanha promocional de até três anos. Para outras regiões esses custos poderiam ser mais elevados. Já o custo de promoção para manutenção e expansão gradual de um produto já estabelecido no mercado pode ultrapassar o valor de US\$ 2 milhões por ano. Quanto ao

volume de investimentos em P&D a empresa não os realiza no País, dependendo via contrato de assistência técnica dos esforços realizados por sua matriz norte-americana.

A empresa desenvolve um programa de divulgação das atualidades científicas nos meios odontológico e universitário, que requer um custo de US\$ 300 mil. Como sua especialidade concentra-se na produção de cremes dentais semi-medicinais, a empresa não se vê capacitada para estimar sobre o custo de um Programa Educativo sobre Saúde Bucal, num nível mais global, para o País.

Qualquer impacto que, por ventura, venha a ocorrer na estrutura do mercado de dentifrícios, notadamente a operação em questão, teria repercussão sobre as vendas da empresa, sendo necessário o estabelecimento de uma revisão orçamentaria.

No entanto, a simples aquisição *per se* não permite que se preveja alterações de mercado. Se essas ocorrerem, serão através das ações comerciais ou de marketing que vierem a ser adotadas para cada marca (Kolynos e Colgate), as quais, em princípio, independem de estarem juntas ou não sob a mesma organização.

Gillette do Brasil Ltda

(fls. 2419 a 2422)

A empresa Gillette do Brasil Ltda atua no mercado de higiene bucal em todos as linhas de produto e considera que a escala mínima ótima de produção, para cada segmento, compõe-se da seguinte maneira:

Quadro XXIII

Escala Mínima de Produção

Produtos	Unidades (000'S)
Creme Dental	4.500 tons/ano
Fio Dental	8.000 unid/ano
Escova Dental	16.000 unid/ano
Enxaguante Bucal	220 lit./ano

Fonte: Gillette do Brasil. Elaboração: CADE

Para as quatro linhas de produtos, dentro do segmento de higiene bucal e de acordo com as vendas da indústria para o comércio realizadas no ano de 1994, os valores que refletem o tamanho, a participação do mercado e o crescimento das vendas para cada linha de produto são:

Quadro XXIV**Tamanho do Mercado de Higiene Bucal**

Produtos	Valor (US\$ 000's)	Unidades (000's)	Crescimento %⁽³⁾ das Vendas (US\$000's)
Creme Dental ⁽¹⁾	381,530	36.000 kg	124
Fio Dental ⁽²⁾	36,470	20.260 unidades	38
Escova Dental	163,830	109.920 unidades	35
Enxaguante Bucal ⁽²⁾	28,260	1.380 lit.	17

Fonte: A.C. Nielsen. Gillette do Brasil Ltda. Elaboração: CADE

Notas: (1) Produto importado lançado em julho de 1994.

(2) Produto importado.

(3) Crescimento do ano de 1995 sobre 1994.

Cabe salientar que, no que se refere ao creme dental de marca *Oral-B*, o valor e a quantidade importada anualmente, a partir do início de sua experiência foi de (...) *. Ressalte-se que os custos de internação, com relação ao preço FOB e assumindo valor unitário para o creme dental importado *Oral-B*, representam um acréscimo de aproximadamente 30% sobre o valor FOB.

Quanto ao grau atual e a previsão de utilização da capacidade instalada na produção de escovas dentais, este

* Informação sigilosa.

atualmente mantém-se em (...)*, e o nível de capacidade ociosa considerado normal na indústria é de aproximadamente 20%.

Considerando o mercado relativo, para cada linha de produto do setor de higiene bucal, o Quadro XXV abaixo apresenta as despesas de marketing e propaganda necessárias para a introdução de uma nova marca no mercado e extensão de marca a novos produtos.

Quadro XXV

Investimentos Necessários para Introdução e Extensão de Marca

US\$ Milhões

Produtos	Propaganda	Promoção	Total⁽¹⁾	Propaganda e Promoção⁽²⁾
Creme Dental	6,5	5,0	11,5	4,0
Fio Dental	1,6	2,0	3,6	1,6
Escova Dental	4,0	2,0	6,0	2,4
Enxaguante Bucal	1,6	2,0	3,6	1,6

Fonte: Gillette do Brasil Ltda. Elaboração: CADE

NOTAS: (1) Valores estimados antes da aquisição da KOLYNOS, representando o montante necessário para a introdução de nova marca no mercado e extensão de marca a novos produtos. Cálculos feitos a partir da taxa do dólar comercial do último dia de cada mês.

(2) Valores estimados antes da aquisição da KOLYNOS, representando o montante necessário

* Informação sigilosa.

para a manutenção ou expansão da participação no mercado já calculada uma expansão gradual.

Valores calculados à taxa do dólar comercial do último dia de cada mês.

Quanto a previsão de investimentos para P&D, marketing e propaganda para os próximos cinco anos, a empresa estima (...)*. Além disso, a empresa avalia que a compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY (...)*, bem como acredita que o impacto da aquisição dependerá em grande parte do respeito aos princípios da livre concorrência e do não uso de qualquer prática considerada abusiva ao mercado por parte da Colgate.

Smithkline Beecham Laboratórios Ltda

(fls. 2433 a 2445)

A Smithkline Beecham não atua localmente na produção de cremes dentais. Seus cremes dentais *Aquafresh* não são produzidos no país e a produção do creme dental *Phillips* é terceirizada, fato que inviabiliza a determinação de uma escala ótima de produção para os produtos de higiene bucal.

Para as linhas de atuação de produção da empresa, dentro do segmento de higiene bucal, e de acordo com as vendas da indústria para o comércio realizadas no ano de 1994, os valores que refletem o tamanho, a participação do mercado e o crescimento das vendas para cada linha de produto são:

Quadro XXVI

Tamanho do Mercado de Higiene Bucal

* Informações sigilosas.

* Informação sigilosa.

Produtos	Valor em US\$ milhões⁽¹⁾	Volume	Crescimento%⁽²⁾ em (US\$'000)
Escova dental	86.4	101.065 milhões de unidades	26.0
Fio dental	19.6	17.783 milhões de unidades	33.0
Enxaguante bucal	9.7	1.309 tons.	31.0

Fonte: A. C. Nielsen. Apud Elaboração: CADE

Notas: (1)Esses valores não incluem impostos (IPI e ICMS).

(2) Os dados referem-se ao mercado como um todo, no período de 1995.

Cabe salientar que, no que se refere ao creme dental de marca *Aquafresh*, o valor e a quantidade importada anualmente, a partir do início de sua experiência foi de (...)*. Ressalte-se que os custos de internação, com relação ao preço FOB e assumindo valor unitário para o creme dental *Aquafresh*, representam um acréscimo de aproximadamente 22% sobre o valor FOB.

Quanto ao grau atual e a previsão de utilização da capacidade instalada na produção de escovas dentais, este atualmente mantém-se em (...)*, e o nível de capacidade ociosa considerado normal na indústria é de aproximadamente 30%.

Considerando as despesas de marketing e propaganda para a introdução de nova marca e de extensão de marca a

* Informação sigilosa.

* Informação sigilosa.

novos produtos, calcula-se que num período de um ano, dos US\$ 8 milhões gastos, US\$ 5 milhões destinam-se a propaganda e US\$ 3 milhões a promoções. Esse volume de investimento é considerado ideal para a introdução de marca nesse mercado competitivo.

Para a manutenção ou expansão gradual de participação da marca no mercado, e considerando um investimento dividido entre 50% de mídia e 50% de promoção, segundo a depoente, a estimativa é de US\$ 3 milhões para o segmento de escova dental e de US\$ 1 milhão para o segmento de creme dental.

Em relação a previsão de investimentos, nos próximos cinco anos, para o desenvolvimento de P&D, marketing e propaganda a empresa estima que (...)*. Além disso, a empresa avalia que a compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY poderia vir a

(...)*, bem como impactaria em maior poder de barganha nas negociações para a Colgate, resultante de sua maior participação no mercado.

Procter & Gamble

(fls. 2447 a 2458)A empresa apresentou a posição de que, de acordo com as tecnologias ora disponíveis e os diferentes graus de verticalização, a escala mínima ótima para a produção de cremes dentais é de 12 milhões de toneladas/a. Além disso, as instalações exigiriam um investimento mínimo em ativos em torno de US\$ 24 a 25 milhões e, considerando-se o crescimento do mercado de cerca de 6% a.a., essa instalação seria capaz de atender a 1/5 do mercado brasileiro no período de 1996/98.

* Informação sigilosa.

* Informação sigilosa.

Considera que esse nível de capital corresponde a US\$ 0,19 para cada US\$ 1,00 de venda no varejo. Esses valores estão baseados em preços anteriormente cotados por fornecedores e inclui somente as despesas com frete, engenharia e instalação.

Já para a produção de escovas de dentes, que requer elevados investimentos, com nível de capital de cerca de US\$ 0,48 para cada US\$ 1,00 de vendas no varejo, a empresa considerou que a escala mínima ótima para produção corresponde a uma instalação em torno de 36 milhões de escovas por ano, o que exigiria um investimento de aproximadamente US\$ 17 milhões. Ressalta que, em condições normais, essa produção atenderia de 20 a 25% da demanda do mercado interno.

O Quadro XXVII abaixo demonstra que a necessidade de escala configura, segundo a depoente, uma efetiva barreira à entrada tanto para creme dental como para escova dental. A P&G argumentou que a escala mínima ótima se configura como importante barreira à entrada. Os valores apresentados estão resumidos no Quadro abaixo:

Quadro XXVII

Escala Mínima Ótima de Produção

	Creme Dental	Escova de Dental
Produção mínima ótima	12 milhões de unidades	3 milhões de escovas
Investimento mínimo necessário	US\$ 24 a 25 milhões	US\$ 17 milhões
Nível de capital por unidade de venda no varejo	US\$ 0,19	US\$ 0,48

Fonte: Procter & Gamble. Elaboração: CADE.

Em relação ao tamanho do mercado brasileiro de creme dental para o ano de 1994, esse era de US\$ 552 milhões no varejo e 52 milhões de kg.

Quadro XXVIII

Tamanho do Mercado de Creme Dental para 1994

Produtos	Volume (milhões unidades)	Vendas (US\$ milhões)
Creme Dental	52.2 kg	552
Escova Dental	91.4 escovas	145
Enxaguante Bucal	1.6 litros	34
Fio Dental	646 metros	36

Fonte: A.C. Nielsen. Apud Procter & Gamble. Elaboração: CADE.

Ainda com relação ao tamanho do mercado, as taxas de crescimento do faturamento das vendas de cremes dentais, escovas de dentes, enxaguantes e fios dentais, foram em 1995, 36%, 62%, 66% e 57%, abrindo boas oportunidades para os novos entrantes, conforme Quadro XXIX abaixo. As taxas de crescimento de creme e escova dental devem atingir, respectivamente, 6% e 7% a 8% em 1996.

Quadro XXIX

Tamanho e Crescimento do Mercado em 1995

Produto	Volume em 1995	Variação	Vendas	Variação
----------------	-----------------------	-----------------	---------------	-----------------

	(Milhões de unidades)	(%) em relação a 1994	(US\$ milhões)	(%) em relação a 1994
Crems dentais	65 Kg	25	753	36
Escovas dentais	125,8 escovas	37	235	62
Enxaguante Bucal	2,6 litros	55	56,4	66
Fio dental	944,8 metros	46	57	57

Fonte: A.C. Nielsen. Apud Procter & Gamble. Elaboração: CADE

Com relação às importações do creme dental da marca *Crest*, a empresa o importa desde dezembro de 1992. O Quadro abaixo apresenta o montante anual dessa importação.

Quadro XXX

Importações de Creme Dental da Marca *Crest* pela P&G

	1993	1994	1995
Tonelagem	43.0	110.2	167.1
Vendas (milhões US\$)	0.31	0.83	1.27
Participação de mercado da Crest	-	0.1	0.2

Fonte: Procter & Gamble. Elaboração: CADE

Cabe salientar, ainda, que a importação do *Crest*, se comparada ao creme dental produzido localmente, tem um custo adicional de US\$ 2,97 por caixa, o que representa 27% do custo final para a entrega no atacado, além de um acréscimo de 37% sobre o custo total de fabricação de US\$ 8,00 por cada 3,2 kg

(a estimativa que uma caixa possui). A metodologia utilizada no cálculo dos custos de importação está descrita no Quadro abaixo.

Quadro XXXI

Custo de Internação do Produto Creme Dental para a P&G

Impostos (11% do custo total de fabricação)	30%
Armazenagem, Desp. Portuárias, Taxas de Serviços	20%
Frete/Manuseio no México ⁽¹⁾	8%
Frete marítimo	34%
Gastos com documentos de exportação	8%
Total	100%

Fonte: P&G. Elaboração: CADE

Nota: (1) Pressupõe produção no México. A empresa produz também para

o Brasil, nos EUA, entretanto a diferença é ainda maior.

Ao se considerar o crescimento da demanda e a necessidade de expansão da capacidade produtiva a empresa avalia que seu atual grau de utilização da capacidade, por linha de produto, bem como o nível de capacidade ociosa normal para essa indústria, é de (...) * .

Ao se tratar dos investimentos necessários em propaganda e marketing para introdução de nova marca no mercado, bem como a extensão de marca a novos produtos, a empresa demonstra que suas despesas de marketing para o lançamento de uma nova marca seria de aproximadamente US\$ 31 milhões no primeiro ano, com tendência a uma redução para

* Informações sigilosas.

US\$ 20 milhões (anualmente) num período de 3 anos. Para um período de 5 anos o custo total seria de US\$ 121 milhões. É destacado pela empresa que essas despesas não são recuperáveis, pois são cerca de 60% mais altas devido a situação de monopólio existente no país.

A P&G ressalta que as despesas iniciais no segmento de creme dental são mais elevadas do que para qualquer outro item do mercado de higiene bucal, já que exigem mais propaganda, pois os consumidores têm dificuldades para avaliar a eficácia do produto, o que já não ocorre no caso das escova dental.

No segmento de escova dental as despesas de marketing estariam em torno de US\$ 15 milhões para o primeiro ano e US\$ 50 milhões num período de 5 anos, ou seja, são significativamente menores. Além disso, o investimento em capital seria relativamente maior e uma vez realizado, o suporte de marketing e propaganda pouco adiantaria na superação da barreira (como por exemplo no caso do lançamento da escova dental de R\$ 0,30 pela COLGATE COMPANY).

No que se refere às despesas correntes de propaganda e promoção para a manutenção ou expansão de participação no mercado, a empresa não vê possibilidade de expansão gradual na participação do mercado de creme dental. A atual condição monopolística inviabiliza qualquer expansão significativa, o que faz com que a empresa continue a manter a marca importada *Crest*, que tem vendas abaixo de US\$ 2 milhões e um orçamento anual de marketing abaixo de US\$ 400 mil.

Quanto à estimativa para o volume de investimentos no segmento de higiene bucal, para o desenvolvimento de novos produtos, P&D, marketing e propaganda, nos próximos cinco anos, a empresa avalia que, não havendo monopólio, seriam realizados (...) * de investimentos. A empresa analisa, ainda,

* Informações sigilosas.

que a concretização da compra da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY poderia acarretar (.....)*.

Ao se pensar num programa educativo que permitisse ao Brasil atingir as metas de saúde bucal estabelecida pela OMS, para o ano de 2001, a empresa não acredita que seja possível atingir essas metas, realisticamente e com eficácia, até o ano 2001. A empresa acredita que um plano de educação total que abrangesse um programa escolar para todas as crianças do 1º grau, treinamento para professores e a inclusão no curriculum escolar sobre higiene bucal, além da participação da escola junto com os dentistas enfocando a questão preventiva da saúde bucal exigiria a participação do governo, setor privado e profissionais da educação. O custo aproximado que caberia ao setor privado estaria em torno US\$ 124 milhões no período de 8 anos.

A P&G estima, ainda, que o custo mínimo anual para um programa escolar estaria em torno de US\$ 7,5 milhões e o programa de saúde bucal em torno de US\$ 2,0 milhões, além de um serviço de propaganda de cerca de US\$ 6,0 milhões.

Finalmente, a empresa avalia que a aquisição da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY bloquearia a entrada de novos concorrentes no mercado, além de traduzir-se em aumentos reais de preços, mesmo com a redução de custos do monopolista. O processo de inovação também seria mais lento. Haveria, ainda, grandes especulações da comunidade global de que o Brasil e o Mercosul estariam revendo suas posições em favor dos monopólios. Segundo análise do Relatório do Banco de Investimento Smith Barney, de março de 1996, que emite recomendações para a compra das ações da Colgate "...Se o governo brasileiro forçar a Colgate a vender o negócio....não estamos preocupados. Em qualquer cenário, a Colgate continuará a administrar o negócio e a se beneficiar de sinergias significativas. Em nenhuma circunstância a Colgate

* Informações sigilosas.

perderá os benefícios adquiridos com a aquisição. Não haverá mudança no valor estratégico da aquisição.”

COLGATE LTDA. e KOLYNOS

(fls. 2460 a 2480)

As questões encaminhadas separadamente a cada uma das empresas foram respondidas em conjunto pelo representante da COLGATE LTDA.

Na opinião da depoente a escala mínima ótima de produção de creme dental está em torno de 60 milhões de tubos por ano, o que representa 6% do mercado. De acordo com os engenheiros da empresa, uma fábrica deste porte exigiria investimentos da ordem de US\$ 5 milhões e geraria custos unitários totais de produtos acabados de 25 centavos de dólar.

Com relação ao tamanho de mercado para cada linha de produto de higiene bucal, o Quadro abaixo sumariza o volume, crescimento e valor das vendas realizadas em 1994 e 1995.

Quadro XXXII

Volume e Valor das Vendas Realizadas em 1994 e 1995

Creme Dental	70.529	411.186	68.075	378.496
--------------	--------	---------	--------	---------

Escova Dental	138.447	117.680	150.938	131.316
Fio Dental	26.581	29.239	32.801	33.139
Enchaguante Bucal	2.620	26.934	4.262	43.813
Total		585.089		586.754

Fonte: A. C. Nielsen (dados vendas a varejo) e Sipatesp (dados dos fabricantes).

Apud Procter & Gamble. Elaboração: CADE

Quanto ao atual grau de utilização da capacidade previsão para os próximos cinco anos para cada linha de produto. Em creme dental, a KOLYNOS atua na linha de mistura com 72,3% da utilização média anual e em suas linhas de enchimento com cerca de 82,5%. Tanto para a produção de tubos de alumínio como para laminados a produção está próxima da capacidade. Atualmente a COLGATE LTDA. opera abaixo de sua capacidade ótima de creme dental devido, principalmente, à nova fábrica em Osasco.

No que diz respeito ao nível de capacidade ociosa considerada normal para essa indústria, a KOLYNOS segue uma política de compra de equipamento sempre que a utilização da capacidade atinge 90%. Como a compra de uma nova máquina resulta, normalmente, num aumento significativo de capacidade, a utilização da capacidade cai de dez a quinze pontos percentuais após a compra de uma nova máquina, o que resulta numa meta de capacidade ociosa entre 10% e 25% para todas as categorias do segmento de higiene bucal. Já a política da COLGATE LTDA. difere um pouco exigindo uma expansão de capacidade quando a utilização atinge 85%. Assim, a meta de capacidade ociosa varia entre 15% e 30%.

Considerando a despesa de marketing e propaganda para a introdução de nova marca no mercado e extensão de marca a novos produtos, para cada linha de produto que compõe o

segmento de higiene bucal, os departamentos de marketing da COLGATE LTDA. e da KOLYNOS partiram do pressuposto de que um novo participante teria como meta uma participação de mercado de 10%, meta esta considerada razoável para um prazo médio de dois a quatro anos. Na opinião do depoente, que para uma participação de 10% permite uma âncora significativa possibilitando a empresa desenvolver extensões de linha como bicarbonato de sódio, controle de tártaro, antiplaca, branqueador e infantil. Essas extensões costumam aumentar de 2 a 3 três pontos percentuais a participação de mercado.

Os dois planos de marketing demonstram que o investimento necessário em publicidade dependerá da estratégia de entrada da empresa, além do tipo e do momento de decisão dos gastos com publicidade e promoção. Outras variáveis estratégicas são a meta de participação de mercado e o ponto de determinação de preço do novo participante.

Em termos de estratégia, a principal diferença entre os dois planos é que a KOLYNOS pretende concentrar as despesas de marketing nas primeiras etapas do lançamento do produto. A partir do impacto da mídia, a tendência é de redução gradual nas despesas de marketing no segundo ano. Já a COLGATE COMPANY concentra quase 40% de seus gastos de marketing em promoção. Como a promoção tende a ter mais efeito sobre as vendas a curto prazo, os gastos de marketing precisam ser aumentados em termos absolutos, à medida que mudam gradualmente de gastos com promoção para gastos com mídia.

Para manutenção ou expansão gradual da participação no mercado, as despesas em propaganda e promoção seriam baseadas a partir do custo de cada empresa. Saliente-se que a medida que aumenta a participação de mercado há retornos marginais decrescentes em publicidade. A KOLYNOS calcula que, para a categoria creme dental, cada dólar em publicidade geraria apenas US\$ 1,50 de aumento de vendas. Já para enxaguante bucal, onde a KOLYNOS possui maior espaço para expansão, cada dólar de publicidade traria, aproximadamente, US\$ 3,00 em aumento de vendas.

No que se refere à elaboração de um programa educativo que permitisse ao Brasil atingir as metas de saúde bucal da OMS, a depoente entende que o mesmo exigirá a participação da indústria, de profissionais da área de odontologia e do governo. Os elementos básicos incluem educação em saúde bucal, melhor nutrição, maior acesso aos produtos de higiene bucal como, por exemplo, escova dental, maior acesso, à todos os níveis sociais, de profissionais de odontologia e projetos em larga escala de fluoridificação.

A empresa estima que para atingir cerca de 30 milhões de crianças, entre 1995 e 2001, faz-se necessário um volume de investimento da ordem de US\$ 31 milhões. A COLGATE LTDA. e a KOLYNOS já vêm dando andamento a programa dessa natureza, mais admite que é necessário a participação continuadas outras empresas do segmento de higiene bucal. É de extrema relevância o apoio do governo, principalmente na área de fluoridificação da água e melhoria da nutrição.

VOTO

1. O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE

A jurisprudência norte-americana criou o conceito de mercado relevante, um híbrido jurídico-econômico, cujo significado é o de delimitar as fronteiras do espaço econômico da análise antitruste. Partindo da noção usual de mercado -

espaço composto pelo produto e seus substitutos próximos - acentua a relação intrínseca existente entre o poder de mercado e o universo de escolhas do consumidor. Quanto mais alternativas dispõe um consumidor em determinado mercado, menor a possibilidade do poder de mercado⁵ ser exercido na forma de aumento de preços. O roteiro de fusões editado pelo Departamento de Justiça e a Comissão Federal de Comércio norte-americanos parte da noção de que a concentração eleva ou cria poder de monopólio, que se define como a capacidade da empresa resultante da operação elevar seus preços acima dos custos de forma sustentada, ou seja, sem incentivar a entrada de novos ofertantes, ou o aumento da oferta dos existentes. O conceito implícito na delimitação das fronteiras do mercado é o de barreiras à entrada na concepção de Bain (1956), segundo o qual a existência de barreiras é evidenciada pela existência de lucro extraordinário em um mercado onde a posição das firmas instaladas não é ameaçada pela entrada de novos ofertantes.

O aumento de preços é a forma de expressão por excelência do poder de mercado posto que a prática antitruste americana vem adotando, ao menos até recentemente, a leitura usual do problema do monopólio como o de eficiência alocativa. A prática e a incorporação mais recente do saber econômico, entretanto, têm pouco a pouco incorporado preocupações com os efeitos do poder de mercado sobre os aspectos tecnológicos e produtivos. Como consequência, admite-se que o poder de mercado pode ser expresso de diversas formas, assim como a concorrência assume, a depender da dinâmica específica de cada mercado, formas diversas da concorrência via preços.

Em mercados onde a dinâmica concorrencial assume a expressão da diferenciação de produtos, como é o caso em muitos mercados de bens de consumo, o poder de mercado pode ser expresso pela estratégia de proliferação de marcas (como no caso *FTC vs Kellogg et al.*⁶) ou pela elevação do custo e mesmo

⁵ Ou, na expressão do roteiro de fusões norte-americano, o poder de um monopolista hipotético.

⁶ 99 FTC, 8, 16, 1982.

bloqueio da entrada de concorrentes (com a imposição de acordos de distribuição exclusiva, de royalties e outras restrições verticais, como no caso *US v Microsoft*, 1995).

Em casos envolvendo firmas que concorrem por meio de diferenciação, o esforço das empresas é tornar seus produtos tão distantes dos outros dentro do espaço de produto, a ponto de formarem mercados cativos. Os produtos deixam de ser substitutos perfeitos entre si. Nessas condições a competição pode ser segmentada, com os produtores competindo mais diretamente com aqueles que vendem substitutos mais próximos.

O ponto de partida da análise de um processo de concentração econômica, da perspectiva da política de concorrência, é a delimitação precisa das fronteiras dos mercados afetados pela operação. Tal delimitação é que permitirá uma avaliação objetiva dos efeitos prováveis da concentração e, eventualmente, a ponderação dos benefícios esperados em termos de elevação da eficiência econômica *vis a vis* os danos causados ao ambiente competitivo.

1.1. O mercado de produto relevante

Nessa perspectiva, o mercado de produto relevante para a análise antitruste é aquele que, delimitado pelo escopo de alternativas disponíveis aos consumidores, o poder de mercado, se existente, pode ser exercido. Como o conceito de mercado não se confunde com o de indústria, as interseções entre ambos passam pelo critério da substituibilidade da perspectiva do consumo.

É essa concepção de mercado relevante com que opera a Comissão Européia assim como as agências antitruste norte-americanas - a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e o FTC, ou Comissão Federal de Comércio. Em ambas as jurisdições o mercado de produto tem por base o critério da

substituibilidade ao nível da demanda. A substituibilidade ao nível da oferta, ou seja, a possibilidade de algum fabricante rapidamente passar à produzir para o mercado relevante em questão só raramente é levada em consideração na prática europeia. Assim, a delimitação do mercado relevante predominante leva em consideração critérios de consumo, uma vez que as preferências dos consumidores são determinantes da substituibilidade dos produtos entre si.

No caso analisado recentemente pela Comissão Europeia, no qual a Procter & Gamble⁷ adquiriu uma fabricante alemã de papel, e com isto a marca Camelia de absorventes higiênicos internos, à primeira vista, dada a forte posição de sua marca Always, a empresa adquiriria uma posição dominante no mercado de absorventes. Estudos econométricos realizados pela Comissão, contudo, permitiram verificar que as elasticidades-cruzadas com relação às promoções eram insignificantes ou muito reduzidas. Com base nessas informações e em outras de caráter qualitativo, definiu-se o mercado relevante de tampões como distinto do de absorventes higiênicos.

Esta Conselheira considera adequada à prática brasileira a abordagem das agências antitruste norte-americanas que enfatizam a elasticidade da demanda em detrimento da oferta.⁸ Tal opção implica enfatizar o papel do consumidor como foco do poder de mercado, posto que é sobre ele que o poder é exercido e são suas reações e alternativas que contam para identificar o grau de poder de mercado envolvido no caso em análise. A oferta é corretamente tratada em seguida à delimitação das fronteiras do mercado relevante, com a identificação dos integrantes no mercado e da concentração de sua estrutura. Posteriormente são discutidas as condições de entrada e, por conseguinte, os participantes potenciais.

⁷ caso P&G/VP Schickedanz, 1994, apud. **XXIV Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência**, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1994.

⁸ Ademais a mesma utilizada pela Comissão Europeia, assim como pelas novas agências antitruste de países em desenvolvimento, como a Comissão Federal de Competição do México.

Nada impede, contudo, que a perspectiva dos produtores sobre quais são os seus competidores sirva de balizamento para a delimitação do mercado relevante. No caso *FTC v. Coca-Cola C.*, por exemplo,⁹ na definição do mercado relevante, considerações sobre oferta foram incluídas. “Executivos de companhias de refrigerantes quando questionados indicaram que seus principais competidores eram outros produtores de refrigerantes. Suas estratégias de preço e marketing foram desenvolvidas com um olho em direção a outros produtores de refrigerantes e não, como alegava o defendente, em direção aos vendedores de sucos de frutas, leite, café, chá e outras bebidas. ...”(White, 1994, pp. 80)¹⁰. Importante também para a definição foram as respostas de vários executivos da indústria de que acreditavam que os produtores poderiam elevar coletivamente os preços (em 10%) sem que os consumidores migrassem para outras bebidas.¹¹

Outra dificuldade da análise da oferta é a diferença entre substituição e nova entrada. Onde o mercado termina e começa a entrada potencial? Se uma definição mais estreita de mercado é adotada, obtêm-se indicadores de concentração mais elevado e de entrada mais fácil. Se o mercado for definido de forma mais ampla, o resultado obtido é o oposto. Para resolver o dilema, Sherer propõe o seguinte procedimento: “A despeito do risco de ser um pouco arbitrário, deveríamos delimitar [o mercado relevante] para incluir como substitutos no lado da produção a capacidade existente que pode ser alterada no curto prazo, ou seja, sem novo investimento significativo em plantas, equipamentos e treinamento.” (p. 61). É justamente o critério adotado pelas agências antitruste americanas. De acordo com o

⁹ *FTC v. Coca-Cola Co.* 641 F Supp. 1128, 1134.

¹⁰ Lawrence White, “Application of the Merger Guidelines: the Proposed Merger of Coca-Cola and Dr. Pepper (1986)” in **The Antitrust Revolution - The Role of Economics**, Kwoka and White, eds. 2nd edition, 1994.

¹¹ Tais posicionamentos foram confirmados com estudos econométricos de elasticidade-preço cruzada, tipicamente estudos de demanda, com base em dados de vendas semanais e quinzenais que mostraram ser possível aos produtores de refrigerantes exercer poder de mercado coletivamente.

roteiro de fusões de 1992, seria considerada participante do mercado “... uma firma [que tivesse] ativos existentes que provavelmente seriam transferidos ou estendidos para a produção e venda do produto relevante dentro de um ano, sem incorrer em significativos *sunk costs*, de entrada e saída, em resposta a um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preço.”

A definição precisa do conceito de mercado relevante, entretanto, é relativamente recente. A doutrina e a prática antitruste nos EUA conviveu por muito tempo com os conceitos de mercado e submercado, desde o caso Brown Shoe de 1962. Este último foi rejeitado finalmente no roteiro de 1992, na medida em que contém sérias impropriedades lógicas. Como bem apontam Sullivan and Hovemkamp (1994): “(...) dizer que um grupo de vendas é um mercado implica um alto grau de substituibilidade no consumo ou na produção entre eles. Dizer que algum segmento desse grupo constitui um submercado é dizer que não há substitubilidade suficientemente alta entre as vendas dentro do submercado e fora dele. Em suma, se um grupo de vendas é realmente um mercado, ele não pode logicamente conter submercados. [A doutrina] antitruste estaria muito melhor se nunca tivesse ouvido falar de submercados.” p 816¹².

1.1. 1. Os mercados de produto em questão

De acordo com a visão da Requerente, o setor de higiene bucal é composto de quatro categorias individuais de produtos que são: creme dental, escova dental, fio dental, enxaguante bucal.

¹² Sullivan and Hovemkamp, Antitrust Law, Cases and Procedures, 1994.

Adoto o entendimento de que estamos diante de quatro mercados relevantes distinguidos pela ausência de substitutos comerciáveis para cada uma das linhas de produto, quais sejam creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante.

São os seguintes os mercados relevantes identificados:

O **creme dental** apresenta-se sob a forma de creme, gel, líquido ou pó com a finalidade de limpar os dentes e auxiliar na manutenção da saúde bucal, podendo, ainda, ter uma destinação específica no combate às doenças bucais (gingivite, tártaro, placa bacteriana, etc..).

Na composição do creme dental são utilizadas matérias-primas que contêm **abrasivos** para remoção de detritos alimentares (sílica, dicálcio fosfato dihidrato - Dical - e carbonato de cálcio precipitado - CCP); **umectantes/umedecedores** que propiciam a forma cremosa (glicerina e sorbitol); **espessadores** que dão a consistência ao produto (carboximethyl cellulose - CMC); **detergentes** que são usados para produzir espumas e limpar os dentes (lauril sulfato de sódio); e **ingredientes ativos (flúor, triclosan) e sabores**.

A **escova dental** é utilizada para remover os resíduos de alimentos e placas bacterianas, sendo que sua qualidade varia de acordo com o formato do **cabo** e com a configuração das **cerdas**, mantendo-se inalterada, porém, a sua destinação genérica. É um produto altamente complementar ao creme dental, sendo ambos utilizados na higiene bucal.

As duas categorias representam 75% do total do faturamento mundial no negócio de saúde bucal. No Brasil, essa representação está em torno de 93% do faturamento bruto do mercado nacional.

O **Fio dental** é classificado como fio ou fita dental, não havendo diferenças na função de ambos os produtos, de limpeza entre os dentes, sendo que a matéria prima básica é o **fio de poliamido**.

O **Enxaguante bucal** é considerado produto coadjuvante na manutenção da saúde bucal, podendo ser utilizado na aplicação de agentes tópicos orais (substâncias quimioterapêuticas). Sua destinação pode ser terapêutica ou cosmética. É composto basicamente por **água, álcool, umectantes** (glicerina e sorbitol), **surfactantes, essências e elementos ativos** (triclosan, cetylpyridinium clórico e flúor).

Tampouco aceito a distinção de mercados por faixas ou tipos de produtos, de um lado como exemplo, produtos de massa e prêmio, e de outro, produtos cosméticos e terapêuticos, dada a alta substituíbilidade postulável entre tais segmentos.

Admito que, em tese, seria preferível calcular a elasticidade-cruzada de tais linhas de produto a postular sua substituíbilidade. Entretanto, há que se salientar que para que tais cálculos econométricos fossem realizados, seria necessário dispor de listas de preços e vendas por fabricante e linha de produto para um período não inferior a 5 anos. Não apenas tais dados não são imediatamente disponíveis como o comportamento de preços e da demanda, nestes como em outros mercados relevantes, foram fortemente influenciados pela trajetória inflacionária recente. Acredito que, conquistada a estabilidade de preços, estudos sobre elasticidade tornar-se-ão metodologicamente factíveis, o que muito contribuirá para a análise e a decisão antitruste.

Não há substituto comercial para o creme dental nem tampouco para a escova. A elasticidade da demanda entretanto é bastante distinta, dependendo do extrato de renda. A elasticidade é alta para as camadas mais pobres da população - o que justifica a estratégia de discriminação de preços para maximização de lucros empreendida pela KOLYNOS lançando a

dita “escova social” no Nordeste por 30 centavos de real. Considera-se que, no caso em questão, a elasticidade é inversamente proporcional ao nível de renda, dado o peso decrescente do produto na cesta básica¹³. Do mesmo modo, o consumo é crescente conforme o nível de renda. Na região de renda mais elevada do Brasil, São Paulo, capital e interior, o consumo médio é mais alto que a média mundial e mesmo mais alto que nos Estados Unidos (fl. 04, Apartado X). Esta demanda é presumidamente menos sensível a preços e mais sensível a inovações de produto e marca. Significa que esses consumidores estariam mais dispostos a experimentar novidades, principalmente se apresentadas como produtos de qualidade mais alta. Por outro lado, nas regiões de baixa renda e baixo consumo, a demanda é, presumidamente, bastante sensível a preços. Por outro lado, é importante destacar o caráter complementar das linhas de produto que correspondem aos mercados relevantes de escova dental e creme dental. A demanda por um gera externalidades positivas para a demanda pelo outro, o que significa que a queda de preços em um dos mercados eleva a demanda pelos bens do mercado relevante complementar¹⁴. Não se presume o mesmo comportamento para os demais mercados relevantes em questão.

Assim, os mercados de nichos, medicinais, premium, de massa são um só mercado relevante porque postula-se que é alta a substituíbilidade entre eles. Se o preço de um produto premium aumenta consideravelmente, o consumidor considera a compra de um produto de massa. Da mesma forma, se a renda do consumidor aumenta, ela estará disposta a experimentar um creme dental mais sofisticado (sobretudo se tiver uma marca em que ele já confia). A compra, sem dúvida, considerou esse fator, que implicará em um aumento do faturamento do grupo, mesmo que se mantenham constantes as quantidades vendidas, com a migração dos consumidores para produtos de maior valor agregado.

¹³ Assim, apesar do consumo ser crescente em relação à renda, a derivada segunda é negativa, ou seja, o consumo de produtos de higiene bucal cresce a taxas decrescentes em relação à renda.

¹⁴ É o que significa dizer que a elasticidade-preço cruzada desses bens é negativa.

Rejeito, por conseguinte, a definição implícita de mercado relevante adotada pela Requerente, qual seja, “saúde bucal”, incorporada nos pareceres da SEAE e da SDE, que também fazem uso dos conceitos de mercado e submercados ao se referirem às linhas de produto de creme, escova e fio dentais e enxaguante bucal.

1.2. O mercado geográfico relevante

A Comissão Européia define o mercado geográfico relevante como “o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e em que as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalecentes em territórios vizinhos.” Adoto concepção análoga de que o mercado geográfico relevante para a análise antitruste - a outra face do conceito de mercado relevante - é aquele onde os fluxos comerciais e a estrutura da oferta e da demanda apresentam características de tal homogeneidade que os distinguem de fluxos comerciais externos. Não considero necessário distinguir as condições de competição externas e internas aos mercados geográficos. Considero que muitos mercados domésticos podem não apresentar fortes laços comerciais entre si nem regulamentações de oferta e distribuição análogas e não obstante podem apresentar estruturas concorrenciais muito similares, posto que muitas vezes são as mesmas empresas globais que compõem, e mesmo dominam, as respectivas estruturas produtivas. A presença de tal similaridade na estrutura produtiva não deve, contudo, iludir a análise como um indício de mercado “global” ou “regional”.

Dado o fato de que todas as empresas instaladas no país distribuem seus produtos a nível nacional e que a abertura comercial não gerou ainda um volume de importações substancial, defino o mercado geográfico relevante nos quatro

casos em questão - creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal - como o mercado nacional de cada uma dessas linhas. A definição do âmbito nacional para o mercado relevante implica a substituibilidade limitada por produtos importados, mas não exclui uma ameaça para as empresas estabelecidas, de um eventual aumento nas importações.

No período entre 1992 e 1995, o crescimento médio anual do valor FOB das importações no Brasil, no segmento de higiene bucal foi de 133,3%¹⁵. Por outro lado, as medidas governamentais de redução de alíquotas de importação, dentre outras, não foram, até o presente momento, suficientes para tornar o produto estrangeiro competitivo no mercado interno e, conseqüentemente, estimular a concorrência nesse setor.

Segundo dados da SECEX, o valor FOB das importações dos produtos de higiene bucal atingiu US\$ 30,9 milhões, em 1995, enquanto o total de vendas da indústria nacional no mercado interno chegou a US\$ 750,5 milhões (fl. 55, Apartado VIII). Ou seja, as importações representam, atualmente, menos que 4% da oferta global interna.

Quadro 1

Volume de importação e alíquotas incidentes por segmento US\$ Milhões (dezembro de cada ano)

Mercado/Ano	1992	1993	1994
Escova Dental	1.9 (40.0%)	11.0 (2.0%)	14.4 (20.0%)
Creme Dental	3.3 (40.0%)	6.0 (10.0%)	7.7 (2.0%)
Fio Dental	0.2 (20.0%)	1.6 (20.0%)	2.1 (20.0%)
Enxaguante Bucal	0.4 (40.0%)	4.8 (10.0%)	6.8 (2.0%)

¹⁵ Segundo a SECEX/MICT, apud Requerente (fls. 95, Apartado VIII).

Fonte: Requerente (fl. 180, Apartado VIII) e SEAE (fl. 334).
Elaboração: CADE.

No que diz respeito às exportações, observa-se que, entre 1992 e 1995, o crescimento anual do valor FOB das exportações no segmento de higiene bucal foi de 156,0%, crescendo de US\$ 11 milhões para US\$ 17,2 milhões. Todavia, quando comparamos esse valor com o realizado no mercado interno verificamos que as exportações representam apenas cerca de 2,3%.

Quadro 2

Exportações por segmento US\$ Milhões FOB

Mercado/Ano	1992	1993	1994	1995
Creme Dental	9.0	12.6	12.0	14.5
Escova Dental	1.3	1.4	1.7	2.2
Fio Dental	0.2	0.2	0.2	0.3
Enxaguante Bucal	0.5	0.1	0.1	0.1
Total	11.0	14.4	14.0	17.2

Fonte: SECEX/MICT. Apud Requerente (fl. 179, Apartado VIII).

Nesse contexto, é importante realçar a previsão de aumento significativo das exportações da KOLYNOS, alegada

pela COLGATE COMPANY, dado que esta pretende concentrar suas atividades produtivas no Brasil, estabelecendo no País o seu centro de fornecimento para os países do Mercosul. Cabe ressaltar que a empresa já iniciou seu processo de integração no Mercosul, exportando alguns de seus produtos para Argentina, Paraguai, Uruguai, Colômbia e Bolívia (fls. 68 e 69). Além do mais, é bastante crível que a COLGATE COMPANY venha a utilizar suas redes de distribuição de produtos no mercado internacional para ampliar a exportação de produtos da KOLYNOS. Caso se materializem as expectativas da Requerente de incremento nas exportações, o mercado relevante geográfico pode se ampliar abrangendo o Mercosul ou mesmo a América Latina.

A COLGATE COMPANY projeta o seguinte aumento das exportações da KOLYNOS:

Quadro 3

Exportações da KOLYNOS- Projeção

Anos	US\$ Milhões
1995	12
1996	20
1997	25
1998	30
1999	35/40

Fonte: SEAE (fl. 337)

Levando-se em consideração o Mercosul, é importante destacar que o mesmo processo de concentração que ora se analisa, ocorreu na Argentina com a COLGATE COMPANY, a qual adquiriu a empresa líder (Odol) fabricante de creme dental, bem como a marca e linhas de produção KOLYNOS, na mesma operação de compra que envolveu a filial brasileira.

Com isto, atingiu posição dominante no mercado da ordem de 70%.

De maneira geral, não apenas no Brasil, o comércio exterior não é significativo para os mercados em referência, dado o baixo valor do produto frente às despesas de transporte e distribuição. Quando ocorre o intercâmbio comercial de produtos de higiene bucal entre países, o mesmo costuma restringir-se ao âmbito regional. Nesse sentido, é possível presumir que, até o final do século, o mercado geográfico venha a abranger o Mercosul ou até mesmo a América Latina. Caso a KOLYNOS venha, efetivamente, a transformar-se num pólo de exportação para países em desenvolvimento (tendo o Mercosul como plataforma de lançamento), tal presunção se concretizará.

1.2.1 Nota sobre a contestabilidade das posições de mercado por meio de importações

Mesmo com redução transitória da tarifa para 2% entre março de 1994 e abril de 1995, o volume de importações não afetou o padrão de concorrência, constituindo parcela irrelevante do mercado. O coeficiente de importação foi de 4,1%, em 1992 (higiene e limpeza), e menos de 1% para higiene bucal (fl. 2586) contra 14,8% na indústria de transformação dos EUA (fl. 15, Apartado VI). As seguintes constatações dificultam a perspectiva futura de contestabilidade do mercado via importações:

- 1) A importação só pode constituir estratégia viável para suprir produtos especializados, de reduzida escala de venda, para clientes de nichos tais como produtos medicinais;
- 2) Segundo dados da A.C. Nielsen, os cremes dentais importados têm preço médio 4 vezes acima do preço médio dos produtos fabricados no País;

3) As tarifas de importação atualmente estão em 18% para creme dental, escova dental e enxaguante bucal, e 16% para fio dental;

4) Segundo a P&G em resposta a questionário do CADE em audiência pública (fl. 2452), a importação do creme dental comparado ao produzido localmente tem um custo adicional de US\$ 2,97 por caixa, representando acréscimo de 37% sobre o custo total de fabricação.

A importação é sempre um primeiro passo das multinacionais para testar um mercado doméstico para posterior estabelecimento de uma subsidiária. A estratégia de empresas como a Smithkline Beecham, que recentemente adquiriu e reintroduziu no mercado brasileiro a marca *Phillips*, além de importar sua marca *Acquafresh*, da Gillette que importa sua marca *Oral B* e a Procter and Gamble, que importa a marca *Crest*, pode ser

vista como de teste e aprendizado do mercado, o que as transforma em entrantes potenciais. A entrada no mercado por meio exclusivamente de importações não pode ser vista como elemento disciplinador, na perspectiva da contestabilidade, dado que o volume de importações é pequeno (4% da oferta) e os custos de internação majoram os preços em cerca de 30%.

1.3. Estrutura do(s) Mercado(s)

Em qualquer mercado, há duas fontes básicas de competição: os produtores existentes e os entrantes potenciais. O número de vendedores atuais é dado pelas economias de escala e pelas condições de entrada. O tamanho de mercado é o fator-chave subjacente. A forte concentração da indústria brasileira, de modo geral, é função do tamanho reduzido dos mercados frente às escalas mínimas de produção. É um retrato

do passado da estrutura industrial brasileira. A expansão do mercado pela inclusão de novos consumidores e aumento da renda disponível, a abertura comercial, a mudança do foco das empresas instaladas em direção ao mercado externo, além das mudanças tecnológicas e organizacionais que respondem pela reestruturação que passa a indústria podem, em tese, levar a alterações no perfil da indústria.

Para se medir concentração, é preciso se definir os limites do mercado. Não é uma questão definida teoricamente, que vendedores e produtos devem compor um determinado mercado (por exemplo, o mercado relevante seria papel celofane ou todos os materiais de embrulho flexíveis? - U.S. v. E.I. duPont de Nemours and Co., 351 U.S. 377, 1956). Para Stigler (1968)¹⁶, uma indústria deve incorporar a área geográfica máxima e o máximo de variedade de atividades produtivas para o que há forte substituição no longo prazo. Todos os produtos ou empresas com grande elasticidade-cruzada na oferta e na demanda devem ser combinados em uma indústria. Vale lembrar que os conceitos de mercado e indústria não se confundem, de modo que a definição de Stigler não pode ser automaticamente transposta para a discussão de mercado relevante.

Por outro lado, qualquer índice de concentração considera apenas a competição corrente, ignorando a potencial; desse modo, não pode dar conta do grau de competição, da rivalidade competitiva presente em uma determinada indústria. Outras informações são necessárias para se levar em conta a competição potencial.

Acrescente-se que uma medida de concentração, qualquer que seja, é sempre um indicador estático da estrutura concorrencial de um mercado. Uma informação adicional necessária para avaliar a dinâmica competitiva de um mercado é o comportamento desse índice ao longo do tempo, por

¹⁶ George Stigler, **The Organization of Industry**, Chicago University Press, 1968.

exemplo, de uma década. Estruturas de mercado bastante concentradas podem esconder uma rivalidade competitiva intensa; a alternância de posições

entre as maiores empresas revelaria tal dinâmica. Assim, é interessante que a concentração de uma indústria seja avaliada ao longo de um período e não em um único ponto no tempo. No caso em questão, a estabilidade das posições relativas de mercado indicam que, anteriormente à operação, o mercado não se caracterizava por uma dinâmica concorrencial intensa. De outra parte, a constatação não surpreende, posto que um ambiente de alta inflação, controle de preços e proteção doméstica estava longe de ser o mais estimulante para a competição.

Feitas essas observações de caráter geral, passo à análise da estrutura dos mercados em questão.

De acordo com a Requerente, (fl. 10), o mercado mundial de saúde bucal é altamente concentrado, porém competitivo, sendo controlado basicamente por quatro empresas que competem nos principais segmentos, ou seja, creme e escova dental. São elas a Procter & Gamble, a Colgate Company, a Gessy-Lever e a Smithkline Beecham. A KOLYNOS apresenta participação mais pronunciada na América Latina.

A principal razão para a forte concentração apresentada pela Requerente é a existência de economias de escala decorrentes da necessidade de realização de fortes investimentos em pesquisas tecnológicas e no desenvolvimento de novos produtos, componentes, métodos da produção e gestão da produção.

Em realidade, a indústria de higiene e limpeza, como um todo, é um oligopólio diferenciado, intensivo em propaganda. As economias de escala são pequenas na produção, mas significativas em P&D. As economias de escopo são

significativas em distribuição e propaganda. Como se comentará com mais detalhe adiante, a fabricação de nenhuma das linhas de produto que compõem os mercados relevantes analisados é intensiva em tecnologia, embora parte da estratégia de diferenciação própria da indústria seja concretizada por meio da introdução de inovação de produtos, em especial com a adição de novos componentes ao creme dental e novas soluções de *design* à escova dental.

De acordo com o Quadro 4 abaixo, as três maiores empresas da indústria - e também do segmento de higiene bucal - alternam suas posições ao redor do mundo, o que revela a intensa competição existente no interior do oligopólio no âmbito global.

Quadro 4

Ranking de Mercado das 3 Maiores Empresas do Segmento no Mundo

País/Empresa	COLGATE	Unilever	P&G
EUA	2	3	1
Brasil	2	1	3
Austrália	1	2	-
Canadá	2	3	1
Alemanha	2	3	1
França	2	1	-
Áustria	3	1	2
México	1	-	2
Tailândia	1	2	-
Chile	2	1	3
Itália	2	1	3

Fonte: Requerente (fls 49 e 50, Apartado VIII). Elaboração CADE.

Com relação à estratégia de mercado das empresas (fl. 23, Apartado IX), a estrutura e focalização de cada um dos competidores no mercado brasileiro é semelhante ao observado no resto do mundo. No tocante a participação das empresas nos diversos mercados, cabe destacar que a P&G tem procurado, mais recentemente, redirecionar suas operações aos países latino-americanos. De acordo com a Requerente, (fls 18, Apartado VIII), a P&G e a Unilever tendem a crescer em todos os segmentos que compõem as indústrias de higiene e limpeza e de alimentos. Já a COLGATE COMPANY é a única empresa com foco estratégico no segmento de higiene bucal (Quadro 5).

Quadro 5

Faturamento e Participação no Total das Vendas das Quatro Principais Empresas por Segmento

Em US\$ Bilhões

Empresas	Total do Faturamento	Faturamento com Higiene Bucal	Faturamento de Higiene Bucal sobre o total faturado pela Empresa em %
Unilever	49,70	1,80	3,6
Procter & Gamble	33,40	1,60	4,8
Smithkline & Beecham	10,60	0,70	6,6
Colgate-Palmolive	8,40	2,50	29,8

Fonte: Requerente (fls. 20 a 28, Apartado VIII) - Elaboração: CADE

O Quadro 6 abaixo apresenta os níveis de participação das principais empresas do mercado de creme dental em alguns países selecionados. Com a operação, o Brasil passa do grupo de mercados concentrados para o de mercados quase monopolistas.

Quadro 6

Participação da Principal Empresa de Higiene Bucal nos Países

Mercados mais Competitivos (< 50% de participação)	Alemanha (26% da P&G) Itália (26% da Unilever) Austria (32% da P&G) EUA (36% da P&G)
Mercados mais Concentrados (entre 50 e 70% de participação)	Japão (52% da Lion) Venezuela (55% da COLGATE) Turquia (56% da P&G) Índia (63% da COLGATE) Chile (66% da Unilever) <u>Brasil (antes da operação - 51% da Kolynos)</u>
Mercado quase Monopolista	México (80% da COLGATE) Argentina (80% da COLGATE) <u>Brasil (após a operação - 79% da Colgate/Kolynos)</u>

Fonte : P&G (fl. 08, Apartado VII). Elaboração: CADE.

No Brasil, produzem a Gessy Lever, COLGATE LTDA e KOLYNOS, além de laboratórios farmacêuticos que detêm linhas de produção de alguns dos produtos relevantes, em geral ocupando nichos de mercado. A participação das exportações, embora reduzida, deve ser considerada na descrição da oferta. Observa-se que em todos os quatro mercados relevantes o grau de concentração já era considerado alto antes da operação. Além disso, fazendo uso dos parâmetros das agências antitruste norte-americanas, os efeitos anticompetitivos decorrentes da operação são presumidos em dois deles: creme dental e escova dental. No primeiro, tem-se um forte incremento do HHI (mais 2.695 pontos), o que faz desse segmento o alvo de maiores preocupações em relação aos efeitos anticompetitivos da operação. No segmento de escova dental, o aumento do grau de concentração é substancialmente menor (menos de 9 vezes do incremento, em pontos, do HHI de cremes dentais). No caso de enxaguante bucal, a regra das agências antitruste sugere que não deve haver quaisquer efeitos anticompetitivos, enquanto para fio dental, os mesmos podem ocorrer, mas não obrigatoriamente (Quadro 6 e 7).

Como se observa no Quadro 6, a operação no que tange ao creme dental tornará o mercado brasileiro um dos mais concentrados do mundo. Entretanto, ao apresentar o mercado relevante como o de “higiene bucal”, a Requerente alega que a COLGATE detém 20,7% do mercado e a KOLYNOS 36%. A Gessy Lever detém 13.3% e as demais empresas detêm 30.1%.

Quadro 7

Participações de Mercado (em %) e HHI das Empresas de Higiene Bucal Médios no Brasil No Período 1992/94

Empresas	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante e Bucal
-----------------	---------------------	----------------------	-------------------	---------------------------

COLGATE	25,6	6,8	3,4	9,8
KOLYNOS	52,5	20,2	9,0	1,8
<u>Colgate + Kolynos</u>	<u>78,1</u>	<u>27</u>	<u>12,4</u>	<u>11,6</u>
Gessy Lever	18,2	2,8	5,3	0,0
Stafford Miller	2,1		0,2	0,0
Smithkline Beecham	0,3			
Combe do Brasil	0,2			
Johnson & Johnson		32,7	58,7	4,0
Gillette		17,0	10,9	0,8
Augusto KlimmeK		10,0		
Flex-A Carioca		0,7		
Warner Lambert		5,9		
York			2,1	
Higident			1,0	
Sanifill			4,4	
Flo Dent			1,2	
Pro			2,3	
Mr.Clean			0,2	
Dental Flex			0,2	
Clin Dent			0,3	
Merrel Lepetit				34,9
L'oreal				9,2
Lab Daudt				11,8
Listerine				2,2
Anapyon				13,2

Doctor Gilbert				0,3
Biolab				3,3
Abbot				3,3
Benzitrat				3,3
Outras	1,3	4,0	0,6	0,0
<u>HHI-Antes da Operação</u>	3750,8	1970,2	3720,9	1771,3
<u>HHI-Depois da Operação</u>	6442,3	2243,1	3782,3	1806,7
<u>Variação do HHI</u>	2691,5	272,9	61,4	35,4

Fonte: COLGATE COMPANY (fls. 62 a 68 do Apenso IV).
Elaboração CADE

Cabe salientar que a pesquisa Nielsen utilizada como base no Quadro 7 não reflete fidedignamente o tamanho do mercado. Seus dados representam cerca de 60% do mercado efetivo. Sua amostra foi, não obstante, utilizada como base de cálculo do HHI por incluir todas as marcas de creme dental importadas. As importações compõem parte da oferta no mercado relevante e, como tal, devem necessariamente estar presentes no cálculo da concentração do mercado.

Quadro 8

Efeitos da Operação COLGATE/KOLYNOS Sobre o Grau de Concentração no Mercado Medido Pelo HHI- Faturamento

Produto	HHI Antes da Operação (em pontos)	Caracterização do Mercado Segundo Roteiro do FTC e DOJ ⁽¹⁾	HHI Depois da Operação (em pontos)	Caracterização do Mercado Segundo Roteiro do FTC e DOJ	Variação do HHI (em pontos)	Possibilidade de Condutas Anti-Competitivas Derivadas da Operação Segundo Roteiro do FTC e DOJ ⁽²⁾

Creme Dental	3.750,82	Altamente concentrado	6442,32	Altamente concentrado	2691,5	Presumidas
Escova de Dentes	1970,18	Altamente concentrado	2243,10	Altamente concentrado	272,92	Presumidas
Fio Dental	3720,92	Altamente concentrado	3782,34	Altamente concentrado	61,42	Podem Gerar Efeitos Anticompetitivos
Enxaguante Bucal	1771,28	Altamente concentrado	1806,68	Altamente concentrado	35,4	Não Devem Ocorrer Efeitos Anticompetitivos

Fonte: Requerente (fls. 62 a 68, Apenso IV). Elaboração: CADE.

Notas: (1) Vale destacar as regras de ouro das agências antitruste em relação ao HHI para avaliar o grau de concentração dos mercados:

$0 < \text{HHI} < 1000$ - considera-se baixa concentração

$1800 < \text{HHI} < 1000$ - considera-se uma concentração moderada

$\text{HHI} > 1800$ - considera-se alta concentração

(2) As regras de ouro das agências antitruste em relação à variação do HHI em mercados de concentração alta para se avaliar o impacto da operação em termos de seus possíveis efeitos sobre as condutas anticompetitivas são:

Fusões que produzam um aumento do HHI de menos de cinquenta pontos, em mercados de *concentração alta*, **não** devem ter consequências sob o ponto de vista da concorrência;

Fusões que produzam um aumento do HHI entre cinquenta e cem pontos, em mercados de *concentração alta*, **podem** gerar efeitos anticompetitivos;

Fusões que produzam um aumento do HHI em mais de cem pontos, em mercados de *concentração alta*, **presume-se** que gerem efeitos anticompetitivos.

Operam no segmento que congrega os quatro mercados relevantes em questão seis empresas: KOLYNOS, COLGATE LTDA, Gessy Lever, Johnson & Johnson, Augusto Klimek e Merrel Lepetit. O mercado relevante de creme dental é o mais concentrado do conjunto, com um C3 de 99,8% (correspondendo às vendas da KOLYNOS, COLGATE LTDA e Gessy Lever). O restante das fabricantes representa apenas 0,2%, conforme o parecer da SDE. No Brasil, as participações das seis principais empresas operando nos mercados relevantes em questão são, em termos de volume físico, as seguintes:

Quadro 9

Evolução da Participação das Empresas no Faturamento do Mercado de Creme Dental

Em %

Empresas	1991	1992	1993	1994	1995⁽¹⁾
KOLYNOS	53,5	55,1	54,6	51,7	48,7
COLGATE	24,8	25,4	26,2	27,4	28,8
KOLYNOS + COLGATE	78,3	80,5	80,8	79,1	77,5
Gessy-Lever	19,3	17,8	17,9	19,6	-
Demais	2,4	1,7	1,3	1,3	-

Fonte: SEAE (fl. 322). Elaboração: CADE.

Nota: (1) estimado

A participação de mercado, contudo, é uma medida de concentração estática, que não reflete todos os aspectos envolvidos na dinâmica competitiva de um mercado. Note-se, em particular, que a falta de prioridade dada pela companhia-mãe anterior, a American Home Products, à divisão de higiene bucal, representada pela KOLYNOS, refletiu-se na ligeira perda de participação da fabricante no mercado de creme dental no período de 1991/95, como se observa no quadro acima. A aquisição da KOLYNOS pela COLGATE COMPANY, com a imediata recuperação dos gastos em propaganda, certamente levará a uma recuperação de posições de mercado, *coeteris paribus*.

Já com relação ao mercado de escova dental, a evolução da participação percentual das principais empresas nos últimos quatro anos não permite uma conclusão mais precisa a respeito da ausência de prioridade por parte da companhia detentora da KOLYNOS em investir no segmento. Enquanto a COLGATE fez crescer, continuamente sua participação nos últimos 4 anos, passando de 5,6% para 8%, a KOLYNOS cresceu até 1993, para depois cair em 1994.

Quadro 10

Evolução da Participação das Empresas no Faturamento do Mercado de Escova Dental

Empresas	1991	1992	1993	1994
COLGATE	5,6	5,7	6,0	8,0
KOLYNOS	18,9	19,3	22,0	19,7
COLGATE + KOLYNOS	24,5	25,0	28,0	27,7
Demais	75,5	75,0	72,0	72,3

Fonte: SEAE (fl. 323). Elaboração : CADE

É importante mencionar que a estabilidade econômica promovida pelo Plano Real tem tido forte impacto sobre o conjunto de mercados atendidos pela indústria de higiene e limpeza, de que é parte o segmento de higiene bucal. O aumento do poder aquisitivo da população de renda mais baixa e a incorporação de milhões de novos consumidores à economia de mercado tem gerado expressivo aumento de demanda em todos os mercados relevantes em questão. Entre 1993 e 1995, a indústria de higiene e limpeza apresentou crescimento médio anual de 50.1%, e o segmento de higiene bucal, 43.3%, de acordo com informações Nielsen (fl. 134, Apartado VIII). Note-se que os segmentos de preço unitário mais elevado, como shampoo e condicionador, apresentaram as taxas de crescimento de demanda mais expressivas, respectivamente 58.4% e 68.6%, indicando o efeito do aumento do poder de compra sobre a mudança da cesta do consumidor.

A *KOLYNOS* é a marca com o maior número de extensões no mercado de creme dental, de acordo com informações de maio de 1995 (fl. 378), o que significa que ocupa um número razoável de segmentos ou nichos de mercado. As marcas *Colgate* e *Signal* (da Unilever) dividem a vice-liderança em extensão. O quadro 11 descreve as diferentes marcas comercializadas no mercado brasileiro:

Quadro 11

Marcas de Creme Dental e Extensões Comercializadas no Brasil

Kolynos Kolynos do Brasil <i>Kolynos Super Branco</i> <i>Kolynos Ação Total</i> <i>Kolynos Fresh</i> <i>Kolynos Clorofila</i> <i>Kolynos Star Gel</i> <i>Prevent Antiplaca</i> <i>Tandy</i> <i>Kolynos Fluor 2 Gel</i>	Colgate Colgate <i>Colgate MFP com cálcio</i> <i>Colgate Fluorgard Gel</i> <i>Colgate Total</i> <i>Colgate Júnior</i> <i>Colgate Antitártaro</i>
Lever <i>Closeup</i> <i>Signal</i> <i>Signal Global</i> <i>Signal Bicarbonato de Sódio</i> <i>Signal Júnior</i> <i>Gessy</i> <i>AIM</i> <i>Signal Cremoso</i>	BYK <i>Emoform</i> <i>Paradontax</i> Biolab <i>Acitra</i> <i>Fluortrat</i>
Asta Médica <i>Flogoral</i> <i>Fluorcaril</i>	Lab. Primá <i>Malvona</i>
Combe do Brasil <i>Unique</i>	Stafford Miller <i>Sensodyne</i> <i>Confident</i>
Sydney Ross <i>Phillips</i>	Smithkline Beecham <i>AquaFresh Triple Action</i> <i>AquaFresh Antitartar</i> <i>AquaFresh Sensitive</i>

Lab. Hepacholan <i>Anti-Cárie Xavier</i>	Procter & Gamble <i>Crest</i>
Gillete do Brasil <i>Oral B</i>	Daudt Oliveira <i>Malvatricin</i>
Beiersdorf (Nivea) <i>Dentamed</i>	Lab. Eurofarma <i>Clinident</i>

Fonte: Requerente (fl. 378). ELABORAÇÃO: CADE

1.3.1. A Operação COLGATE/KOLYNOS no Mercosul

Em 1995, as participações de mercado das empresas de creme dental e escova dental nos países do Mercosul foram as seguintes (Quadros 12 e 13) :

Observe-se que, considerando o Mercosul, a elevada concentração observada no mercado brasileiro permanece, mas de forma atenuada. No caso de creme dental, a participação no Mercosul atinge 69,1%, o que significa cerca de 8 pontos percentuais a menos que no caso do Brasil isoladamente. Já com relação a escova dental, a participação das empresas no Mercosul é praticamente a mesma da encontrada no Brasil.

Quadro 12

Participação Percentual das Empresas de Creme Dental em 1995 no Mercosul

Países/	KOLYNO	COLGAT	Odol	KOLYNOS +
----------------	---------------	---------------	-------------	------------------

Empresas	S	E		COLGATE + ODOL
Argentina	30,4	27,5	16,2	74,1
Paraguai	33,4	18,8	0	52,2
Uruguai	20,7	70	0	90,7
Chile	0	11	0	11
Brasil ⁽¹⁾	50,5	26,5	0	77
Mercosul	41,0	25,6	2,6	69,1

Fonte: Requerente (fls. 2724 a 2726). Elaboração: CADE.

Nota: (1) Dados de 1994

Quadro 13

Participação das Empresas No Mercado de Escova Dental no Mercosul

Países/ Empresas	KOLYNO S	COLGAT E	Odol	KOLYNOS + COLGATE + ODOL
Argentina	4,9	7,8	1	13,7
Chile	0	27,3	0	27,3
Uruguai	5	41,9	0	46,9
Brasil ⁽¹⁾	19,2	8,4	0	27,6
Mercosul	14,1	11,6	0,2	26,0

Fonte: Requerente (fls 2724 a 2726). Elaboração: CADE.

Nota: (1) Dados de 1994.

5. DIFERENCIAÇÃO DE PRODUTO, PROPAGANDA E O PAPEL DA MARCA NOS MERCADOS RELEVANTES EM QUESTÃO

Como grande parte dos mercados de bens de consumo, os mercados em análise caracterizam-se pela competição por diferenciação, em que as firmas competem procurando transformar seus produtos em únicos com relação aos do competidor. Quanto mais diferenciado é o produto e portanto mais baixa a sua elasticidade com relação a preços, mais capaz é a firma de agir como monopolista, ou seja, mais alto ela pode definir seu preço sem levar a que os consumidores mudem para o produto de outros competidores. Uma estratégia bem sucedida de diferenciação leva no limite a que o consumidor não identifique substitutos para o produto de um fabricante e assim aceite aumentos de preços sem procurar alternativas de consumo.

A diferenciação de produto, de acordo com Bain (1956) pode constituir-se em barreira à entrada: "...uma tendência geral dos compradores a preferirem produtos estabelecidos a novos pode colocar entrantes potenciais a uma indústria de produtos diferenciados em desvantagem em comparação com firmas já estabelecidas na indústria" pp.116¹⁷. A desvantagem em regra toma a forma de preço mais baixo ou custo de vendas mais alto.

Quanto à forma com que o consumidor tem acesso à informação sobre sua qualidade, os bens em questão apresentam características diferentes,: escova e fio dental são bens de experiência, para os quais as compras repetidas oferecem aos consumidores algum controle sobre a qualidade de tais bens e por isso, incentivo para a empresa sustentar a qualidade, de modo a não prejudicar a sua reputação e perder vendas futuras. Ademais, são bens de baixo valor, o que reduz o custo da experimentação. O custo em que um consumidor incorre para testar um produto novo ou fora de seu hábito é igual ao preço do bem. Com isto, a lealdade do consumidor à marca é tênue e a capacidade de ocupação de mercado relativamente mais

¹⁷ **Barriers to New Competition**, Joe Bain, Cambridge Univ. Press, 1956 1st ed., 1993 ed.

dependente da veiculação de informação sobre qualidade do que da construção de imagem.

A situação é diversa no caso do creme dental e do enxaguante bucal. Em ambos os mercados, o consumidor não tem condições de avaliar a qualidade do produto, que não por características superficiais de cor, sabor, consistência, etc. (fl. 2381) A assimetria de informações entre produtor e consumidor é aí radical. Este condicionante estrutural define a forma básica de competição aí: a construção de imagem. Em ambos os casos, tratam-se de bens de reputação, cuja qualidade é chancelada externamente por algum organismo governamental ou profissional que teste a adequação do produto a normas técnicas e pela propaganda, que garante ao consumidor que o produto é eficaz para atingir determinado fim.

A literatura econômica oferece duas interpretações acerca do papel desempenhado pela propaganda, dependendo da relação entre propaganda e informação. A propaganda pode fortalecer a competição ao elevar a elasticidade da demanda, reduzindo a diferenciação artificial imposta como estratégia de competição, mas pode atuar na direção contrária ao diferenciar produtos praticamente idênticos fisicamente. A primeira leitura identifica uma relação entre propaganda e provisão de informação fidedigna ao consumidor, permitindo que ele faça escolhas racionais entre marcas e reduzindo o seu custo de busca. Nessa perspectiva a propaganda facilita a entrada de novas firmas, ao tempo em que incentiva a provisão de qualidade.

A visão oposta identifica uma relação inversa entre propaganda e informação, na medida em que ajuda a criar falsa diferenciação e portanto reduz a competição e aumenta as barreiras à entrada. Sherer (1990)¹⁸ observa que a relevância de cada visão parece depender do tipo de produto, da natureza da

¹⁸ F. Sherer and D. Ross, **Industrial Market Structure and Economics Performance**, third edition, Houghton Mifflin, 1990.

demanda do consumidor e do meio utilizado para veicular a propaganda.

Nos mercados em questão a propaganda desempenha ambos os papéis. Em particular no mercado de creme dental a propaganda é fundamental para criar imagem e convencer o consumidor dos efeitos benéficos, sejam cosméticos ou terapêuticos, de uma determinada marca com relação às demais. A importância da propaganda nesse mercado torna-a o principal item de custo; de fato, é a propaganda o custo irrecuperável por excelência no negócio de creme dental. Adicionalmente, diante dos elevados custos necessários para criação de uma nova marca, além dos riscos associados à possibilidade de malogro, caso a marca não se fixe junto ao gosto dos consumidores, uma posição dominante nesse mercado é de difícil contestação.

6. BARREIRAS À ENTRADA

Uma barreira à entrada, na definição original de Bain (op. cit.) é qualquer coisa que permita às firmas instaladas realizarem ganhos supra-normais sem a ameaça de entrada de novos concorrentes¹⁹. Stigler (op. cit.) tem uma definição alternativa baseada na assimetria de custos entre instaladas e entrantes, quando estas são obrigadas a incorrerem em custos adicionais para a entrada no mercado²⁰. As fontes de barreiras identificadas por Bain foram

¹⁹ A definição literal de Bain para barreiras é “a extensão na qual, no longo prazo, firmas estabelecidas podem elevar seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição(...) sem induzir entrantes potenciais a entrar na indústria.” (op. cit., 1956, pp. 93, edição de 1993, Harvard University Press.)

²⁰ A definição de Stigler é: “... uma barreira à entrada pode ser definida como o custo de produzir ... que deve ser bancado por aquelas que querem entrar na indústria, mas não por aquelas que já estão.” pp.67.

economias de escala, vantagens absolutas de custos, vantagens na diferenciação de produto desde que as instaladas tenham invenções patenteadas, explorarem nichos de mercado no espaço de produto ou disponham da lealdade do consumidor), além de requerimentos de capital.

Guimarães (1983)²¹ observa que o ponto central da análise de barreiras é que, apesar da existência de lucros extraordinários, a entrada em escala sub-ótima pode ser inviável face aos custos mais elevados do entrante potencial vis a vis os produtores já estabelecidos ou de outra maneira a entrada em escala ótima pode ser inviável, por ser incompatível com a demanda (elevada capacidade ociosa ou preços vigentes pós-entrada muito baixos).

Assim, o nível e a taxa de crescimento da demanda, o tamanho de planta ótimo e o nível de preços vigentes no mercado são os fatores fundamentais que informam da possibilidade de entrada em um mercado e por conseguinte, a dimensão das barreiras associadas à escala.

Com base nessas considerações e inspirada no modelo clássico de barreiras de Bain-Labini-Modigliani, procurei verificar²², com base nas informações colhidas por ocasião da audiência de instrução processual realizada em 8-8-96, a validade dos argumentos em favor e contra a possibilidade de entrada no mercado brasileiro de creme dental.²³

²¹ Eduardo Augusto Guimarães, **Economias de Escala e Barreiras à Entrada: Uma Formalização**, TD #16 IEI, 1983.

²² Ver anexo a esse voto.

²³ Vale observar que um dos parecerista contratados pela Requerente, em texto de 1991, fez uso de um modelo de expectativas racionais para mostrar as vantagens inerentes ao pioneirismo na indústria e a possibilidade da firma pioneira seguir operando no longo-prazo com lucro extraordinário. Particularmente na presença de custos irrecuperáveis, o comprometimento com a quantidade produzida torna-se crível, o que o leva a confirmar a conjectura de Bain-Labini-Modigliani sobre a factibilidade da estratégia de preço-limite como impedimento à entrada. (Luiz Guilherme Schymura de

Como dito, a dimensão do mercado, sua taxa de crescimento projetado, assim como a escala eficiente mínima para operação são fatores que balizam a análise de barreiras à entrada. No mercado relevante de creme dental, a escala mínima eficiente permite que pequenas empresas entrem no mercado e sobrevivam sem maiores dificuldades, mas elas não contestam o poder de mercado da líder ou das líderes, porque não podem competir em imagem criada pela propaganda. Para ser um competidor à altura e, desse modo, disciplinar o comportamento da líder instalada, é preciso que a empresa atinja uma escala muito superior àquela apresentada pelas empresas que operam na margem do mercado, da ordem, digamos, de 20%. Assim, conseguiria amortizar os investimentos em propaganda e cobrar preço tão ou mais baixo que a líder. As demais produzem a custos mais altos e fornecem produtos para nichos de mercado diferenciados, não para o mercado de massa.

A existência de barreiras à entrada permite às empresas instaladas adotarem estratégias de reação à ameaça de entrada de competidores. O suposto clássico, conhecido como o modelo Bain-Labini-Modigliani, é o de preço-limite impeditivo da entrada. A idéia básica é que, sob certas circunstâncias, as instaladas podem sustentar um preço tão baixo que desencoraja a entrada. A capacidade instalada da entrante é o elemento básico que lhe confere uma vantagem de custo. O modelo baseia-se na hipótese batizada por Modigliani de postulado de Sylos. A entrante acredita que cada firma estabelecida continuará a produzir ao nível pré-entrada depois dessa ocorrer. Significa que a nova produção será acrescentada à pré-existente e os preços cairão. Modelos mais recentes ampliam a noção de capacidade para incluir quaisquer despesas de capital que signifiquem, um comprometimento com o mercado, como, por exemplo, os custos irrecuperáveis em propaganda.²⁴

Oliveira, **Barreiras à Entrada nas Indústrias: O papel da firma pioneira**, Ensaios Econômicos EPGE, # 177, 1991).

²⁴ Para uma descrição de tais modelos, em particular o modelo de Stackelberg-Spence-Dixit e o de Milgrom-Roberts que se baseia na assimetria de

No caso de mercados de bens diferenciados, a entrada implica custos adicionais, como o custo de troca (*switching cost*). A demanda para o produto de uma nova firma vem de consumidores que compram das firmas existentes e daqueles que ainda não fazem parte do mercado. Se há *switching costs*, uma nova firma está em desvantagem ao competir pelo primeiro tipo de consumidor. Terá que oferecer um desconto para persuadir esses consumidores a pagarem o custo de troca de produto. Para incluir novos consumidores no mercado, terá igualmente que reduzir o preço cobrado. Já as firmas estabelecidas podem tornar a entrada menos lucrativa aumentando o número de consumidores ligado a uma marca existente. Isso é mais fácil de obter oferecendo um baixo preço pré-entrada. Uma nova firma teria que oferecer desconto tão grande, nesse caso, que a entrada deixaria de ser lucrativa.²⁵ No caso do mercado de creme dental, não há custos de troca significativos, por ser produto de baixo preço relativo e aquisição frequente, embora haja a fixação de marcas junto ao gosto do consumidor. O diferencial de custo para a firma entrante está associado à barreira imposta pela(s) marca(s) já fixada(s).

6.1. Sobre a existência de barreiras à entrada

Tomando por base a contraposição de opiniões manifestadas nos autos sobre as implicações da operação, avalio, nesta seção, quinze itens relacionados à existência de barreiras à entrada nos mercados relevantes em questão, com particular ênfase no mercado de creme dental.

Quadro 14

informação sobre custos entre a instalada e o entrante, ver Jean Tirole, **The Theory of Industrial Organization**, MIT Press, 1992.

²⁵ Richard Schmalensee “Product Differentiation Advantage of Pioneering Brands” in **American Economic Review**, 72 (1982) 349-65.

Síntese das Possíveis Barreiras à Entrada Avaliadas

1) <i>“Sunk Costs”</i>
2) <i>Elasticidade da Demanda pelo Produto com relação a Uma Marca Específica</i>
3) <i>Sistema de Distribuição</i>
4) <i>Possibilidade de Extensão de Marca</i>
5) <i>Possibilidade de Preços Predatórios da Nova Empresa</i>
6) <i>Possibilidade de Preços Predatórios devido à Capacidade Excedente da COLGATE-KOLYNOS</i>
7) <i>Possibilidade de Novos Entrantes por meio de Inovações Tecnológicas Observadas pelos Consumidores</i>
8) <i>Dificuldades de Acesso a Insumos e Tecnologia</i>
9) <i>Patentes</i>
10) <i>Restrições Institucionais</i>
11) <i>Necessidade de Economias de Escala</i>
12) <i>Poder de Barganha em Relação aos Distribuidores</i>
13) <i>Poder de Barganha em Relação aos Fornecedores</i>
14) <i>Alta Concentração do Mercado Gerando Barreiras</i>
15) <i>Indicação de que o Preço Elevado pago pela COLGATE gera a necessidade de obstaculizar a entrada</i>

Fonte: Elaboração CADE.

À fl. 72, Apenso VII, diz-se que no mercado brasileiro de creme dental há competição intensa, poucas barreiras à entrada e ausência de efeitos gerados pela aquisição. Tal “competitividade” do mercado estaria associada à introdução de novos produtos, ao aprimoramento na qualidade dos produtos e à competição por preço, “*embora o mercado fosse relativamente concentrado*”. Apesar da concentração, há

inúmeras empresas altamente capazes de comercializar e produzir cremes dentais em larga escala.

Afirma-se (fl. 989) que as barreiras nesse mercado são muito baixas. O mercado, até à compra, seria formado por 16 empresas, sendo 3 grandes²⁶. Já na lista de competidores potenciais, inclui J&J, Wal-mart e W. Lambert. Resta saber se faz parte da estratégia destas empresas a diversificação em direção ao mercado de creme dental.

A assimetria de posições entre as empresas, notadamente após a aquisição, não é considerada como elemento determinante na dinâmica concorrencial entre elas, o que não encontra apoio em nenhum modelo de oligopólio conhecido. Na análise de entrada, usa-se a lógica da contestabilidade, desenvolvida para descrever a dinâmica concorrencial de mercados concentrados **na ausência de custos irrecuperáveis**: *“Em face da grande importância da competição potencial, estendo minha análise para examinar as barreiras à entrada no mercado brasileiro. Mostra-se que estas são muito baixas e que o nível de concentração no segmento de cremes dentais em nosso país é de pequena relevância. A competição potencial representada por aquelas empresas aptas a entrarem no setor de maneira rápida e barata é suficientemente forte para manter os preços baixos e a qualidade em nível elevado”* (fl. 73, Apenso VII).

Afirma-se que, no mercado brasileiro, com poderosos concorrentes *“prontos para aumentar suas fatias de mercado”*, uma estratégia de extensão de marca pode ser implementada de forma rápida e eficiente. Daí conclui que *“o aspecto de marketing das barreiras à entrada é irrelevante”*. Esta não é a característica dos mercados como os em análise nessa operação. Há limites na estratégia de extensão de marca. Quando empreende essa estratégia, a empresa empenha seu nome na nova linha de produto. Há um risco embutido na operação,

²⁶ A Requerente afirma serem 20 as empresas operantes no mercado. (fl. 62, Apenso IV).

posto que se não for bem sucedida, o fracasso pode manchar sua reputação. A ponderação desses riscos com os demais fatores envolvidos pode ajudar a explicar porque as empresas do setor de higiene e limpeza não costumam apresentar linhas completas de produtos.

À fl. 72, Apenso VII, lê-se que “*após cuidadosa análise,..., verifiquei não existirem barreiras à entrada nessa indústria*”. Certamente não escapa ao observador atento que as despesas de propaganda e marketing são, reconhecidamente, exemplos clássicos de despesas irrecuperáveis (ou *sunk costs*). É utilizado o argumento de que equipamentos e instalações utilizados na mistura, enchimento e fabricação de tubos podem, facilmente, ser utilizados em fábricas de cremes, loções, filtros solares, sabões líquidos, shampoos e até mesmo maionese, cosméticos faciais, cremes para o corpo, cremes medicinais, produtos alimentícios e cremes para engraxar sapatos (fl. 981). O argumento - forçando o ponto da flexibilidade do capital - ignora os custos de transação associados à mudança produtiva, de propaganda e distribuição, as estratégias de expansão das empresas e o processo de construção de vantagens competitivas, dentre outros aspectos econômicos envolvidos na orientação empresarial em direção a um mercado.

À fl. 91, Apenso VII, é dito que “*depois de cuidadoso exame de todas as possíveis fontes de barreiras à entrada, encontro poucas evidências de barreiras substanciais à entrada no mercado brasileiro de creme dental. Os únicos sunk costs de entrada/expansão para os mais prováveis concorrentes são custos de instalação de equipamentos e os custos de implementação da estratégia de extensão de marca.*” Com a afirmativa, são os custos de entrada no mercado de nova marca com os de extensão de marca já existente em mercados conexos. E ainda “*Esses são custos relativamente insignificantes para a entrada no mercado brasileiro de cremes dentais.*” (ibid). É afirmado na folha seguinte que o produto é de qualidade “*facilmente verificável*”, o que parece contrariar a teoria e evidências a respeito.

No que tange à barreira associada à marca, não vejo uma integração de mercados consumidores de tamanha magnitude que torne desprezíveis os custos de lançamento de marca por parte de marcas já consagradas em outros mercados.

À fl. 9, Apartado VI, incluem os dispêndios em P&D como despesas irrecuperáveis. É incomparável, entretanto, a proporção de gastos em propaganda e marketing, de um lado, e P&D, de outro, nos mercados relevantes em questão. As atividades dentro do segmento de saúde bucal não são intensivas em tecnologia. Os produtos de higiene bucal não são intensivos em tecnologia, embora haja alguma pesquisa e desenvolvimento, principalmente no que tange aos cremes dentais. Esses produtos são intensivos em propaganda. A COLGATE COMPANY, segundo alega, diferencia-se mundialmente pelos altos níveis de eficácia de seus produtos. Adicionalmente, a Requerente fornece um dado importante, que reflete a dificuldade do consumidor em detectar a qualidade desses produtos: *“...muitas firmas conseguem competir com eficiência, embora sem provas rigorosas da eficácia de seus produtos. O exemplo mais perfeito e acabado é a própria KOLYNOS. Ela consegue ser a líder no setor de creme dental do Brasil, embora não tenha até agora se dedicado a comprovar a eficácia e exatidão técnicas de seus produtos, importantíssimas, sob o ponto de vista clínico”* (fl. 26, Apenso IV).

Argumentos sobre a elasticidade de demanda por uma marca específica de creme dental, item 2 da lista de possíveis barreiras à entrada, são apresentados nos autos em ambas as direções (fls. 983 e 29, Apartado VI). Em favor da baixa elasticidade, são apresentados os seguintes argumentos:

1. Forte elemento de hábito e lealdade dos consumidores à determinada marca, com evidência de pequena oscilação de participação das empresas no mercado;

2. Produto não durável com alta diferenciação, especialmente derivada de intensa publicidade, o que exige reduções de preços ou despesas de propaganda maiores em relação à situação de bens homogêneos para capturar os mercados das empresas já estabelecidas;

Em favor da alta elasticidade - de substituição entre as marcas - os argumentos são:

1. Algumas marcas são reconhecidas mundialmente, dado que muitos consumidores brasileiros as conhecem por viagens ao exterior, ou seja, há um grau razoável de difusão de informações dos produtos importados no País. O argumento é espantoso, considerando que 80% da população brasileira, que ganha até três salários mínimos, transita em outro universo que não os das viagens e programas de tv internacionais;

2. Os custos de substituição (*switching costs*) de cremes dentais são baixos para os consumidores, ao contrário de computadores, por exemplo. Todos os cremes dentais são usados da mesma forma, não havendo qualquer dano ao consumidor causado por eventual mudança;

3. Não há grandes necessidades de adaptação de creme dental por região ou país. A variante mais popular da marca *COLGATE* possui apenas duas fórmulas usadas no mundo inteiro;

4. Sendo um produto não-durável, resulta em compras frequentes, que evitam os custos para o consumidor ter que julgar a qualidade de um produto, tal como no caso de televisões e computadores (fl. 983).

Quanto à lealdade do consumidor à marca, também são apresentados argumentos opostos. De um lado, lê-se à fl. 984

que, de acordo com pesquisa da Marplan, os consumidores brasileiros trocam de marca de creme dental 5 vezes ao longo da vida. Já à fl. 2585, lê-se que a cifra é contundente para provar a baixa mobilidade dos consumidores. Um indivíduo que viva 67 anos trocará de creme dental a cada 13 anos e 4 meses.

Ambas as interpretações acrescentam pouco ao entendimento do problema, dado que, em se tratando de bens produzidos por oligopólio, por mais competitivo que seja, necessariamente o número de vezes que ao longo da vida o consumidor pode trocar de marca é limitado pelo número de produtores e pela estratégia de lançamento de novas marcas empreendida por eles.

O terceiro fator gerador de barreiras à entrada é o relacionado ao sistema de distribuição. Afirma-se que as marcas atuais já contam com um sistema de distribuição bem estabelecido (fl. 31, Apartado VI), dificultando entrada de outras através do bloqueio dos canais. Acrescido a isto estaria o elevado custo de transporte e estocagem devido à extrema capilaridade do mercado que dificulta ainda mais a montagem de um sistema de distribuição para uma nova marca (fl. 09, Apartado VI). Os concorrentes potenciais poderiam, em tese, utilizar-se dos mesmos serviços de distribuição dos concorrentes efetivos. Entretanto, haveria um intrínseco desinteresse por parte dos comerciantes em destacar em suas prateleiras, produtos de baixa rotatividade, obtendo espaço as marcas que vendem mais (fl. 32, Apartado VI). O pequeno varejista, além de ser usualmente tolhido por cláusulas contratuais (por exemplo, exclusividade), dispõe de pouco espaço físico, concentrando-se em termos médios, em apenas duas marcas. A relação entre participação de mercado e espaço em gôndola é claramente forte no caso de creme dental. Os atacadistas que comercializam esse tipo de produto em lotes semanais, também preferem os produtos de maior escala de vendas, que lhes permitem um giro mais rápido e condições mais favoráveis do varejo (fl. 2582).

A Requerente não considera que a rede de distribuição não sejam argumento relevante na discussão de barreira à entrada (fl. 982). O desenvolvimento de uma rede de distribuição nacional terceirizada não é difícil para as grandes empresas. A P&G, por exemplo, contratou a distribuição de seus produtos com Martins Ltda, sendo que algumas grandes empresas do varejo podem introduzir sua própria marca como o Carrefour já fez em seu contrato com a Biolab²⁷. Além disto, as negociações com os distribuidores e varejistas são realizadas por todo o espectro de produtos do fabricante, especialmente higiene e limpeza, e não apenas por um único produto da linha de higiene bucal. O percentual de vendas, em todas as categorias de produtos da Unilever, por exemplo, é muito maior quando comparado ao percentual de vendas conjuntas da COLGATE LTDA. e da KOLYNOS (fl. 2297). Cabe adiantar que, quando questionados sobre a ocorrência de negociação de condições homogêneas de comercialização por parte de cada empresa da indústria de higiene e limpeza para todas as suas linhas de produto²⁸, os distribuidores afirmaram que tais condições variavam por linha de produto. Isto contraria o argumento implícito acima, pelo qual haveria uma correlação entre tamanho absoluto da firma integrante da indústria de higiene e limpeza e poder de imposição de condições na negociação com distribuidores. Por fim, menciona-se a evidência apresentada pela Requerente de que não existe uma correlação forte entre participação no mercado e espaço em gôndola para escova dental, fio dental e enxaguante bucal (fls. 109 e 110, Apartado IX). Os números apresentados, no entanto, não são conclusivos, até porque obtiveram na audiência pública depoimentos na direção oposta.

Um dos principais fatores apontados que minimizariam as barreiras à entrada seria a possibilidade de extensão de marcas famosas ao creme dental e à escova dental, caracterizando entrantes potenciais (fl. 981), dado que o custo marginal da propaganda reduz-se muito com a compra em pacote de espaços de propaganda para produtos de higiene

²⁷ A exploração de marca própria pelo Carrefour, no entanto, já foi descontinuada, o que poderia indicar a inviabilidade desse tipo de estratégia.

²⁸ Audiência Pública de Instrução realizada em 8/8/96.

bucal. Este entendimento é refutado pelo argumento segundo o qual a extensão de uma marca não é muito diferente da introdução de uma marca nova; se assim fosse, todas as empresas operariam com linhas de produto completas (fl. 2580). Na mesma folha, lê-se que a experiência internacional demonstra que os consumidores não se fixam em marcas das cadeias varejistas que não investem maciçamente em publicidade. O recente fracasso do Carrefour em lançar seu próprio creme dental é citado como exemplo dessa dificuldade de fixação de nova marca sem esforço de publicidade.

O quinto item relacionado às barreiras à entrada refere-se ao fato que o expressivo grau de concentração daria forte incentivo à empresa líder para efetuar preços predatórios, posição defendida pelo terceiro interessado. O equívoco básico deste argumento é o de confundir os conceitos de preço predatório e preço impeditivo da entrada. No primeiro caso, estaria-se diante de uma situação em que a empresa instalada cobraria preços abaixo de seu custo marginal (ou médio, como defende a jurisprudência norte-americana), realizando temporariamente prejuízos a serem compensados com preços mais altos após afastada a ameaça de entrada. Outra coisa é dizer que a empresa, com base em suas vantagens de custo, escala e de pioneira, cobre preços baixos o suficiente para impedir a rentabilidade da entrante. Neste caso, não se está diante de um ilícito *tout court* como no caso do preço predatório, mas sim diante de barreira à entrada.

A dificuldade de acesso dos consumidores à informação sobre qualidade, em particular sobre a eficácia dos produtos de higiene bucal é identificada como uma barreira à entrada (fl. 12, Apartado VII). Tal fato acresceria custos à conquista do mercado por meio de inovação tecnológica.

Em um dos pareceres apresentados pela Requerente, lê-se que não seria crível a ameaça de resposta agressiva em preços à entrada, por ser mercado de produtos diferenciados e ser sempre possível entrar inovando ou diferenciando produto (fls.

2087 e 2088). Por um lado, o espectro de diferenciação não é infinito, como já mencionado neste voto. Por outro lado, a KOLYNOS detém significativa vantagem de custo, em vista do seu “know-how” no uso da matéria-prima carbonato de cálcio e das vantagens da larga escala para a diluição de custos fixos, o que lhe confere a possibilidade de manter uma estratégia de preço impeditivo de entrada e flexibilidade para baixar ainda mais os preços diante da ameaça de entrada.

À fl. 2106 lê-se que por razões estruturais estaria sempre estrategicamente afastada uma forte concorrência em preços no setor. Sem dúvida isto se dá em condições estáticas. O quadro se altera diante da entrada de uma nova concorrente no mercado. A redução de preços passa a ser novamente uma arma, tanto para a entrante como para a instalada, na conquista do mercado. Exemplo recente é a estratégia adotada por empresas de bens de consumo que operam no mesmo segmento da Requerente de reduzir a diferenciação de seus produtos, padronizar fórmulas e embalagens, livrar-se de marcas marginais e cortar gastos de propaganda, dentre outras medidas, de modo a reduzir custos e preços e fortalecer suas posições de mercado (Business Week, 9/9/96). Em seguida, afirma-se, que não se pode depreender que com o aumento da concentração e redução do potencial competitivo do mercado os preços tenderiam a aumentar, sendo esta a “*única hipótese relevante para a análise de atos de concentração com potencial competitivo, do ponto de vista da defesa da concorrência.*” Trata-se de um completo equívoco. Se, por um lado, é inegável que a sabedoria convencional antitruste identifique apenas nas perdas de eficiência alocativa os danos causados pelo poder de monopólio - através do presumido aumento de preço e redução da produção - por outro não há razão para que a análise antitruste deva deixar de considerar aspectos associados à eficiência produtiva e tecnológica, como de fato tem demonstrado a prática internacional recente. A análise antitruste pode e deve preocupar-se com o fato de que o aumento da concentração de mercado levará à uma redução do vigor concorrencial, expresso no esforço de redução de custos, no lançamento de novos produtos, de melhor qualidade, na incorporação de inovação tecnológica aos processos de

fabricação e produtos e em outras formas de aumento do bem-estar.

Das barreiras à entrada, as mais usuais são aquelas relacionadas às dificuldades de acesso a insumos e tecnologia. No caso em questão tais barreiras não existem. As fórmulas químicas são de conhecimento comum e simples de replicar (fl. 988). A existência de patentes também não configura barreira à entrada, pois as que existem no segmento de higiene bucal cobrem apenas algumas especialidades ou processos isolados. A operação em particular não envolve patente, posto que a KOLYNOS apenas detém uma patente sobre um mostruário de produtos.

Um tipo de barreira muito comum do Brasil em passado recente era a política de controle de preços. A abolição de tal política aumentou a atratividade dos investimentos no setor. A única restrição de ordem legal para um novo entrante é o registro do produto no governo, o que requer apenas 90 dias. A restrição é relativamente branda, com relação a outros ambientes institucionais, em particular os Estados Unidos.

É argumentado à fl. 247 que a escala mínima ótima configura-se como importante barreira à entrada. Note-se, entretanto, que a depoente trabalha com valores para o tamanho do mercado cerca de 40% menores que o efetivo (com base em informações da consultoria Nielsen) e assume a necessidade de ocupar 20% do mercado em período exíguo de três anos (fl. 2578) ²⁹.

As cifras apresentadas na audiência pública de instrução (8/8/96) permitem calcular que, supondo rendimentos constantes, o investimento em capital fixo necessário para a

²⁹ Cabe destacar que para as agências antitruste norte-americanas, a perspectiva de entrada será considerada rápida se, do planejamento inicial ao momento em que se puder constatar um significativo impacto no mercado levar, no máximo, 2 anos.

construção de instalações novas para atender à demanda de cerca de 50% do mercado, fatia detida hoje pela marca *KOLYNOS*, seria, de acordo com a COLGATE e a Procter & Gamble, respectivamente, US\$ 134 milhões e US\$ 67 milhões, cifras bastante inferiores ao valor da operação analisada, US\$ 760 milhões. A distinção dá a medida do valor efetivo da marca no mercado (seu *goodwill*).

Uma vez que a legislação brasileira incorpora o conceito de empresa dominante, que supõe uma preocupação com o poder de mercado da empresa não apenas com relação aos consumidores mas também com os demais integrantes do mercado, é necessário, no estudo de processos de concentração econômica, que se avalie os impactos dos mesmos no que tange ao poder de barganha frente aos distribuidores. Tal poder pode ser fonte de barreira à entrada, através de imposição de restrições verticais, como cláusulas em contratos de distribuição, como forma de bloquear a entrada de outros competidores no mercado ou elevar seus custos.

Quanto a esse ponto, a Requerente alega que as vendas combinadas da COLGATE LTDA. e KOLYNOS representam apenas 1,4% do faturamento do varejo, indicando não haver distorção de poder econômico com os distribuidores (fl. 105, Apartado IX). O porte das maiores redes de supermercados é muito superior ao dos principais produtores de higiene bucal. Além disso, o fato das empresas varejistas poderem lançar suas marcas próprias para o aproveitamento de economias de escopo em suas redes de distribuição, a possibilidade de terceirização e a extensão da distribuição, também reduz bastante o poder de barganha das indústrias.

Os distribuidores, entretanto, revelam preocupações sérias com a operação, como foi documentado nos depoimentos colhidos na audiência pública de instrução. Alterações nas cláusulas atualmente em vigor sobre prazos e pagamentos e entrega e práticas de promoção, figuram entre as preocupações dos distribuidores de terem reduzidas as alternativas de suprimento.

O problema com relação às redes de distribuição é a limitação dos espaços em prateleira, a lógica circular de determinação de tal espaço pelo giro e a possibilidade de imposição de condições desfavoráveis, por força do poder de mercado³⁰. Não considero, portanto, bem fundamentada a despreocupação com relação aos riscos envolvidos nesse particular, fundada em que o comércio apenas reproduziria as participações de mercado. Na verdade, o comércio consolida e cristaliza tais participações.

É necessário também analisar o impacto da operação sobre o outro lado da cadeia produtiva, dos fornecedores de matérias-primas. A demanda da maior parte dos fabricantes de matérias-primas é bastante diversificada, na medida em que seus clientes se espalham por vários segmentos da indústria química e farmacêutica, dentre outras. Assim, a demanda de matérias-primas não depende, em particular, do desempenho e pedidos das empresas fabricantes dos produtos de higiene bucal (fl. 314). Além disso, um insumo fundamental como o abrasivo carbonato de cálcio precipitado (CCP), por exemplo, tem produção altamente concentrada (78% da capacidade instalada é de propriedade da Quimbarra), o que impossibilita práticas oligopsônicas por parte dos fabricantes de produtos de higiene bucal. Acrescente-se que a balança comercial de CCP é francamente superavitária, o que demonstra a fraca dependência em relação aos compradores internos. A evidência atual de um preço de exportação menor que o de importação pode sinalizar, segundo a Requerente, algum tipo de barreira à entrada do CCP estrangeiro, o que ampliaria, ainda mais, o poder de barganha dos fornecedores junto à indústria de creme dental. O resultado mais provavelmente espelha o diferencial de custo entre a matéria-prima nacional e importada, em favor da primeira (fls. 115 e 116, Apartado IX).

³⁰ A respeito, é importante ter em conta os depoimentos de distribuidores por ocasião da audiência pública de 8/8/96 (fls 2354 a 2374).

Está registrada nos autos a contraposição de argumentos sobre a relação de determinação entre concentração e barreiras à entrada (fls. 45, Apartado VI e 2122). O debate parece-me fora de foco. A natureza da competição no mercado de creme dental, em particular, centrada na criação de imagem de marca e consolidação de laços com os consumidores, implica importantes custos irrecuperáveis em propaganda e promoção, o que é a origem das barreiras identificadas nesse mercado. A grande concentração do mercado de creme dental significa que a empresa ou grupo dominante detém uma presença na “midia” e nos pontos de distribuição, um comando sobre capacidade produtiva e uma flexibilidade para diluir custos fixos, como os de propaganda e marketing, assim como para reduzir preços e realizar promoções, que uma entrante só atingiria a uma escala muito elevada, eventualmente excessivamente elevada para a dimensão do mercado. Neste ponto de natureza estrutural reside a interação entre concentração e barreiras. Diante das armas disponíveis para a firma dominante instalada reagir à ameaça de entrada, uma estrutura de mercado muito concentrada eleva os riscos associados à entrada assim como os custos, estruturalmente já elevados, desencorajando-a.

Há ainda que mencionar a discussão em torno do preço pago pela COLGATE COMPANY para aquisição da KOLYNOS. Fundamental para entender o valor envolvido na operação é a importância da marca no mercado relevante de creme dental e conexos, onde o consumidor não obtém informação sobre a qualidade do produto por meio da experiência e da procura. A reputação construída por anos de propaganda e presença no mercado tem por resposta a lealdade - seja ela contestável ou não - de consumidores e distribuidores, que naturalmente dão preferência, numa lógica circular, aos produtos de maior “turnover” em suas prateleiras. A própria Requerente esclarece, à fl. 1767 dos autos, que o investimento da COLGATE COMPANY na KOLYNOS foi de aproximadamente US\$ 785 milhões, dos quais US\$ 650 milhões correspondem ao “goodwill” da marca e do negócio e o restante refere-se ao capital de giro e ao imobilizado.” O objetivo é amortizar o investimento no “goodwill” em 40 anos, “tendo-se por pressuposto que as marcas e o negócio permanecerão para

sempre no Brasil.” Sem dúvida, o investimento, nos termos do modelo de Dixit, traduz o comprometimento da empresa com o mercado e a disposição de defender os espaços hoje ocupados.

7. MENSURAÇÃO DE BARREIRAS E POSSIBILIDADE DE ENTRADA NO MERCADO RELEVANTE BRASILEIRO DE CREME DENTAL

A partir do modelo clássico de Bain-Labini-Modigliani, realizei uma série de simulações de entrada de um novo competidor no mercado, tomando por base informações sobre custos, preços, requisitos de investimento e tamanho do mercado obtidas com os depoimentos na audiência pública de 8/8/96³¹.

A hipótese básica das simulações, inspirada naquele modelo teórico, é que a entrante espera que as empresas instaladas não acomodem passivamente a entrada, mantendo os níveis desejados de produção, fazendo via preços o ajuste do mercado.

A possibilidade de entrada no mercado é verificada cotejando-se os custos incorridos hipoteticamente pela entrante e os preços de equilíbrio no mercado. Tais preços são declinantes ano a ano até que a estrutura do mercado se estabilize com a entrante atingindo a participação de 20%, o que se considera o nível necessário para que a empresa hipotética viabiliza-se como um competidor efetivo no mercado, contrapondo-se à posição da firma dominante.

As simulações alternam hipóteses sobre valorização do capital, custos indiretos, ritmo com que a entrante atinge 20% do mercado, tamanho de mercado, preço médio e taxa de

³¹idem nota 18.

crescimento do mercado. A elasticidade-preço suposta é pouco maior que 1 (entre 1,02 e 1,04), o que é compatível com as indicações empíricas e com os supostos de comportamento desse mercado. As empresas instaladas no modelo detém, respectivamente, 80% e 20%, de modo que a entrante cresce ocupando parte do mercado aumentado pelo crescimento vegetativo da população e da economia e pela estabilidade econômica, assim como captura parcela do mercado, em termos relativos, das empresas instaladas.

Os resultados obtidos em diferentes combinações indicam uma conclusão geral: com o tamanho de mercado, requisitos de gastos e preços vigentes, mesmo na hipótese otimista de crescimento do mercado a 6% ao ano (em valor, significando que em quantidade o mercado cresce a taxas maiores) não há espaço para que uma entrante obtenha resultados positivos, em um horizonte temporal razoável (em torno de dez anos). Resultados positivos só começam a aparecer por volta do 12^o ano, mesmo com hipóteses conservadoras de recuperação do capital (em dez anos, foi o padrão utilizado). Verifiquei que, na simulação que supõe valorização do capital maior que a convencional (7%, com retorno de 10 anos) mas compatível com o ambiente brasileiro (8%), a empresa consegue gerar recursos suficientes para cobrir despesas indiretas a partir do quarto ano. Esse é, portanto, um indicador do tempo mínimo requerido para a entrada de um novo concorrente. O exercício é obviamente limitado em suas hipóteses e dinâmica e apenas serve como ilustração dos custos e riscos associados à entrada no mercado brasileiro de creme dental.

8. ANÁLISE DA OPERAÇÃO - MOTIVAÇÕES E EFICIÊNCIAS GERADAS

8.1. Ponderando custos e benefícios

Uma operação de concentração horizontal oferece duas faces para a análise: de um lado, há eficiências em potencial

que se realizam com a economia de recursos, a organização mais racional do processo produtivo e administrativo, a especialização, as economias de escala na produção, na distribuição, em propaganda e em P&D. Por outro lado, a redução do número de competidores em um mercado pode criar poder de mercado, e por conseguinte capacidade da firma resultante da operação comandar a determinação de preços e produção no mercado, além de impor condições desvantajosas aos demais participantes. A firma dominante, se não premiada pela concorrência deixa também de ter estímulo para investir em melhoria de processos e produtos. Adicionalmente, a redução do número de concorrentes pode criar condições para a coordenação de comportamentos entre as firmas restantes, ou, dito de outra forma, para o exercício coletivo do poder de mercado.

Em 1968, Williamson propôs o modelo hoje clássico de análise dos efeitos compensatórios da redução de custos - ou da realização de eficiência - sobre o aumento do poder de mercado, expresso no aumento de preços resultante de uma fusão³². A conclusão de Williamson é que uma redução de custos relativamente modesta é em geral suficiente para compensar aumentos relativamente grandes de preços, mesmo quando é alta a elasticidade da demanda. Entretanto, quando é introduzido no modelo o poder de mercado pré-existente, “(...) as economias de custo requeridas para compensar aumentos de preços são significativamente maiores se há poder de mercado anterior à fusão”(pp. 10).

O modelo de Williamson, incorporado à análise antitruste a partir dos anos 70, não será desenvolvido aqui por uma única e simples razão: no presente caso não se está diante de uma operação de fusão e a contraposição entre danos reais e potenciais causados pela concentração vis a vis os benefícios

³² Oliver Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-Offs” in **American Economic Review** 58, 1968, pp. 18-36.

gerados pela economia de custos só pode ser aplicada muito ligeiramente, de forma analógica.

8.2. Nota sobre a proposta da Requerente para operação em separado de COLGATE LTDA. e KOLYNOS

1. Estrutura Societária (fl.52): COLGATE COMPANY criou uma Divisão Mundial Kolynos, responsável pela administração e desenvolvimento do negócio.

O Presidente da KOLYNOS reportar-se-á exclusivamente ao vice-presidente da Divisão Mundial Kolynos que, por sua vez, reportar-se-á diretamente a um vice-presidente corporativo da COLGATE COMPANY.

Segundo afirma a Requerente, não haverá qualquer tipo de vínculo ou subordinação com relação aos profissionais que continuarão a administrar COLGATE LTDA. no Brasil.

Poder-se-ia presumir que não haveria acúmulo de funções da vice-presidência da Divisão Mundial Kolynos com a vice-presidência dos negócios da COLGATE LTDA. nos Estados Unidos. Todavia, à fl. 57, informa-se que as duas empresas reportar-se-ão ao Vice-Presidente responsável pela região.

Nos termos da operação ora em análise, elimina-se efetivamente do mercado brasileiro a concorrência entre as empresas KOLYNOS e COLGATE LTDA., dado que deixam de operar independentemente, uma vez que o controle acionário de ambas passam para o poder de uma única empresa COLGATE COMPANY, o que determina um grau absoluto de influência da controladora sobre a KOLYNOS. É esse exercício efetivo ou potencial que determinará a unificação dos centros decisórios.

Seria fantasioso esperar-se que, por manterem estruturas formalmente separadas, a dinâmica competitiva entre as duas empresas estaria intacta. A manutenção das duas marcas opera como estratégia de marketing, que maximiza os efeitos da diferenciação do produto, por meio da construção e consolidação de laços de preferência-satisfação com os consumidores.

Ao mesmo tempo percebe-se que na proposta da COLGATE COMPANY, além do controle acionário, prevê-se igualmente, a existência do mesmo grupo econômico unificado pelo controle administrativo ou gerencial do negócio.

Vale lembrar que o voto vencedor do julgamento realizado em 25/11/94 pelo CADE, AC 6/94 (fl. 413), trata desta questão, e nesse sentido, a jurisprudência brasileira é clara quanto à negação da alegação de que cada empresa manterá suas próprias políticas comerciais, sendo preservadas a individualidade das marcas e características dos produtos, sem prejuízo da concorrência. Entendeu-se, à época, que o processo de fusão entre empresas permite, entre outros fatores, o acesso às estruturas de custos, políticas de preços e de comercialização das empresas envolvidas na operação.

Tal argumento é reforçado quando se verifica que, ao nível da KOLYNOS, a COLGATE COMPANY criou em seu estatuto um Conselho Consultivo (fls.53 e 54), afim de assistir a Diretoria de KOLYNOS no estabelecimento da política comercial e outras políticas relativas aos seus negócios, bem como opinar na Assembléia Geral dos acionistas sobre a prática pela Diretoria de atos como:

i) todas as políticas inerentes à consecução dos objetivos sociais da KOLYNOS;

ii) **aquisição, alienação, oneração, ou locação de qualquer bem do ativo fixo, ou as participações societárias da**

KOLYNOS em outras sociedades, sejam subsidiárias ou não, em uma única transação ou em uma série de transações relacionadas entre si, envolvendo um valor superior a um montante total a ser estabelecido anualmente pelos acionistas;

iii) a **autorga de garantias** pela KOLYNOS em **obrigações de terceiros** e de acionistas;

iv) o **empréstimo de dinheiro** para a KOLYNOS **ou pela mesma**, em valor superior a um montante total a ser estabelecido anualmente pelos acionistas;

v) a **celebração de qualquer contrato** com qualquer dos acionistas, ou quaisquer sociedades coligadas **ou controladas pelos mesmos**, ou **quaisquer pagamentos a serem efetuadas a uma sociedade na qual qualquer dos acionistas detenha participação societária**;

vi) o uso do direito de voto em relação às quotas ou ações de qualquer subsidiária ou em qualquer sociedade na qual a KOLYNOS detenha uma participação acionária

É importante notar que, embora a presidência desse Conselho Consultivo caiba à Kolynos, dos 5 (cinco) membros, dois representam diretamente os interesses da COLGATE COMPANY - o vice-presidente da Divisão Mundial Kolynos e seu superior. Considerando os itens ii, iii, iv e v, fica claro não haver impedimentos relativos à realização de negócios entre KOLYNOS e COLGATE LTDA.

Da mesma forma, as diretrizes de política da KOLYNOS serão estabelecidas pelo Conselho Administrativo (fls.52), que será composto por 2 (dois) executivos da COLGATE COMPANY, escolhidos entre o presidente mundial, o principal executivo financeiro mundial ou o advogado mundial, e por 3 (três) administradores da KOLYNOS.

2. Marketing, Publicidade e Promoção (fl.54): Segundo afirma a Requerente, será mantida a independência de cada uma das empresas. Entretanto, é fato que a COLGATE COMPANY unificou, em 1995, seu orçamento anual de US\$ 550 milhões para gasto em propaganda a nível mundial, nas mãos de uma só agência (Business Week, 9/9/96, pp. 60) e está substituindo campanhas feitas em separado pelo mesmo produto em diferentes países por campanhas unificadas. Não é verossímil que as operações da KOLYNOS na área permaneceriam em separado. Em todo caso, se mantido o compromisso de proceder às atividades de propaganda em separado, os efeitos em termos de eficiência seriam, quando menos, negativos.

3. Comercialização e Distribuição: Não será permitido que uma equipe de venda realize esforços para comercialização de produtos da outra marca, ainda que no âmbito de campanhas promocionais.

4. Política Industrial: A Requerente manterá as três fabricas operando separadamente; ambas as empresas terão acesso independente e direto ao Centro de Pesquisa e Desenvolvimento nos Estados Unidos. Inovações tecnológicas localmente desenvolvidas por uma das organizações não poderão ser adotadas pela outra durante o período de tempo que permita à introdutora da inovação dela se beneficiar mercadologicamente.

8.3 Significado e efeitos da operação

Um dos fatores que torna complexa a análise deste caso é que ele envolve quatro mercados relevantes e os efeitos da operação diferem bastante de um para outro. Nos mercados relevantes de enxaguante bucal e fio dental não se identificam riscos de dano à concorrência, em vista da reduzida

participação das empresas em questão nesses mercados. Adicionalmente, são mercados que têm apresentado extremo dinamismo, com taxas de crescimento, após o plano Real, em escala astronômica. Tal se explica pelo aumento do poder aquisitivo da população, que leva ao consumo de produtos considerados não essenciais e de maior valor unitário. Não obstante, a operação parece gerar eficiências significativas nesses dois mercados, sobretudo porque a COLGATE LTDA. aumentaria seu grau de verticalização nessas linhas de produto com a aquisição, reduziria sua dependência de terceiros e transferiria a produção de fio dental e enxaguante bucal para as linhas de produção da KOLYNOS.

Soma pontos a favor da operação o fato de que a KOLYNOS, que já chegou a deter 60% do mercado nos anos 80, como divisão do Laboratório Whitehall, era tecnologicamente anacrônica e inerte. A empresa adquirente, a COLGATE COMPANY, é a única das participantes do mercado mundial que tem seu núcleo de negócios (*corebusiness*) no mercado de saúde bucal. Atualmente, é a tônica da estratégia de crescimento e competição das empresas globais concentrarem força naquelas linhas de negócio aonde detém vantagens advindas, sobretudo, da experiência acumulada.

Quanto aos efeitos da operação sobre o mercado relevante de escova dental, entendo que, embora a COLGATE LTDA. e a KOLYNOS juntas venham a deter a primeira posição nesse mercado, cerca de 35,1% em volume de vendas físicas (fl. 320).

A escova dental é um produto de natureza diferente do creme dental. É um bem de experiência, no sentido de que os consumidores podem avaliar sua qualidade - embora não necessariamente com os parâmetros técnicos, que indicam que a escova deve ser macia, reta e de cabeça pequena. Além do mais, o custo da experimentação é baixo, assim como o custo de busca. O que aproxima os dois tipos de bens, para além da sua complementariedade, é a natureza da competição. Aqui também a diferenciação é a chave para a conquista do mercado, mesmo

que o objetivo de higiene bucal não se torne melhor atendido por meio da estratégia.

O caráter de bem de experiência da escova dental e o baixo custo da experimentação, além da lógica de diferenciação tornam esse mercado fortemente competitivo, do ponto de vista estrutural. A operação não criará fortes assimetrias nas posições relativas dos participantes no mercado. Pelo contrário, é de se presumir que a rivalidade concorrencial será acirrada entre o grupo resultante da operação e a líder anterior nesse mercado, a Johnson & Johnson, que detém 25,8% (fls. 320) de participação no mercado. Acrescente-se que boa parte dos investimentos previstos e já realizados são na capacitação tecnológica da linha de produção de escovas dentais. Assim, eficiências serão geradas, em função dos produtos de melhor qualidade e menor custo a serem produzidos pela KOLYNOS e a função também do desafio representado pela operação ao antigo líder nesse mercado.

Há um ponto, porém, que merece menção. Na estratégia de expansão adotada pela empresa na linha de produto de escovas dentais, não obstante toda a produção seja concentrada na fábrica reformada de São Bernardo do Campo, a comercialização será segmentada, posto que a dita “escova social”, de baixo custo e em consequência, preço bastante inferior à média anterior do mercado, será comercializada apenas nos estados do norte e nordeste, por tempo indeterminado.

A medida é interpretada por esta Conselheira como uma estratégia típica de maximização de lucro do monopolista, que, diante de uma demanda que apresenta elasticidades-preço diferenciadas e custos de arbitragem elevados, discrimina preços de modo a apropriar-se da maior porção possível do excedente do consumidor³³. Como nos estados onde a renda média é mais baixa a demanda é mais sensível a preços, ao

³³ Trata-se do que se conhece na literatura como discriminação de preços de terceiro grau.

distribuir um produto com preço bastante inferior ao anteriormente vigente no mercado, a possibilidade de expansão da demanda é significativa. Já nos estados do sul, de renda mais elevada, a demanda é menos sensível a preços, de onde a decisão de comercializar apenas os produtos de valor agregado mais elevado. Na ausência de arbitragem, ou seja, dado que o custo para um consumidor comprar o produto no mercado de preço mais baixo para vendê-lo no de preço mais alto é elevado, em vistas do baixo valor do produto vis a vis os custos de transporte e distribuição, os mercados são facilmente discrimináveis e a estratégia de maximização é viável.

Acrescente-se que a estratégia só é possível na ausência de competição, o que, ao menos temporariamente ocorre, posto que a KOLYNOS está explorando a vantagem de custos que obteve com a reforma da fábrica de São Bernardo do Campo, oferecendo a escova social a preço bastante inferior à média do mercado. Não obstante não haver evidências conclusivas sobre o efeito da estratégia de discriminação sobre a concorrência e o bem-estar, parece a esta Conselheira que os benefícios oriundos da maior eficiência obtida na nova planta não estão sendo plenamente compartilhados com os consumidores. Seria recomendável que a empresa distribísse a escova dental que produz a baixo custo em todo o território nacional, de modo a ampliar as opções dos consumidores e, particularmente, estimular a aquisição do bem por parte dos consumidores de baixa renda, também representados no sul do país.

No mercado relevante de escova dental, portanto, não se identificam danos reais ou potenciais à concorrência; pelo contrário, a operação resultará em maior dinamismo concorrencial e, por consequência, em benefícios aos consumidores.

Já no mercado de creme dental há sérios prejuízos identificados, reais e potenciais, com respeito à concorrência. Trata-se em seguida das implicações dessa constatação.

A lei prevê os seguintes condicionantes para a aprovação de um ato de concentração, nos termos do artigo 54:

“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, deverão ser submetidos à aprovação do CADE.

parágrafo primeiro: O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar produtividade;
- b) melhorar a qualidade de 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 um 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.”

Assim, a autorização de uma operação pelo CADE está a depender do atendimento dessas quatro condições. De fato, o plano de investimentos apresentado pela Requerente indica que haverá melhoria de produtos e aumento de produtividade (mudança de processo produtivo de batelada para contínuo,

adoção de técnicas modernas de gestão e controle, informatização, que são as providências elementares da modernização produtiva que devem ser tomadas por empresas que tenham a intenção de marcar presença no cenário global). O desenvolvimento tecnológico é limitado, posto que as despesas em P&D projetadas são de pequena monta.

Quanto a este último aspecto, em particular, entendo que o significado da operação no mercado relevante de creme dental reside na possibilidade de utilização da marca *KOLYNOS*, líder no mercado brasileiro, para lançamento da linha completa de produtos terapêuticos já desenvolvidos pela *COLGATE COMPANY*. A marca *COLGATE* tem uma capacidade de expansão limitada, enquanto que a marca *KOLYNOS*, de reputação construída por anos de propaganda e presença no mercado nacional, foi relativamente pouco explorada, posto que a companhia-mãe original pouco investiu na diferenciação de produto e, portanto, na criação de novos nichos de mercado. O lançamento da linha de terapêuticos utilizando a marca *KOLYNOS* como veículo, tal como documentado pelo Quadro 11, ampliará os lucros do grupo, uma vez que tais produtos têm maior valor agregado.

Os bens produzidos serão de maior qualidade, considerando que a *KOLYNOS* não se notabilizava pela eficácia de seus produtos nem pelo esforço de desenvolvimento tecnológico. É notável que a *KOLYNOS* apenas tenha introduzido o flúor em seu creme dental em 1988, quando o componente já estava presente nos produtos de concorrentes desde a década de 70 (além do que é de se assinalar que o componente fora introduzido no creme dental norte-americano uma década antes).

A aquisição, no mercado relevante de creme dental, significa a eliminação substancial da concorrência, de especial a concorrência intermarcas, que caracteriza esse tipo de mercado, posto que a marca líder do mercado é adquirida pela segunda marca, ficando o grupo com uma participação de quase

80% do mercado, enquanto a empresa seguinte em participação detém algo próximo de 20%. As demais participantes do mercado não chegam a atingir 1% de participação³⁴. A influência que essa franja de pequenos produtores poderá exercer sobre o comportamento da empresa dominante é nula e as duas competidoras remanescentes - COLGATE LTDA.- KOLYNOS de um lado e Gessy de outro - detêm participações tão desiguais que sequer pode-se cogitar que o relacionamento entre elas no mercado seja marcado pela rivalidade competitiva. O grupo COLGATE-KOLYNOS exercerá liderança e um eventual movimento altista de preços será seguido pela empresa secundária, assim como pela franja de pequenos produtores.

Muito embora a concentração de mercado não crie barreiras à entrada, ela aumenta os riscos e os custos de entrada no mercado. Os recursos em mãos da firma dominante para reagir à tentativa de entrada e manter sua posição de mercado são muito amplos, o que aumenta o custo e o risco de entrada e conseqüentemente inibe a entrada de novos competidores, posto que a entrada nesse mercado envolve consideráveis custos irrecuperáveis em propaganda e promoção.

Com respeito à influência da dimensão regional do comércio - ao nível do Mercosul - sobre a avaliação dos efeitos da operação, observa-se que a pressão competitiva que poderia em tese ser exercida por concorrentes instalados em países do Mercosul - com os quais é viável o fluxo comercial em grande escala dos produtos de higiene bucal - é nula no presente caso, dado que o mesmo grupo tem comando sobre os respectivos mercados domésticos de creme dental. Particularmente no caso da Argentina, a operação de compra da KOLYNOS a nível mundial pela COLGATE COMPANY implicou o controle das duas marcas mais importantes naquele mercado, resultando em uma participação de mercado em torno de 70% - em situação análoga à que se desenha aqui. É intenção da empresa, contudo, (...) * concretizando o projeto de transformar essa última no

³⁴ De acordo com o parecer SDE, mencionado no relatório.

* Informação confidencial suprimida.

pólo de exportação para Mercosul, América Latina e outros países do mundo em desenvolvimento. O projeto ilustra de forma cristalina a capacidade de comando de uma empresa dominante sobre o mercado: não apenas a competição foi eliminada na Argentina, com a compra da marca que detinha 31,5% do mercado pela segunda maior, detentora de outros, (...)*

O outro efeito potencial gerado pelo controle das marcas *KOLYNOS* e *COLGATE* simultaneamente em todos os países do Mercosul é que, do ponto de vista do competidor externo, o Mercosul não se apresentaria como uma alternativa de investimento. Sequer pareceria viável a entrada em um dos países - particularmente Argentina e Brasil - como plataforma de lançamento dentro desse mercado, posto que a mesma estrutura extremamente concentrada estaria reproduzida nos quatro países.

Assim, a perspectiva do Mercosul adiciona os seguintes elementos à análise e à formação do juízo sobre a operação:

- 1) a pressão competitiva que poderia ser exercida pela importação de concorrentes instalados no mercado regional, considerando a relativa facilidade de transporte e distribuição e a ausência de barreiras comerciais, é anulada pelo fato da estrutura concentrada de mercado, dominada pela mesma empresa, reproduzir-se em todo o território regional;
- 2) a possibilidade de entrada de novos concorrentes é reduzida diante do efeito desestimulante da concentração do mercado no âmbito regional.

Quanto à proposta de administração separada das companhias, a medida é ineficiente, posto que se está diante da duplicação de estruturas, departamentos de propaganda e marketing, de vendas, além de toda a área administrativa,

* Informação confidencial suprimida.

justamente os setores que mais crescem custos à estrutura produtiva. Do ponto de vista da concorrência, não se promove a compensação da rivalidade eliminada pela aquisição. Duas companhias sob o controle de uma mesma companhia-mãe não podem racionalmente competir entre si, porque a “derrota” de uma delas é sinônimo de prejuízo para a companhia controladora, coisa inaceitável, da perspectiva dos acionistas.

O controle simultâneo das marcas *KOLYNOS* e *COLGATE* e respectivas extensões na produção e comercialização de todas as linhas de produto de higiene bucal ultrapassa, em escopo, os limites necessário para viabilização dos objetivos pretendidos com a operação, de aumento de exportações, verticalização e autonomização da produção das linhas de higiene bucal da COLGATE COMPANY, compartilhamento de “know-how” e desenvolvimento tecnológico, além de modernização do processo produtivo e gerencial das plantas da KOLYNOS e da COLGATE LTDA. Dessa forma, o item 4 do parágrafo primeiro do artigo 54, uma das condições para a autorização da operação, não seria atendido, de acordo com o projeto analisado.

9. A JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Há várias decisões recentes envolvendo bens de consumo em que o papel da marca como instrumento de poder de mercado e fonte de barreira à entrada foi central para a orientação das autoridades antitruste, na Europa, nos Estados Unidos e no México.

9.1. Decisão norte-americana na aquisição da Scott pela Kimberly-Clark (12 de dezembro de 1995)

A transação envolvendo duas das maiores fabricantes de produtos de papel criaria uma firma de vendas globais da ordem

12 US\$ bilhões. A decisão judicial tomou a forma de um *consent decree* e foi provocada pela reclamação interposta pelo procurador-geral dos EUA e do Estado do Texas. O Departamento de Justiça impediu a aquisição proposta que ameaçava elevar preços e prejudicar os consumidores, tendo como base a preocupação convencional com eficiência alocativa, embora, no curso da argumentação se verá que está presente a preocupação com eficiência tecnológica, posto que as duas empresas demonstravam grande rivalidade competitiva, na forma de melhoria de produtos e introdução de inovação tecnológica. Os problemas foram identificados em dois mercados relevantes: lenços faciais e lenços umedecidos para higiene de bebês, embora a operação envolvesse outros mercados.

O principal problema era a forte presença de marcas. “Scotties é uma marca de valor que tem o importante efeito de restringir preços nesse (lenços faciais) mercado.” Nesse mercado relevante a aquisição significaria o controle de 59% do mercado e a participação seria mais do que o dobro do segundo competidor. Com a eliminação do rival, a empresa adquiriria poder para elevar preços unilateralmente e em coordenação com o único competidor remanescente. Considerações de eficiência tecnológica estão muito claramente tratadas: “Kimberly-Clark com a sua marca *Huggies* e *Scott* com as suas marcas *BabyFresh* e *Wash a Bye Baby* respondem por mais de 50% das vendas de um mercado de 500 US\$ milhões. Cada uma é a restrição competitiva mais significativa aos preços da outra, e a rivalidade competitiva vigorosa entre esses competidores levou a melhorias tecnológicas na qualidade e na conveniência dos lenços umedecidos.” A linha de argumentação do Departamento de Justiça completa-se com a afirmação de que “com a aquisição de Scott, Kimberly-Clark iria eliminar o seu competidor mais significativo nas vendas de lenços de bebê e adquirir poder para elevar preços”, pp.2.

A análise dos efeitos anticompetitivos concentra-se no poder das marcas. A Kimberly-Clark fabrica a marca dominante de lenços faciais, tão familiar aos consumidores que é quase um sinônimo de lenços: Kleenex. A participação da marca no

mercado nacional é de 48.5% (conforme vendas de 1994). O da Scott é de 7% e da PG é de 30%. “KC e Scott competem vigorosamente entre si para vender os lenços *Kleenex* e *Scotties* aos distribuidores para revenda aos consumidores, para prover o produto de melhor qualidade e serviço e para desenvolver novos produtos em lenço facial. Essa competição dirigida e direta entre *Kleenex* e *Scotties* beneficia o consumidor através de preços mais baixos, promoções e cuponagem mais frequente e outras estratégias de marketing desenhadas para atrair os consumidores de lenços faciais para suas marcas respectivas e afastá-los da marca da outra. Se a combinação entre KC e Scott fosse permitida, essa competição seria eliminada,” pp. 7 da Reclamação.

Argumento sobre dificuldade de entrada associada à marca “Estabelecer uma nova marca bem sucedida em lenços faciais nos Estados Unidos é difícil, demorado e custoso. Estimativas do custo de construção de uma planta fabricante de lenços variam de 80 US\$ milhões a 180 US\$ milhões para equipamento e 80 US\$ milhões para terreno e instalações. Despesas de propaganda e promoção para uma nova marca excedem 25 US\$ milhões para um período introdutório de 3 anos. É improvável que entrada tempestiva e suficiente de novos produtores impediria o prejuízo a competição causado pela aquisição da Scott pela KC,” pp. 8.

Os argumentos foram basicamente os mesmos para o mercado relevante de lenços umedecidos para higiene de bebês.

Os efeitos prováveis da aquisição seriam:

a) a competição de forma geral nos mercados de lenços faciais e lenços umedecidos seria substancialmente reduzida;

b) a competição atual e potencial entre a KC e Scott no mercado de lenços faciais nos EUA seria eliminada;

- c) os preços para venda de lenços faciais no varejo nos EUA provavelmente subiriam;
- d) inovação de produto em lenços faciais nos EUA seria prejudicada;
- e) competição real e potencial entre KC e Scott no mercado para lenços de bebê seria eliminada nos EUA;
- f) preços para a lenços de bebê no varejo provavelmente aumentariam;
- g) inovação de produto em lenços de bebê nos EUA sofreria.

O requerimento foi que a aquisição fosse julgada como uma violação à Seção 7 do Clayton Act e a operação impedida. As partes chegaram a um *consent decree*, evitando um julgamento em tribunal de júri.

A decisão foi que a aquisição fosse desconstituída em 150 dias, com a alienação para um comprador dos ativos relevantes referentes a lenços umedecidos (referentes a equipamento, produção e marca), e, em 180 dias, com a alienação para um ou mais compradores os ativos relevantes referentes aos lenços faciais.³⁵ É exigência que os compradores tenham capacidade e o propósito de efetivamente competir nos mercados relevantes respectivos e que nenhum dos termos do acordo de venda prejudique a capacidade do comprador de competir, nem tampouco eleve seus custos ou reduza sua eficiência.

³⁵ As agências unilateralmente poderiam estender o tempo das desconstituição em dois meses.

9.2. Decisão da Comissão Européia de 16/01/96 fusão Kimberly-Clark e Scott

A operação envolveu dois produtores de produtos de papel e conexos norte-americanos. A empresa resultante seria a maior fabricante mundial e europeu de papel tecido. As empresas reforçariam sua posição no mercado, agrupando recursos de produção e comercialização. Nesse caso, a importância da marca, da publicidade e a característica nacional dos mercados por conta dos custos de distribuição levaram a Comissão a considerar que havia substanciais barreiras à entrada de modo que a operação criaria uma posição dominante no Reino Unido.

Considerações sobre efeitos da operação em eficiência tecnológica, para além das preocupações usuais com eficiência alocativa podem ser percebidas na seguinte passagem: “A concorrência efetiva no segmento dos produtos de marca é importante, uma vez que os produtos de marca, ao contrário dos produtos com marca de distribuidor, promovem a inovação e a qualidade do produto. Por conseguinte, um efeito da concentração seria eliminar esta fonte de inovação e melhoria da qualidade.”

Para efeito de instrução do processo foram encomendados diversos estudos pelas partes e por um terceiro concorrente. Os estudos centravam-se no papel das marcas. Como se observou em uma passagem: “A criação de uma nova marca exigiria elevados investimentos em publicidade e promoção a fim de persuadir os clientes fiéis a marca a abandonarem a sua marca habitual. Tais despesas constituem um custo irrecuperável que acresce ao custo de entrada.”

Sobre o acesso ao espaço de prateleira e dificuldades de distribuição a Comissão conclui que “É evidente que mesmo os grandes retalhistas não poderão armazenar toda a gama de produtos de todas as marcas. Por conseguinte, é já difícil obter espaço de prateleira para as atuais marcas, quanto mais para as

novas marcas. Na realidade, um concorrente importante das partes declarou que “a luta pelo espaço de prateleira é permanente, brutal e feroz.”

Nesse caso, foi a seguinte a solução acordada como compromisso das partes:

1) as partes concordaram em alienar 5 marcas de papel higiênico e atividades relacionadas;

a) licenciar, sem royalties, por três anos, a marca *Kleenex*, em conjugação com as marcas de papel higiênico;

b) após três anos, licenciar por mais 7 anos a marca *Kleenex*, se do interesse do comprador, dessa vez com um contrato de royalty;

c) durante o período de vigência do acordo, a marca *Kleenex* não será utilizada pelas partes.

2) vender ao mesmo comprador todos os direitos da KC sobre a marca *Velvex* e de utilização da marca *Velvet* no Reino Unido;

3) vender ao mesmo comprador as atividades e a marca de lenço de bolso “*Handies Andies*” da Scott no Reino Unido e na Rep. da Irlanda, bem como os direitos de autor sobre o material de acondicionamento, de publicidade e de promoção utilizado em relação aos produtos vendidos sob a marca citada. Suprimem a menção “*Scottex*” da embalagem dos lenços de bolso;

4) conceder ao mesmo comprador uma licença isenta de royalties, renovável por 25 anos, para utilizar a marca *Scotties* para lenços faciais, em caixa, no Reino Unido e na Irlanda;

5) além disso, as partes concordam em não utilizar a marca *Andrex* para lenços faciais/de bolso, por tempo indeterminado, e em alienar as atividades ligadas ao papel de cozinha KC e outras medidas;

6) Alienar capacidade de produção - instalações e equipamento de produção de papel tecido em Prudhoe.

9.3. Decisão mexicana sobre a operação em território nacional

No México, a Comissão Federal de Concorrência adotou, em 6/3/96, solução similar para a operação que teve repercussão mundial. As condições impostas para que a associação entre a Kimberly Clark do México e a Crisoba (filial da Scott no México) fosse aceita foi um esquema de desincorporação de ativos com o objetivo de reduzir substancialmente a participação conjunta das empresas nos mercados, eliminando os efeitos nocivos à concorrência. O esquema inclui a venda de empresas, a alienação da capacidade de produção e a licença ou venda de marcas de alguns dos principais produtos comercializados pelas empresas envolvidas.

As medidas impostas pela Comissão visaram não apenas preservar o funcionamento eficiente dos mercados, mas também fortalecer a concorrência com o incentivo à participação de outros produtores.

A operação tinha repercussão sobre os mercados relevantes de absorventes higiênicos, artigos sanitários e faciais derivados de papel tecido (papel higiênico, guardanapos, toalhas absorventes e lenços faciais) e papel de escrever e imprimir.

Nesses mercados o poder das empresas era diferenciado, assim como as características dos produtos, processo de fabricação e possibilidade de substituição. As condições em cada um dos mercados foram diferenciadas, por conseguinte, mas seguiram três critérios básicos:

1) que a participação conjunta das empresas em qualquer dos três mercados não colocasse em risco a concorrência através de uma concentração excessiva e os benefícios da eficiência decorrentes da associação;

2) **que as empresas associadas não controlassem de forma simultânea as marcas mais importantes nos principais segmentos dos mercados;**

3) fortalecimento da concorrência mediante o incentivo à participação de outros concorrentes.

No primeiro mercado, a decisão foi de determinar a venda das ações das subsidiárias da Crisoba que produzem e comercializam as marcas *Saba*, *Confort* e *Evax* de absorventes higiênicos.

Com relação ao mercado de papel tecido, a aprovação foi sujeita às condições de:

- 1) venda da marca *Regio* de papel higiênico e guardanapo;
- 2) licença da marca *Scottis* de lenços faciais;
- 3) suspensão do uso da marca *Suavel* de guardanapos;
- 4) venda de 67.000 ton/ano de capacidade instalada para a produção de papel tecido;
- 5) para permitir que os compradores dos ativos reforçassem sua participação no mercado, ordenou-se que a KCM estabelecesse,

a pedido dos interessados, contratos de fornecimento de papel tecido na ordem de 13.000 ton/ano por 3 anos;

6) Para evitar que uma empresa apenas controle simultaneamente as principais marcas de cadernos, foi ordenada a desincorporação da marca *Shock* da Crisoba, que detém 4,4% de share no segmento;

7) Foi ordenado, finalmente, que a KCM licenciasse os direitos no México sobre a marca *BabyFresh*, para evitar que as duas marcas mais importantes de toalhas umedecidas para a limpeza de bebês ficasse sob o controle de uma só empresa.

Salientou a Comissão mexicana que as medidas tomadas foram coerentes com os critérios aplicados internacionalmente para proteger e fortalecer a concorrência.

9.4. Decisão - Consent Decree - de 20 de julho de 1995. US v. Interstate Bakeries Corp. and Continental Baking Co.

A operação questionada pelo Departamento de Justiça americano e resolvida por decisão judicial, na forma de um *consent decree* tinha efeito sobre o mercado relevante de pão de forma branco vendido em lojas de alimentação (supermercados, mercearias, etc.). “As marcas básicas utilizadas por Interstate e por Continental nas áreas de Los Angeles e San Diego [dois dos mercados relevantes geográficos identificados] são respectivamente Weber e Wonder. Estas marcas são substitutos próximos uma da outra. Nenhuma outra panificação vende quantidade equivalente de pão de forma branco em Los Angeles e San Diego. Assim, se Interstate controlasse ambas as marcas, ela provavelmente iria aumentar o preço dessas marcas,” (p.7 da Reclamação). A mesma argumentação foi repetida para todos os mercados geográficos identificados.

A decisão foi que a adquirente, no prazo de nove meses, concedesse a um ou mais compradores, uma licença exclusiva, perpétua, sem royalties e transferível para utilizar as marcas

relevantes para produzir ou fazer produzir e vender pão de forma branco nos mercados relevantes, junto com os ativos razoavelmente necessários para que o adquirente de cada marca a comercializasse ao nível equivalente de vendas no ano anterior e assim viabilizar-se como competidor em cada um dos territórios relevantes. Ou seja conceder aos compradores licença exclusiva para uso da marca e vender todos os ativos necessários para sustentação da marca.

9.5. Kiwi Brands Inc. - ordem de consentimento para cessar e desistir anunciada em 30 de junho de 1994.

A operação resultou em aprovação do FTC ao acordo de consentimento com Sara Lee Corp. of Chicago, considerando que a aquisição da marca *Esquire* de produtos de tratamento de calçados da Knomark, Inc. e a marca *Griffin* também de produtos de tratamento de calçados da Reckitt & Colman iria reduzir substancialmente a competição e tender a criar um monopólio no mercado norte-americano de produtos químicos de tratamento de calçados vendidos através do canal do mercado de massa (mercearias, drogarias, etc.), em violação à Seção 7 do Clayton Act.

Na ordem de consentimento final, foi requerido da Sara Lee alienar suas marcas *Griffin* e *Esquire* e ativos relacionados para a Hickory Industries, Inc. Adicionalmente, a Sara Lee é proibida de nos próximos dez anos adquirir, sem prévia aprovação do FTC, ativos ou firmas engajados na produção de produtos químicos para tratamento de calçados ou na distribuição e venda desses produtos no mercado de massa americano.

A alienação deveria, pela decisão, realizar-se no prazo de um mês. Se não fosse vendida dentro desse prazo à empresa determinada, a alienação deveria se dar em favor de outra empresa aprovada pelo FTC dentro de doze meses da ordem

final. Se o prazo não tivesse sido obedecido, o FTC nomearia um interventor para tomar as providências.

Sara Lee Corp., através da sua subsidiária Kiwi Brands Inc. produz e comercializa produtos sob a marca *Kiwi*, através dos mesmos canais. Ela não reportou ao FTC as aquisições realizadas em 1987 e 1991 sob a Hart-Scott-Rodino Act.

9.6. Ordem de consentimento - Reckitt & Colman plc. 23 de dezembro de 1994.

Reckitt & Colman plc. concordou em alienar seus negócios de desodorante de carpete e limpador de tapetes depois de que a empresa adquiriu negócios similares da L&F Products Inc., em acordo com o FTC, que considerou que de outro modo a aquisição iria reduzir substancialmente a concorrência no mercado americano de produtos de desodorização de carpetes, violando as leis antitruste. Com o acordo, a Reckitt obteve da Comissão aprovação para adquirir a L&F.

O acordo de consentimento estabelece que a empresa aliene seus negócios de desodorante de carpete e limpadores de tapetes, incluindo equipamentos e instalações conforme requerido pelo comprador, dentro de seis meses. O comprador terá o direito de utilizar a marca *Airwick* em conexão com os produtos de desodorização de carpete. O acordo requer que Reckitt proveja pessoal, informação e treinamento necessário para que o negócio a se estabelecer seja viável; enquanto não for realizada a desincorporação, os negócios terão que ser operados independentemente. Se a desincorporação não for completada em tempo, será indicado um interventor para completar a ordem.

Para adquirir qualquer negócio em desodorização de carpetes nos próximos dez anos a empresa terá que obter

autorização do FTC. No caso de limpeza de tapetes o prazo para a prévia aprovação expira no ano 2000.

Em 21 de agosto de 1995, o FTC aprovou a desincorporação para a Block Drug Company, Inc. Os ativos para serem desincorporados incluíram os relacionados às marcas *Carpet Fresh* e *Rug Fresh*. A licença para a *Block Drug* inclui as marcas *Botanicals*, *Airwick Neutra Air* e *Airwick* em conexão com os ativos relacionados às marcas.

Em 26 de setembro de 1990 publicou-se a ordem de consentimento do FTC, para a Reckitt & Colman PLC adquirir a divisão Boyle-Midway da American Home Products Corp. desde que desincorporasse seu próprio negócio de limpeza de tapetes para um comprador aprovado pela Comissão, em um prazo de oito meses. Adicionalmente, por dez anos, ficou sujeita à aprovação prévia para aquisição de negócio semelhante.

9.7. Conclusão retirada da Jurisprudência internacional

A jurisprudência internacional, como se nota dessas recentes decisões, tem consagrado o princípio de que não é permitido que uma mesma empresa controle duas marcas de posição proeminente no mercado, sobretudo se tais marcas eram anteriormente concorrentes e a incorporação tenha eliminado ou venha a eliminar a concorrência entre elas.

Nos Estados Unidos, as aquisições de negócios que envolvem bens de consumo são sujeitas a condições que basicamente implicam a desincorporação do negócio paralelo, da mesma linha de produto que está sendo adquirido, com a venda da marca e a venda de todos os ativos que permitem a operação viável do competidor no mercado. É definido um prazo para a desincorporação e que os negócios sejam mantidos independentemente e se o prazo de desincorporação não for cumprido, o FTC indicara um administrador para fazer cumprir a decisão.

A desincorporação se dá por um processo de leilão privado, cujo resultado é sujeito à aprovação da agência antitruste encarregada (FTC ou DOJ). Caso as providências não sejam adotadas no tempo determinado, a agência indica um banco de investimento para administrar o processo de desfazimento.

A medida padrão adotada em casos que envolvem o controle de marcas importantes de produtos de bens de consumo, tem sido o desfazimento, ao menos parcial, de parte do negócio realizado. Os ativos tangíveis que garantem a viabilidade da operação devem ser desincorporados complementarmente. O comprador deve credenciar-se como um competidor viável, de modo que a marca mantenha a representação no mercado que detinha antes da operação.

10. DECISÃO

Para a aprovação dos atos e contratos de que trata o artigo 54, exige a Lei o atendimento das condições previstas no parágrafo primeiro do referido artigo. Ocorre que o ato sob exame implica a eliminação substancial da concorrência no mercado relevante de creme dental e supera os limites necessários para atendimento dos fins visados, contrariando as condições exigidas nos incisos III e IV.

Se a operação tivesse efeitos exclusivamente sobre os mercados relevantes de fio e escova dental e enxaguante bucal, ela apresentaria condições para ser aprovada - por atender aos quatro quesitos enumerados no parágrafo primeiro do artigo 54. Se, por outro lado, a operação dissesse respeito única e exclusivamente ao mercado relevante de creme dental, ela deveria ser rejeitada *tout court*.

Há, portanto, que se separar as decisões, de modo a que a abrangência e o rigor das medidas adotadas não ultrapasse em dimensão os danos que se quer evitar. Ademais, deve-se, como procedimento padrão, procurar adotar as decisões que implicam o menor custo social, entendido este como o somatório dos custos públicos e privados. Assim, uma medida de execução mais simples e rápida, tanto para o poder público quanto para o agente privado, é preferível a uma medida de execução mais complexa, que implique maior intervenção e maior ônus econômico para a empresa.

Pelas razões já apontadas na análise da operação - ponto 9 deste voto - não há danos reais ou potenciais à concorrência resultantes dos efeitos da operação sobre os mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal. Todavia, tais danos foram evidenciados ao longo da análise no que tange ao mercado relevante de creme dental. Por conseguinte, a argumentação subsequente refere-se exclusivamente a este último mercado relevante. Os demais serão novamente mencionados ao final deste voto.

A seguinte matriz de decisão reflete o conjunto de alternativas disponíveis para este Conselho, considerando a necessidade de se evitar que a concorrência seja substancialmente eliminada do mercado e que a operação respeite os limites estritamente necessários para o atendimento dos objetivos visados.

Existem dez variantes com sentido econômico que podem ser adotadas alternativa ou cumulativamente. As decisões que implicam venda são as que envolvem o maior custo privado e público, por força, de um lado, da reversão de projetos, e de outro, do grau de conflito potencial e da dificuldade de controle de todas as variáveis envolvidas no processo de execução. As alternativas que envolvem licenciamento são menos custosas do ponto de vista privado e equivalentes à venda, do ponto de vista do efeito sobre a concorrência, mas no caso em questão, e se adotadas isoladamente, geram menos efeitos benéficos sobre a concorrência, posto que o licenciado

deterá, com esforço relativamente pequeno de investimento, controle sobre parte substancial do mercado, dada a dimensão da capacidade produtiva e a força da marca *KOLYNOS* no mercado. Tampouco as alternativas da venda e do licenciamento *tout court* são as mais adequada para estimular a entrada. Em ambos os casos, a marca dominante ainda estaria presente no mercado, inibindo a entrada. As alternativas de vender, ceder ou licenciar tecnologia aplicar-se-iam ao caso se incluídas em proposta mais ampla, como a cessão de know-how do uso do carbonato de cálcio precipitado, dentro de um contrato de assistência técnica.

A natureza da concorrência no mercado de creme dental - por diferenciação de produto - tem na marca a sua principal arma. A concorrência intermarcas, por meio da construção de reputação e laços de lealdade com o consumidor é a forma predominante assumida pela concorrência nesse mercado. De todo o exposto ao longo do voto, conclui-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 se concentrar a decisão deste Conselho.

Quadro 15

Alternativas para adequar a operação à legalidade antitruste

Ativos/Decisão	Vender	Licenciar	Suspender	Ceder
instalações				
CP	A	B		
EC	B	B		
equipamentos				

CP	A	B		
EC	B	B		
tecnologia (patentes ou know-how)				
CP	B	B		B
EC	B	B		B
marcas	A B	B (1)	B A	

Nota: CP - custo privado: alto (A)/baixo (B)

EC - efeito sobre concorrência: alto (A)/baixo(B)

(1) neste caso, o custo depende das características do esquema de licenciamento.

Diante do exposto, é a **suspensão voluntária do uso da marca KOLYNOS e suas extensões, inclusive do material de embalagem, promoção e propaganda associado, para o fabrico e comercialização de creme dental dirigidas ao mercado interno pelo período de quatro anos** é a medida que considero justa para garantir que a operação não elimine a concorrência nem crie poder de mercado de tal envergadura que, por meio de seu comportamento estratégico, desencoraje a entrada de novos concorrentes e a autonomia decisória dos atuais participantes do mercado, além de eliminar substancialmente a dinâmica concorrencial do mercado. Ademais, o prazo pré-determinado de suspensão deverá ter, para eventuais concorrentes potenciais, o condão de emular a entrada rápida e eficiente, para que o(s) novo(s) concorrente(s) já tenham se viabilizado economicamente por ocasião do retorno, com certeza cuidadosamente preparado, da marca

KOLYNOS ao mercado. Adicionalmente, a medida visa permitir o fortalecimento da posição das marcas de menor expressão já instaladas no mercado.

Com a medida, a operação de aquisição fica limitada aos objetivos apresentados pela Requerente, de aumento de exportações, verticalização e autonomização da produção das linhas de higiene bucal da COLGATE COMPANY, compartilhamento de know-how e desenvolvimento tecnológico, além de modernização do processo produtivo e gerencial das plantas da KOLYNOS e da COLGATE LTDA.

A suspensão deve enquadrar-se dentro do compromisso de desempenho a ser assinado pela empresa, de onde a voluntariedade da medida. Condiciono, portanto, a aprovação da operação à não utilização da marca *KOLYNOS* pelo prazo determinado de quatro anos. Entendo que dentro desse prazo estarão colocadas condições para a entrada de novos concorrentes e para o fortalecimento dos concorrentes que hoje ocupam posição marginal no mercado. Com isto, o vigor concorrencial entendido como o compatível e necessário para a efetivação do negócio estará estabelecido no mercado, estando supridas, pois, as exigências da lei.

Há que se avaliar, da perspectiva do bem-estar, as consequências desta hipótese sobre a satisfação do consumidor que, eventualmente fiel à marca *KOLYNOS*, deixará de encontrá-la à sua disposição no mercado. Não considero que a ausência da marca *KOLYNOS* por alguns anos resultará em prejuízo à saúde bucal do consumidor, posto que esta em nada se beneficia do consumo de uma marca em especial³⁶. A diferenciação de produtos que fez surgir marcas e variantes, toda a linha terapêutica e novas soluções cosméticas é a expressão da lógica concorrencial desse mercado. Ademais, a marca *KOLYNOS*, em particular, não tem se notabilizado pelos saltos de qualidade no atendimento à saúde de seus

³⁶ os especialistas advertem que o fundamental é o hábito de escovação frequente dos dentes com creme dental que contenha flúor.

consumidores. De todo modo, existe um *trade-off* a ser considerado na decisão, envolvendo a disponibilidade de marcas para o consumidor e a criação de um espaço para a entrada e desenvolvimento de novas marcas, com os benefícios decorrentes. Esta Conselheira crê que serve melhor aos interesses do consumidor o estímulo à entrada de novos concorrentes do que a manutenção no mercado do perfil de marcas existentes, tendo sido a concorrência intermarcas praticamente eliminada do mercado.

Sensível, contudo, às implicações desse *trade-off* e à possibilidade de fricções no abastecimento no curto prazo, é que defini um atenuante à decisão de suspensão *tout court*. Tal atenuante é **o licenciamento, exclusivo e por curto prazo, da marca KOLYNOS, para a formação de marcas duplas, com um esquema de gradual desaparecimento (*fading out*) da marca fiadora, até seu retorno à titular**. Esse esquema de licenciamento exclusivo, caso adotado, vigorará durante o período de suspensão de uso da marca pela titular. O contrato de licenciamento exclusivo deverá, incluir, nos dois primeiros anos, a critério do licenciado, encomendas, assistência técnica e operacional e todos os serviços de suporte necessários à produção e entrega do produto, de modo a reduzir os custos de entrada de novo concorrente. O esquema de marca-dupla com *fading out* implica que todo material de embalagem, propaganda e promoção apresente como logotipo principal a marca

que esta sendo introduzida no mercado e a marca KOLYNOS como co-marca ou marca de fabricante. Esta marca terá espaço progressivamente reduzido no material mencionado, até o seu desaparecimento, que coincidirá com o final da suspensão do uso da marca KOLYNOS pelo seu titular. Os termos em que esse esquema de marca-dupla com *fading out* será executado constará, obrigatoriamente, do contrato de licenciamento a ser apresentado ao CADE. Essa solução permite à empresa explorar a marca indiretamente durante o período de suspensão. Assim, de barreira, a marca torna-se veículo de introdução da marca nova no mercado, funcionando como uma espécie de “fiador” no momento inicial.

Como remédio jurídico voluntariamente aceito pelo titular da marca a fim de prevenir potencial defeito de mercado, a suspensão é um fato jurídico exterior à vontade da empresa e revela desuso por razões legítimas. Daí a suspensão por si não gera o desaparecimento jurídico da marca. No curso da suspensão, a empresa poderá, com aprovação do CADE, de acordo com o caput do artigo 54 da Lei 8.884/94, optar por licença de uso nos termos definidos no parágrafo acima. Enquanto vigorar a suspensão, a empresa não poderá, no território nacional, veicular propaganda das marcas senão associando-as a produtos diversos do creme dental. A suspensão impede temporariamente o uso de marcas existentes, assim como novas extensões da marca *KOLYNOS*, que pudessem ser criadas.

Quatro anos - tanto na hipótese de suspensão como de licenciamento - foi o prazo mínimo que se verificou, a partir das simulações realizadas³⁷, como o necessário para viabilizar, com hipóteses conservadoras de remuneração do capital, o início da geração de um fluxo de caixa positivo para cobertura de despesas indiretas (de administração, vendas, etc.). Adicionalmente, o período de quatro anos foi o mais frequentemente citado pelos concorrentes, por ocasião da audiência pública de instrução, realizada em 8/8/96, como o necessário para a viabilizar a entrada e sustentação de nova marca, em escala suficiente para que seja alterada a correlação de forças da competição no mercado.

É de se lembrar também que a concorrente *KOLYNOS*, antiga divisão de um laboratório farmacêutico, **foi eliminada do mercado pela aquisição**. A empresa adquirente detém hoje o controle sobre as duas marcas de maior peso no mercado, que hoje, **já não concorrem mais entre si**. A decisão de suspensão, como condicionante para a aprovação, **não retira do mercado a empresa**, mas sim determina que a proprietária das marcas, voluntariamente, **não faça uso temporariamente** de uma delas,

³⁷ idem nota 18

de modo a evitar que a concorrência seja substancialmente eliminada do mercado, ao criar um “espaço vazio”, capaz de estimular a entrada de novos concorrentes. Novos concorrentes significa nova capacidade a ser instalada, novo investimento a ser introduzido no mercado. Nessa perspectiva, o desfazimento da operação assim como o licenciamento a terceiros da marca *KOLYNOS* seriam soluções do tipo *second best*, posto que concorrentes hoje potenciais entrariam comprando/licenciando ativos - inclusive a marca - já existentes e, por isso, com um volume de investimento muito menor. Adicione-se que a introdução de nova(s) marca(s) no mercado revigorará a rivalidade competitiva no mercado e em maior escala do que se alcançaria com a entrada por meio da compra ou licenciamento da marca *KOLYNOS*.

O desfazimento, com a possível aquisição da *KOLYNOS* por competidor hoje potencial, teria efeito equivalente ao que levou, em 1956 o FTC a impedir a aquisição da Clorox pela Procter & Gamble³⁸, com a alegação de que seria eliminado o concorrente potencial e com ele a disciplina e o estímulo à eficiência gerada pela pressão da sua possibilidade de entrada.

O licenciamento exclusivo com proibição de uso da marca pelo proprietário é providência de efeito equivalente à venda, desde que contratado a longo prazo e renovável, a critério do licenciado. Seu efeito indutor da entrada é, entretanto, limitado com relação à hipótese de suspensão ou licença para marca dupla. O licenciamento sem suspensão de uso por parte do proprietário, por seu turno, não tem efeito compensador do dano causado pela operação à concorrência, uma vez que não restaura as condições concorrencias do mercado. As licenciadas operariam, juntamente com a detentora da marca, como um sistema de franquias, onde a competição intramarca está eliminada por definição. Tampouco a inibição à entrada provocada pela alta concentração do mercado será afastada, posto que, com o sistema de licenciamento o poder de mercado da empresa dominante permanecerá intocado.

³⁸ Em decisão dez anos depois confirmada pela Suprema Corte, *FTC vs P&G Co*, 386 US 568 (1967).

Já a opção de licenciamento da marca por tempo curto sem qualificação não se apresenta como solução econômica e juridicamente exequível. Senão vejamos. Se uma das marcas, *KOLYNOS* ou *COLGATE*, fosse licenciada para terceiros, estes, sabendo que deteriam o direito sobre a marca por prazo curto, não teriam o estímulo necessário para investir na sustentação da marca³⁹. Dado que, em um horizonte calculável de tempo, a marca retornaria ao proprietário, este se beneficiaria dos investimentos realizados pelo licenciado. Essas externalidades do esforço de propaganda causariam um subinvestimento na marca e, por conseguinte, a erosão do ativo. Por outro lado, não é factível supor que um competidor de grande porte tivesse interesse em licenciar marca de propriedade de concorrente, sobretudo carregando o nome da rival. Participantes marginais no mercado teriam interesse, posto que não precisariam realizar esforço de lançamento de marca nova, mas o valor da marca e sua presença no mercado como um competidor capaz de fazer frente à posição da firma dominante estariam comprometidos. A reputação da licenciadora poderia ser erodida pela ação de pequenos competidores incapazes de sustentar a marca. Acrescente-se que, combinada com a hipótese de suspensão, o licenciamento implicaria que, em quatro anos, por exemplo, haveria vários agentes comercializando a marca *KOLYNOS*, como num sistema de franquias. Não teria sido criado estímulo para a entrada de novos concorrentes capazes de contestar a posição dominante, nem tampouco haveria competição interna aos comercializadores da marca.

É interessante, porém que a opção pela suspensão temporária do uso da marca, com a alternativa de licença exclusiva para a constituição de marca dupla, seja acompanhada por medidas acessórias que visem a evitar fricções no abastecimento. É por isso que são incorporadas às condições que compõe o compromisso de desempenho propostas apresentadas pela Requerente no sentido de utilizar parte da capacidade produtiva do grupo na produção para terceiros. O

³⁹ Nem tampouco na qualidade do produto.

estímulo ao surgimento de marcas próprias de distribuidores não pretende atender ao objetivo de defender e incentivar a concorrência, posto que o papel das marcas de distribuidores é secundário na dinâmica oligopolista de mercados de bens diferenciados e intensivos em propaganda como o mercado em exame. As políticas de preço, assim como de lançamentos, seguem a estratégia do líder e, dado que não controlam o processo produtivo, o esforço de inovação nem investem pesadamente na construção de imagem, as marcas de distribuidores não são usualmente vistas como fontes de pressão competitiva para as firmas instaladas. Em algumas circunstâncias, o volume de vendas relativo a essas marcas chega a ser agregado ao das marcas comercializadas pelo fabricante que produz para o distribuidor, de modo a não mascarar o efetivo poder de mercado da firma produtora⁴⁰. Instituir como compromisso a possibilidade de celebração de contratos para produção para terceiros, entretanto, responde às legítimas preocupações com os efeitos imediatos da decisão de suspensão sobre a disponibilidade de produtos para o consumidor.

Grande parte do projeto de investimento após a aquisição da KOLYNOS refere-se ao plano de exportações, mais precisamente, à idéia de transformar a fábrica de creme dental da KOLYNOS no Brasil em pólo de exportação para o Mercosul, a América Latina e outros países em desenvolvimento. Esse plano não será afetado pela decisão de suspensão temporária do uso da marca em território nacional, porque o posicionamento em outros mercados não afeta as condições de concorrência no mercado doméstico, o que é o objeto por excelência das preocupações da autoridade antitruste representada por este Conselho.

Com relação ao item 4 do parágrafo primeiro do artigo 54, os objetivos principais da operação não serão afetados pela decisão. Pelo contrário, faz parte do compromisso determinado como condição para aprovação do processo a manutenção dos

⁴⁰ Ver a respeito a decisão da Comissão Européia de Concorrência de 16 de janeiro de 1996 no caso Kimberly-Clark / Scott (processo IV/M. 623).

investimentos e do programa de exportação apresentado pela empresa.

Restabelecidas as condições concorrenciais do mercado, considero dispensável, ou mesmo danoso, qualquer compromisso relacionado ao comportamento dos preços futuros. A Requerente propõe a manutenção de preços reais. Ora, se a operação será geradora de eficiências, que poderiam vir a reduzir custos, então, para que os benefícios oriundos da operação pudessem ser compartilhados, ao menos em parte, com os consumidores, o compromisso proposto deveria ser o de **redução** de preços reais. Entretanto, um dos problemas identificados, no mercado de creme dental, foi o baixo preço do creme dental, em função da escala e do baixo custo da matéria-prima carbonato de cálcio. Um monitoramento da manutenção ou redução desses preços poderia significar a chancela por parte do CADE para a estratégia de detenção de entrada através da cobrança de um preço-limite impeditivo à entrada. Afastados os estímulos à entrada de novos competidores, estariam garantidas as condições para o exercício incontestado do poder de mercado. Acredito que a competição por preços não foi eliminada desse mercado, não obstante seu caráter secundário frente à competição por diferenciação. Restauradas as condições de competição nesse mercado através da suspensão temporária do uso da marca dominante e diante do novo cenário de pressão competitiva delineado pela possibilidade de entrada de novos concorrentes, a disputa por palmos no mercado contaria, além da promoção e propaganda, com a arma da redução de preços.

Assim, não se aceitará o compromisso de manutenção de preços reais proposto pela empresa.

Não será exigido tampouco da companhia, pelas razões já expostas no item 9 deste voto, que mantenha as operações de suas filiais em separado, de modo que a decisão quanto a esse particular deverá ser matéria de economia interna da empresa.

Os demais compromissos sugeridos pela empresa são aceitos, de modo a que seja garantida a realização dos objetivos associados aos itens 1 e 2 do parágrafo primeiro do artigo 54 da lei.

A suspensão do uso da marca *KOLYNOS* e suas extensões em território nacional por tempo determinado, no mercado relevante de creme dental, facultado à empresa licenciar exclusivamente a marca *KOLYNOS* para constituição de marca dupla, durante o período de suspensão, completa o conjunto de condições impostas pela lei como necessárias para permitir a este Conselho aprovar o ato de concentração. A suspensão da utilização da marca foi a solução de maior impacto sobre a concorrência e menor custo privado encontrada, com vistas a assegurar o cumprimento da lei, sem inviabilizar os investimentos já realizados pela COLGATE COMPANY, inclusive com a aquisição da marca. Dos objetivos apresentados para a transação, quais sejam, a criação de um pólo de exportação, a modernização do fabrico de escovas dentais, a modernização operacional e gerencial da *KOLYNOS*, a verticalização na COLGATE LTDA., através da *KOLYNOS*, da produção de fio e escova dental e embalagem, a transferência do know-how da *KOLYNOS* para a COLGATE LTDA. sobre o uso de carbonato de cálcio e o acesso da *KOLYNOS* ao centro de desenvolvimento de tecnologia da COLGATE COMPANY nos Estados Unidos, nenhum desses objetivos será comprometido pelas condições ora impostas pelo CADE para aprovação do ato.

Na fixação do prazo para as condições indicadas considereirei, com base em simulações feitas a partir de informações fornecidas pela Requerente e concorrentes, o período mínimo necessário para viabilizar economicamente a entrada de novos concorrentes no mercado.

Diante do exposto, DECIDO:

Nos termos apresentados, a operação não cumpre integralmente os requisitos necessários à aprovação sob o amparo da Lei n. 8.884/94. Aprovo a operação no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, posto não representar dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovo a operação de aquisição da atual KOLYNOS pela COLGATE COMPANY no que concerne ao mercado relevante de creme dental desde que aceito um dos três conjuntos de condições detalhados abaixo, no prazo de trinta dias, a contar da publicação desta decisão:

A) SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO USO DA MARCA KOLYNOS

1. A empresa deverá suspender a utilização da marca *KOLYNOS* e extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno pelo prazo de quatro anos ininterruptos, a contar da aprovação por este Conselho do plano de suspensão a ser apresentado pela empresa. Inclui-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionado à marca do produto creme dental. As extensões referidas nesta decisão são *Kolynos Super Branco*, *Kolynos Ação Total*, *Kolynos Fresh*, *Kolynos Clorofila*, *Kolynos Anti-placa*, *Kolynos Star Gel*, *Kolynos Prevent*, *Kolynos Tandy*, *Kolynos Fluor2 Gel*, *Kolynos Bicarbonato de Sódio* e todas as que pudessem ser criadas a partir da marca KOLYNOS;

1.1. O plano de suspensão deverá contemplar o detalhamento dos passos a serem adotados para adaptação das linhas de produção da KOLYNOS a novas embalagens e demais materiais relacionados, assim como dos contratos de suprimento e distribuição em andamento;

1.2. A empresa deverá oferecer publicamente a concorrentes existentes ou potenciais no mercado de creme dental contratos de produção de creme dental no mesmo segmento ocupado atualmente pela marca *KOLYNOS Super*

Branco, por encomenda, tendo como parâmetro o volume total de 14.000 toneladas/ano. Esses contratos deverão incluir todos os serviços de suporte necessários à produção e entrega do produto;

1.3. A empresa deverá publicamente oferecer a varejistas e distribuidores de grande porte toda a assistência necessária para o lançamento de marcas próprias no mesmo segmento da *KOLYNOS Super Branco*. Tais contratos deverão incluir contratos de fabricação por encomenda, como no item 1.2. acima, bem como outros serviços de apoio desejados pelo distribuidor ou varejista, a custo que viabiliza a operação econômica no segmento, para garantir o sucesso do empreendimento;

2. Durante o período de suspensão, a empresa poderá adotar os seguintes procedimentos:

2.1. Oferecer publicamente a marca *KOLYNOS* para a constituição de marca dupla, sendo a marca *Kolynos* co-marca ou marca de fabricante;

2.2. O contrato de licenciamento exclusivo para a constituição de marca dupla deverá incluir cláusula de desaparecimento gradual (*fading out*) da marca *KOLYNOS*, além de assistência técnica, operacional e suprimento, a critério do licenciado;

2.3. O contrato de licenciamento exclusivo, renovável a critério da licenciada, nos termos gerais definidos no item 2.1. deverá ser apresentado ao CADE para apreciação de acordo com o “caput” do artigo 54 da Lei 8.884/94;

2.4. Oferecer publicamente no Brasil a concorrentes existentes ou potenciais, contratos de fornecimento de tecnologia, com remuneração definida de acordo com os usos e costumes, para a produção de creme dental no mesmo segmento

da *KOLYNOS Super Branco*, utilizando o carbonato de cálcio precipitado, assim como assistir os contratantes no desenvolvimento de seus negócios;

2.5. Durante o período de suspensão ou após, seja ou não utilizada a prerrogativa de licenciamento nos termos definidos, a empresa poderá vender a marca *KOLYNOS*, uma ou mais das extensões de marcas mencionadas no item 1 desta decisão.

3. É vedada à empresa, durante o período de suspensão a reinternação no território brasileiro de creme dental sob a marca *KOLYNOS* ou extensões, diretamente ou através de terceiros, exportado para os países do Mercosul ou qualquer outro.

B) LICENCIAMENTO EXCLUSIVO PARA TERCEIROS DA MARCA KOLYNOS

1. Licenciar com exclusividade por 20 anos prorrogáveis, de acordo com o interesse do licenciado, por igual prazo e de forma indefinida, os direitos no Brasil sobre a marca *KOLYNOS* e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno.

1.1. O contrato de licenciamento, celebrado em até noventa dias após a manifestação da Requerente de sua opção pelo conjunto B de condições, deverá seguir os usos e costumes na determinação das cláusulas de royalties, controle de qualidade, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, marca dupla, uso gratuito de know-how,

dentre outras e deverá ser apresentado ao CADE, para que seja apreciado sob o amparo do caput do artigo 54.

1.2. Durante o período em que vigorar o licenciamento exclusivo, a proprietária não poderá fazer uso da marca

KOLYNOS e suas extensões nem de marcas similares, assim como qualquer material relacionado de embalagem, propaganda e promoção.

C) ALIENAÇÃO DA MARCA KOLYNOS

1. Alienar a marca *KOLYNOS* e extensões, para a produção e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno, em favor de comprador que não detenha atualmente participação maior que 1% no mercado e simultaneamente apresente-se como competidor capaz de sustentar a marca;

1.1. A alienação poderá, a critério do comprador, incluir os demais ativos que garantem a sustentação da marca;

1.2. A alienação poderá ser realizada por processo de leilão privado, conduzido por banco de investimento escolhido pela empresa. O resultado do leilão será submetido à apreciação do CADE, para que se pronuncie à luz do artigo 54 da lei 8.884/94;

1.3. A alienação deverá ocorrer em 180 dias após a manifestação da Requerente sobre sua opção de adotar o conjunto de condições C, caso contrário serão tomadas as medidas legais para a execução da decisão;

1.4. A empresa deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação.

1.5. A organização e cronograma de alienação da marca *KOLYNOS* e extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno deverão ser apresentados ao CADE no prazo de sessenta dias após a comunicação, por parte da empresa, da sua opção pelo conjunto C de condições;

Respeitado o prazo de trinta dias, a contar da publicação da decisão no Diário Oficial da União, para manifestação da disposição em aceitar um dos conjuntos (A, B ou C) de condições impostas nesta decisão e detalhadas acima, deverá a empresa, no prazo de sessenta dias a contar da publicação da presente decisão, assinar Termo de Compromisso de Desempenho, pelo qual se obrigará ao estrita observância das condições aceitas, sem prejuízo dos seguintes compromissos:

- a) Manter o Programa de Investimentos KOLYNOS 2001, de forma a atender ao inciso I do parágrafo primeiro do artigo 54;
- b) Dar sequência ao programa de exportação da KOLYNOS.
- c) Apresentar ao CADE para apreciação à luz do artigo 54 da Lei 8.884/94 os contratos referidos nos itens A.1.1, A1.2., A.1.3., A 2.3, A 2.4., B 1.1, C 1.2., quando cabível, bem como os demonstrativos semestrais sobre os resultados referentes aos itens (a) e (b) acima .

A não conformidade com as condições impostas pelo CADE para aprovação do ato de aquisição importa na determinação de desfazimento integral do negócio, no prazo de noventa dias a contar do prazo para manifestação sobre as condições impostas pelo CADE.

O CADE dará ciência ao INPI acerca desta decisão e providências dela decorrentes.

ESTE É O MEU VOTO.

Brasília, 18 de setembro de 1996.

LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

Conselheira-Relatora

ANEXO

I - HIPÓTESES

1. O mercado no ano 1 é dividido entre duas empresas que detêm, respectivamente, 80% e 20% do mercado;
2. Supõe-se que a entrante ocupe no segundo ano 3% do mercado e nos seguintes, sucessivamente, 6%, 10% e 20%;
3. As informações de mercado, no conjunto 1 de simulações - tamanho e preço médio têm por base os cálculos de lucros e perdas apresentados pela COLGATE LTDA. na audiência pública. No conjunto 2 de simulações as informações são retiradas do depoimento da KOLYNOS;
4. As informações sobre custos são retiradas dos tamanhos de planta ótimos, por escala, apresentados pela COLGATE LTDA. na audiência e por cálculos dos investimentos necessários para entrada apresentados pela COLGATE LTDA, KOLYNOS e Procter & Gamble;
5. O investimento é amortizado em parcelas lineares ao longo de 10 anos;
6. Utilizam-se duas taxas alternativas de valorização de capital: 7% e 8%.

II - SIMULAÇÃO 1

**DADOS RETIRADOS DO CÁLCULO DE LUCROS E
PERDAS APRESENTADO PELA COLGATE LTDA. NA
AUDIÊNCIA PÚBLICA DE 08 DE AGOSTO
DE 1996**

Anos	Empresa			Mercado	Preço Médio	Vendas Totais
	A	B	C			
0	54.960,00	13.740,00	0,00	68.700,00	5.313,00	365.003,10
1	58.257,60	14.564,40	2.252,23	75.074,23	5.153,61	386.903,29
2	61.753,06	15.438,26	4.927,11	82.118,43	4.994,22	410.117,48
3	65.458,24	16.364,56	9.091,42	90.914,22	4.781,70	434.724,53
4	69.385,73	17.346,43	21.683,04	108.415,21	4.250,40	460.808,00
5	73.548,88	18.387,22	22.984,02	114.920,12	4.250,40	488.456,48
6	77.961,81	19.490,45	24.363,07	121.815,33	4.250,40	517.763,87
7	82.639,52	20.659,88	25.824,85	129.124,25	4.250,40	548.829,71
8	87.597,89	21.899,47	27.374,34	136.871,70	4.250,40	581.759,49
9	92.853,76	23.213,44	29.016,80	145.084,01	4.250,40	616.665,06
10	98.424,99	24.606,25	30.757,81	153.789,05	4.250,40	653.664,96
11	104.330,49	26.082,62	32.603,28	163.016,39	4.250,40	692.884,86
12	110.590,32	27.647,58	34.559,47	172.797,37	4.250,40	734.457,95
13	117.225,74	29.306,43	36.633,04	183.165,21	4.250,40	778.525,43
14	124.259,28	31.064,82	38.831,03	194.155,13	4.250,40	825.236,95
15	131.714,84	32.928,71	41.160,89	205.804,43	4.250,40	874.751,17

SIMULAÇÃO 1A

Ano s	Qde. Vendida ¹ Empresa C	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indi- reto ²	Custo Maqui- naria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo Unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unidade			
0	0,00	5.313,0 0								
1	2.252,23	5.153,6 1	3.151,4 0	0,00	5.397,3 1	11.874,1 1	5.272,1 6	3.151,40	8.423,56	- 3.269,95
2	4.927,11	4.994,2 2	2.852,2 0	0,00	5.397,3 1	15.978,1 1	3.242,9 0	2.852,20	6.095,10	- 1.100,88
3	9.091,42	4.781,7 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	20.082,1 1	2.208,9 1	2.637,50	4.846,41	-64,71
4	21.683,0 4	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	24.186,1 1	1.115,4 4	2.637,50	3.752,94	497,46
5	22.984,0 2	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	28.290,1 1	1.230,8 6	2.637,50	3.868,36	382,04
6	24.363,0 7	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	32.394,1 1	1.329,6 4	2.637,50	3.967,14	283,26
7	25.824,8 5	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	36.498,1 1	1.413,2 9	2.637,50	4.050,79	199,61
8	27.374,3 4	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	40.602,1 1	1.483,2 2	2.637,50	4.120,72	129,68
9	29.016,8 0	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	44.706,1 1	1.540,7 0	2.637,50	4.178,20	72,20
10	30.757,8 1	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00	5.397,3 1	48.810,1 1	1.586,9 2	2.637,50	4.224,42	25,98
11	32.603,2 8	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00		36.936,0 0	1.132,8 9	2.637,50	3.770,39	480,01
12	34.559,4 7	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00		32.832,0 0	950,01	2.637,50	3.587,51	662,89
13	36.633,0 4	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00		28.728,0 0	784,21	2.637,50	3.421,71	828,69
14	38.831,0 3	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00		24.624,0 0	634,13	2.637,50	3.271,63	978,77
15	41.160,8 9	4.250,4 0	2.637,5 0	0,00		20.520,0 0	498,53	2.637,50	3.136,03	1.114,37

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 1B

Ano s	Qde. Vendida ¹	Preço	Custo	Custo	Custo	Equipamento e Propaganda		Custo Variável	Custo Unitário	Lucro ou
	Empres a	Médio ²	Direto ²	Indireto ²	Maquinaria ³	Total ³	Unitári o	Total	Total	Prejuí zo
0	0,00	5.313,00								
1	2.252,23	5.153,61	3.151,40	1.575,70	5.397,31	11.874,11	5.272,16	4.727,10	9.999,26	- 4.845,65
2	4.927,11	4.994,22	2.852,20	1.426,10	5.397,31	15.978,11	3.242,90	4.278,30	7.521,20	- 2.526,98
3	9.091,42	4.781,70	2.637,50	1.318,75	5.397,31	20.082,11	2.208,91	3.956,25	6.165,16	- 1.383,46
4	21.683,04	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	24.186,11	1.115,44	3.956,25	5.071,69	-821,29
5	22.984,02	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	28.290,11	1.230,86	3.956,25	5.187,11	-936,71
6	24.363,07	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	32.394,11	1.329,64	3.956,25	5.285,89	- 1.035,49
7	25.824,85	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	36.498,11	1.413,29	3.956,25	5.369,54	- 1.119,14
8	27.374,34	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	40.602,11	1.483,22	3.956,25	5.439,47	- 1.189,07
9	29.016,80	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	44.706,11	1.540,70	3.956,25	5.496,95	- 1.246,55
10	30.757,81	4.250,40	2.637,50	1.318,75	5.397,31	48.810,11	1.586,92	3.956,25	5.543,17	- 1.292,77
11	32.603,28	4.250,40	2.637,50	1.318,75		36.936,00	1.132,89	3.956,25	5.089,14	-838,74
12	34.559,47	4.250,40	2.637,50	1.318,75		32.832,00	950,01	3.956,25	4.906,26	-655,86
13	36.633,04	4.250,40	2.637,50	1.318,75		28.728,00	784,21	3.956,25	4.740,46	-490,06
14	38.831,03	4.250,40	2.637,50	1.318,75		24.624,00	634,13	3.956,25	4.590,38	-339,98
15	41.160,89	4.250,40	2.637,50	1.318,75		20.520,00	498,53	3.956,25	4.454,78	-204,38

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 1C

Ano s	Qde. Vendida' Empresa C	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquinaria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo Unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unitário			
0	0,00	5.313,00								
1	2.252,23	5.153,61	3.151,40	787,85	5.397,31	11.874,11	5.272,16	3.939,25	9.211,41	-4.057,80
2	4.927,11	4.994,22	2.852,20	713,05	5.397,31	15.978,11	3.242,90	3.565,25	6.808,15	-1.813,93
3	9.091,42	4.781,70	2.637,50	659,38	5.397,31	20.082,11	2.208,91	3.296,88	5.505,78	-724,08
4	21.683,04	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	24.186,11	1.115,44	3.296,88	4.412,31	-161,91
5	22.984,02	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	28.290,11	1.230,86	3.296,88	4.527,73	-277,33
6	24.363,07	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	32.394,11	1.329,64	3.296,88	4.626,52	-376,12
7	25.824,85	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	36.498,11	1.413,29	3.296,88	4.710,17	-459,77
8	27.374,34	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	40.602,11	1.483,22	3.296,88	4.780,09	-529,69
9	29.016,80	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	44.706,11	1.540,70	3.296,88	4.837,57	-587,17
10	30.757,81	4.250,40	2.637,50	659,38	5.397,31	48.810,11	1.586,92	3.296,88	4.883,79	-633,39
11	32.603,28	4.250,40	2.637,50	659,38		36.936,00	1.132,89	3.296,88	4.429,77	-179,37
12	34.559,47	4.250,40	2.637,50	659,38		32.832,00	950,01	3.296,88	4.246,89	3,51
13	36.633,04	4.250,40	2.637,50	659,38		28.728,00	784,21	3.296,88	4.081,09	169,31
14	38.831,03	4.250,40	2.637,50	659,38		24.624,00	634,13	3.296,88	3.931,01	319,39
15	41.160,89	4.250,40	2.637,50	659,38		20.520,00	498,53	3.296,88	3.795,41	454,99

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 1D

Ano s	Qde. Vendida' Empresa C	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquinaria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unitário ⁰			
0	0,00	5.313,00								
1	2.252,23	5.153,61	3.151,40	787,85	4.072,20	8.958,90	3.977,80	3.939,25	7.917,05	-2.763,44
2	4.927,11	4.994,22	2.852,20	713,05	4.072,20	12.053,70	2.446,41	3.565,25	6.011,66	1.017,44
3	9.091,42	4.781,70	2.637,50	659,38	4.072,20	15.148,50	1.666,24	3.296,88	4.963,12	-181,42
4	21.683,04	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	18.243,30	841,36	3.296,88	4.138,24	112,16
5	22.984,02	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	21.338,10	928,39	3.296,88	4.225,26	25,14
6	24.363,07	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	24.432,90	1.002,87	3.296,88	4.299,74	-49,34
7	25.824,85	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	27.527,70	1.065,94	3.296,88	4.362,81	-112,41
8	27.374,34	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	30.622,50	1.118,66	3.296,88	4.415,53	-165,13
9	29.016,80	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	33.717,30	1.161,99	3.296,88	4.458,87	-208,47
10	30.757,81	4.250,40	2.637,50	659,38	4.072,20	36.812,10	1.196,84	3.296,88	4.493,71	-243,31
11	32.603,28	4.250,40	2.637,50	659,38		27.853,20	854,31	3.296,88	4.151,18	99,22
12	34.559,47	4.250,40	2.637,50	659,38		24.758,40	716,40	3.296,88	4.013,27	237,13
13	36.633,04	4.250,40	2.637,50	659,38		21.663,60	591,37	3.296,88	3.888,24	362,16
14	38.831,03	4.250,40	2.637,50	659,38		18.568,80	478,19	3.296,88	3.775,07	475,33
15	41.160,89	4.250,40	2.637,50	659,38		15.474,00	375,94	3.296,88	3.672,81	577,59

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 1E

Ano s	Qde. Vendida' Empresa C	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquinaria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo Unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unitário ³			
0	0,00	5.313,00								
1	2.252,23	5.153,61	2.333,30	1.166,65	4.072,20	8.958,90	3.977,80	3.499,95	7.477,75	-2.324,14
2	4.927,11	4.994,22	2.333,30	1.166,65	4.072,20	12.053,70	2.446,41	3.499,95	5.946,36	-952,14
3	9.091,42	4.781,70	2.333,30	1.166,65	4.072,20	15.148,50	1.666,24	3.499,95	5.166,19	-384,49
4	21.683,04	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	18.243,30	841,36	3.499,95	4.341,31	-90,91
5	22.984,02	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	21.338,10	928,39	3.499,95	4.428,34	-177,94
6	24.363,07	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	24.432,90	1.002,87	3.499,95	4.502,82	-252,42
7	25.824,85	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	27.527,70	1.065,94	3.499,95	4.565,89	-315,49
8	27.374,34	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	30.622,50	1.118,66	3.499,95	4.618,61	-368,21
9	29.016,80	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	33.717,30	1.161,99	3.499,95	4.661,94	-411,54
10	30.757,81	4.250,40	2.333,30	1.166,65	4.072,20	36.812,10	1.196,84	3.499,95	4.696,79	-446,39
11	32.603,28	4.250,40	2.333,30	1.166,65		27.853,20	854,31	3.499,95	4.354,26	-103,86
12	34.559,47	4.250,40	2.333,30	1.166,65		24.758,40	716,40	3.499,95	4.216,35	34,05
13	36.633,04	4.250,40	2.333,30	1.166,65		21.663,60	591,37	3.499,95	4.091,32	159,08
14	38.831,03	4.250,40	2.333,30	1.166,65		18.568,80	478,19	3.499,95	3.978,14	272,26
15	41.160,89	4.250,40	2.333,30	1.166,65		15.474,00	375,94	3.499,95	3.875,89	374,51

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

III - SIMULAÇÃO 2

DADOS RETIRADOS DO CÁLCULO DE LUCROS E PERDAS APRESENTADO PELA KOLYNOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA DE 08 DE AGOSTO DE 1996

Anos	Empresa			Mercado	Preço Médio	Vendas Totais
	A	B	C			
0	56.423,20	14.105,80	0,00	70.529,00	5.830,00	411.184,07
1	59.808,59	14.952,15	2.312,19	77.072,93	5.655,10	435.855,11
2	63.397,11	15.849,28	5.058,28	84.304,66	5.480,20	462.006,42
3	67.200,93	16.800,23	9.333,46	93.334,63	5.247,00	489.726,81
4	71.232,99	17.808,25	22.260,31	111.301,55	4.664,00	519.110,41
5	75.506,97	18.876,74	23.595,93	117.979,64	4.664,00	550.257,04
6	80.037,39	20.009,35	25.011,68	125.058,42	4.664,00	583.272,46
7	84.839,63	21.209,91	26.512,38	132.561,92	4.664,00	618.268,81
8	89.930,01	22.482,50	28.103,13	140.515,64	4.664,00	655.364,94
9	95.325,81	23.831,45	29.789,32	148.946,58	4.664,00	694.686,83
10	101.045,36	25.261,34	31.576,67	157.883,37	4.664,00	736.368,04
11	107.108,08	26.777,02	33.471,27	167.356,37	4.664,00	780.550,13
12	113.534,56	28.383,64	35.479,55	177.397,76	4.664,00	827.383,13
13	120.346,64	30.086,66	37.608,32	188.041,62	4.664,00	877.026,12
14	127.567,44	31.891,86	39.864,82	199.324,12	4.664,00	929.647,69

15	135.221,48	33.805,37	42.256,71	211.283,57	4.664,00	985.426,55
----	------------	-----------	-----------	------------	----------	------------

SIMULAÇÃO 2A

Ano s	Qde. Vendida ¹	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquinaria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variavel Total	Custo Unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unitário			
0	0,00	5.830,00								
1	2.252,23	5.655,10	3.151,40	787,85	5.397,31	11.874,11	5.272,16	3.939,25	9.211,41	-3.556,31
2	4.927,11	5.480,20	2.852,20	713,05	5.397,31	15.978,11	3.242,90	3.565,25	6.808,15	-1.327,95
3	9.091,42	5.247,00	2.637,50	659,38	5.397,31	20.082,11	2.208,91	3.296,88	5.505,78	-258,78
4	21.683,04	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	24.186,11	1.115,44	3.296,88	4.412,31	251,69
5	22.984,02	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	28.290,11	1.230,86	3.296,88	4.527,73	136,27
6	24.363,07	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	32.394,11	1.329,64	3.296,88	4.626,52	37,48
7	25.824,85	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	36.498,11	1.413,29	3.296,88	4.710,17	-46,17
8	27.374,34	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	40.602,11	1.483,22	3.296,88	4.780,09	-116,09
9	29.016,80	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	44.706,11	1.540,70	3.296,88	4.837,57	-173,57
10	30.757,81	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	48.810,11	1.586,92	3.296,88	4.883,79	-219,79
11	32.603,28	4.664,00	2.637,50	659,38		36.936,00	1.132,89	3.296,88	4.429,77	234,23
12	34.559,47	4.664,00	2.637,50	659,38		32.832,00	950,01	3.296,88	4.246,89	417,11
13	36.633,04	4.664,00	2.637,50	659,38		28.728,00	784,21	3.296,88	4.081,09	582,91
14	38.831,03	4.664,00	2.637,50	659,38		24.624,00	634,13	3.296,88	3.931,01	732,99
15	41.160,89	4.664,00	2.637,50	659,38		20.520,00	498,53	3.296,88	3.795,41	868,59

Notas: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 2B

Ano s	Qde. Vendida ¹	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquina- ria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unitári- o			
0	0,00	5.830,00								
1	2.252,23	5.655,10	3.151,40	1.575,70	5.397,31	11.874,11	5.272,16	4.727,10	9.999,26	-4.344,16
2	4.927,11	5.480,20	2.852,20	1.426,10	5.397,31	15.978,11	3.242,90	4.278,30	7.521,20	-2.041,00
3	9.091,42	5.247,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	20.082,11	2.208,91	3.956,25	6.165,16	-918,16
4	21.683,04	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	24.186,11	1.115,44	3.956,25	5.071,69	-407,69
5	22.984,02	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	28.290,11	1.230,86	3.956,25	5.187,11	-523,11
6	24.363,07	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	32.394,11	1.329,64	3.956,25	5.285,89	-621,89
7	25.824,85	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	36.498,11	1.413,29	3.956,25	5.369,54	-705,54
8	27.374,34	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	40.602,11	1.483,22	3.956,25	5.439,47	-775,47
9	29.016,80	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	44.706,11	1.540,70	3.956,25	5.496,95	-832,95
10	30.757,81	4.664,00	2.637,50	1.318,75	5.397,31	48.810,11	1.586,92	3.956,25	5.543,17	-879,17
11	32.603,28	4.664,00	2.637,50	1.318,75		36.936,00	1.132,89	3.956,25	5.089,14	-425,14
12	34.559,47	4.664,00	2.637,50	1.318,75		32.832,00	950,01	3.956,25	4.906,26	-242,26
13	36.633,04	4.664,00	2.637,50	1.318,75		28.728,00	784,21	3.956,25	4.740,46	-76,46
14	38.831,03	4.664,00	2.637,50	1.318,75		24.624,00	634,13	3.956,25	4.590,38	73,62
15	41.160,89	4.664,00	2.637,50	1.318,75		20.520,00	498,53	3.956,25	4.454,78	209,22

NOTAS:(1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

SIMULAÇÃO 2C

Ano s	Qde. Vendida ¹ Empresa C	Preço Médio ²	Custo Direto ²	Custo Indireto ²	Custo Maquina- ria ³	Equipamento e Propaganda		Custo Variável Total	Custo Unitário Total	Lucro ou Prejuízo
						Total ³	Unidade			
0	0,00	5.830,00								
1	2.252,23	5.655,10	3.151,40	787,85	5.397,31	11.874,11	5.272,16	3.939,25	9.211,41	-3.556,31
2	4.927,11	5.480,20	2.852,20	713,05	5.397,31	15.978,11	3.242,90	3.565,25	6.808,15	-1.327,95
3	9.091,42	5.247,00	2.637,50	659,38	5.397,31	20.082,11	2.208,91	3.296,88	5.505,78	-258,78
4	21.683,04	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	24.186,11	1.115,44	3.296,88	4.412,31	251,69
5	22.984,02	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	28.290,11	1.230,86	3.296,88	4.527,73	136,27
6	24.363,07	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	32.394,11	1.329,64	3.296,88	4.626,52	37,48
7	25.824,85	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	36.498,11	1.413,29	3.296,88	4.710,17	-46,17
8	27.374,34	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	40.602,11	1.483,22	3.296,88	4.780,09	-116,09
9	29.016,80	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	44.706,11	1.540,70	3.296,88	4.837,57	-173,57
10	30.757,81	4.664,00	2.637,50	659,38	5.397,31	48.810,11	1.586,92	3.296,88	4.883,79	-219,79
11	32.603,28	4.664,00	2.637,50	659,38		36.936,00	1.132,89	3.296,88	4.429,77	234,23
12	34.559,47	4.664,00	2.637,50	659,38		32.832,00	950,01	3.296,88	4.246,89	417,11
13	36.633,04	4.664,00	2.637,50	659,38		28.728,00	784,21	3.296,88	4.081,09	582,91
14	38.831,03	4.664,00	2.637,50	659,38		24.624,00	634,13	3.296,88	3.931,01	732,99
15	41.160,89	4.664,00	2.637,50	659,38		20.520,00	498,53	3.296,88	3.795,41	868,59

NOTAS: (1) em toneladas

(2) por tonelada

(3) em US\$ mil

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.

Cumprer 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 precípuo 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 sociedade 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

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 aquele diploma protegidos, 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

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 preminentemente 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 Kolinos 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 estabelecera 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

ênfâtizadas 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

VOTO DO CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

Ato de Concentração. Lei n.º 8.884/94, art. 54. Caso Kolynos-Colgate. Mercados de creme, escova, fio e fita dentais e enxaguante bucal. Concorrência intermarcas. 1. Mercado de creme dental: A lealdade à marca Kolynos, cujo titular detém *market share* superior a 78%, revela dominação de mercado de creme dental capaz de limitar ou prejudicar à livre concorrência, sobretudo tendo em vista a conservadora relação produto/consumidor. Operação que se excede em escopo, opõe considerável obstáculos a entradas e não oferece eficiências suficientemente compensatórias. 2. Mercados de escova, fio e fita dentais e enxaguante bucal: ausência de danos. Nessa parte, a operação gera maior vigor concorrencial e por isso merece aprovação. 3. Aprovação parcial: Alienação forçada da marca Kolynos que se suspende sob dois conjuntos de condições: (A) suspensão temporária ou licença sob regime de marca dupla por 4 anos ininterruptos e (B) licença exclusiva por 20 anos. Aceita e cumprida integral e satisfatoriamente uma dessas condições, devidamente dimensionadas, a ordem de alienação se exaure.

VOTO (vogal)

O SENHOR CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA: Trata-se da aquisição da Kolynos do Brasil S.A. (então Kolynos do Brasil Ltda.) pela Colgate-Palmolive Company, esta representada pela sua subsidiária, no Brasil, K & S Aquisições Ltda. A operação decorreu de venda forçada, i.e., processo privado de leilão, em que a American Home Products

Corporation alienou parte dos seus negócios de saúde bucal. No Brasil, a transação foi ultimada em janeiro de 1995 e envolveu ativos, inclusive marcas de saúde bucal pertencentes a Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., subsidiária brasileira da American Home Products Corporation. No presente Ato de Concentração, as companhias envolvidas na operação detêm no País mais de 78% do mercado de creme dental e mais de 35% do mercado de escovas de dentes, abrangendo as marcas Kolynos e Colgate. Dessa forma, está atendido um dos requisitos de jurisdição, i.e., relevante participação relativa de mercado, previsto no § 3º, art. 54, da Lei n.º 8.884, de 1994, doravante designada simplesmente Lei de Defesa da Concorrência (LDC). Daí, conhecimento do requerimento.

2. A apreciação pelo CADE dos atos de concentração funda-se na potencialidade de dano à livre concorrência decorrente da dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da LDC. O sentido de dominação ou poder de mercado expressa, em síntese, a capacidade de uma empresa de aumentar os preços dos seus produtos acima do custo marginal, sem perder clientes, i.e., agindo por um razoável período de tempo independentemente dos concorrentes e consumidores. A dominação de mercado pode também ser revelada, embora com menos freqüência, mediante a prática de temporária de preços predatórios. Daí, o complexo teste jurídico-econômico da dominação exige uma análise estrutural de mercado, em que as empresas, partes na operação sob exame, são relacionadas com os concorrentes, consumidores e fornecedores dentro de um particular cenário de mercado. Esse exame foi realizado, com maestria, pela Conselheira Relatora que parte da identificação e análise do mercado relevante e da participação relativa de mercado, embora este indicador não seja bastante em si para denotar dominação.

I. Exame da Operação

3. Os mercados relevantes envolvem quatro linhas de produtos:

- creme dental que se apresenta sob a forma de creme, gel, líquido ou pó. É utilizado para limpar dentes. As matérias-primas são: abrasivo (sílica, dicalcium fosfato dihydrato e carbonato de cálcio), umectantes/umedecedores (glicerina e sorbitol), espessadores (carboximethyl cellulose-CMC), detergente (lauril sulfato de sódio) e ingredientes ativos (flúor, triclosan) e sabores;
- escova dental, utilizada para remover resíduos alimentares e placas bacterianas. Varia no formato do cabo e configuração das cerdas. Essas duas categorias (escova e creme dentais), no Brasil, representam 93% do faturamento bruto do mercado nacional.
- fio e fita dental que têm a mesma função e são fabricados com fio de poliamido - matéria-prima básica; e
- enxaguante bucal, utilizado como aplicador de agentes tópicos orais (substâncias quimioterapêuticas). Enxaguante consiste de água, álcool, umectantes (glicerina e sorbitol), surfactantes, essências e elementos ativos (triclosan, cetypyridinium clórico e flúor).

4. O grau de concentração, segundo o HHI, apresenta-se elevado para os produtos acima descritos, exceto enxaguante bucal e fio/fita de dentes. Quanto a creme dental e escovas de dentes, a concentração é potencialmente ruinosa.

5. Não há substituto comercial para o creme dental tampouco para a escova. A elasticidade da demanda entretanto é bastante distinta, dependendo do extrato de renda do consumidor.

6. O mercado relevante geográfico é de âmbito nacional. Isso decorre do vasto número de produtos distribuídos pelas empresas estabelecidas nas várias regiões do País. No momento, não há um fluxo apreciável de comércio exterior capaz de favorecer a contestabilidade. Os concorrentes que atuam no País detêm a seguinte participação de mercado:

Volume Físico	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante Bucal
Kolynos	50,9%	26,7%	7,9%	-
Colgate	26,6%	8,4%	2,3%	14,5%
Kolynos + Colgate	78,5%	35,1%	10,2%	14,5%
Gessy-Lever	22,4%	2,6%	-	-
Johnson & Johnson	-	25,8%	56,3%	5,4%
Augusto Klimmek	-	16,9%	-	-
Merrel Lepetit	-	-	-	39,4%
Oral B (gillete)	-	9,5%	12,8%	2,5%

7. O mercado de creme dental é o mais concentrado. Quase a totalidade, i.e., 99,8%, está nas mãos de 3 empresas. O restante, 0,2%, pertence a pequenos fabricantes.

8. A brilhante e exaustiva análise procedida pela Conselheira Relatora inclui investigação dos múltiplos aspectos do regime de comércio, tais como nível de alíquota e presença de barreiras não tarifárias ou técnicas, e sua interação com a estrutura doméstica de mercado. Apurou-se também o impacto da propaganda sobre a preferência do consumidor e sobre os custos de entrada, particularmente com respeito aos mercados em questão.

9. A metodologia de exame seguiu a comumente adotada em outras jurisdições de experiência secular, que deve orientar a interpretação e aplicação do direito brasileiro. Há várias virtudes nessa postura. Primeiro, é sempre confortável aderir à ética da maioria. Segundo, tem havido gestões em foros internacionais no sentido de se estabelecer um acordo multilateral sobre defesa da concorrência. Esse intento, inspirado na economia globalizada, será dificilmente realizado se os países não estiverem preparados para desenvolver, cada um, uma política de concorrência que caminhe para a harmonização de procedimentos e de princípios. Terceiro, a diversidade de critérios de exames poderá abrir, ou tem aberto, oportunidade de discriminação de tratamento do fato econômico. O resultado é um desequilíbrio em termos de vantagens competitivas. Quarto, de certo que uma versão particularmente brasileira do direito de concorrência não contribuiria para o aperfeiçoamento desse ramo, que tende a ganhar foro de internacionalidade.

10. O Brasil possui, na prática, um sistema semi político de defesa da concorrência. Isso não é necessariamente ruim. A Grã-Bretanha tem um dos sistemas mais políticos que conheço. O problema, no caso brasileiro, é que a obscuridade da legislação gera dúvidas na interpretação de papéis. A hesitação legal na definição substancial de mandatos, i.e., até onde autoridades politicamente comprometidas são capazes influenciar as decisões, pode gerar frustração de expectativas, fato altamente pernicioso no campo da regulamentação econômica. Levará algum tempo até que esse vício seja escoimado do sistema.

Danos à concorrência

11. No mercado relevante de escovas dentais, portanto, não se identificam danos reais ou potenciais à concorrência. Pelo contrário, a operação gerará maior dinamismo concorrencial e conseqüentes benefícios aos consumidores.

12. A Senhora Relatora conclui que no mercado de cremes dentais despontam sérios prejuízos, reais e potenciais, à concorrência. Ao descrever as implicações da operação nesse mercado em particular, a Conselheira Lúcia Helena estabelece que:

“A aquisição, no mercado relevante de creme dental, significa a eliminação substancial da concorrência, posto que a marca líder do mercado é adquirida pela segunda marca, ficando o grupo com uma participação de quase 80% do mercado, enquanto a empresa seguinte em participação detém 20%. As demais participantes do mercado não chegam a atingir 1% de participação. A influência que essa franja de pequenos produtores poderá exercer sobre o comportamento da empresa dominante é nula e as duas competidoras remanescentes - Colgate-Kolynos de um lado e Gessy de outro - detêm participações tão desiguais que sequer pode-se cogitar que o relacionamento entre elas no mercado será marcado pela rivalidade competitiva. O grupo Colgate-Kolynos exercerá liderança e um eventual movimento altista de preços será seguido pela empresa secundária, assim como pela franja de pequenos produtores.”

13. Com a Relatora, estou convencido também que o controle da marca Kolynos, nas suas variações e associadas a creme dental, é o ponto essencial. Roger Blair and Lawrence Kenny, no seu livro “Microeconomics with Business Applications,” p. 202, sugerem que lealdade a marcas (“brand preferences”), desenvolvida pela influência da propaganda, “give some firms market power, which erodes competition.” Os mesmos autores acrescentam que na circunstância “o custo de divulgação de novos produtos torna sua introdução no mercado mais difícil” (p. 448).

14. Edwin Mansfield, na sexta edição do seu livro “Microeconomics, theory and applications”, Norton, 1988, esclarece:

“If advertising makes customers recognize certain brands and if it encourages them to be loyal to these brands, sellers may have more power to raise prices without losing sales to competitors. In many retail establishments, advertised brands are priced higher than lesser-known brands. Advertising encourages customers to think that advertised brands are better than other brands, even though they may be essentially the same.” (p. 330).

15. Esses trechos citados não esgotam, certamente, toda informação especializada e disponível sobre o assunto. Não se pode dizer que há unanimidade, por exemplo, quanto aos efeitos da preferência por certa marca sobre o grau de elasticidade do produto que ela representa. Indiscutível, todavia, é que a preferência confere um poder de monopólio, isto é, contribui ou pode contribuir para dominação de mercado. Isso é mais frisante no caso vertente, em que a empresa detém 2 fortes marcas num mercado onde domina certo conservadorismo na relação produto/consumidor.

16. Economistas e juristas nem sempre falam a mesma coisa quando se referem a poder de monopólio da marca. Faço uso, aqui, da posição dos dois experts, economistas, para dizer que me refiro a monopólio no sentido econômico, não no sentido meramente jurídico, de poder legal garantido ao titular da marca de afastar o seu uso por terceiro. Desse poder falam Anselm & Spyros Maniatis, em artigo sob o título “A Consumer Trade Mark: protection based on origin and quality”, [1993] 11 EIPR 406-415.

17. Ao explorar as funções jurídicas da marca, os autores por último citados transcrevem passagem de E.H. Chamberlin em “The Theory of Monopolistic Competition”, Harvard University Press, 1933, nos seguintes termos: “se uma marca

faz um produto diferente do outro, dá ao titular um monopólio, daí podemos argumentar que não há concorrência”, p. 61. Devo advertir que não estou proclamando que a propriedade industrial, da qual a marca é espécie, gera de per si um monopólio no sentido econômico. Essa é uma tese que ganhou peso na jurisprudência americana, mas que foi abandonada na década de 80.

II. Papel do CADE

18. Ao CADE cabe apenas remover os obstáculos que, do ponto de vista jurídico e econômico, se revelam restritivos à entrada no mercado e capazes de minar a posição monopolista. O seu papel é apontar os meios possíveis de reparação ou prevenção, deixando à empresa uma margem de escolha, quando possível, como convém a um sistema de freios jurídicos orientados pela livre iniciativa e livre concorrência. O CADE não poder dizer o que vai acontecer depois da decisão. Com esta, certamente, os concorrentes terão maior chance de competir.

III. Medidas preventivas

19. A estruturação dos remédios há de levar em conta a marca como obstáculo à concorrência, sem ignorar, contudo, a capacidade de produção do monopolista. Tais remédios têm por objetivos encorajar produção e distribuição orientadas pela eficiência, inovação e preços baixos, cenário indispensável à ampliação do bem-estar social.

20. No caso Ficap/Alcan por mim relatado e julgado recentemente, disse que é hora do CADE avançar nos compromissos estruturais, abandonando os compromissos comportamentais de monitoramento dispendioso e de insignificante efeito como medidas efetivas de correção ou

prevenção de defeitos de mercados. As medidas, entretanto, não devem exceder em escopo, a ponto de embaraçar ou onerar indevidamente o planejamento privado da produção. Reafirmo agora a minha convicção sem querer passar uma diretriz, pois somente o Plenário é suficientemente soberano para induzir um entendimento autorizado.

21. Não há, de princípio, superioridade entre esse ou aquele remédio aqui cogitado como adequados. Todos são vistos como meios capazes de proporcionar oportunidade de entradas. Ao se contemplar e combinar remédios razoavelmente equivalentes nos seus efeitos, parece recomendável conferir à empresa a iniciativa responsável da medida. Ademais, é duvidosa e artificial (pouco realista) a sugestão de que a ausência da marca no mercado reduz o bem-estar do consumidor. Tal elocubração projeta um afago à sociedade consumidora mas esquece que a satisfação do consumidor é assegurada pela presença do produto no mercado, em quantidade, qualidade e preços razoáveis, propósitos - pelo menos mediatos - da defesa da concorrência ora exercida. A presença do produto creme dental, no mercado doméstico, não sofrerá solução de continuidade, qualquer que seja a alternativa a final implementada. A ambição pelo mercado externo, declarada pela empresa, não será prejudicada. Por fim, a empresa continuará exercendo o controle do uso da marca por terceiro. Ainda que o uso em geral seja opcionalmente suspenso, por prazo determinado, a empresa não perde a propriedade do registro da marca e suas extensões.

22. A alienação da marca é uma medida considerada. Para evitá-la, a alternativa da suspensão ou licença faz parte do pacote. Todas essas medidas exigem cuidados para que os seus objetivos não sejam solapados. Na estruturação das alternativas estabelecidas na conclusão reproduzo parte do voto da Relatora, com a sua licença.

23. Dentro da preocupação acima cabe indagar, por exemplo, a licença:

- permitirá que as principais barreiras ou impedimentos à entrada no mercado sejam ultrapassadas?
- garantirá que o titular da marca (licenciante) de alguma maneira não venha a minar os esforços da empresa que licenciar a marca (licenciado), mediante recusa de apoio ou informações técnicas?
- facilitará conspirações entre o licenciante e o licenciado (e.g., intercâmbio contínuo ou de informações)?
- permitirá o controle ou restrição à produção, pelo licenciante, mediante cobrança de taxa escalonada de royalties excessivos?
- permitirá uma substituição útil (que o novo concorrente altere a situação hoje presente de concentração potencialmente ruínosa à concorrência) do titular da marca por um ou mais concorrentes?
- exigirá esforço razoável de monitoramento capaz de ser executado pelo CADE?

24. A licença poderá ser sujeitada a um regulamento de utilização (política comercial privada) a ser apresentado pela empresa e aprovado pelo CADE, o qual indicará critérios, entre outros, de fixação de royalties, escolha de potenciais licenciados, qualidade do produto, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, uso casado da marca, uso gratuito de know-how (suportes) necessário à fabricação do creme dental por conta e risco (segundo a capacidade produtiva própria) do licenciado, possível limitação da produção e prazo da licença.

25. Por fim, a suspensão como remédio jurídico voluntariamente aceito pelo titular da marca, a fim de prevenir potencial defeito de mercado, passa a configurar

um fato jurídico exterior à vontade da empresa e revela desuso por razões legítimas. Daí, a suspensão por si, vinculada a essa decisão, não gera o desaparecimento jurídico da marca. No curso da suspensão, a empresa poderá, com aprovação do CADE, optar por licença do uso ou cessão do registro, caso em que a suspensão, enquanto remédio é substituída. Nada impede que a empresa use a marca em papéis e documentos. Durante a suspensão, a empresa não poderá, no território nacional, veicular propaganda das marcas senão associando-as a produtos diversos de creme dental. A suspensão impede também o uso de marcas existentes ou que venham a ser criadas pela mesma ou outra empresa as quais possam gerar confusão ou associação com as marcas suspensas.

IV. Conclusão

26. Diante do exposto, DECIDO:

27. O ato de concentração em apreço não cumpre os requisitos previstos no art. 54, §§ 1º e 2º da LDC, necessários à integral aprovação. Reconheço a necessidade de adoção de medidas, nos termos do § 9º do mesmo artigo, capazes de remover os efeitos potencialmente ruinosos à concorrência. Daí aprovo parcialmente a operação. De conseqüência, determino tão-somente a alienação (cessão de registro) da marca KOLYNOS e extensões, registradas no INPI para identificar creme dental, produtos e serviços idênticos semelhantes ou afins, em favor de comprador que não detenha atualmente participação maior que 1% no mercado brasileiro de creme dental e simultaneamente apresente-se como competidor capaz de manter a marca.

28. A alienação deverá:

- incluir os ativos indispensáveis à garantia da reputação da marca;
- ser realizada por processo de leilão privado, que poderá ser conduzido por banco de investimento escolhido pela empresa. O resultado do leilão será submetido à apreciação do Cade à luz do artigo 54 da LDC;
- ocorrer no prazo de 180 dias, a contar da publicação do acórdão, caso contrário o Conselho requererá ao Judiciário a nomeação de interventor para execução da decisão.

29. A empresa deverá:

- zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação;
- organizar cronograma de alienação, com especificação pormenorizada dos ativos, o qual será apresentado ao CADE, no prazo de sessenta dias da publicação do acórdão, para a devida apreciação.

30. A alienação fica suspensa se aceita pela empresa uma das alternativas (A) e (B) abaixo:

A - Suspensão ou licença com uso de marca dupla

Suspensão

31. Suspensão do uso da marca KOLYNOS e extensões, no território brasileiro, para identificação de creme dental, pelo prazo ininterrupto de quatro anos, a contar do 61º dia da aprovação por este Conselho do plano de suspensão a ser apresentado pela empresa, no prazo de sessenta dias da publicação do acórdão, conforme termo de compromisso de desempenho a ser assinado no curso do primeiro prazo. Inclui-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionado à marca do produto creme dental. As extensões referidas nesta decisão são *Kolynos Super Branco*, *Kolynos Ação Total*, *Kolynos Fresh*, *Kolynos Clorofila*, *Kolynos Anti-placa*, *Kolynos Star Gel*, *Kolynos Prevent*, *Kolynos Tandy*, *Kolynos Fluor2 Gel*, *Kolynos Bicarbonato de Sódio* e todas as que, embora não citadas aqui, estejam registradas no INPI ou possam por ele vir a ser registradas como extensão da marca KOLYNOS.

32. O plano de suspensão deverá incluir, especificadamente, os passos a serem adotados para adaptação das linhas de produção da KOLYNOS a novas embalagens e demais materiais relacionados, assim como dispor sobre a resolução de contratos de suprimento e distribuição em andamento.

Licença com uso de marca dupla

33. Ainda no subconjunto “A” de medidas, se não se aceitar a suspensão, ou no curso desta, a empresa poderá licenciar a marca KOLYNOS para uso sob o regime de marca dupla. O contrato de licenciamento, de caráter exclusivo, deverá incluir cláusula de desaparecimento gradual (*fading out*) da marca KOLYNOS, além de assistência técnica e operacional, mais cláusula de suprimento a critério do licenciado.

34. O contrato de licenciamento, que será apreciado pelo CADE nos termos do art. 54 da LDC, observará o prazo mínimo e ininterrupto de quatro anos, renovável a critério do licenciado.

35. A empresa deverá publicar documento de “política comercial privada”, que será antecipadamente apreciado pelo CADE e no qual ofereça:

- a varejistas e distribuidores de grande porte toda a assistência necessária para o lançamento de marcas próprias no mesmo segmento da “KOLYNOS Super Branco”. Tais contratos deverão incluir contratos de fabricação por encomenda, bem como outros serviços de apoio, solicitados pelo distribuidor ou varejista, a custo que viabilize com sucesso a operação econômica no segmento;
- a concorrentes existentes ou potenciais, em atuação no País, contratos de fornecimento de tecnologia, com remuneração definida de acordo com os usos e costumes, para a produção de creme dental no mesmo segmento da “KOLYNOS Super Branco”, utilizando o carbonato de cálcio precipitado, assim com assistir os contratantes no desenvolvimento de seus negócios;
- a concorrentes existentes ou potenciais no mercado de creme dental contratos de produção de creme dental no mesmo segmento ocupado atualmente pela marca “KOLYNOS Super Branco” por encomenda, em volume solicitado pelo licenciado e desde que aprovado pelo CADE. Esses contratos deverão incluir todos os serviços de suporte necessários à produção e entrega do produto.

B - Licença longa de 20 anos

36. Como segunda alternativa, a empresa poderá licenciar com exclusividade por 20 anos, ininterruptos ou não, renováveis de acordo com o interesse do licenciado, o uso no

País da marca KOLYNOS e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental no mercado interno.

37. O contrato de licenciamento deverá observar os usos e costumes quanto aos critérios de determinação das cláusulas de royalties, controle de qualidade, direitos de ação contra infrações e medidas de controle da marca, uso gratuito de know-how, escolha do licenciado, dentre outras, e deverá ser apresentado ao CADE para apreciação à luz do artigo 54 da LDC.

38. O licenciamento, seja qualquer for a modalidade escolhida, exclui o uso, pela proprietária, da marca KOLYNOS e suas extensões, no território nacional, assim como de marcas similares e qualquer material relacionado à embalagem, propaganda e promoção, associada a creme dental.

Disposições finais

39. A suspensão, em princípio, exclui o uso da marca por quem quer que seja, no território nacional. A licença, todavia, interrompe a suspensão quando no curso desta for contratada.

40. Esta decisão não prejudica o exercício pela empresa dos atos previstos na legislação de propriedade industrial destinados a manter a vigência dos registros da marca Kolynos e suas extensões.

41. Fica aprovada a operação no que toca aos mercados relevantes de escova dental, fio e fita dentais e enxaguante bucal, sem prejuízo da aplicação do item 40 acima, se for o caso, e do compromisso indicado no item seguinte.

42. Integra ainda o termo de compromisso as seguintes prescrições:

- manutenção do Programa de Investimentos da KOLYNOS 2001, nos termos apresentados ao Cade; e
- prosseguimento dos programas de P&D e de exportação da KOLYNOS do Brasil.

43. No curso da suspensão ou depois do respectivo prazo, seja ou não utilizada a prerrogativa de licenciamento nos termos definidos nesta decisão, a titular da marca KOLYNOS poderá alienar uma ou mais das extensões de marcas, mencionadas no item 31 desta decisão.

44. O cumprimento integral e satisfatório de uma das exigências (A) e (B) exaure a decisão de alienação (itens 27 a 29).

45. A suspensão do uso da Kolynos se estende a internação (importação de países do Mercosul) de creme dental debaixo da mesma marca.

46. O CADE dará ciência ao INPI da presente decisão e eventual opção feita pela empresa.

47. O CADE, se necessário, tomará as medidas judiciais cabíveis, por intermédio da sua Procuradoria, para integral cumprimento da presente decisão, podendo, para esse efeito, requerer a nomeação de interventor e demais providências que se revelarem adequadas.

48. Aplico a multa diária de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), devida no caso de a empresa não apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da publicação do acórdão, nenhum plano, seja para suspender, licenciar ou alienar a marca e suas extensões, sem prejuízo do disposto no item anterior.

É o voto.

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

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. Exploreemos 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 substituibilidade 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

