

# 8

## A FUSÃO COLGATE-KOLYNOS: A IMPORTÂNCIA E A ATUAÇÃO DO CADE PARA ASSEGURAR A LIVRE CONCORRÊNCIA E A TUTELA DOS CONSUMIDORES<sup>1</sup>

*The Colgate-Kolynos merger: the importance and role of Cade to ensure free competition and consumer protection*

**Emerson Ademir Borges de Oliveira<sup>2</sup>**

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

**André Luís Cateli Rosa<sup>3</sup>**

Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO) – Ourinhos/SP, Brasil

**Danielle Flora Costa Borralho<sup>4</sup>**

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contexto:** o presente artigo trata da grande fusão que marcou o início da década de 1990 entre as grandes marcas de higiene bucal, à época, no Brasil: a *Colgate-Palmolive Company* e a *Kolynos do Brasil S/A*.

**Objetivo:** possui por objetivo verificar a importância e a atuação do Cade no processo de fusão entre as empresas *Colgate-Palmolive Company* e a *Kolynos do Brasil S/A*.

**Editor responsável:** Prof. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

**Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 20/06/2022 **Aceito em:** 11/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular da Universidade de Marília. Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

**E-mail:** [emerson@unimar.br](mailto:emerson@unimar.br) **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7891371445211973> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>

3 Doutor em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A, Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal Advogados. Professor dos cursos de Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO. Professor de Pós-Graduação lato sensu. Autor de livros e artigos científicos. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia. Avaliador e parecerista de revistas científicas. Avaliador e Membro Editorial do International Journal of Law Society.

**E-mail:** [andrecateli@email.com](mailto:andrecateli@email.com) **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3607648043042229> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3670-7836>

4 Mestra em Direito (mestrado interinstitucional) pela UNIMAR/SVT Faculdade; pós-graduada em Direito Processual Civil - UNIFOR; pós-graduada em Direito Previdenciário - UNIDERP; pós-graduada em Direito Civil - UNIASSELVI; formação pedagógica em letras - português/inglês - FAVENI. Docente no curso de Serviços Jurídicos no IEMA; advogada.

**E-mail:** [daniellefborralho@gmail.com](mailto:daniellefborralho@gmail.com) **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7262050604391254>

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7086-1207>



**Método:** utilizou-se do método indutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e de artigos eletrônicos e legislação.

**Conclusões:** após estudo dos impasses surgidos à época da fusão, demonstrou o papel importante do Cade, para assegurar a livre concorrência e manter o equilíbrio social, garantindo uma adequada tutela dos consumidores.

**Palavras-chave:** barreiras de entrada; Cade; fusão; lei antitruste; mercado relevante.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** this article deals with the great merger that marked the beginning of the 1990s between the major brands of oral hygiene in Brazil at the time: *Colgate-Palmolive Company* and *Kolynos do Brasil S/A*.

**Objective:** it aims to verify the importance and performance of Cade in the merger process between *Colgate-Palmolive Company* and *Kolynos do Brasil S/A*.

**Method:** the inductive method was used, through bibliographic research and electronic articles; as well as documentary research.

**Conclusions:** after studying the impasses that arose at the time of the merger, it demonstrated the important role of Cade, to ensure free competition and maintain social balance, guaranteeing adequate protection of consumers.

**Keywords:** entry barriers; Cade; fusion; antitrust law; *relevant market*.

**Classificação JEL:** K21; K23.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A política antitruste brasileira e papel do Cade; 3. O mercado relevante e a importância da competitividade; 4. A questão das barreiras de entrada e a decisão do Cade; 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A análise que se faz sobre a fusão da *Colgate/Kolynos* possui por referência a economia contemporânea, abordando-se até que ponto é possível dizer que a decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), à época, foi eficiente<sup>5</sup>.

Levará em consideração os impactos econômicos e sociais da época, analisando se houve respeito ao que prescreve a Constituição Federal de 1988 (CF/88), tendo por base os princípios gerais da atividade econômica, principalmente quanto à atuação do Estado, tendo como possíveis consequências uma concentração econômica.

Quando da fusão, discutiu-se bastante sobre a atuação do Cade, principalmente em relação às suas decisões quanto aos atos de concentração das empresas, considerando o que objetivava a Lei nº 8.884/94 (lei que transformou o Cade em autarquia e tratava sobre a prevenção e repressão às

---

5 Messias e Rosa (2019) ensinam que, por meio de uma visão factual do direito, reduzindo-se a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, observando-se as externalidades envolvidas, bem como a racionalidade e o custo/benefício em relação à sociedade, é que se consegue alcançar o resultado social mais eficiente.

infrações contra a ordem econômica), posteriormente revogada pela Lei nº 12.529/2011.

Em um contexto geral, ao se falar sobre a fusão da Colgate/*Kolynos*, tem-se um rico conteúdo a respeito do direito antitruste, justamente porque se estava diante das duas grandes empresas que dominavam à época o serviço de higiene bucal.

Os mais diversos argumentos e análises repercutiram diante de um fato (fusão) que poderia levar ao monopólio do comércio de higiene bucal, surgindo assim a necessidade da intervenção do Cade, justamente para que, conforme a antiga Lei nº 8.884/94, pudesse “proteger a livre concorrência, a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores, determinando a repressão ao abuso do poder econômico” (VERONESE, 2013, p. 36).

Nesse sentido vale ressaltar que o que a CF/88 garante é a liberdade de os particulares terem a chance de ingressarem no mercado, por meio da livre iniciativa; no entanto, é necessário preservar o bem-estar social. É com esse objetivo que a Lei nº 8.884/94 era usada como um diploma de defesa da concorrência.

O caso da fusão Colgate/*Kolynos*, aqui analisado, demonstra toda estrutura de estudo da aplicação dessa Lei antitruste vigente à época, bem como a atuação de proteção do mercado, com o fim de garantir os direitos econômicos e sociais, tendo como um dos grandes focos a proteção do consumidor, garantindo uma concorrência equânime.

Com o fim de se mensurar a atuação necessária do Cade à época da fusão, verificou-se que, em relação ao mercado de pastas de dente, a *Colgate-Palmolive Company*, no ano de 1994, possuía 25,6%, a *Kolynos do Brasil S/A* detinha 52,5%, enquanto que a Gessy-Lever detinha 18,2%. Só as duas primeiras juntas possuíam 78,1% desse mercado (BARRIONUEVO, 2011).

Essa concentração de mercado seria conforme o Cade, o bastante para a criação de barreiras à entrada de novas empresas, principalmente quando se relaciona fidelidade às marcas existentes, seja por parte dos consumidores, seja por parte do sistema de distribuição (BARRIONUEVO, 2011).

Diante disso, com o objetivo de se verificar a importância do Cade nesse processo de fusão, como guardião da livre concorrência, a investigação faz um estudo à luz da política antitruste no Brasil, abordando a discussão que girou em torno do procedimento, como: a importância de se delimitar quais eram os mercados relevantes; até que ponto tal fusão iria impactar na competitividade do mercado econômico; quais eram as possíveis barreiras à entrada encontradas durante a fusão; e o que o procedimento poderia impactar no comércio.

A pesquisa se justifica diante das novidades conceituais que resultaram de todo o procedimento de fusão, um dos mais complexos até então da história concorrencial do Brasil, com a possibilidade de se tecer uma avaliação mais madura dos procedimentos depois de passadas 3 décadas.

O método utilizado na pesquisa foi o indutivo, baseado em dados bibliográficos e documentais; bem como pesquisa documental.

Por fim foi possível antever que, mesmo diante de inúmeros questionamentos, sobretudo após o lançamento da marca Sorriso, a fusão foi legal e assegurou a eficiência do mercado, resultando inclusive em ganhos para os consumidores.



## 2. A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA E PAPEL DO CADE

O Cade é uma autarquia federal (por força da Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/2011) que possui como objetivo proteger a livre concorrência. Esta, por sua vez, é definida por André Ramos Tavares como “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social” (TAVARES, 2011, p. 256).

O Cade exerce tamanha importância quando se trata de política econômica de concorrência. No que tange às mudanças das legislações citadas acima a respeito do controle dos atos de concentração antes que sejam feitas fusões, incorporações, ou demais operações que venham alterar estruturas de mercado e tendo as empresas vantagens no faturamento, é preciso a notificação ao Cade, o que significa dizer que as negociações entre as empresas somente serão concluídas caso o Cade venha a aprova-las (SCHAPIRO, 2013, p. 50).

A defesa da livre concorrência leva à tutela do bom funcionamento do mercado, haja vista que, ao garanti-la, está-se englobando dentro dessa conduta preços mais baixos, produtos com melhor qualidade, uma diversificação e inovação das ofertas, aumentando assim a tutela do bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico (CARVALHO, 2013, p. 475).

*Analisando o fenômeno da concorrência em seus aspectos econômicos, admitidas a ineficácia e a insuficiência de certas formas repressivas, e a impossibilidade da implantação dos modelos teóricos, passam a sociedade e os poderes públicos a aceitar suas próprias limitações, abandonando a utopia de implantar uma concorrência perfeita, e a raciocinar, em termos de valor possível a ser buscado, institucionalizado e protegido pelo Direito (VAZ, 1993, p. 99).*

Nesse sentido a CF/88 faz valer que a concorrência deve existir. O texto constitucional adota uma economia descentralizada, uma economia de mercado, que está sujeita a uma atuação mais forte do Estado, com normas e regulamentações, e que permite que este, por sua vez, faça uma exploração direta da atividade econômica sempre que for necessário à segurança nacional ou que seja de interesse da coletividade. Igualmente, é bom pontuar que a lei constitucional concede livre exercício para qualquer atividade econômica, não necessitando de autorização de órgãos públicos, a não ser nos casos determinados por lei. Portanto, tomando por base o artigo 173, § 4º da CF/88, a livre concorrência garante livre manifestação da liberdade de iniciativa, cabendo à lei repudiar abusos de poder econômico cuja finalidade venha ser o domínio de mercados, eliminação da concorrência, bem como aumento de lucros de forma arbitrária (MORAES, 2023, p. 947).

Mas ainda que a Constituição tenha garantido uma economia descentralizada de mercado, o Estado está autorizado a intervir como agente regulador e normativo no domínio econômico, de forma a fiscalizar, incentivar e também realizar planejamentos direcionados ao setor privado considerando sempre os ditames principiológicos constitucionais que tratam da ordem econômica. Frisa-se, portanto, que o artigo 170 da CF/88 determina a ordem econômica com base na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano (BRASIL, 1988).

Entretanto, observa-se que a liberdade de iniciativa não deve ser entendida como total, haja vista que, por trás dela, a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais (OLIVEIRA;

ROSA; SILVA, 2021, p. 78). Dessa forma, portanto, a regulação impacta diretamente na livre iniciativa dos agentes econômicos afetados por ela ao editar normas que indiretamente afetam as atividades econômicas (OLIVEIRA NETO; MACEDO, 2021, p. 11).

Desse modo a livre iniciativa não deve por sua vez ser interpretada de forma absoluta, é preciso ponderar e ter uma maior atenção por parte do Estado, principalmente para que não haja um desequilíbrio econômico em que o poder estatal concede liberdade econômica para alguns, restringindo, entretanto, para outros.

Considerada a primeira lei antitruste brasileira, a Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666/1945) foi uma lei vocacionada para a repressão do abuso do poder econômico. Corroborando a mesma, o artigo 148 da Constituição Federal de 1946 apresentava que a lei deveria combater todo tipo de abuso do poder econômico, incluindo a formação de uniões ou grupos de empresas individuais ou sociais, independentemente da sua natureza, quando o objetivo fosse dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar os lucros de forma arbitrária (BRASIL, 1946). Passando para a era moderna da política antitruste no Brasil, a mesma se iniciou na década de 90, época em que o país passava por uma transição na economia (CARVALHO, 2013, p. 99). Na oportunidade havia uma cooperação entre as empresas privadas e o Governo (este era quem controlava os preços no mercado). A primeira Lei que tratou sobre a concorrência no Brasil, foi a Lei nº 4.137/1962, que criou o Cade, cuja competência era eliminar o abuso do poder econômico, que pudesse vir a gerar qualquer ato atentatório à concorrência (CARVALHO, 2013, p. 99).

A criação do Cade se deu com o artigo 8º da Lei nº 4.137/1990. Cabia a ele a apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Já o artigo 2º da mesma Lei considerava abuso do poder econômico, práticas que pudessem ter como consequências o domínio do mercado ou então uma eliminação total ou parcial da concorrência, igualmente um aumento dos preços sem nenhuma razão justificável, tendo como objetivo somente o lucro, mas sem aumento da produção, além de abusos da posição de domínio e monopólio, objetivando o aumento dos preços temporariamente, assim como a formação de grupo econômico (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 34) (BRASIL, 1990).

Na vigência dessa lei, a atuação do Cade não foi tão eficiente, tendo em vista que até 1975, o número de averiguações preliminares feitas pelo Cade, foi apenas 11 processos. Essa atuação já causava descontentamento, principalmente porque o mesmo era inoperante e não conseguia impedir abusos de poder econômico que tinha conhecimento<sup>6</sup>.

Foi na década de 1990 que uma série de mudanças começaram a ocorrer no país, tais como privatizações, mudanças de leis<sup>7</sup>, mudanças na regulação do mercado, liberação de preços, entre outras. Já em 1994, adotou-se o Plano Real, sendo também aprovada a Lei nº 8.884/94, que tratava da defesa na concorrência (Lei Antitruste) (CARVALHO, 2013, p. 99).

*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.*

6 A Constituição Federal de 1946 expressamente, trata sobre a repressão ao abuso de poder, em seu art. 148: **Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros** (BRASIL, 1946, grifo nosso).

7 Como a lei nº 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.



*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, 3 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 apud VERONESE, 2013, p. 32-33).*

Na mesma lei (Lei n.º 8.884/94), conferia à Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça o poder de “monitorar as práticas de mercado, acompanhando os atos realizados por pessoas físicas ou jurídicas que detivessem posição dominante de mercado, a fim de prevenir as infrações dispostas na lei” (CAVALCANTI, 2014, p. 56).

A Lei antitruste ganhou destaques por suas decisões à época, pois tinham reflexos diretos sobre a concorrência. Mas muito se questionava sobre as decisões do Cade, colocando à prova a sua eficiência. A maior atenção foi dada aos atos de concentração, que por sua vez não apresentavam tanta ameaça à livre concorrência. Outrossim o mesmo não se pode dizer sobre os cartéis, que ofereciam maiores problemas ao mercado (CARVALHO, 2013, p. 476).

Quando se trata sobre a matéria antitruste de forma geral, um dos pontos mais importantes a se verificar é se com o possível aumento de mercado, no caso aumento de poder de mercado em decorrência de uma fusão, poderá também ocasionar o aumento de preços, bem como reduzir a eficiência econômica, refletindo, portanto, no bem-estar dos consumidores. Por tal razão, a análise de uma possível fusão precisa ser a mais minuciosa possível, haja vista que, quem mais pode sentir é o consumidor (SCHILLING, 2018, p. 2-3).

*Na prática, há também outros intervenientes que podem colher ganhos ou perdas de valor de uma fusão: os preços dos fornecedores (incluindo salários ao trabalho) podem ser forçados a baixar por um comprador que agora tem mais poder negocial, as comunidades podem perder impostos e empregos se a fusão resultar em despedimentos, os gestores podem auferir salários mais elevados e outros benefícios por estarem ao leme de uma empresa maior (SCHILLING, 2018, p. 2-3).*

Essa análise do poder de mercado é de grande importância, e demanda atenção minuciosa por parte do Cade. O poder de mercado nada mais é do que a capacidade de um agente econômico - seja ele um grupo econômico ou uma empresa - de potencializar os seus lucros, reduzindo as ofertas e condutas que como consequência refletirá no consumidor com o aumento de preço dos produtos ou serviços. Portanto a atuação do Cade em primar pela liberdade de concorrência e a livre iniciativa é em prol também do consumidor, que sentirá bastante quando a oferta se torna excessivamente

onerosa e com a exclusão de competidores, principalmente quando a demanda aumenta (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).

Mas tal definição não pode ser considerada de forma plena no que tange poder utilizar essa definição de forma única para condenar um agente econômico, posto que o poder de mercado não é propriamente algo negativo. Quando se fala em excluir concorrentes no mercado econômico, exige-se a existência de “poder de mercado”, o que de imediato não pode ser considerada como algo ilícito, justamente porque, junto a essa necessidade de poder, é preciso que haja elementos outros, que por sua vez serão analisados para que o abuso do poder de mercado reste configurado.

Esse poder de mercado<sup>8</sup> configura um dos elementos essenciais à incidência da Lei Antitruste além da possibilidade de ser tutelada pelas autoridades de defesa da concorrência. Para isso, é preciso mensurar a participação de mercado do agente. E quanto a isso, boa parte das normas antitruste apresentam um critério de valor mínimo em termos de participação de mercado, do qual presumir-se-á a existência de poder. De início esse agente econômico que se imputa a conduta anticoncorrencial será avaliado e o objetivo é verificar se o mesmo possui ou não participação de mercado suficiente que se presume poder de mercado, conforme a legislação antitruste. Assim, via de regra, minimamente uma participação de 20% no mercado relevante, já se considera o bastante para que se presume a existência de poder econômico de mercado, ou então presunção de posição dominante de mercado. Entretanto, uma participação de mercado superior a 20% não fica configurada automaticamente como abuso de poder de mercado (GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).

Mas não se deve tratar como sinônimas as expressões poder de mercado e poder econômico. Estas podem significar expressões diferentes de manifestação de poder. Portanto, poder de mercado, que também pode ser chamada de posição dominante é a capacidade que o agente econômico possui de influenciar as variáveis em um mercado específico e importante, por isso é importante analisar as suas variáveis diante do comportamento desse agente, pois é provável que com esse, se alcancem resultados que podem ser positivos ou negativos à liberdade de concorrência. Ao passo que poder econômico se define como a capacidade que esse agente tem para influenciar variáveis de competições, a exemplo o preço em um ou mais setores presentes na economia, ou seja, mercados importantes, relevantes. Igualmente, esse é o elemento fundamental, pois o que o diferencia do outro é o abuso ou a utilização errada do poder econômico.

Desse modo, conforme o que objetiva a lei antitruste, considerando a análise concorrencial de mercado, para identificar condutas que podem ser de forma eventual prejudiciais à livre concorrência, além de mensurar a possibilidade e a probabilidade de determinados arranjos estruturais virem a ocasionar problemas tanto ao mercado como aos consumidores, é importante que se inicie investigando a participação de mercado desses agentes econômicos, pois pode significar uma existência de poder de mercado. Após isso, segue-se a análise de outros elementos que possam confirmar essa existência, como a presença de barreiras à entrada, e é dessa forma que se identifica a existência do domínio do agente econômico e de uma posição privilegiada, sendo esta possível de se

8 A doutrina define o poder econômico como a possibilidade de exercício de uma influência notável e a princípio previsível pela empresa dominante sobre o mercado, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas através de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau. Impossibilitados de enfrentar competidor de maior poder econômico, os demais concorrentes, consumidores ou mesmo agentes atuantes em outros mercados encontram-se em posição de sujeição à conduta e aos preços por ele impostos. A situação de exercício abusivo de poder econômico por parte do agente que o detém tende a criar no mercado distúrbios e ineficiências semelhantes àqueles típicos de mercado monopolizado (NUSDEO citado por GABAN; DOMINGUES, 2024, p. 42).



contestar ou não. Assim, caso não haja a possibilidade dessa contestação ser feita em decorrência das barreiras à entrada, bem como da presença de rivalidades é necessária a intervenção da autoridade competente para que aplique o que determina a lei antitruste.

A análise da fusão entre as empresas Colgate e *Kolynos* refletiu bem quais eram as maiores preocupações na época sobre as decisões do Cade, isso porque, como acima esclarecido, muito se questionava sobre a eficiência das decisões tomadas pela autarquia, o que motivou a presente investigação. Além disso, a partir de 1994, a política de defesa da concorrência passou a ser implementada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) no âmbito da Lei nº 8.884/1994 e, portanto, o caso em análise não passou somente pelo crivo do Cade, mas de todo o sistema (incluindo SDE e SEAE).

Conforme Anders, Pagotto e Bagnoli (2012, p. 5), tanto o Cade quanto os operadores da área de direito da concorrência, de forma geral não estão dando a devida atenção para o aspecto fundamental da constitucionalidade da lei antitruste, assim, o que se percebe é que acaba sendo mais usual a aplicação da lei e de seus dispositivos específica e isoladamente do contexto constitucional, dando privilégio, portanto, de maneira exclusiva para o princípio da livre concorrência.

Dentre as funções do Cade tem-se a educativa, a preventiva e a repressiva. A preventiva é aplicada em situações em que é necessário analisar casos de fusão, incorporação e associação de empresas. A repressiva é aplicada diante de condutas que venham contrariar a livre concorrência (ex.: cartéis, vendas casadas etc.).

*Ao Cade, entre as funções previstas compete decidir os processos administrativos instaurados pela SDE; decidir sobre a existência de infração ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, considerando a gravidade da conduta caracterizadora da infração; apreciar os atos e condutas que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar no domínio de mercado, fixando compromisso de desempenho quando aprová-los. Atendendo aos dispositivos legais, o Cade atua de forma preventiva e repressiva, ora proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos prejudiciais da atuação empresarial, ora fiscalizando e punindo os responsáveis por comprovadas infrações à ordem econômica. O Cade supervisiona os atos e atividades empresariais orientando-se pela defesa da concorrência, não lhe competindo estimulá-la, pois não é órgão formulador de política de fomento à concorrência (CÂMARA et al., 2009, p. 388-389).*

O Cade era auxiliado pela SDE, um departamento do Ministério da Justiça, cuja função consistia em apurar infrações econômicas para que o Cade viesse a julgá-las. Também cabia a ele fazer as análises de possíveis atos de concentração, sugerindo assim ao Cade que fizesse uma aprovação ou não. Interessante é que na lei estava prevista a possibilidade de o consumidor considerar e analisar as relações interempresariais que fossem mais significantes para a ordem econômica do país (art. 1º, que trazia como princípio que orientava as leis, a defesa dos consumidores).

Com a revogação da Lei nº 8.884/94 pela Lei nº 12.529/11, houve alteração da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, ou seja, ampliou-se os poderes e as funções do Cade, ficando para este as funções que antes eram de competência da Secretaria de Direito Econômico e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Contudo, a nova lei não



alterou os princípios norteadores de aplicação de suas normas, dentre eles permanecendo o da defesa do consumidor (SENNA, 2013, p. 13-14).

No que diz respeito à Lei antitruste, o Cade funciona como instrumento de promoção da política econômica do Poder Executivo, podendo aprovar com restrições o ato de concentração lesivo à livre concorrência, bem como, também, atenuar ou então não aplicar penalidade, diante da conduta que gera infração à ordem econômica (COELHO, 1995, p. 26 *apud* CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).

*A natureza dos atos do Cade é idêntica à daqueles dos demais órgãos administrativos. Os pronunciamentos da autarquia, embora revestidos de formalidades semelhantes às dos órgãos judiciais, não fazem coisa julgada e estão sempre sujeitos à revisão do Poder Judiciário, da mesma forma que todos os demais atos administrativos. A possibilidade de revisão judicial dos atos do Cade é assegurada pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal (CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).*

A importância e eficiência da atuação do Cade suscitada nesse estudo decorre do histórico dos processos que foram submetidos à autarquia. Entre os anos de 1963 a 1990, dos 337 procedimentos que o Cade analisou, 117 processos foram instaurados. Todavia somente em 16 processos houve condenações, que por sua vez foram revistas pelo Poder Judiciário, não existindo nenhum caso grande que pudesse trazer uma maior visibilidade e demonstrar eficiência da atuação do Cade, durante tal período.

Existem vários fatores que podem induzir ao entendimento de que a importância da atuação do Cade nesse período fosse baixa, a exemplo: as “penas” aplicadas, tendo por base a Lei nº 4.137/62, eram consideradas moderadas demais, bem como que as empresas não estavam tão preocupadas com as penas, pois se preocupavam na verdade com a opinião pública diante de tais situações.

Todavia, entre 1991 e 1993, mais 128 processos foram instaurados, podendo-se presumir, portanto, que as decisões do Cade ganharam um pouco mais de consistência após a Lei antitruste (CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389-390).

O Cade é instrumento da promoção da política econômica do Poder Executivo. Nesse contexto, devem ser consideradas as hipóteses em que a prática empresarial, embora tipificada como infração à ordem econômica ou restritiva à livre concorrência, repercuta favoravelmente em outros aspectos da economia (desenvolvimento econômico e tecnológico, redução da taxa de desemprego, geração de tributos, melhoria na qualidade dos produtos ou serviços, aumento da produtividade). Ao decidir pela aplicação da sanção e aprovação do ato de concentração a autarquia não pode ignorar eventuais reflexos positivos da prática empresarial. A lei antitruste permite ao Cade aprovar com restrições ato de concentração lesivo à livre concorrência ou atenuar ou mesmo não aplicar penalidade à conduta caracterizadora de infração à ordem econômica (COELHO, 1996, p. 26 citado por CÂMARA *et al.*, 2009, p. 389).

No que tange à atuação do Cade, cita-se alguns casos de grande relevância, como a fusão da *Pains-Gerdau*, ou seja, a fusão da Companhia Siderúrgica *Pains* (Grupo *Korf GmbH*) a Siderúrgica *Laisa S/A* (Grupo *Gerdau*) que era um dos maiores fabricantes de aço do Brasil à época. Em março de 1995, a operação (fusão) foi aprovada parcialmente pelo Cade e para isso determinou que ocorresse a desconstituição, portanto, de atos que foram oportunos à incorporação da Companhia *Pains* ao



Grupo *Gerdau*. Todavia essa determinação do Cade, gerou inconformismo às partes interessadas, no caso as requerentes, que por sua vez, fizeram novo pedido, requerendo a reapreciação da decisão, e utilizaram como um dos argumentos a situação de insolvência da Companhia *Pains*. Quando da reapreciação da decisão anterior, o Cade, manteve a sua decisão inicial, contudo, em decorrência de pressões políticas que sofrerá na época, fez com que o mesmo fosse mais complacente no momento da execução do julgado (FARIA, 2020).

Ainda sobre o caso acima, o que fora solicitado pelo órgão antitruste era que a *Gerdau* vendesse a *Pains*, o que ocasionou o pedido de reconsideração pela requerente, mas o veto foi mantido como dito. Isso resultou em algo inédito à época e na história do Cade, pois a *Gerdau* então recorreu diretamente ao Ministro da Justiça, Nelson Jobim, para que ele revisse a decisão, conforme relatos obtidos por Pedro Dutra em seu livro “Conversando com o Cade”<sup>9</sup> (*apud* BASILE, 2009).

O que levou ao Cade solicitar que o negócio da compra da Companhia *Pains* fosse desfeito, era que de acordo com a maioria dos conselheiros entendeu-se que a fusão iria elevar a concentração no mercado de aços planos de 48% para 53% em favor do Grupo *Gerdau*, o que acabaria colocando em risco a concorrência nesse setor econômico. Assim, esse acabou sendo o primeiro caso em que o Cade vetou integralmente, após a entrada em vigor da Lei 8.884/94. Em outubro de 1995, por maioria, o plenário rejeitou o recurso feito para rever sua decisão e manteve o veto total à operação. A *Gerdau* recorreu então ao ministro da Justiça à época, Nelson Jobim, como citado com um recurso hierárquico visando anular a decisão. Contudo, o artigo 50 da Lei 8.884/94 dispendo que “as decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo” (BRASIL, 1994), o Ministro à época, aceitou o recurso e solicitando os autos do processo ao Cade e suspendendo a obrigação do cumprimento da decisão (BRASIL, 2013, p. 73).

*“Seguiu-se uma enorme repercussão na imprensa diante da decisão do ministro, acompanhada de duras críticas de advogados e empresários à atuação do Cade”, completa Coutinho. O economista Mário Henrique Simonsen, por exemplo, publicou na Revista Exame, em fevereiro de 1996, um artigo intitulado “O Cade atrapalha”, no qual fazia duras críticas à Lei 8.884/94, acusando-a de já ter nascido ultrapassada. Seu argumento era que, em um cenário de economia globalizada, seria impossível a qualquer empresa impor preços ou condições de mercado, mesmo que fosse monopolista em um setor, por causa da competição dos produtos importados. Na esfera política, chegou a ser criado um grupo interministerial 73 composto por representantes dos ministérios da Justiça, da Fazenda, do Planejamento e da Indústria e Comércio. O objetivo era estudar alterações na legislação – que poderiam ser feitas por meio de uma medida provisória – com o intuito de reduzir os poderes do Cade, em particular, sobre operações de fusão e aquisição, que seriam transferidos para a SDE, órgão diretamente ligado ao Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 73).*

Passados dois anos, o recurso que foi apresentado pela *Gerdau* foi encaminhado para que o Cade analisasse. Ocorre que àquela época, o Cade possuía o plenário quase que integralmente

---

9 “Ficamos perplexos, pois jamais imaginávamos que o Cade fosse solapado no âmbito do próprio Ministério da Justiça”, lembrou a conselheira Neide Mallard. “Nós, conselheiros, nos reunimos e chegamos à conclusão de que não iríamos enviar o processo ao ministro, mas sim ao Ministério Público para que executasse a decisão.” Segundo o presidente do Cade na época, Ruy Coutinho, o episódio causou “um mal estar político tremendo”. “Jorge *Gerdau* foi ao presidente Fernando Henrique Cardoso, que entrou em contato comigo para saber o que havia acontecido” (BASILE, 2009).

renovado, em decorrência do final dos mandatos de cinco integrantes, inclusive o presidente. O Conselho então voltou a julgar a fusão, aprovando o caso, mas desde que fossem atendidas as restrições que o Cade impôs, utilizando um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), visando o afastamento dos riscos de concorrência que a fusão envolvia. Esse é um mecanismo com previsão na Lei 8.884/94. Trata-se de um acordo entre o Cade e as partes, em que é imposta condição para que o negócio seja aprovado caso se necessite que sejam aplicadas restrições concorrenciais. O presente termo determina metas qualitativas e/ou quantitativas para afastar os riscos à concorrência encontrados quando da análise do caso. No TCD, estipula-se também prazos de cumprimento das obrigações, monitorados pela autarquia antitruste. No que tange à Lei 12.529/11, tal restrição faz-se por meio de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC) (BRASIL, 2013, p. 74).

Ainda sobre a atuação do Cade na lei antitruste, em novembro/1994, no julgamento do Ato de Concentração 6/24, foi totalmente rejeitada pelo plenário do Conselho a criação da Empresa Eterbrás Sul Ltda., que surgiria da associação entre a *Brasilit e Eternit*. A justificativa para a não aprovação, é devido ao fato de que o Cade entendeu que uma vez que ocorresse a junção das duas empresas, isso poderia afetar negativamente o território nacional, pois restringiria muito mais a oferta de matérias-primas, a exemplo telhas de amianto e caixas d'água para os outros concorrentes nesse mercado específico, eliminando completamente a concorrência, uma vez que já se considerava tal mercado muito concentrado (BRASIL, 2013, p. 77).

O Cade, naquele momento, dispunha de informações indiretas de que tais empresas (*Brasilit e Eternit*) possuíam o controle da exploração de produtos de fibrocimento (nome genérico que se dá ao material de construção que é feito de pasta de cimento e reforçado com fios ou então filamentos cuja origem pode ser natural ou sintética). Assim, caso o pedido fosse aprovado e ocorresse a união dessas empresas, a concentração do mercado nacional proveniente seria bem alta, superior a 50% (no caso 51,95%), além também de já possuírem o monopólio da matéria-prima e do transporte inclusive, assim conforme pareceres técnicos da SDE, SEAE, além da Procuradoria do Cade, esse ato de concentração não fora autorizado (BRASIL, 2013, p. 77).

Um dos casos mais significativos e que demandou inúmeras análises para que se pudesse chegar a uma decisão, principalmente pela pressão social e econômica na época, foi o caso da fusão das empresas Colgate e Kolynos, haja vista que a *Colgate-Palmolive Company*, em 1994, possuía 25,6% do mercado de pastas de dente, enquanto a *Kolynos do Brasil S/A* detinha 52,5% desse mercado.

Na década de 90, a *Kolynos do Brasil S/A* foi comprada pela *Colgate-Palmolive Company* por US\$ 1,040 bilhão, em que US\$ 760 milhões foram destinados ao mercado brasileiro, em um processo de leilão privado que ocorreu em Nova York. À época, a *Colgate-Palmolive Company*, junto com a sua subsidiária, a *KAC Corporation*, adquiriram uma boa parte do mercado de saúde bucal da *American Home Products Corporation (AHP)*. Foi o primeiro negócio que alcançou a marca dos bilhões de dólares. Quanto à parte brasileira, a transação ocorreu em 10/01/1995, quando houve a aquisição do negócio de saúde bucal do *Laboratório Wyteh-Whithall*, por sua subsidiária brasileira já citada, a AHP (SALGADO, 2003, p. 1).

O problema enfrentado pelo Cade quando da análise desse processo, foi que quando a Colgate realizou o negócio, quase que imediatamente o mesmo assumiu a fábrica da Kolynos, assim a aprovação do Cade para tal fusão em 1996 dependeu de algumas restrições, impondo à empresa um TCD, como exemplo a suspensão da marca Kolynos por um determinado tempo, até mesmo



para favorecer que surgissem novos competidores de fabricação de *creme dental* nesse mercado econômico.

A vigência da lei 8.884/94 permitiu maior visibilidade ao SBDC além conceder condições para gerir políticas de defesa da concorrência. Com isso, as empresas começaram a dar mais atenção às necessidades previstas na lei quando fizessem a submissão de algumas operações ao Cade. Tempos depois, precisamente em 2000, foram feitas alterações na lei antitruste, tais alterações flexibilizaram a possibilidade de se realizar buscas e apreensões, bem como a celebração de acordos de leniência, além da celebração de compromissos de cessação com as empresas que fossem investigadas quanto às práticas anticoncorrenciais. Dessa forma, o Cade continuou com as análises, realizando inclusive vetos parciais e totais de operações. (BRASIL, 2013, p. 76).

Um outro caso bem importante que demandou atuação do Cade foi o caso da Ambev – *American Beverage Company* ou Companhia de Bebidas das Américas, que se tornou um dos casos mais conhecidos em que o Cade atuou. A empresa em questão decorre da União em julho de 1999, entre a Companhia Antártica Paulista e a Cervejaria Brahma, apresentadas como uma fusão entre iguais com a finalidade de aumentar a competitividade, além de ganhar escala para crescer e alcançar espaço de forma internacional. Todavia essa união gerava muita polêmica, principalmente porque a Brahma, antes dessa fusão, tinha adquirido a Skol. As empresas juntas acabavam dominando 90% do mercado brasileiro de cerveja e isso seria um grande problema para a concorrência e também para o consumidor. Ocorre que tanto a SEAE e a SDE não concordavam com a aprovação da fusão, ou seja, os pareceres não aprovavam incondicionalmente o negócio. Assim, a SEAE condicionou que para a aprovação do negócio era preciso, portanto, que a Skol, adquirida há pouco tempo, fosse vendida. Já a SDE sugeriu que a nova companhia abrisse mão de uma das três marcas que possuía. Assim, o colegiado do Cade aprovou a negociação com exigências e restrições como a venda pela Ambev da marca de cerveja Bavária assim como cinco das suas fábricas para que fosse ofertada infraestrutura de operação e logística à empresa que fosse comprá-la, justamente para que a mesma pudesse se fixar no mercado, a fim de que se preservasse a concorrência nesse mercado de cervejas, assim a empresa *Molson* foi quem adquiriu a Bavária (BRASIL, 2013, p. 77).

O § 4º do art. 54 da Lei antitruste (8.884/94) determinava que a aprovação das fusões estava condicionada à aprovação do Cade. Todavia, apesar de a lei determinar essa obrigatoriedade, a existência de uma lei branda demais, que não possuía punição significativa para as empresas que desrespeitassem essa determinação, facilitava o fechamento de operações antes mesmo da manifestação do Cade.

Um outro fator também determinante era a morosidade dos processos e, por conta disso, o Cade muitas vezes analisava transações já consumadas, o que ia no sentido contrário ao que determinava a lei. E claro, uma coisa é analisar uma transação antes de ela ocorrer, outra coisa é fazer a mesma análise, mas sobre os negócios consumados, o que poderia levar a uma série de outros fatores, como por exemplo, o custo para se desfazer tais negócios, principalmente se existissem resultados negativos, impactos sociais e econômicos etc.

Um outro caso emblemático de atuação do Cade foi a aquisição da Fábrica de Chocolates Garoto, pela concorrente suíça Nestlé, um dos casos mais discutidos na história da defesa da concorrência no Brasil. A Garoto, localizada no Espírito Santo, foi comprada pela Nestlé em fevereiro de 2002. Toda a sua aquisição foi rejeitada integralmente pelo Plenário do Cade em fevereiro de

2004 (Ato de Concentração 08012.001697/2002). O veto da negociação ocorreu pelo fato de o Cade entender que se tratava de uma negociação que apresentava um grande potencial lesivo à concorrência, principalmente porque isso significaria para a Nestlé uma concentração em suas mãos de 58% do mercado de chocolate. Antes do julgamento, a Nestlé então assinou junto ao Cade um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (Apro), no qual se comprometia a funcionar de maneira independente das estruturas Garoto, bem como não tomar decisões que não pudesse reverter. Todavia, a mesma tinha ciência de que ainda que concordasse dessa forma a negociação ainda poderia ser rejeitada. Dessa forma o Cade rejeitou totalmente, e a Nestlé ainda tentou reverter a decisão no Conselho do Cade, apresentando como nova proposta se desfazer de parte dos ativos da Garoto, pois de acordo com a empresa, ao propor tal possibilidade estaria apresentando um fato novo, e conforme a Lei, essa seria a única forma da decisão ser revista pelo Conselho. Contudo, mesmo com tal proposta, o Cade ainda rejeitou a negociação, assim, o caso passou a ser discutido na Justiça (BRASIL, 2013, p. 82).

Após 18 anos, o Cade então aprovou a aquisição da Garoto pela Nestlé. O aval foi condicionado a um ACC, prevendo vários remédios comportamentais para poder preservar a concorrência no mercado brasileiro de chocolates. Ocorre que na época da negociação entre as empresas, as negociações ocorriam geralmente antes do julgamento do Conselho do Cade, contudo com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, o modelo de avaliação dessas negociações mudou, ou seja, um novo modelo foi devidamente inserido, assim, atualmente ocorre previamente a análise dos atos de concentração. Diante da recusa do Cade, a Nestlé judicializou o caso em 2005, e tomando por base decisão em 2009, o Cade teve que reabrir o ato de concentração, realizando assim novo julgamento sobre o caso, e em junho de 2021 retomou a avaliação da negociação para fazer um novo teste de mercado com nova instrução processual. Avaliação recente da Superintendência-Geral do Cade demonstrou que houve uma grande entrada de concorrentes no segmento entre 2001 e 2021, levantando algumas preocupações em primeira avaliação com o surgimento de chocolates de várias formas. Em números, a Nestlé/Garoto teve uma queda em vendas, perdendo a posição de líder no mercado<sup>10</sup> (EM NOVO..., 2023).

O início da análise das fusões foi marcado por inúmeras discussões e protestos das concorrentes. Um grande desafio desabrochava diante do Cade, que havia se tornado autarquia recentemente, e precisava analisar minuciosamente o caso para que fosse possível o respeito à lei, primando pelos interesses dos consumidores e a livre concorrência.

<sup>10</sup> Por meio do acordo, a Nestlé deverá cumprir uma série de remédios comportamentais, que são medidas relacionadas à atividade interna da empresa, como, por exemplo, obrigações de fazer e não fazer. Nesse sentido, a Nestlé não poderia adquirir, pelo período de cinco anos, ativos que representem, acumuladamente, participação igual ou superior a 5% do mercado. O compromisso não se aplica a aquisições internacionais, com efeitos no Brasil, realizadas pelo controlador da Nestlé ou empresa do seu grupo econômico. Nesses casos, o ato de concentração deverá ser notificado ao Cade, caso atenda aos critérios de submissão prévia estabelecidos em lei. Além disso, outra cláusula prevista no acordo obriga a Nestlé a comunicar ao Cade, por um prazo de sete anos, qualquer aquisição de ativos que caracterize ato de concentração no mercado nacional de chocolates, abaixo do patamar de 5%, ainda que o outro grupo envolvido no negócio não atinja os parâmetros de faturamento para notificação obrigatória da operação à autarquia. Também pelo período de sete anos, a Nestlé se compromete a não intervir nos pedidos de terceiros para a concessão de redução, suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre a importação de chocolates, nos termos do Decreto 11.428/2023 e do Decreto 10.242/2020. Por fim, a Nestlé deverá manter em produção a fábrica da Garoto em Vila Velha (ES), durante o período mínimo de sete anos (EM NOVO..., 2023).



### 3. O MERCADO RELEVANTE E A IMPORTÂNCIA DA COMPETITIVIDADE

Quando da fusão, a Colgate possuía quatro pilares na economia, quais sejam: “cuidados bucais”, nutrição animal, cuidados pessoais e limpeza do lar. Seus produtos estavam distribuídos em vários outros países.

Quando a Colgate adquiriu a *Kolynos* em 1995, também adquiriu o negócio de higiene bucal, inovando com o lançamento de um *creme dental* líder de mercado chamado “*creme dental sorriso*”, o que passou a ser significativo a ser analisado sob a ótica do mercado relevante.

O termo mercado relevante é visto tanto na lei revogada (Lei nº 8.884/94), quanto na atual Lei nº 12.529/2011. Ambas as leis abrangiam a questão da não possibilidade de se permitir o domínio do mercado relevante de bens e/ou serviços. Mas apesar de sua presença nas duas Leis, não se tinha especificamente o conceito mais apropriado para mercado relevante. A expressão mercado relevante possui origem na língua inglesa advinda da expressão “*Relevant Market*”, cuja origem é do direito americano (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 145).

A influência norte americana impactava na jurisprudência do Cade, motivo pelo qual na legislação de 1962 não havia a expressão conhecida hoje como “mercado relevante”, mas sim “mercados nacionais”. Na antiga jurisprudência do Cade, entendia-se que:

*o mercado relevante ou ‘os mercados nacionais’ de que trata o inciso I, caput, da Lei 4.137, de 1962, deve ser limitado em termos geográficos e de produto. Em termos geográficos não se refere a todo o território nacional, mas sim à zona de influência decisiva do indiciado, em termos de produto, o fato de existirem produtos que podem ser tecnicamente substituídos por outros, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral (FRANCESCHINI, 1985, p. 39 apud FERRAZ JUNIOR, 2018).*

O conceito de mercado relevante é importante justamente porque é por meio dele que se consegue analisar, por exemplo, quais os efeitos anticompetitivos potenciais de operações que possam implicar na concentração de mercado ou então em práticas abusivas diante de condutas que as empresas supostamente consideradas detentoras de poder de mercado possam fazer. E é nesse momento que cabe à legislação, bem como às agências de defesa da concorrência, nos casos antitrustes, prevenir e coibir tais práticas (POSSAS, 1996, p. 75).

É importante diante da discussão do mercado relevante analisar não apenas os motivos, mas também os resultados de uma “fusão”, tendo em vista que isso pode ser uma miríade, bem como pode ser um fator desencorajador de efeito sobre os consumidores, fornecedores e até mesmo os concorrentes, ou partes que possivelmente viessem a ter interesses, se tornando em algo muito complexo.

Existe, desse modo, uma grande quantidade de dinâmicas competitivas que acabam se desenrolando de forma simultânea na indústria, e isso acaba mascarando ou camuflando a verdadeira razão da fusão, tornando difícil inclusive de se conhecer qual o verdadeiro contrafactual, surgindo um questionamento: “o que teria acontecido às empresas e às indústrias, caso a fusão não tivesse tido lugar?”.

Assim, quando o motivo real de uma fusão acaba sendo flagrantemente predatório (aumentando o poder de monopólio de mercado, impactando sobre os preços ou eliminando alguma tecnologia superior e potencialmente concorrente), as empresas podem não notar em um primeiro momento esse motivo, com as declarações públicas feitas pelos envolvidos, bem como pode não ser fácil inclusive provar que essas eram as verdadeiras intenções das empresas envolvidas nas fusões, restando evidente a importância da política antitruste (SCHILLING, 2018, p. 3).

Considerando a perspectiva da posição de poder econômico, por meio da delimitação em um mercado relevante geográfico, de um mercado relevante pelo produto, considerando também um período de tempo determinado, é que se poderia porventura elaborar condições que pudessem medir não apenas a participação dos agentes econômicos no mercado em geral, mas também poder qualificar qual o poder de mercado, ou seja, a possibilidade de acesso aos mercados fornecedores e de escoamento, possíveis ligações e a qualidade das ligações com outras empresas, bem como as barreiras de fato e de direito que existem ou possam vir a existir com a entrada de novas empresas em um dado mercado (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 146).

No entendimento de Garcia (1996, p. 39), para identificar o mercado relevante é preciso que se caracterize o produto, bem como fazer a identificação dos produtos substitutos, além de definir a dimensão geográfica.

Isso não significa que o mercado relevante se limite unicamente a questão de competitividade das empresas que estão concorrendo umas com as outras. Na verdade, ele trata do reflexo que tal competitividade atribui às estruturas das relações econômicas, caso ocorram alterações no futuro.

Assim, o que se tem diante dos conceitos dados sobre mercados relevantes, é um híbrido-econômico (reflexo da jurisprudência norte-americana), justamente por que em relação ao mercado é importante delimitar as dimensões do espaço econômico, para análise antitruste (SALGADO, 2003, p. 2).

Assim quando se identifica os produtos e seus substitutos mais próximos dentro de um espaço, acaba-se acentuando a relação entre o poder de mercado e as inúmeras possibilidades de escolhas que o consumidor terá. Portanto, quanto mais alternativas o consumidor tiver em um determinado mercado, muito menor será a possibilidade de o poder de mercado mostrar-se na forma de aumento de preços (SALGADO, 2003, p. 2).

Já a concentração de mercado pode, ao contrário, criar monopólios, ou seja, quando uma empresa eleva seus preços bem acima dos custos e sustentadamente, o que significa dizer que a mesma em hipótese alguma irá incentivar a entrada de novos ofertantes, ou aumentar as ofertas dos que já existem (SALGADO, 2003, p. 3-4).

Conforme apresentado por Joe Bain (1956) em *“Barriers to New Competition”*, delimitar fronteiras é criar barreiras de entrada, cuja existência está atrelada ao surgimento de lucros extraordinários em um mercado onde as firmas instaladas e o poder econômico maior não são ameaçadas pela entrada de novas empresas.

Deve-se considerar também a elasticidade do produto. Conforme os ensinamentos de H. Hovenkamp:



*um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual (1) a elasticidade da demanda e (2) a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo (POSSAS, 1996, p. 78).*

Quando se pensa em fatores que possam justificar a “elasticidade”, tem-se os efeitos da substituição e a renda. Mas entre os dois fatores, o que mais chama a atenção é a substituição, isso porque existe uma correlação entre a elasticidade de uma demanda, e a capacidade de substituição de produtos por outros alternativos mais acessíveis ao consumidor. Portanto, se a elasticidade da demanda for maior, também será a de substituição de produto pelos consumidores, que terão à sua disposição produtos bons que possam substituir aquele cujo preço aumentou ou vice-versa.

Assim, além dos substitutos de produtos (consumo/demanda) que decorre da decisão dos consumidores e das suas necessidades, há também os substitutos da oferta (produção), que decorrem da decisão dos produtores. Portanto, delimitar as dimensões dos mercados que foram afetados na operação acaba sendo o fator necessário para que se possa fazer a análise do processo de concentração da economia e da política de concorrência.

Será isso, portanto, que irá permitir que se faça uma avaliação dos efeitos que podem decorrer dessa concentração, bem como dos benefícios que se espera quando se estuda a elevação da eficiência econômica, junto aos danos que são causados no ambiente competitivo (SALGADO, 2003, p. 3).

Mas quando se fala em concentração de mercado, de fato é possível que esta gere efeitos negativos para com o consumidor, restringindo inclusive a concorrência, todavia, não se deve pensar de forma total que toda concentração de mercado será ruim para a sociedade ou para o consumidor. Ou seja, os atos de concentração que possam trazer uma eficiência econômica gerando benefícios a sociedade precisam ser aceitos.

É interessante pensar que as vezes o aumento da concentração de poder de uma empresa pode tornar o mercado mais competitivo, pois essa empresa nova pode se tornar uma concorrente forte para disputar com outras empresas que acabam sendo muito mais fortes. Isso pode equilibrar as disputas pelo mercado.

Assim, existem mercados cuja concentração natural por uma empresa é relativamente grande que unificar as concorrentes, mesmo que, aparentemente, diminua a concorrência, pode ser útil para aumentar a competitividade (OLIVEIRA, 2016, p. 10).

A inserção de uma concorrente de peso em um mercado monopolizado é muito bom para o consumidor. Um dos primeiros impactos que surgem é a queda dos preços dos produtos, além claro da melhoria quanto à qualidade deles. Ou seja, melhora a concorrência e o consumidor passa a ter mais opções de compra.

A vulnerabilidade do consumidor é uma presunção absoluta, tanto que o artigo 4º, inciso I do CDC, reconhece essa vulnerabilidade no mercado de consumo. Diante disso, o papel do Cade diante das negociações entre empresas que podem vir a concentrar mercados, precisa considerar como um dos pontos de maior proteção o consumidor.



Conforme Miragem (2024, p. 96), o legislador brasileiro estabelece a presunção de vulnerabilidade do consumidor, assim, todos os consumidores são considerados vulneráveis, tendo em vista que inicialmente não possuem o poder de direção da relação de consumo, ficando expostos às práticas comerciais realizadas pelos fornecedores no mercado. Todavia, uma vez que haja o reconhecimento da presunção de forma absoluta da vulnerabilidade aos consumidores em sua totalidade, isso não significa, contudo, que eles serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor.

Após entender um pouco o mercado relevante, aplicando o seu conceito e características dentro do caso da fusão Colgate-Kolynos, estabeleceu-se quatro mercados relevantes, ou seja, o *mercado de creme dental*, o *de fio dental*, o *de escova dental* e o *de enxaguante dental*. Contudo, diante da grande operação e do impacto que esta teve, os mercados de *creme dental* e de *escova de dente* foram os que mais se destacaram. Isso porque, o que se verificou, foi que para esses dois mercados não havia substituto comercial (SALGADO, 2003, p. 8-10).

A razão para isso se dava devido à elasticidade da demanda, qual seja, a demanda dependia da renda. A elasticidade acabava sendo mais alta para a população mais pobre, e por tal razão criou-se uma estratégia que discriminaria os preços para que se pudesse maximizar os lucros da *Kolynos*, resultando na criação da “escova social”, na região Nordeste, vendida por 30 centavos de real. Isso porque se considerou a elasticidade como inversamente proporcional ao nível de renda que foi dado justamente por conta do peso decrescente do produto na cesta básica (SALGADO, 2003, p. 4).

Mas é importante frisar que o “consumo” se torna crescente de acordo com o nível da renda. Na época, com os estudos feitos sobre tais mercados, concluiu-se que em São Paulo (capital e interior), considerada a região que possuía a renda mais elevada, o consumo médio de tais produtos era bem alto, ultrapassando a marca da média mundial, constatando-se que tal demanda acabava sendo menos sensível quando o assunto era novidades de produtos e marcas, independente dos preços dos produtos (SALGADO, 2003, p. 4-5).

Ou seja, viu-se que os consumidores em tais áreas estavam dispostos a experimentar o “novo”, principalmente se representassem boa qualidade. No entanto, o mesmo não acontecia nas regiões cuja renda e o consumo eram mais baixos, e justamente por isso esses eram mais sensíveis aos preços. Fica visível aqui o caráter complementar do mercado relevante de *creme dental* e *escova de dente*.

Dessa maneira, economicamente falando, a demanda de um bem por conta da baixa nos preços, em um mercado relevante, aumenta, por conseguinte, a demanda dos bens do mercado relevante complementar. E comparando tais mercados aos demais mercados relevantes apresentados pela *Kolynos*, não houve o mesmo efeito (SALGADO, 2003, p. 4-5).

Diante de tais análises de mercado, a Colgate-Kolynos definiu então um só mercado para os chamados nichos medicinais, mercado de massa que recebeu o nome de “*Premium*”, cuja justificativa foi a substitutibilidade entre eles.

A explicação ocorria da seguinte forma: caso o preço de um *premium* aumentasse, a reação do consumidor seria migrar para um produto mais barato; por outro lado, se a renda desse mesmo consumidor aumentasse, ele provavelmente experimentaria um produto (*creme dental*) mais caro, e de uma marca que ele já conhecesse e confiasse.

Caso isso acontecesse o resultado seria o aumento do faturamento do grupo, ainda que



se mantivesse constante o número de vendas, haja vista que os consumidores começariam a agregar os produtos de maior valor. Dessa forma, essa prática, caso adotada, estaria provavelmente concentrando o mercado nas mãos do grupo Colgate-Kolynos, tornando-se um possível exemplo de anticompetitividade, motivo pelo qual essa pretensão não foi aprovada pelo Cade, não ficando assim definido o mercado como “saúde bucal”.

Quanto à análise baseada na dimensão geográfica, não houve distinção entre competições externas ou internas de análise de mercado, haja vista que já haviam sido definidos os quatro segmentos, ou seja: *creme dental*, escova de dente, fio dental e enxaguante bucal.

Outro ponto importante é entender a estrutura do mercado, pois em qualquer mercado existem duas fontes básicas de competição, ou seja, os “produtos existentes” e os “entrantes potenciais” (SALGADO, 2003, p. 6). No parecer apresentado pela Colgate, ela informava que o mercado de saúde bucal era, por sua vez, bem concentrado e controlado por quatro empresas (*Procter & Gamble, a Colgate-Palmolive, a Gessy-Lever e a Smithkline Beecham*), cuja maior competitividade se dava nos segmentos de *creme dental* e *escova dental* (os principais segmentos) (SALGADO, 2003, p. 7). Mas na análise de mercado, o domínio da *Kolynos* era muito mais acentuado na América Latina, havendo uma razão para isso:

*a forte concentração apresentada se dava pela 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 (SALGADO, 2003, p. 7).*

A análise somente envolvia o mercado de *creme dental* e de escova de dentes, que eram os que mais ofereciam riscos de domínio de mercado e de concentração. Assim estar-se-ia diante de um mercado anticompetitivo, pois poderia ocorrer um monopólio do mercado de *creme dental* e escova de dentes por parte da Colgate-Kolynos, já que a *Kolynos* dominava acentuadamente esse nicho no Brasil, o que acabaria reduzindo a participação ou qualquer chance de participação no comércio desses produtos por outras empresas, resultando na ausência de concorrência e monopólio econômico, refletindo diretamente nos consumidores, que ficariam à mercê dos preços estipulados pela empresa dominante, justamente pela falta de concorrência.

Nos segmentos citados, à época da fusão, as empresas que atuavam eram: *Kolynos, Colgate-Palmolive, Gessy Lever, Johnson & Johnson, Augusto Klimmek e Merrel Lepetit*. E como já demonstrado, a maior concentração era sobre o mercado de *creme dental*, entre as três primeiras empresas citadas. Quanto aos demais, juntos no Brasil, possuíam do mercado apenas 0,2%.

## Quadro 1- participação nos mercados relevantes à época da fusão

Volume Físico	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante Bucal
<b>Kolynos 5</b>	50,9%	26,7%	7,9%	-
<b>Colgate</b>	26,6%	8,4%	2,3%	14,5%
<b>Kolynos + Colgate</b>	78,5%	35,1%	10,2%	14,5%
<b>Gessy-Lever</b>	22,3%	2,6%	-	-
<b>Johnson &amp; Johnson</b>	-	25,8%	56,3%	5,4%
<b>Augusto Klimmek</b>	-	16,9%	-	-
<b>Merrel Lepetit</b>	-	-	-	39,4%
<b>Oral B (Gillete)</b>	-	9,5%	12,8%	2,5%

Fonte: Colgate. Elaboração: Cade *apud* Salgado, 2003, p. 9-10.

Um destaque de suma importância, e que contribuiu bastante para a evolução do mercado, foi a estabilidade econômica dada pelo Plano Real, que refletiu bastante na indústria de higiene e limpeza, nicho do qual a higiene bucal faz parte. Isso porque resultou em maior poder de compra da população considerada menos favorecida acompanhado do surgimento de novos consumidores em grande escala, o que ocasionou um crescimento na demanda de todos os mercados relevantes aqui citados. Portanto, entre os anos de 1993 e 1995 houve um aumento significativo na indústria de higiene e limpeza, bem como no segmento de higiene bucal.

No caso em questão, o Cade entendeu que a produção de *creme dental* oferecia riscos de práticas abusivas, e isso poderia ocorrer justamente pela fidelidade do consumidor brasileiro à marca *Kolynos*, sem conceder nenhum benefício de concorrência.

Mas dentro do mercado é preciso estabelecer qual a estratégia e a competitividade a ser utilizada, bem como quais serão os mecanismos utilizados no crescimento e desenvolvimento de atividades empresariais. Ou seja, quando as empresas definem ou estabelecem as suas estratégias, o passo seguinte é escolher com quais alternativas irão competir.

*Quanto mais diferenciado 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, se bem sucedida, a que o consumidor não identifique substitutos para o produto de um fabricante e assim aceite aumentos de preços sem procurar alternativas de consumo (SALGADO, 2003, p. 10-11).*

Assim, o caso Colgate-Kolynos introduziu no antitruste brasileiro conceitos básicos para a análise econômica, como o que seria um mercado relevante, a estrutura de um mercado, a questão das barreiras de entrada, uma possível concorrência potencial, entre outros.



#### 4. AS BARREIRAS DE ENTRADA E A DECISÃO DO CADE

Uma barreira de entrada é caracterizada por permitir às empresas estabelecidas no mercado ganhar acima dos lucros normais, sem a ameaça de entrada de novas empresas.

Vale pontuar sobre a importante percepção de Joe Bain a respeito das barreiras de 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” (BAIN, 1965, *apud* SALGADO, 2003, p. 11).

Diante disso, a questão das barreiras de entrada deve ser analisada à luz da permissão para que as empresas que estão instaladas no mercado consigam reagir estrategicamente às ameaças de novos entrantes.

Um fator determinante que pode ser mencionado é o “preço”, pois as empresas, estrategicamente, podem diminuir o preço dos seus produtos, sem maiores perdas, e se mantiverem dessa forma, essa medida quando adotada, desencoraja os demais competidores, que sendo novos no mercado, terão que igualar os preços dos seus produtos às empresas instaladas.

Diante disso, todos os custos que essas empresas novas terão, como distribuição de produto, transportes, publicidade e outros, pode inviabilizar o negócio, e ao invés de lucrarem, iniciariam com perdas.

Um outro fator de barreiras à entrada é o custo de troca, que pode ser um problema para empresas novas, que terão que modificar os preços dos seus produtos para que possam competir com os que já possuem nome no mercado.

Outro custo que merece atenção é o chamado irrecuperável, que está relacionado aos custos iniciais, como investimentos iniciais de capital, ou custos com compras de equipamentos, por exemplo. Pode-se mencionar custos com desenvolvimento de uma marca, do qual a propaganda será uma grande ferramenta para que possa ganhar destaque e se tornar conhecida no mercado (SCHYMURA, 1997, p. 4-5). Nesse sentido,

*Custos irrecuperáveis são investimentos que estão totalmente comprometidos com o mercado, uma vez que são feitos. Eles não podem ser recuperados, mesmo que a empresa que investiu neles saia do mercado. Junto com as barreiras regulatórias, custos irrecuperáveis, são agora vistos por muitos comentaristas como uma das duas principais fontes de barreiras de entrada porque eles estão envolvidos em tantos outros fatores que podem impedir a entrada de novos concorrentes (ROSS, 2004, p. 79-80 *apud* OECD, 2005, p. 26).*

Durante o estudo da possibilidade de fusão ora apresentada, os pareceristas contratados pelas empresas fizeram análises das implicações das operações no que diz respeito à existência das barreiras de entradas nos mercados tidos como relevantes, principalmente no mercado de *creme dental*.

O parecerista contratado pela Colgate-Kolynos, por meio de sua análise, enxergou no mercado de *creme dental* brasileiro uma competição bem intensa, em que, segundo ele, existiriam poucas barreiras de entrada, bem como a inexistência de efeitos gerados pela aquisição (fusão). A

justificativa dada por ele foi a existência de uma alta competitividade no mercado, o que se dava pela introdução de novos produtos, e do aprimoramento na qualidade e na competição de preços mesmo o mercado sendo relativamente concentrado (SCHYMURA, 1996).

Sendo assim, existindo concentração por conta da competitividade, ainda seria possível a comercialização por meio de muitas empresas de *creme dental*. O parecerista ainda completou sua análise afirmando que não haveria custos irreparáveis (SCHYMURA, 1996).

Todavia, esses argumentos não foram aceitos pelas demais concorrentes de mercado, tendo sido refutados, a exemplo do parecerista contratado pela *Procter & Gamble*, que inseriu gastos irreparáveis da P&G (ex.: marketing e propaganda).

Além dessas, outras questões como: gastos com equipamentos e instalações, tubos, enchimentos etc., poderiam ser também um problema. Contudo, o parecerista em seus argumentos ignorou completamente os custos de transação, junto à mudança de produtividade, ou estratégias de expansão e de competição, por exemplo.

A P&G também alertou para os gastos com “pesquisa e desenvolvimento”, pois mesmo havendo tais pesquisas sobre os cremes dentais, os produtos de higiene bucal não eram tão intensos em tecnologia. Ponderou ainda que a Colgate e a *Kolynos* apresentavam um grande diferencial, que seria desproporcional às demais empresas, que ainda teriam que provar a eficácia de seus produtos.

Restava também a questão da “lealdade dos consumidores” perante as “marcas”. Os pareceristas também divergiram de opinião quanto à possibilidade de vezes e o tempo que o consumidor poderia trocar um produto, todavia isso poderia ser um pouco relativo quanto ao número de produtores, bem como as estratégias utilizadas por eles na divulgação dos seus novos produtos.

Um outro fator citado na discussão e que também seria uma barreira à entrada foi o chamado “sistema de distribuição”, posto que as marcas que já estavam estabilizadas no mercado possuíam o seu próprio sistema de distribuição, e com isso acabava dificultando a entrada de outros, com possíveis bloqueios de canais, sem contar com os custos altíssimos de transportes e estocagem.

No entanto, essa alegação de barreira não foi aceita pela Colgate-*Kolynos*. Foram feitas várias simulações de entrada de um novo competidor, considerando custos, preços e investimentos, de forma que os resultados, após várias combinações diferentes, foram os seguintes:

*[...] com a estrutura de mercado em que a empresa líder detém 80% do mercado, com o tamanho de mercado 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 ainda maiores), não haveria espaço para que uma entrante obtivesse resultados positivos em um horizonte temporal razoável (em torno de dez anos). Verificou-se, entretanto, 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. Tal resultado foi o indicador do tempo mínimo requerido para a entrada de um novo concorrente [...]* (SALGADO, 2003, p. 21).

Verifica-se que as barreiras de entrada apresentam grande importância, haja vista que em quase todos os tipos de casos de concorrência podem resultar em algum tipo de infração em sentido



estrito. No entanto, é essencial enxergar a definição de mercado considerando a base geográfica de produto, ou critérios específicos destes, quando se avalia se uma determinada empresa está na posição de dominante, ou então, se uma prática realizada unilateralmente poderá impedir a entrada de novos operadores (empresas) no mercado, bem como analisar quais possíveis efeitos podem surgir sobre a concorrência de uma fusão, por exemplo.

Todavia, o principal efeito das barreiras de entrada, sem dúvidas, é o de atrasar, retardar ou até mesmo neutralizar o mecanismo clássico de equilíbrio do mercado impedindo a chegada de novos concorrentes (OECD, 2005, p. 13).

*Numa situação em que uma fusão resulte em um aumento significativo da concentração, na medida em que a autoridade de concorrência está preocupada com possíveis efeitos anticoncorrenciais, eles são importantes, isso porque, uma vez que, desde que os novos participantes possam ganhar acesso fácil, rápido e numeroso ao mercado, a concorrência não será diminuída. É por esta razão que, portanto, as autoridades de concorrência que procuram se opor a uma fusão devem geralmente demonstrar que as barreiras à entrada, tornam improvável que um grande número de novos concorrentes, entrem no mercado no futuro próximo. Da mesma forma, eles geralmente precisam mostrar que existem barreiras à entrada, a fim de provar que uma grande participação de mercado equivale a uma posição dominante (OECD, 2005, p. 18-19).*

No mais, tais barreiras acabam desempenhando um papel indireto quanto à determinação da concentração de mercado, haja vista que os concorrentes potenciais, muitas das vezes, são tratados como se fossem concorrentes reais, caso as barreiras à entrada sejam de forma suficientemente baixas, para que permitam entrar rapidamente no mercado. Desse modo, é importante que as agências entendam os motivos pelos quais as barreiras são importantes para a política de concorrência, como elas podem afetar a concorrência em várias circunstâncias e como elas podem ser avaliadas corretamente em casos individuais (OECD, 2005, p. 19).

Assim a complexidade do caso se deu pelo fato de se ter quatro mercados relevantes, distintos uns dos outros, o que tornou um pouco mais complicadas as análises. O maior risco de concentração se dava nos mercados de *creme dental* e escova de dentes. No entanto, em relação aos enxaguantes bucais, não detectaram riscos de danos à concorrência em função da reduzida participação das empresas nesses mercados (SALGADO, 2003, p. 21-22).

Em relação à escova de dentes, ainda que estivesse dentro do mercado relevante que oferece concentração, mesmo a Colgate e *Kolynos* juntas passando a ter a primeira colocação no mercado em relação a esse produto, era preciso que se fizesse uma análise um tanto quanto distinta da que foi feita em relação ao *creme dental*, posto que a *escova dental* é um produto classificado como de experiência, possuindo um custo de experimento baixo, até porque acaba sendo o próprio consumidor quem faz o seu controle de qualidade.

Essa situação torna o mercado bem competitivo quando se fala em estrutura de mercado e, nesse caso, resultaria em uma rivalidade concorrencial (competitividade entre as empresas). Um grande exemplo disso foi a “escova social”, de preço mais baixo e comercializada na região nordeste do país, conforme já abordado.

Entretanto, quando se começa a analisar o mercado de *creme dental*, a situação é bem diversa, visto que com a fusão da Colgate-Kolynos, haveria dominação do mercado, eliminando de forma potencial a concorrência, apesar de ter apresentado um plano de investimento que poderia inclusive melhorar a qualidade dos produtos, com tecnologias que poderiam mudar o cenário completamente.

Interessante aqui citar o art. 54, da antiga Lei nº 8.884/94 vigente à época, que tratava de operações que restringissem a concorrência e respectiva necessidade de análise pelo Cade:

*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 eqüitativamente 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 (BRASIL, 1994).*

Mesmo apresentando propostas, o que se verificou pelos estudos é que haveria concentração desse mercado por parte da Colgate-Kolynos, tendo em vista que a primeira marca que era líder de mercado no Brasil (*Kolynos*), sendo adquirida pela segunda maior líder que era a Colgate, teriam juntas cerca de 80% do mercado de *creme dental*. Tal contexto resultaria em ausência de competitividade, tendo em vista que a segunda empresa teria somente 20% do mercado, enquanto a terceira não chegaria nem a 1%.

Na ocasião não se considerava a Gessy Lever um potencial concorrente, pois a distância de mercado entre as duas era enorme, o que resultaria em uma situação em que a Colgate-Kolynos acabaria ditando os preços, podendo prejudicar os consumidores, e que provavelmente seriam seguidos pelas demais empresas (SALGADO, 2003, p. 24).

A discussão, portanto, perante o Cade, seria a respeito de a concentração de mercado criar barreiras de entrada, que, por sua vez, poderiam potencialmente intensificar os riscos e custos de entrada no mercado, levando à manutenção da empresa líder sem qualquer ameaça palpável de concorrência.

Por outro lado, fora feita proposta de administração separada das companhias, o que não foi aceito diante da necessidade de duplicidade de estruturas, bem como de processos de marketing, de vendas etc., o que também na prática resultaria em ausência de concorrência entre elas, haja vista que sendo controladas por um mesmo grupo, não iriam competir entre si, obviamente. Assim, pode-se concluir que a fusão da Colgate-Kolynos estaria, por sua vez, ferindo o art. 54 da Lei nº 8.884/94.

O Cade, em sua decisão, entendeu que se a fusão fosse pautada somente sobre o mercado de



escovas de dente, fio dental e enxaguante bucal, a aprovação poderia ocorrer, pois estaria atendendo o que estava previsto no artigo 54, da Lei nº 8.884/94. Todavia, se a decisão fosse pautada sobre o mercado de *creme dental*, não seria possível a aprovação.

Com tais considerações a decisão do Cade se deu, sobre o controle das marcas, tendo como ponto de atenção o mercado de *creme dental* e a concorrência. Isso porque o controle simultâneo das marcas seria uma barreira de entrada de novos concorrentes, já que a *Kolynos* detinha um alto mercado no Brasil, e acabaria, como já abordado, fazendo a concentração de poder econômico.

Com efeito, o Cade, diante de todas as circunstâncias, criou algumas alternativas na tentativa para que a concorrência não fosse eliminada. Foram então apresentadas dez possibilidades de natureza econômica, que poderiam ser alternativas ou cumulativas.

*As alternativas de venda são as que envolviam o maior custo privado e público, por força, da reversão de projetos, e do grau de conflito potencialmente envolvido e da dificuldade de controle de todas as variáveis envolvidas no processo de execução. As alternativas que envolviam licenciamento eram “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, se adotadas isoladamente, gerariam menos efeitos benéficos sobre a concorrência, posto que o licenciado deteria, 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 pareciam ser as mais adequadas para estimular a entrada. Em ambos os casos, a marca dominante ainda estaria presente no mercado, inibindo a entrada. No caso do licenciamento, em particular, a menos que a longuíssimo prazo, as alternativas de vender ou licenciar a tecnologia não se aplicavam ao caso, posto que não havia patentes envolvidas nesse negócio (SALGADO, 2003, p. 26).*

A medida adotada foi a suspensão voluntária do uso da marca *Kolynos*, seja para a fabricação, seja para comercialização do produto de *creme dental* no Brasil, por um período de quatro anos. Considerou-se essa a solução mais adequada e justa, pois garantiria que a fusão não viesse a eliminar a concorrência ou pudesse desencorajar a entrada de novas empresas que quisessem explorar a mesma natureza de negócio.

A medida inclusive serviu para que as empresas que exploravam o negócio de *creme dental* se estabilizassem mais, fortalecendo assim as menores marcas, justamente para que pudessem concorrer com a *Kolynos* quando esta viesse a ser comercializada novamente (SALGADO, 2003, p. 29).

A proposta aceita pareceu adequada. No entanto vale citar que além dela o Cade ainda ofertou como proposta a possibilidade de a *Kolynos*, por 20 anos, licenciar para os participantes que possuíssem menos de 20% do mercado, ou então a novos entrantes, o que foi recusado.

Ao final, a medida adotada pelo Cade, de suspender o uso da marca por quatro anos, fomentou a entrada de novos fabricantes, trouxe vantagens para o consumidor ao elastecer a demanda, garantindo inclusive a concorrência com uma quantidade maior de produtos e serviços, com preços acessíveis.

Em 1997 a empresa retirou do mercado totalmente a marca *Kolynos*, mas em contrapartida



lançou o *creme dental* “Sorriso”: um detalhe curioso é que esse *creme dental* foi lançado com as mesmas fórmulas, cores e propagandas da *Kolynos*.

No ano de 2002 a empresa poderia ter relançado a marca *Kolynos* novamente, entretanto, o sucesso da marca Sorriso foi tanto, que este passou a ocupar a participação no mercado da antiga *Kolynos*, e com isso culminou no não relançamento do *creme dental Kolynos*, mantendo-se no mercado a marca Sorriso (VERONESE, 2013, p. 40).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a fusão estudada teria enorme potencial de gerar resultados deletérios para o mercado de higiene bucal e seus respectivos consumidores em função da concentração de poder econômico que poderia advir, por meio da concentração dos mercados relevantes.

Foi possível averiguar que as maiores concorrentes, na época, exigiram do Cade uma atuação mais enérgica quanto à fusão, o que levou à identificação dos mercados relevantes, com o conseqüente surgimento de vários conceitos básicos e necessários para a economia e para o mercado concorrencial.

A identificação dos mercados relevantes permitiu análises que levaram em consideração a elasticidade dos preços e o espaço geográfico, constatando-se que fatores como esses poderiam ser barreiras de entradas *de novas empresas no mercado*, que quisessem explorar o mesmo nicho econômico.

Percebeu-se que a maior dificuldade estava pautada na singularidade de não se tratar de apenas um mercado relevante, mas sim de quatro, e cada um deles com natureza diversa, surgindo a necessidade de se analisar cada um deles cuidadosamente.

Foi possível deduzir que dentre os mercados, os de maior concentração eram o de *creme dental* e o de escovas de dente, merecendo assim maior atenção do Cade.

Inferiu-se, na sequência dos estudos, que o mercado de escovas de dente, por se tratar de um bem de experiência, apresentava maior competitividade, de forma a minimizar os efeitos negativos de uma fusão entre as empresas, reforçando assim a necessidade de maior atenção para o mercado de *creme dental*, que apresentava menor competitividade.

Concluiu-se que a decisão do Cade em relação à fusão foi adequada do ponto de vista econômico, respeitando a legislação vigente à época e assegurando a entrada de novas empresas no mercado.

Por fim foi possível antever que, mesmo diante de inúmeros questionamentos, sobretudo após o lançamento da marca Sorriso, a fusão foi legal e assegurou a eficiência do mercado, resultando inclusive em ganhos para os consumidores.



## REFERÊNCIAS

- ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BAIN, Joe. *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.
- BARRIONUEVO, Arthur. Cade: os casos *Kolynos* e Ambev, dez anos depois. **Valor econômico**, São Paulo, 13 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/22majdca>. Acesso em: 3 jun. 2022.
- BASILE, Juliano. Livro revela bastidores de julgamentos do Cade. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 dez. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ydfg38w>. Acesso em: 8 abr. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Rio de Janeiro: Assembléia Constituinte, 1946. Disponível em: <https://tinyurl.com/2zv6f48w>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/czskwlv>. Acesso em 13 jun. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília, DF: CADE, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/23cz8afm>. Acesso em: 08 abr. 2024.
- BRASIL. **Lei nº 4.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/2h3v9qdf>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/28ho8w3s>. Acesso em: 4 jun. 2022.
- CÂMARA, Emerson Andrade *et al.* A política antitruste no Brasil: estudo de caso *Kolynos*. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, v. 43, n. 2, p. 383-399, out. 2009. DOI: <https://doi.org/10.5007/2178-4582.2009v43n2p383>. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdex4bps>. Acesso em: 24 fev. 2022.
- CARVALHO, Erick Leonardo Freire. A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo CADE. **Thesis Juris**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 473-500, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5585/rtj.v2i2.21>. Disponível em: <https://tinyurl.com/249fl49q>. Acesso em: 12 jun. 2022.
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **Cade**: o oligopólio no estado brasileiro de intervenção necessária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/28whq2ap>. Acesso em: 22 jun. 2023.
- EM NOVO julgamento, Cade aprova, com restrições, compra da Garoto pela Nestlé e autoriza realização de acordo judicial. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 14 jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cmos9qh>. Acesso em: 10 abr. 2024.
- FARIA, Paulo Henrique. Os processos de recuperação judicial e a aplicação da “failing firm defense doctrine” no Brasil. **Migalhas**, [s. l.], mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2avkexve>. Acesso

em: 7 abr. de 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Mercado relevante. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dmk675f>. Acesso em: 5 jun. 2022.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

GARCIA, Fernando. Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 36–42, maio 1996.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v. 14, n. 2, p. 121-142, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/26nkszh8>. Acesso em: 13 jun. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39. ed. Barueri: Atlas, 2023.

OLIVEIRA NETO, Dario da Silva; MACEDO, Alexandre Cordeiro. Abuso de poder regulatório: uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, dez. 2021, p. 8-26, DOI: 10.52896/rdc.v9i2.921. Disponível em: <https://tinyurl.com/2auz8oeg>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; ROSA, André Luís Cateli; SILVA, Josiane Schramm da. A fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio: efetividade e celeridade da análise pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e evolução legislativa. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 60-81, jun. 2021. DOI: 10.62896/rdc.v9i1.657. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yoq5mfr>. Acesso em: 13 jun. 2022.

OLIVEIRA, Marco Antônio de. Uma análise das concentrações de empresas sob o fator marca. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, São Paulo, n. 140, jan./fev. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/27syh7m6>. Acesso em: 11 abr. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Barriers to Entry**. Paris: OECD, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/26nqhaqc>. Acesso em: 8 jun 2022.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 75–93. 1996.

SALGADO, Lucia Helena. O caso *Kolynos-Colgate* e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, César (org.). *A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 29-66.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito econômico concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série GVlaw: Direito econômico).

SCHILLING, Melissa A. Potential Sources of Value from Mergers and Their Indicators. **Antitrust Bulletin**, [s. l.], v. 63, n. 2, p. 183–197, abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/0003603X18770068>. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ew8x7p>. Acesso em: 2 jun. 2022.



SCHYMURA, Luiz Guilherme. Barreiras a entrada: o caso do setor de *creme dental* brasileiro. **Ensaio Econômicos**, n. 299, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yu328jp>. Acesso em: 7 jun. 2022.

SENNA, Henrique Carmo Magalhães. **A defesa do consumidor nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas) - Centro de Graduação em Ciências Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/23683r36>. Acesso em: 8 jun. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da concorrência**. Forense: Rio de Janeiro, 1993.

VERONESE, Thâbata Biazuz. A eficiência do controle dos atos de concentração de empresas sob a ótica da escola ordo-liberal: estudo do caso Colgate/*Kolynos*. **Revistas Direito e Sociedade**, v. 1, n. 1, 2013, p. 31-43. Disponível em: <https://revistadireito.aems.edu.br/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=116>. Acesso em: 07 jun. 2022.