

A EFICIÊNCIA DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS SOB A ÓTICA DA ESCOLA ORDO-LIBERAL: ESTUDO DO CASO COLGATE/KOLYNOS

Thábata Biazuz Veronese¹

RESUMO: O presente artigo objetiva contribuir para o debate que se constrói em torno dos novos questionamentos que se erigem sobre a eficiência das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, considerando, no âmbito da dinâmica da economia globalizada contemporânea, as possibilidades de concretização e eficiência das decisões do CADE nos atos de concentração de empresas, em conformidade com os propósitos estabelecidos na Lei n.º 8.884/94. Através desta análise sob a ótica da Escola Ordo-Liberal, parte-se para o estudo particularizado da temática referente ao caso Colgate/Kolynos, como exemplo de investigação da eficiência das decisões do CADE como mecanismo de controle de defesa da concorrência. A conclusão do presente artigo demonstra a dificuldade de como prever precisamente os efeitos das decisões diante da dinamização atual do mercado, destacando suas consequências e evidenciando as necessidades de adaptação da legislação à realidade mercadológica.

PALAVRAS-CHAVE: eficiência; controle; concentração; ordo-liberal; colgate/kolynos.

1 INTRODUÇÃO

Para se investigar a beneficência ou maleficência dos efeitos gerados pela intervenção do Estado na economia através da política antitruste, especificamente no controle dos atos de concentração de empresas, faz-se mister uma localização do contexto em que se insere esta problemática.

A grande dificuldade consiste em prever os efeitos das decisões diante da dinâmica atual do mercado. Delimitar-se-á o assunto inicialmente sob a ótica da Escola Ordo-Liberal, em consonância com o direcionamento do caminho do Direito como mecanismo de resposta às exigências da política econômica, lembrando que é importante seguir um caminho em busca do aperfeiçoamento.

Posteriormente, tecer-se-ão algumas considerações acerca do caso Colgate/Kolynos como exemplo de análise da eficiência das decisões do CADE nos atos de concentração de empresas.

Por fim, através das conclusões que o estudo trará, tentar-se-á delinear as perspectivas da política antitruste brasileira.

Para a realização do artigo, será utilizado o método histórico-dedutivo, partindo-se do estudo da origem e da evolução da legislação antitruste brasileira, verificando-se a influência da Escola Ordo-Liberal, para extrair deduções acerca da subsunção do caso Colgate/Kolynos às premissas da eficiência das decisões do CADE nos atos de concentração de empresas como mecanismo de defesa da concorrência.

2 ESTRUTURAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE NO BRASIL

A intervenção do Estado na economia surgiu como resposta ao colapso gerado pelo modelo liberal clássico econômico, caracterizado pela total ausência de intervenção estatal, prevalente até meados do pós Primeira Guerra Mundial. O desequilíbrio gerado pelo liberalismo fez com que o Estado tomasse para si a responsabilidade de estabelecer a ordem através de normas jurídicas, positivando a atuação do Estado no domínio econômico, inaugurando, assim, o direito econômico (NETTO; OLIVEIRA, 2008, p. 11).

A mecânica da política econômica possui um sistema dualista de funcionamento: os dados e os fenômenos econômicos. Estes se expressam por diversas variáveis e espera-se que sejam explicados pelos primeiros. Entre as

¹ Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Docente de Direito na FITL-AEMS – Faculdades Integradas de Três Lagoas-MS e na FUNEPE – Fundação Educacional de Penápolis-SP.

variáveis dos fenômenos econômicos estão basicamente os interesses e as preferências do consumidor. (NUSDEO, 2008, p. 188).

O campo dos fenômenos econômicos se identifica com o do mercado. [...] Como decorrência do emaranhado de relações características do mercado, determinar-se-ão os preços, a taxa de poupança da comunidade e, portanto, o seu ritmo de crescimento, as quantidades exportadas e importadas, os bens a serem produzidos e a sua distribuição. Em suma, toda a gama de variáveis a caracterizar o estado e a evolução da economia (NUSDEO, 2008, p. 189).

A atuação do Estado sobre o mercado refere-se à atuação sobre os dados, pois são eles que representam a estrutura definidora do quadro jurídico dentro do qual operará o sistema jurídico. (NUSDEO, 2008, p. 189).

A política antitruste brasileira foi desenvolvida no decorrer da história, conforme a consolidação da intervenção do Estado na economia. Um breve retrospecto da evolução legislativa antitruste, conectada à posição governamental correspondente às diversas épocas, pode mostrar como o ordenamento jurídico evolui em resposta à realidade das necessidades sociais.

As Constituições de 1824 e 1891, sob a égide do liberalismo, não permitiam que o Estado interviesse na economia, o que só viria a acontecer no Brasil na Constituição de 1934, pela influência das Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 17).

A Constituição de 1934 foi a primeira a usar o termo “economia popular”, mas colocando o Estado como mero garantidor da liberdade de mercado. Juntamente com a Constituição de 1937, influenciou a edição da legislação excepcional sobre economia popular. (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 17).

Os Decretos n.ºs 431/38 e 869/38 inauguraram a legislação de defesa da concorrência, mas não materializaram o que se pode chamar de um direito antitruste. Contudo, prepararam o caminho para o advento da primeira legislação efetiva de repressão do abuso do poder econômico, o Decreto-lei n.º 7.666/45, que tratava dos “atos contrários à ordem moral e econômica”, abordados pelo aspecto administrativo e não penal, e também criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE. Mas este Decreto teve curta duração, pois com a queda de Getúlio Vargas, José Linhares, pertencente à oposição, que assumiu provisoriamente a Presidência da República, baixou o Decreto n.º 8.167/45, revogando o Decreto-lei n.º 869/38 por considerá-lo incompatível com a política brasileira (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 18).

Mas a idéia da necessidade de repressão aos trustes e cartéis tratada pelo Decreto-lei n.º 7.666/45 já havia causado repercussão entre juristas e políticos, acabando por influenciar a Constituição de 1946, que consagrou a repressão ao abuso do poder econômico, passando este a ser reconhecido constitucionalmente. O tratamento pela legislação ordinária teve início com a Lei n.º 4.137/62, sendo esta considerada o marco inicial da legislação antitruste brasileira. Esta lei criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão estatal ao qual atribuiu apurar e reprimir os abusos de poder econômico, além de exemplificar tais abusos e editar normas administrativas e processuais (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 18-19).

As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a repressão ao abuso do poder econômico e receberam a Lei n.º 4.137/62, mas esta lei não teve aplicabilidade, pois logo após sua promulgação, o país entrou num longo período de ditadura militar, que inaugurou uma política de intervencionismo extremado, envolvendo controle de preços e substituição de importações, procurando enfatizar a segurança do Estado. Assim, não havia necessidade de haver um sistema de concorrência. Além disso, as decisões do CADE eram frequentemente submetidas à revisão judicial, com o que eram revertidas, tornando inócua a atuação daquele órgão. (RAGAZZO, 2005, p. 20).

Com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, o Estado reduziu seu poder de intervenção na economia e ampliou as funções de incentivo, planejamento e fiscalização, retornando ao cenário econômico brasileiro a defesa da concorrência. Neste contexto, a Constituição de 1988 determinou no § 4º do art. 173 que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Por fim,

foram promulgadas a Lei n.º 8.137/90, definindo os crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, e a Lei n.º 8.158/91, cuja maior inovação foi a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, órgão estatal vinculado ao Ministério da Justiça, com poderes de apurar, aplicar sanções e medidas preventivas, sendo esta última competência concorrente com o CADE, que tinha o poder privativo de julgar. Com o Decreto n.º 99.244/90, a competência da SNDE passou a ser feita por intermédio do CADE. A dualidade de regras da concorrência devido ao fato de a Lei n.º 8.158/91 vigor juntamente com dispositivos não revogados da Lei n.º 4.137/62 originou uma discussão logo após a edição da Lei n.º 8.158/91, discussão esta que desembocou na edição da vigente Lei n.º 8.884/94, a qual revogou expressamente as Leis n.ºs 4.137/62 e 8.158/91 (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 21).

Dentre as principais inovações trazidas pela Lei n.º 8.884/94 estão: a transformação do CADE em autarquia federal, a discriminação das competências do CADE, da Secretaria de Direito Econômico – SDE – e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, formando esses três órgãos o Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência – SBDC (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 22).

O CADE possui tríplice funcionalidade: educativa, preventiva – referente à análise das fusões, incorporações e associações de empresas – e repressiva – referente à análise das condutas anticoncorrenciais, como cartéis, preços predatórios, vendas casadas, acordos de exclusividade, etc. (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 317).

Desde então, a Lei n.º 8.884/94 vem sendo aplicada como diploma da defesa da concorrência e vem cumprindo seu papel de consolidação do direito da concorrência. Verifica-se um aprimoramento da lei de defesa da concorrência, como, por exemplo, o rito sumário de julgamento pelo CADE, a edição e observância do Guia para Análise de Atos de Concentração pela SDE e SEAE, o procedimento sumário para análise dos atos de concentração de empresas pela SDE e SEAE, etc. (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 24).

Assim se estruturou a política antitruste brasileira, cuja principal função não é impedir o crescimento e a concentração das empresas, mas impedir que a força do mercado seja utilizada em detrimento do interesse público.

“A concorrência, de natureza ideológica liberal-capitalista, quando tomada pelo prisma do direito econômico, figura como o fato verificado no mercado e que também o caracteriza” (SOUZA, 2003, p. 493)

O direito da concorrência pode ser definido como o conjunto de regras positivadas pelo Governo destinadas a reprimir as modalidades de abuso do poder econômico, com a finalidade de controlar a monopolização do mercado e favorecer a livre concorrência, em prol da coletividade (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 29).

Contudo, a política da concorrência possui diversos outros instrumentos além do direito da concorrência, tais como restrições à entrada, regulação do comércio, restrições à saída, barreiras ao comércio e aos investimentos exteriores, advocacia da concorrência, etc. Estes mecanismos, considerando as pressões internas e externas, diante da globalização, são utilizados, com ponderação, entre os agentes econômicos, conforme a necessidade para promover a maximização do bem estar dos consumidores, ao bem estar dos fornecedores e ao interesse público, considerado aqui também o bem geral (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 25-26).

Toda a evolução da legislação antitruste esboçada demonstra a sua busca constante pelo aperfeiçoamento. Sua aplicação, que tem crescido nestes anos após a edição da Lei n.º 8.884/94, tem demonstrado um gradual processo de desenvolvimento de uma cultura da concorrência, em que tanto consumidores quanto produtores são educados para esta visão concorrencial em função da melhoria do bem comum.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Atos de concentração de empresas são aqueles atos decorrentes de associações empresariais resultantes da compra parcial ou total dos títulos representativos do capital social ou da aquisição de direitos e ativos, que provoque um

sistema unificado de controle empresarial (CARVALHO, *apud* SANTOS, 2005).

Os atos de concentração de empresas são classificados como atos de concentração horizontais, quando acontece entre concorrentes de um mesmo mercado relevante – como ocorre quando alguma atuante do mercado é comprada por outra, ou verticais, quando a aglomeração se dá entre empresas de diferentes setores de determinada atividade – como ocorre com a Petrobrás, que controla desde a extração do petróleo até a distribuição dos combustíveis a serem consumidos.

O art. 54 da Lei n.º 8.884/94 aponta os critérios objetivos para sujeição da operação ao CADE:

§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresas ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Nos casos em que haja necessidade de se analisar as eficiências, deve-se observar o princípio da razoabilidade traduzido nos moldes do art. 54 da Lei n.º 8.884/94:

Art. 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 apreciação do CADE.

§ 1º. 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 a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; 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.

Para analisar o ato de concentração de empresas, primeiro é preciso definir o mercado relevante, ou seja, determinar o mercado em questão, em seus aspectos material (quais produtos e serviços são atingidos pela operação) e regional (qual espaço geográfico pode sofrer os efeitos da operação). Somente com a aplicação destas definições ao caso concreto pode-se identificar eventual concentração prejudicial à concorrência (BAGNOLI, 2005, p. 121).

Posição dominante significa a participação que determinada empresa tem num certo mercado, resultante de sua eficiência concorrencial ou de abuso de sua posição, sendo o primeiro caso perfeitamente lícito e o segundo necessário de repressão pelas autoridades responsáveis (BAGNOLI, 2005, p. 135). Já o poder econômico significa a condição econômica da empresa quanto à sua possibilidade de intervenção no mercado.

Para a autorização de um ato de concentração de empresas, Franceschini (1998, p.119-128) identifica cinco fases: verificação da existência de impactos estruturais, da dinâmica do mercado e dos efeitos potencialmente nocivos da operação, a análise das condições de entrada, a análise das eficiências e a existência de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

Na verificação da existência de impactos estruturais, identificam-se e se delimitam os mercados relevantes, as empresas participantes e o cálculo da operação sobre a estrutura de cada um dos mercados relevantes identificados.

Na verificação da dinâmica do mercado e dos efeitos potencialmente nocivos da operação, importa avaliar em que medida a operação eleva a probabilidade de abuso do poder dominante pelas empresas participantes.

Na análise das condições de entrada, procura-se identificar o grau de contestabilidade, ou seja, a possibilidade de colocação de barreiras de entrada, através de práticas que permitam a obtenção extraordinária de lucros às empresas participantes em contrapartida com a inibição do ingresso de novos participantes.

Na análise das eficiências, averigua-se a existência de eventuais prejuízos à livre concorrência,

envolvendo, ainda, a análise das eficiências compensatórias. Interessante notar que as operações que não prejudiquem ou limitem a livre concorrência devem ser aprovadas independentemente da análise das eficiências.

Por fim, a existência de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum é considerada pela lei como um fator de atenuação das condições necessárias à aprovação das operações que possam prejudicar ou limitar a livre concorrência ou que resulte na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Importante ressaltar que a análise da operação de concentração de empresas não deve se restringir aos aspectos relativos ao exercício do poder de mercado, mas também outros fatores referentes ao comportamento das empresas requerentes da fusão (ARAÚJO JR., 2006, p. 65). Isto porque esta ampliação de perspectivas permite averiguar com mais precisão os efeitos que o ato de concentração pode causar.

Há vários fatores que favorecem a concentração de empresas, como, por exemplo, o progresso tecnológico (pois através de grandes investimentos, gera benefícios como maior competitividade, economias palpáveis de escala, avanços em informática e progresso tecnológico), as possibilidades de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos (que é proporcionalmente direta à procura do mercado), a estrutura favorável de custos para certas empresas (representadas, por exemplo, pelo processo de fabricação exclusivo da marca, o acesso exclusivo a fontes de matérias-primas, etc.) e a escassez de espírito empresarial (quanto maior o temor ao risco, maior a empolgação daqueles que não têm esse temor, favorecendo sua concentração). Diante destes fatores inerentes à estrutura do mercado, o processo de concentração de empresas é praticamente inevitável. (NUSDEO, 2008, p. 278-279).

Contudo, estes fatores que propiciam a concentração de empresas podem ser vistos sob um aspecto benéfico, se se considerar que dentre os efeitos gerados pelos atos de concentração de empresas, destacam-se o aprendizado produtivo, o investimento em pesquisa e desenvolvimento, a capacidade inovadora e as inovações tecnológicas. Tudo isso seria muito mais difícil se a empresa não possuísse tamanha expressão, pois é em decorrência de sua magnitude que possui condições de fazer grandes investimentos nestas áreas, que, ao final, vão melhorar a qualidade dos produtos e serviços prestados, podendo, inclusive, melhorar o preço dos produtos e serviços, o que atinge o fim último de toda a política econômica, que é a eficiência, traduzida no bem comum.

O bom senso que orientou a legislação antitruste não permite que o Estado condene uma empresa pelo aumento da demanda de seu produto porque ela fornece informações claras e precisas, reduz os custos por investir em pesquisa e desenvolvimento, por acumular experiência e outros fatores positivos decorrentes de seu desenvolvimento natural. O problema é que a soma destes fatores que tornam a empresa mais saudável também melhoram sua posição no mercado diante dos concorrentes (FARINA, 2005, p. 52).

O fato é que o mundo dos negócios é muito complexo e dinâmico. E diante da globalização e da abertura dos mercados, a concentração de empresas é um ato inevitável. Por isso, os atos de concentração de empresas devem ser compensados por compromissos de desempenho assumidos pelas empresas, a fim de que seja promovida a eficiência no sentido de proteger o bem comum (FARINA, 2005, p. 57-58).

4 A ESCOLA ORDO-LIBERAL E A EFICIÊNCIA DAS DECISÕES DO CADE NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Diante da necessidade de uma regulamentação dos comportamentos econômicos, Salomão questiona em que sentido as normas da concorrência devem caminhar (SALOMÃO, 1998, p. 18)

A legislação antitruste brasileira em vigência denota grande influência da Escola Ordo-Liberal em sua elaboração, renegando a tese defendida pela teoria neoclássica. Um breve esboço da teoria ordo-liberal permitirá extrair as deduções que se deseja acerca da eficiência das decisões do CADE nos atos de concentração de empresas.

A Escola de Chicago ou Neoclássica defendia a eficiência produtiva, que é a capacidade de produzir a custos menores, possibilitando a redução de preços ao consumidor. Este objetivo justificaria a eliminação de qualquer obstáculo ao seu alcance, inclusive a própria existência da concorrência. Em suma, a eficiência era associada exclusivamente ao bem-estar do consumidor (SALOMÃO, 1998, p. 19).

A Escola de Friburg ou Ordo-Liberal surgiu em contestação aos argumentos da Escola de Chicago. Sua ascensão, em torno dos anos 30, na Alemanha, teve sucesso devido ao fracasso econômico vivenciado com a República de Weimar e a ascensão nazista e ressoou em todos os cantos do mundo, inclusive no Brasil. A tese desta teoria era a de que a garantia da competição é a garantia do funcionamento econômico de uma economia de mercado. A grande vantagem do sistema concorrencial está no fato de que a transmissão de informação e a liberdade de escolha permitem “descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar”. É fundamental a efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos. Para a eficiência, sob a ótica desta escola, a existência da concorrência não é obrigatória, basta que seja potencial. Por isso, para avaliar o poder de mercado, o importante é verificar a criação ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado (SALOMÃO, 1998, p. 21-24).

As barreiras de entrada podem ser definidas como qualquer atitude da empresa no sentido de obter lucros extraordinários, causando o efeito inibidor de atrair a entrada de novos concorrentes.

Para que o funcionamento dos mercados produza sua eficiência, os produtores devem ser tomadores e não formadores de preços. Se as empresas possuem poder de mercado, que é o poder de influenciar os preços, não se atinge a eficiência esperada de um mercado competitivo.

Todavia, pode sim haver uma situação de concentração econômica entre poucos agentes que possuem o poder de mercado, desde que permaneça um grau de rivalidade, o que permite um equilíbrio semelhante ao de um mercado competitivo. É o que se denomina de concorrência imperfeita (FRANCESCHINI, 1998, p. 137).

Uma análise do conceito de eficiência baseada na simples intuição e bom senso conclui pela certa definição dada pela Escola Ordo-Liberal. É fundamental para o bem-estar do consumidor a sua liberdade de escolha entre várias opções diferenciadas, por preço, qualidade, quantidade, preferências regionais, etc (SALOMÃO, 1998, p. 25).

Além disso, não se pode confiar cegamente que a eficiência econômica distribuirá os ganhos de eficiência com os consumidores e não será apropriada pelos monopolistas. Somente o sistema concorrencial garante a preocupação constante dos agentes econômicos com a redução de preços, melhoria de produtividade e qualidade dos bens e serviços (SALOMÃO, 1998, p. 29). Não se pode olvidar ainda que a eficiência deva ser medida também aos olhos dos produtores, também marcada pela suficiência da potencialidade.

A legislação brasileira antitruste encampou claramente esta pluralidade de interesses proposta pela Escola Ordo-Liberal, conjugando como objetivos a livre concorrência e a proteção do consumidor.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 170 a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V) como princípios gerais da ordem econômica.

A Lei n.º 8.884/94, por sua vez, protege a livre concorrência, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e determina a repressão ao abuso do poder econômico.

Ainda segundo a ótica da Escola Ordo-Liberal, não é possível prever todos os efeitos e selecionar os desejados, para que se possa organizar a elaboração da lei e sua futura aplicação.

A legislação brasileira antitruste teve esta percepção ao redigir seu texto constitucional e legislativo ordinário. É esta legislação que é aplicada pelo CADE na análise dos atos de concentração de empresas que lhe são submetidos. E os últimos anos têm aumentado consideravelmente os atos de concentração de empresas postos sob a análise do CADE.

Neste diapasão, questiona-se a eficiência das decisões do CADE devido à dinâmica da mudança

conjuntural da estrutura socioeconômica e sua repercussão no efetivo empresarial autorizado pelo CADE. Em que pesem as críticas, a análise da questão posta sob a ótica da Escola Ordo-Liberal permite se concluir pela eficiência das decisões do CADE.

Claro que assim como já houve alterações na própria Lei n.º 8.884/94, outras alterações ainda se fazem e se farão necessárias para um melhor funcionamento do sistema antitruste brasileiro. Mas diante de toda a evolução que se verifica no âmbito legislativo, é inegável o reconhecimento da eficiência nos moldes da teoria ordo-liberal, que considera o bem-estar do consumidor sob aspectos além do preço, mas também outros, tais como preferências, quantidade e principalmente qualidade do bem ou serviço a ser prestado.

Assim, a presunção de que o ato de concentração de empresas que leve à situação de monopólio eleve substancialmente o poder de mercado da empresa é uma presunção *iuris tantum*, que pode ser afastada pela ausência de barreiras ao ingresso de novos concorrentes e pela existência de concorrência potencial efetiva (FRANCESCHINI, 1998, p. 20).

Neste ponto, merece destaque as condições impostas pelo art. 54 da Lei n.º 8.884/94 para a autorização de um ato de concentração de empresas: objetivo de aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço e/ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, possibilidade de distribuição dos benefícios decorrentes da fusão entre os participantes e os consumidores, não eliminação da concorrência e observância dos limites necessários para atingir tais objetivos.

Assim, o ato de concentração pode gerar efeitos favoráveis ao próprio consumidor, tendo em vista o investimento em pesquisa e desenvolvimento, em tecnologia, aumentando a qualidade do bem ou do serviço prestado – isso se a concentração não gera um controle substancial do mercado ou, caso gere, seja improvável o exercício do poder de mercado; ou, ainda que gere um controle substancial e seja provável o exercício do poder de mercado, possua efeitos potenciais negativos.

Podemos concluir, pois, que a concorrência é necessária para se atingir o bem-estar social, traduzido na eficiência econômica, porque somente com a existência da concorrência é possível estimular o aumento da eficiência alocativa, da eficiência produtiva e da capacidade de inovação dos mercados. A eficiência alocativa significa a produção de bens e serviços na medida em que estes são desejados pelos consumidores, gerando proporcionalidade ao preço a que estão dispostos a pagar. A eficiência produtiva corresponde à capacidade de produzir e distribuir os bens a custos mais baixos, o que se consegue através do incentivo de captar e não perder clientes em detrimento de outros produtores mais eficientes. E a capacidade de inovação se refere ao aumento da diferenciação e oferta de novos produtos, também gerados pelo incentivo da competição entre os produtores. A capacidade de inovação interfere nas eficiências alocativa e produtiva, pois o processo de adequação às preferências do consumidor gera o aumento em pesquisa e tecnologia a fim de melhorar seus produtos, sob pena de perderem espaço no mercado (RAGAZZO, 2005, p. 14-15).

Numa economia que caminhe para a sua maturação, como é o caso da economia brasileira, a geração de eficiências faz-se muito importante para reverter as distorções herdadas do passado.

O clima de concorrência persiste, ainda com os atos de concentração de empresas, desde que o consumidor permaneça com sua liberdade de escolha. A visão de que qualquer conduta que afete a livre concorrência é proibida está ultrapassada. Já se percebeu que nem todo monopólio tem a intenção de prejudicar a concorrência. Se a empresa atingiu um poder de mercado naturalmente, em decorrência de seu trabalho eficiente e continua investindo em tecnologia, pesquisa e desenvolvimento, melhorando a qualidade do produto, satisfazendo o consumidor e trazendo benefícios à comunidade, como geração de empregos, respeito dos direitos trabalhistas e das normas ambientais, respeitando ainda as normas da livre concorrência, não há porque impedir sua expansão.

Afinal, o próprio inciso IV do art. 20 da Lei n.º 8.884/94 esclarece que somente deve ser punido o

exercício abusivo do poder econômico:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

É verdade que há uma linha tênue entre a concorrência perfeita e a imperfeita. Onde termina uma e começa a outra? Para isso existe a regulamentação, que segue o princípio da razoabilidade. Embora não exista um critério definido, conjugam-se alguns fatores, que variam em consideração pelos doutrinadores, estando entre eles a estrutura de mercado, o desempenho e a conduta dos concorrentes, para se avaliar a potencialidade abusiva da conduta.

Felizmente, seguindo a lógica da evolução do homem, o pensamento atual superou a idéia de eficiência baseada apenas na maximização da produção e na minimização dos custos. Hodiernamente, propugna-se pela eficiência real, que visa variados aspectos, entre os quais a melhoria da qualidade do produto, respeito às normas trabalhistas e ambientais, tudo visando a melhoria da qualidade de vida, que é o objetivo final da existência do Estado como regulador das relações sociais, incluindo aqui as relações econômicas.

Apenas a título de complementação, convém destacar que ainda que se verifique que a decisão do CADE tenha sido baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelos interessados ou ocorra o descumprimento das obrigações assumidas ou, no caso, não sejam atingidos os benefícios almejados, o art. 55 da Lei n.º 8.884/94 prevê que a decisão deve ser revista de ofício ou mediante provocação (BAGNOLI, 2005, p. 156).

As avaliações que a *Global Competition Review* vem dando ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, em que pese serem conceitos inferiores aos atribuídos à maioria das outras agências no mundo que integram o referido *ranking*, merecem uma maior atenção da sociedade brasileira.² O Brasil, entre os países em desenvolvimento, se destaca na administração e aplicação das regras de defesa da concorrência, o que é uma grande realização, principalmente ao se levar em consideração a longa história de intervenção governamental na economia e a baixa cultura concorrencial. A globalização apresenta-se como um processo irreversível e crescente, fazendo com que o Brasil também tenha que lidar com maiores casos de fusões internacionais envolvendo empresas multinacionais.

Por fim, diante desta conjuntura existente na economia de mercado brasileira, impera-se a necessidade de intervenção do Estado na economia e um fortalecimento da legislação antitruste e da política de regulação econômica para que seja possível o crescimento do país. Portanto, as manifestações contra as instituições governamentais responsáveis pela política de defesa da concorrência devem merecer maior reflexão antes de serem feitas, pois as críticas ao CADE e às suas decisões, além de contribuir para o enfraquecimento institucional dos órgãos governamentais, prejudicam o crescimento da economia e o progresso da sociedade, na medida em que desgastam a imagem e a credibilidade das políticas públicas de defesa do consumidor e da concorrência nacional e internacional.

5 ESTUDO DO CASO COLGATE/KOLYNOS

Para analisar o ato de concentração Colgate/Kolynos, pretende-se uma breve introdução histórica do

² Fonte: Global Competition Review. Pesquisa feita em 25.04.2004. Esta pesquisa foi utilizada como referência, tendo em vista as limitações das avaliações nacionais de defesa da concorrência nacionais. Trata-se de uma classificação, em que pesem as eventuais restrições, especialmente dos órgãos que se encontram numa posição desfavorável, que está apoiada em parâmetros objetivos e entrevistas feitas com profissionais que atuam na área de defesa da concorrência de diversas partes do mundo. As notas mais altas são de 4,5 estrelas, sendo que o Brasil está com nota 2,5 estrelas. Disponível em: www.globalcompetitionreview.com/news/frontpage.cfm. Acesso em 10 nov. 2008.

desenvolvimento das empresas em referência, até se chegar à fusão das duas empresas e a análise dos efeitos da concentração no mercado.

A Colgate-Palmolive é uma empresa americana, fundada em 1806, e foi a responsável pela criação do primeiro sabonete perfumado, o Cashmere Bouquet, em 1866, e a primeira pasta dental, a Colgate, em 1896. Em 1898, outra empresa americana, a B.J. Johnson Company, lançou o sabonete Palmolive, e, em 1916, esta empresa mudou seu nome para Palmolive Company. Em 1928, as empresas Colgate e Palmolive se fundiram e passaram a adotar o nome de Colgate-Palmolive Peet Company. Na década de 1920, a Colgate partiu para a expansão no mercado mundial, abrindo diversas filiais, ao que hoje conta com a participação no mercado de mais de duzentos países, sendo líder de vendas na América Latina em produtos de limpeza doméstica e higiene pessoal e oral.

No Brasil, sua atuação se iniciou em 1927, com a venda de cremes dentais e sabonetes, época em que também se iniciou a venda da pasta dental Kolynos.

Em 1995, a Colgate-Palmolive comprou American Home Products, cuja subsidiária, a Wyeth-Whitehall, era proprietária da Kolynos do Brasil, fabricante da pasta dental mais vendida no país desde a primeira metade do século XX. Esta operação, que envolveu uma transação de US\$ 1,040 bilhão, em que US\$ 760 milhões foram destinados ao mercado brasileiro, transformou a Colgate-Palmolive do Brasil exportadora para mais de 55 países.

Este foi o primeiro caso de grande fusão após a edição da Lei n.º 8.884/94. Seu julgamento pelo CADE fez com que este órgão delimitasse pela primeira vez o conceito de mercado relevante, que é o elemento básico da análise antitruste atual (ARAÚJO JR., 2006, p. 85).

Na época, a Colgate possuía 27% da participação do mercado, e a Kolynos, 51%, o que, com a fusão, somaria 78%. Este vultoso poder de mercado resultante da soma da participação das duas empresas gerou certo temor na época entre as concorrentes, levantando discussões na mídia a respeito da manutenção da concorrência.

O CADE identificou quatro mercados relevantes: creme dental, escova dental, fio dental e anti-séptico bucal, sendo a análise concentrada apenas nos dois primeiros, pois os dois últimos eram desconcentrados. Quanto ao creme dental, haviam apenas três produtores: Kolynos, com 51%, Colgate, com 27% e Unilever, com 22%. Quanto à escova dental, Kolynos e Colgate detinham juntas 35%, sendo o restante do mercado distribuído entre Johnson & Johnson, com 26%, Condor, com 17%, Gillete, 9,5%, e Unilever, 2,5%. Contudo, ao final, o CADE concluiu que apenas a produção de creme dental oferecia risco de práticas abusivas, devido à fidelidade do consumidor brasileiro à marca Kolynos.

Assim, definido o mercado relevante, o CADE passou a analisar o requerimento de autorização da fusão. A análise seguiu todo o Guia de Análise de Concentração (ver em http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias), analisando, quanto às barreiras de entrada e ao exercício de poder de mercado, averiguou fatores como as escalas mínimas de produção, a concorrência potencial, os gastos com publicidade, o papel das redes de distribuição, relações com os provedores de insumos, investimentos em pesquisa e desenvolvimento, entre outros.

Durante a negociação do ato de concentração econômica relativo à aquisição da Kolynos do Brasil S.A. pela Colgate-Palmolive Company, foram levantadas algumas possibilidades de condicionantes para autorização da operação. A opção eleita foi a suspensão, por quatro anos ininterruptos, da marca Kolynos, voltada para o mercado interno, relativo a qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionadas à marca suspensa.

Esta decisão de suspensão não pretendia retirar a empresa Kolynos do mercado, mas que a empresa não fizesse uso da marca temporariamente, no intuito de evitar que houvesse uma eliminação significativa da concorrência. Com a suspensão temporária da marca, surgiria um “espaço vazio” a ser preenchido pelo ingresso de novas empresas concorrentes no mercado, o que geraria nova capacidade e novo investimento; novas marcas, por sua vez, significariam aumento da rivalidade competitiva no mercado (FRANCESCHINI, 1998, p. 129).

A opção da suspensão da marca Kolynos foi a solução encontrada como a de maior impacto sobre a

concorrência e a de menor custo privado, capaz de cumprir a lei e não inviabilizar os investimentos feitos pela Colgate Company. A análise para aprovação do ato de concentração verificou que a condicionante imposta pelo CADE não afetaria os objetivos visados pela transação, quais sejam, a criação de um pólo de exploração; 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 dental e escova dental e embalagem; a transferência de *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.

Assim ficou a ementa da decisão:

Ato de Concentração. Lei n.º 8.884 de 1994, art. 54. Aquisição de empresa nacional. Operação realizada no exterior. Lei n.º 8.884/94, art. 2º, “caput”. Mercados relevantes de fio dental, enxaguante bucal, escova dental: ausência de dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovação da operação. Mercado relevante de creme dental: existência potencial de dano. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições impostas pelo Colegiado. Exigência complementar de compromisso de desempenho (CADE, Relatório Anual, 1996, p. 42).

Assim, em 1997, a empresa retirou de circulação a marca Kolynos, e lançou o creme dental Sorriso, com as mesmas fórmulas, cores e propagandas da logomarca Kolynos. Em 2002, a empresa poderia ter relançado a marca Kolynos, mas, devido ao sucesso da marca Sorriso, que ocupou a participação no mercado da antiga Kolynos, houve um desestímulo ao relançamento desta última, fazendo com que a empresa preferisse manter a marca Sorriso.

Hoje, há quem conteste se a decisão do CADE surtiu os efeitos pretendidos quanto à restrição do poder de mercado, devido ao sucesso da substituição da marca Kolynos pela marca Sorriso, que hoje ocupa o mercado relevante da antecessora. Dados de 1999 apontam que a Sorriso possuía 42,3% do mercado, enquanto a Colgate, 27,3%, somando, pois, 70,6% do mercado.

Mas esta crítica não possui respaldo teórico nem prático, pois na década que se seguiu após a fusão, verificou-se a consolidação da abertura comercial brasileira e o déficit da inflação, o que fez com que novos produtores ingressassem no mercado brasileiro, como, por exemplo, a Procter & Gamble, que tentou impugnar a fusão na época e hoje conta com oito variantes do creme dental Crest. Ademais, a decisão ainda aumentou a participação da Lever que, em 1996, tinha 24,1% do mercado e em 1999 já possuía 26,9%. Além disso, permitiu o surgimento de seis novas marcas, que participaram de uma oferta pública para poder usar uma fórmula da Kolynos.

Portanto, todos os objetivos pretendidos com a fusão foram alcançados, sem que se verificasse qualquer prejuízo à concorrência. Tanto isto é verdade que outras empresas ingressaram no mercado nacional, como era o propósito com a suspensão da marca Kolynos. E ainda que hoje se tenha a marca Sorriso, que foi colocada em substituição à marca Kolynos, ocupando o poder de mercado de sua antecessora, ainda assim novas marcas permanecem e outras surgiram e ingressaram no mercado, além da possibilidade de mais novas marcas ingressarem a qualquer momento no mercado, uma vez que não há barreiras à entrada. Isso representa a concorrência efetiva e potencial, defendidas pela escola ordo-liberal e adotadas pela legislação antitruste brasileira.

Com todo o aparato financeiro e estrutural que possui uma multinacional, a empresa afirma não discriminar funcionários, não utilizar trabalho infantil, proibir assédio, promover oportunidades iguais para todos, respeitar o direito de liberdade de associação, pagar salários dignos, manter o local de trabalho seguro e estável, além de possuir projetos sócio-educativos e preventivos da saúde bucal, bem como respeitar o meio ambiente e investir em novas tecnologias ambientais e trabalhistas. Isto também aponta para o cumprimento da eficiência real além do aspecto relativo ao preço dos produtos, podendo se afirmar que todos estes papéis desempenhados pela empresa não deixam de ser uma forma de distribuição dos recursos com os consumidores.(Código de conduta da Colgate).

Destarte, o caso Colgate/Kolynos, o primeiro grande ato de concentração analisado pelo CADE após a

edição da Lei n.º 8.884/94, ainda pode ser citado como um exemplo de referencial da eficiência das decisões do CADE. Embora ainda haja pequenas imperfeições, o sistema caminha rumo ao aprimoramento, tendo em vista a crescente preocupação com a melhoria de vida da população, situando o Brasil no ranking dos países-modelo de legislação de defesa da concorrência.

6 CONCLUSÃO

É impossível prever o futuro da estrutura mercadológica, diante da dinamicidade constante que se verifica pelo aumento da tecnologia em geral e pelo progresso da globalização. Nesta realidade social pluralista e policêntrica, no máximo, o que se pode fazer é traçar perspectivas de acordo com suposições dos economistas de plantão. A segurança e a certeza jurídicas, tão requisitadas pelas concepções modernistas do Direito, não são absolutas na sociedade pós-moderna contemporânea.

A evolução do mercado globalizado atual dificulta a atualização do Direito como um mecanismo assecuratório da harmonia social, principalmente quanto às questões econômicas. O processo de evolução das sociedades modernas caminha numa dinâmica muito mais veloz do que o trâmite das leis que venham a regular as relações humanas surgidas no seio destas sociedades.

Então, como a legislação antitruste pode oferecer segurança de manutenção da concorrência?

É cediço que o mercado globalizado obedece a uma racionalidade própria, dificultando o planejamento e a atuação das políticas públicas traçadas na Constituição para a efetivação do bem comum, dentro da segurança jurídica que o direito positivo pretende garantir. A abertura do mercado gera a crise de soberania do Estado Nacional, criando a aporia estatal de se delimitar o quanto de intervenção pode ou deve fazer.

Diante dessa problemática se faz necessária a adequação da legislação antitruste à prática verificada na economia de mercado. E, neste sentido, se erigiu toda a legislação antitruste até a edição da Lei n.º 8.884/94, a qual pode ser considerada um exemplo de referencial de lei de defesa da concorrência em todo o mundo. Algumas alterações foram feitas, e outras se podem fazer, conforme se fizerem necessárias acompanhando a evolução social, mas não há como negar a sua magnitude e potencial eficiência.

Em que pese a incerteza da lógica do mercado, responsável pela mitigação da segurança jurídica e da legalidade, princípios básicos do Estado Democrático de Direito, que foi erigido pela Constituição Federal de 1988, verifica-se um maior respeito às necessidades sociais quando a conciliação destas perspectivas se adapta à realidade, ao que se denomina interpretação. Assim, a aplicação da lei ao caso concreto serve de instrumento de realização dos propósitos da lei e funciona como resposta às questões sociais.

Assim, as decisões do CADE, na análise e autorização dos atos de concentração de empresas, constituem uma prova dessa assertiva, uma vez que ao aplicar a lei ao caso concreto de concentração analisado, o CADE está amoldando a previsão legal à realidade do mercado, cuja desenvoltura possui inerente a concentração de empresas. Com isso, a aplicação da legislação antitruste pelo CADE atende, pois, a funcionalidade do Direito. Se essas decisões gerarão as conseqüências pretendidas somente o tempo irá dizer, mas caso não atenda as expectativas esperadas, o CADE também possui mecanismos legais de coibir os efeitos negativos não desejados.

Neste sentido, a decisão do CADE no caso Colgate/ Kolynos serve de exemplo desta aproximação da lei à realidade, proporcionando paulatinamente o amadurecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – no que se refere à sua função de preservar o interesse público e promover a eficiência produtiva, em conformidade com as regras da eficiência segundo a linha da escola ordo-liberal.

O estudo permite concluir pelo aprimoramento constante da legislação antitruste, cujo maior exemplo é a prioridade às condutas anticompetitivas, que é a pedra angular das legislações antitruste das economias maduras. E a eficiência

das decisões do CADE sobeja satisfatoriamente reconhecida, rechaçando-se as críticas infundadas que apenas denigrem a imagem da instituição e das próprias políticas públicas, interna e externamente, em nada colaborando com o desenvolvimento econômico-social brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 foi fruto de uma tentativa de se implantar o Estado social, como substituição ao capitalismo estruturado em moldes liberais. Com base nesta idéia, o Estado procurou regular sua intervenção direta na economia. Contudo, as forças do mercado, guiadas pela mão invisível de Adam Smith, fazem com que o Direito tenha que se adaptar à realidade social. Com isso, volta-se à discussão do quanto de Estado, isto é, até onde o Estado deve intervir.

Todavia, se havia alguma dúvida quanto à necessidade de intervenção do Estado na economia, ela se esvaiu com a atual crise econômica mundial. Quando a sociedade de mercado se guiava freneticamente, de repente, um colapso. E o Estado, subestimado em sua força, é chamado a socorrer os grandes agentes econômicos, mostrando a importância de seu papel na economia. É esta mesma importância que se verifica na necessidade do controle dos atos de concentração de empresas realizado pelo CADE, como forma de garantir o desenvolvimento econômico aliado à livre concorrência.

O grande desafio do Estado é conduzir o seu modelo de desenvolvimento de forma a promover um futuro melhor para a sua comunidade. Nisto está inserido também o desafio do Direito de acompanhar a dinamicidade da realidade mercadológica. A legislação está posta de forma exemplar, bem como a atuação crescente do CADE vem demonstrando sua idoneidade e inegável eficiência. Percebe-se já uma grande evolução histórica na política antitruste. O Brasil está no caminho certo. Um pouco mais de investimento da cultura concorrencial por parte de toda a sociedade levará o Brasil a um exemplo mundial de defesa da concorrência.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares de. **Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil: O Controle de Fusões e Aquisições.** In Revista de Direito da Concorrência, Brasília: IOB/CADE, n. 09, p. 63-90, jan./mar. 2006 ou 2004.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico.** São Paulo: Atlas, 2005. 230 p.

CÓDIGO de Conduta da Colgate. Disponível em: <http://www.colgate.com.br/app/Colgate/BR/Corp/LivingOurValues/CodeOfConduct.cvsp>. Acesso em 10 nov. 2008.

FARINA, Elizabeth M. M. Querido. **Teoria Econômica, Oligopólios e Política Antitruste.** In Revista de Direito da Concorrência, Brasília: IOB/CADE, n. 06, p. 29-60, abr./jun. 2005.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE.** São Paulo: Renovar, 1998. 865 p.

GLOBAL Competition Review. Disponível em: www.globalcompetitionreview.com/news/frontpage.cfm. Acesso em 10 nov. 2008.

GUIA de Análise de Concentração. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias. Acesso em 25 out. 2008.

NETTO, Adyr Ferreira Netto; OLIVEIRA, Lourival José de. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico: Síntese Econômica, Filosófica e Jurídica e Perspectivas para a Economia Globalizada.** In Scientia Iuris: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina, Edue, v. 01, n. 12, p. 9-22, jul./dez. 2008.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.** 5. ed., São Paulo: RT, 2008. 383 p.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 571 p.
PEREIRA, José Matias. **Políticas Públicas de Defesa do Consumidor e da Concorrência: Uma avaliação do processo de**

consolidação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência. *Revista académica de economia*. www.eumed.net/cursecon/ecolat/. Acesso em 10 nov. 2008.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência**. In Revista de Direito da Concorrência, Brasília, IOB/CADE, n. 6, p. 13-26, abr./jun./2005.

SALOMÃO FILHO, CALIXTO. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998. 359 p.

SANTOS, A **Concentração Empresarial**: Caracterização das Operações de Concentração. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8103>. Acesso em 11 nov. 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2003. 598 p.