

# REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
LEGISLAÇÃO***

***volume 8 número 3 - 2001***

**I  
B  
R  
A  
C**

# REVISTA DO IBRAC

*DOCTRINA*

*JURISPRUDÊNCIA*

*LEGISLAÇÃO*

São Paulo

Volume 8 número 3 - 2001

ISSN 1517-1957

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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121  
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748  
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

home page: [www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)

E-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)

**REVISTA DO IBRAC**

**EDITORIA**

**Editor:** : José Carlos Busto

**Conselho Editorial** : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

**SUMÁRIO**

POLÍTICAS INDUSTRIAL E DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO JAPÃO Jorge Fagundes .....	3
TRADE, TRANSPARENCY AND COMPETITION: FTAA AND CER José Tavares de Araujo Jr. ....	47
A APLICAÇÃO “EXTRA-TERRITORIAL” DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO José Gabriel Assis de Almeida .....	69
ANTITRUST REVIEW OF MERGERS, ACQUISITIONS, AND JOINT VENTURES IN BRAZIL Michael G. Cowie, Cesar Costa Alves De Mattos .....	91
“UNDERSELLING” NA LEI Nº 8.137/90 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL Tercio Sampaio Ferraz Junior .....	141
LEILÕES OU REGULAÇÃO? ONDE ESTÁ O MONOPOLISTA? Edgard Antonio Pereira, Eleni Lagroteria .....	149
SOBRE A COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA ENTRE A UNIÃO EUROPÉIA E O MERCOSUL Maria Cecilia de Andrade Santos .....	177
<b>RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC .....</b>	<b>199</b>



## **POLÍTICAS INDUSTRIAL E DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO JAPÃO\***

**Jorge Fagundes\***

### **I - Introdução**

A extraordinária performance da economia japonesa no pós-guerra tem provocado uma intensa polêmica em torno de suas origens. A multiplicidade das explicações é proporcional ao número de análises realizadas em torno do milagre japonês. Entre os fatores encontrados para justificar as rápidas taxas de crescimento da economia japonesa estão a política industrial, a organização industrial baseada na forma Keiretsu, as práticas gerenciais inovadoras das empresas, a cultura de base confucioniana, certas circunstâncias históricas específicas, políticas macroeconômicas “corretas”, e mesmo a ação das livres forças de mercado (Cf. Johnson, 1982, Okimoto, 1989, Burlamaqui, 1995, Krugman, 1994, Dore, 1986; Amsden, 1989 e Teixeira, 1992). Tais fatores podem ser apresentados em conjunto ou tomados isoladamente como causa fundamental do crescimento da economia japonesa no pós-guerra.

No âmbito desse artigo, cabe salientar aquelas análises que enfatizam o papel do Estado como principal causa do crescimento econômico japonês, destacando-se a tese do state-led-growth, segundo a qual o desenvolvimento econômico desse país seria explicado pela intervenção estatal no processo de alocação de recursos e coordenação das decisões dos agentes econômicos. Em particular, a política industrial no Japão tem sido apontada como instrumento central na conformação das estruturas industriais da economia japonesa, sendo responsável pela geração das condições que suportaram os ganhos de produtividade da economia do Japão no pós-guerra (Cf Johnson, 1982).

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em junho de 98

\* Professor Adjunto da Universidade Cândido Mendes.

Contratando com a ênfase conferida ao papel da política industrial, encontra-se a política antitruste. Existe quase um consenso por parte daqueles que defendem a intervenção do Estado na área industrial como causa básica na explicação do milagre japonês, sobretudo no período 1955-70, não somente quanto a ausência de qualquer aplicação relevante da legislação antitruste, mas também, e principalmente, quanto ao caráter disfuncional da mesma no contexto de uma economia submetida a um processo de rápido crescimento e transformações estruturais. Na verdade, tais opiniões vão além: a partir da experiência japonesa, é questionada a necessidade de qualquer política de defesa da concorrência, seja qual for o estágio de desenvolvimento do país.

Esse artigo tem como objetivo explorar, de forma ainda superficial, as relações entre política de defesa da concorrência, desenvolvimento econômico e política industrial. A segunda seção analisa o papel da política de defesa da concorrência no contexto de economias em desenvolvimento. A terceira seção examina a evolução da política antitruste no Japão, bem como seus conflitos com a política industrial, sobretudo no âmbito dos cartéis e fusões. Finalmente, a última seção procura retirar algumas lições do caso japonês no âmbito do exercício de políticas de defesa da concorrência.

Duas são as principais conclusões do artigo. Em primeiro lugar, as políticas de defesa das concorrência devem ser suficientemente flexíveis para adaptarem-se as necessidades ditadas pelo estágio de desenvolvimento econômico e pelo arcabouço jurídico e institucional do país. Em particular, o grau de conflito com a política industrial depende: (i) do estágio de desenvolvimento do país; e (ii) da orientação e princípios que a norteiam. Em segundo lugar, a política antitruste tem um importante papel a desempenhar nas chamadas economias de mercado - desenvolvidas ou não -, onde, por definição, a intervenção do Estado é caracterizada por uma natureza mais reativa, de modo que as decisões relativas a alocação de recursos são, em grande parte, de responsabilidade do setor privado. O caso japonês parece ilustrar e suportar essas conclusões.

## II - Política Antitruste e Economias em Desenvolvimento

Existe um intenso debate a necessidade dos países em desenvolvimento implementarem leis e políticas antitruste (Stevens, 1995, p. 951). De um lado, existe o receio de que a adoção dos princípios da legislação antitruste

norte-americana, cujo principal objetivo é o de promover a eficiência econômica, possa criar um impacto negativo sobre economias em transição, caracterizadas por profundos processos de reestruturação industrial. Além do mais, a nova legislação antitruste, nesses países, é, em geral, acompanhada por um forte resistência por parte da comunidade de negócios, posto que interpretada como uma nova forma de intervenção estatal na economia, sobretudo em países onde a experiência de controles de preços foi longa e extensa.

A política de defesa de concorrência nos países em desenvolvimento também enfrenta barreiras de natureza estrutural, a saber: (i) a submissão as regras ditadas pela legislação antitruste pode se revelar difícil e de elevado custo; (ii) as firmas dominantes no mercado doméstico podem ser fragilizadas ao ponto de tornarem-se incapazes de competir com as empresas multinacionais localmente instaladas e com as concorrentes nos mercados internacionais; e (iii) na ausência de uma “cultura de competição”, controles sobre as condutas das empresas podem inibir as atividades empresariais.

Por outro lado, os defensores da política antitruste enfatizam a necessidade de políticas de competição em economias de mercado, sejam elas desenvolvidas ou não. O objetivo das políticas de defesa da concorrência - estimular a inovação e o progresso técnico, assegurar mercados estruturalmente competitivos, prevenir a colusão entre firmas e o abuso de posição dominante - deveriam ser universais, na medida em que a ação das forças de mercado é incapaz de evitar o surgimento de práticas e estruturas anticompetitivas.

Do ponto de vista antitruste, além dos tradicionais problemas ligados a infraestrutura institucional e à - ausência - de aproveitamento de economias de escala, as economias em desenvolvimento enfrentam pressões para conciliar suas políticas de competição e industrial, voltadas para a obtenção de competitividade, com as estratégias das empresas multinacionais (Possas e Fagundes, 1996). Sobretudo na última década, as economias em desenvolvimento têm enfrentado dois problemas adicionais no âmbito das políticas de defesa de concorrência de natureza estrutural.

Em primeiro lugar, os órgãos de defesa da concorrência devem tomar decisões face as fusões e aquisições realizadas por empresas multinacionais em nível global, mas cujos impactos são nacionais. Mesmo se essas operações apresentarem impactos anticompetitivos na dimensão nacional, as autoridades antitruste podem ser impotentes no que diz respeito a capacidade de coibi-las. Adicionalmente, qualquer medida compensatória voltada para a redução dos efeitos anticompetitivos - tais como desinvestimentos parciais - podem gerar a redução do nível dos investimentos diretos estrangeiros, com perdas em termos de volume de emprego, acesso a novas tecnologias e maiores níveis de exportação.

Em segundo lugar, a globalização - e o incremento da competição em escala global - submeteu as firmas nacionais fabricantes de bens tradables aos padrões de competição das empresas multinacionais. Em vários casos, para serem competitivas em uma economia globalizada, as firmas nacionais devem aumentar suas escalas de produção, vendas, distribuição, P&D e marketing, situação que pode ser facilitada através de fusões e aquisições. Com efeito, um dos maiores objetivos da política industrial dos países em desenvolvimento é justamente o de incentivar o surgimento de grandes empresas, capazes de obter economias de escala estáticas e dinâmicas. A adoção dessa estratégia de crescimento deve ser suportada pela legislação e política de competição, sob pena de transformar-se num fator impeditivo no que tange a promoção da competitividade estrutural das empresas locais. (Scherer, 1994, p. 61).

A despeito desses problemas, a última década tem testemunhado um crescente interesse, por parte de vários países em desenvolvimento, tais como Coréia do Sul, Brasil, Argentina, Venezuela e diversos países do leste europeu, em implantar e/ou fortalecer as políticas de defesa da concorrência (Gray e Davis, 1993). As principais razões determinantes desses processos estão relacionadas aos seguintes, ainda que não exclusivos, motivos: (i) abertura comercial - e o conseqüente aumento da concorrência - tem implicado a redução de preços e custos industriais, de modo que os benefícios da concorrência tornam-se mais claros para a sociedade; (ii) em setores non-tradables, a necessidade de políticas de defesa da concorrência na área de condutas é crescente, tendo em vistas inibir práticas abusivas, ligadas a presença de posição dominante; (iii) os processos de privatização tem provocado o surgimento de empresas privadas com posição dominante, cujas condutas tendem a inibir a entrada de novas empresas e a dinamização da concorrência nos setores de infra-estrutura; (iv) com fim das políticas de

controle de preços e a adoção crescente de regras de economias de mercado, o surgimento de cartéis torna-se mais provável; (v) o fortalecimento das entidades e legislações de proteção ao consumidor, bem como a tendência internacional a desregulamentação geral das economias; e (vi) as pressões, sobretudo de países desenvolvidos, para políticas de defesa da concorrência mais fortes, tendo em vista os efeitos negativos das condutas empresariais nacionais anticompetitivas sobre o acesso aos mercados domésticos e sobre o comércio exterior.

Em resumo, as considerações acima parecem demonstrar dois argumentos centrais. Em primeiro lugar, países em desenvolvimento sujeitos à rápidos processo de transformação estrutural e elevadas taxas de crescimento tendem a minimizar o uso das políticas de defesa da concorrência, priorizando a utilização dos instrumentos de política industrial tradicionais. Nesses casos, o objetivo maior é, em grande parte dos casos, promover a industrialização - ou seja, a instalação de grandes blocos de capital em setores industriais chaves - num contexto de falhas de mercado bastante acentuadas, sobretudo no mercado de capitais, e atraso tecnológico. Aparentemente, tais casos ensejam o surgimento de um trade-off intertemporal sob o ponto de vista da eficiência econômica. A necessidade de se obter economias de escala, ao nível das plantas e das firmas, de se criar incentivos especiais que induzam o investimento privado em setores de alto risco, onde o país apresenta desvantagens associadas ao fato de ser um late-comer, de racionalizar os recursos gerenciais escassos, e de se enfrentar a concorrência internacional nos setores tradables implica um relativização das preocupações ligadas as regras de competição.

Em segundo lugar, a medida em que as transformações estruturais se processam, o país aproxima-se da fronteira tecnológica e de custos internacional, e o tecido econômico se complexifica, verifica-se uma mudança nos padrões de intervenção do Estado na economia. Aparentemente, o esgotamento das possibilidades de catch-up e a necessidade de buscar o crescimento através do progresso técnico endogenamente gerado, bem como a consolidação de estruturas de mercado excessivamente concentradas, desloca as prioridades das políticas de cunho microeconômico, com uma ênfase crescente no uso de instrumentos de caráter sistêmico.

Nesse ambiente, a importância do setor privado e dos mecanismos de mercado adquire um papel fundamental na promoção do crescimento econômico, havendo um incremento exponencial das dificuldades que o Estado enfrenta, em termos de informação incompleta e assimétrica, para continuar a manter o seu papel enquanto instância de alocação de recursos e coordenação das atividades econômicas. Com a diversificação dos interesses e grupos sociais, a criação de consensos pode dar lugar a atividades de rent-seeking.

Surgem, então, novos objetivos para a ação do Estado, ligados à promoção da competitividade na sua dimensão sistêmica, através de iniciativas que atuem sobre três tipos de fatores (Possas, 1996): (i) fatores que estimulem a criação de um ambiente competitivo, ou seja, de mercados que seja capazes de exercer sua principal função sob o prisma schumpeteriano: a seleção das firmas mais eficientes, tendo em vista aumentar a eficiência dos sistema econômico. A política de defesa da concorrência tem, nessa dimensão, um importante papel a cumprir; (ii) fatores geradores de externalidades positivas à competitividade empresarial, tais com desenvolvimento de infra-estrutura adequada e educação básica; e (iii) fatores político-institucionais, tais como as políticas macroeconômicas e outras políticas de caráter horizontal.

### III - Política Industrial e Política de Defesa da Concorrência: O Caso do Japão

A história das políticas de defesa da concorrência no Japão pode ser dividida em dois períodos básicos. A primeira compreende o período entre sua introdução no Japão, após o término da II guerra mundial, e meados da década de setenta, sendo caracterizada por sua subordinação à política industrial promovida pelo MITI. A segunda, que vai do final dos anos setenta até os dias atuais, é marcada pelo aumento do poder do FTC - órgão encarregado da aplicação das Leis Antitruste no Japão - e pelo incremento das preocupações do governo e da sociedade quanto ao poder de mercado detido pelos grandes grupos econômicos.

Dois fatos chamam a atenção quando do exame da evolução da política antitruste no Japão. O primeiro reside na sua origem singular enquanto inovação institucional imposta pelos E.U.A ao Japão no imediato pós-guerra. É interessante analisar a história da política antitruste japonesa como exemplo da consolidação de uma instituição inicialmente desvinculada do

contexto histórico, político e cultural do Japão, mas que, gradualmente, cria suas raízes no tecido social japonês. Tal consolidação e, sobretudo, o papel crescente da política antitruste no Japão parece constituir um exemplo da tendência de harmonização institucional associada ao processo de globalização da economia.

O segundo decorre da gradual mudança de status e importância da política antitruste ao longo do processo de desenvolvimento japonês. Uma hipótese a ser trabalhada é a de que o papel e as formas de atuação das políticas de defesa da concorrência devem se ajustar às características da economia segundo seu estágio de desenvolvimento, conforme apontado na seção anterior. Seja como for, é de fundamental importância observar a existência de um consenso na literatura sobre o crescimento do Japão em relação a forte competição entre os Keiretsu, fato que relativiza, de modo singular, a importância da política antitruste no período do “milagre japonês”. A seguir, são examinadas a história da legislação e da aplicação da política antitruste no Japão, bem como suas relações com a política industrial, sobretudo nas dimensões ligadas às fusões e aquisições e à formação de cartéis.

### III.1 - História e Legislação

Até o final da II guerra mundial, não existiam leis de defesa da concorrência no Japão. O desenvolvimento de cartéis no final do século XIX e início do século XX, bem como a expansão dos Zaibastu - Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda, etc. - não encontrou resistência por parte do governo japonês. Pelo contrário, tais tipo de estruturas empresariais e padrões de cooperação inter-firmas eram visto pelo governo como instrumentos de combate à recessão, sobretudo no período após a guerra russo-japonesa <sup>1</sup>

A recessão após a primeira guerra mundial determinou um processo de reestruturação da indústria japonesa. Várias fusões foram observadas nas

---

<sup>1</sup> A atitude das cortes de justiça perante a formação de cartéis também era liberal. Embora os contratos ou acordos entre firmas não possam ferir a ordem social e econômica de acordo com o Código Civil do Japão, os cartéis, no período em questão, foram considerados pela justiça como métodos de prevenção contra a competição desleal entre competidores. Ver Ivory, H e Uesugi, 1994, p. 4.

indústrias de papel, ferro e aço e têxteis. Novamente, os cartéis foram incentivados pelo governo como mecanismo para amenizar os efeitos da recessão sobre a atividade industrial, evitar o “excesso” de competição e promover a racionalização da indústria. Entre 1920 e 1924, seis cartéis foram organizados; entre 1926-31, vinte e um. A intervenção do governo, seja através de “orientação administrativa”, seja através de instrumentos legais, como os “Export Association Act” e “Import Export Commodities Industrial Association Act” imposto pelo parlamento em 1925, visavam tornar os cartéis estáveis, evitando sua dissolução por intermédio da quebra de acordos por parte das próprias firmas.

Em 1931, uma outra importante legislação de controle sobre as atividades industriais (“Important Industries Control Act”) foi estabelecida. Suas diretrizes básicas eram: (i) os acordos firmados entre empresas de certas indústrias visando o controle de mercado deviam ser comunicados ao governo; (ii) o governo poderia impor aos membros do acordo, bem como aos não-membros, as restrições incorporadas ao acordo notificado; (iii) o governo tinha o poder de modificar ou cancelar o acordo; e (iv) criação de um organismo consultor. Nesse período, o governo, através da política industrial, também voltou a estimular as fusões em certos setores industriais.

Durante a II guerra, os controles do governo sobre as indústrias foram, evidentemente, fortalecidos. Em 1936, a legislação acima apresentada foi revisada e estendida por mais cinco anos, bem como outros mecanismos de controle foram estabelecidos, no contexto da economia de guerra. O número de associações sob as determinações da legislação de cartéis cresceu rapidamente de 20, em 1925, para 850 em 1936. O ponto importante a ser retido sob a política industrial nesse período reside no controle exercido pelo governo sobre os cartéis: esse jamais eram criados ou mantidos sem a autorização e supervisão do governo.

Entre 1945 e 1947, dentro de um quadro de reformas institucionais que visavam reproduzir no Japão certos elementos típicos da cultura e da estrutura industrial dos EUA, foram promulgados uma série de diretrizes voltadas para a dissolução dos Zaibatsu - holdings familiares que

concentravam quase todo o poder econômico do país -<sup>2</sup>, para a desconcentração do poder econômico (“Act Concerning the Elimination of Excessive Concentration of Economic Power”) <sup>3</sup>, e para a eliminação das legislações que suportavam a existência de cartéis <sup>4</sup> e associações privadas de controle econômico. Em outras palavras, os E.U.A visavam introduzir no Japão, através de diretrizes implementadas pelo SCAP (Supreme Commander for Allied Powers), a base institucional e estrutural de uma economia de mercado.

---

<sup>2</sup> Diretrizes números 215, 403 e 408 de 1945 do Comando Supremo dos Aliados (SCAP). Em 1945, a SCAP criou a Comissão de Liquidação das Empresas  *Holding* (CLEH), cujo objetivo era dissolver e reorganizar as *holdings* centrais (Honsha) e locais. Segundo Teixeira (1983, p. 18), até o final de 1947, ano de sua desconstituição, a CLEH fez desaparecer 16 empresas, ao mesmo tempo em que 26 foram dissolvidas, após formarem 41 empresas herdeiras sem características de *holding*. De acordo com Ivory e Uesugi (op.cit. p. 27, nota 52), o controle de 83 empresas *holdings*, incluindo os grandes Zaibatsu (Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo, Yasuda, Ayukawa, Asano, Furukawa, Kawasaki, Matsushita, Nakajima, Nomura, Okochi, Okura e Shibusawa) e as *holdings* de segundo nível, foi transferido para a CLEH. Essas empresas, por sua vez, detinham o controle de cerca de 1200 outras firmas. Das 83 *holdings*, 16 foram dissolvidas por serem *holdings* puras, 26 foram eliminadas após a criação de empresas sucessoras que pudessem dar continuidade aos seus negócios. Das 41 restantes, 30 mantiveram suas estruturas corporativas inalteradas por ordem da CLEH e 11 foram autorizadas a continuar seus negócios após a introdução de mudanças na sua estrutura organizacional. Além das mudanças no nível da organização industrial do Japão, é importante notar a existência de diretrizes voltadas para a eliminação das combinações via participações acionárias cruzadas. As ações de cerca de 600 empresas foram colocadas à disposição da CLEH e redistribuídas em outras empresas. Finalmente, em 1946, a diretriz número 550 da SCAP determinou a aposentadoria de 2200 executivos ligados aos Zaibatsu, fato que implicou a ascensão de uma nova geração de gerentes aos postos de controle. Para uma análise mais detalhada dessas medidas, bem como de seus efeitos sobre a estrutura corporativa das empresas filiadas aos Zaibatsu, ver Ivory e Uesugi, op. cit. pp. 16-25.

<sup>3</sup> Tal ato - conhecido como Lei 207 - destinava-se a dissolver ou dividir qualquer firma cujo tamanho ou forma de organização caracterizasse um caso de concentração excessiva. Inicialmente, visava-se reestruturar cerca de 325 empresas japonesas. Entretanto, essa lista foi reduzida para somente 18 empresas, das quais 4 foram obrigadas a transferir suas ações para outras empresas, 3 foram obrigadas a transferir algumas de suas fábricas para outras firmas e 11 foram dissolvidas em outras empresas. Entre os exemplos das medidas adotadas estão a divisão da Japan Iron & Steel Co. e da Japan Beer Co em duas empresas cada; a divisão da Mitsui Bussan em 200 empresas distintas e da Mitsubishi Shoji em 139 firmas diferentes.

<sup>4</sup> O Ato de Associação Comercial foi estabelecido em 1947, proibindo as associações comerciais de controlar a produção e a distribuição de produtos, fixar preços, possuir plantas e patentes, etc. Além do mais, o controle sobre a distribuição de bens escassos passou a ser realizado diretamente pelo governo. Ver Ivory e Uesugi, op. cit. p. 19.

Em 1947, foi estabelecida no Japão sua primeira legislação antitruste. A semelhança da legislação antitruste norte-americana, as leis originais antimonopólio japonesas (Original Antimonopoly Laws, ato número 547 de 1947), que determinavam a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, consistiam de 10 capítulos, 100 seções e 14 provisões suplementares. Três eram as proibições básicas estabelecidas pelas leis antitruste, a saber: (i) monopolização privada dos mercados; (ii) métodos injustos de competição; e (iii) restrições desnecessárias ao comércio <sup>5</sup>. Na mesma época, criou-se a agência reguladora encarregada da aplicação da Lei - a Kosei Torihiki Iinkai (Federal Trade Commission) - autarquia independente em relação ao governo federal (Dutra, 1997).

Três reformas foram realizadas após a edição da versão original. As duas primeiras - efetivadas em 1949 e 1953 - objetivaram reduzir o rigor da legislação, enquanto a última, datada de 1977, reforçou os poderes do órgão regulador. Senão, vejamos.

A mudança de 1949 não gerou grandes alterações nas Leis originais. Com efeito, a principal modificação estava associada a permissão de que as empresas pudessem possuir ações e debêntures de outras empresas não competidoras e que seus diretores pudessem participar da administração de outras firmas, também não competidoras. Já a reforma de 1953, realizada no bojo da recessão que se seguiu ao término da guerra da Coréia, teve um escopo mais amplo, incluindo o relaxamento do Ato de Associação Comercial, sendo apoiada por diversos segmentos da comunidade empresarial japonesa e pelo MITI.

Em particular, destacam-se as seguintes alterações: (i) eliminação da proibição per se de certas atividades concertadas entre empresas; (ii) eliminação da proibição de formação de associações privadas de controle econômico; (iii) redução do escopo das Leis Antitruste no campo do controle sobre fusões e aquisições, subordinando a regulação do FTC nessa área às situações onde tais ações pudessem restringir a competição; (iv) permissão para o FTC approve a formação de cartéis de racionalização e de recessão sob

---

<sup>5</sup> É preciso notar que, à diferença da legislação norte-americana, as leis originais antitruste do Japão continham provisões voltadas para a criação de exceções, isto é, para situações onde as leis poderiam não ser aplicadas.

certas circunstâncias <sup>6</sup>; (v) permissão para o FTC approve condutas de fixação de preços sob certas circunstâncias; e (vi) ampliação dos poderes do FTC para regular práticas anticompetitivas por parte de empresas com posição dominante.

Além das mudanças nas Leis Antitruste de 1953, implementaram-se, no período 1953-57, várias legislações destinadas à criar exceções que permitissem a formação de cartéis de racionalização, de recessão e de exportação <sup>7</sup>, sobretudo em indústria em declínio. A idéia de se utilizar os cartéis como instrumentos de racionalização e recuperação econômica em períodos de recessão data, como já observado, do período anterior à segunda guerra mundial. A principal mudança dessas legislações vis à vis suas congêneres do período pré II guerra mundial estava associada ao fato de a iniciativa dessas ações passar a depender do MITI, sendo que, formalmente, sua aprovação deveria ser obtida, em alguns casos, junto ao FTC <sup>8</sup>.

Duas observações suplementares são importantes para a compreensão da evolução da legislação e história antitruste japonesa na década de cinquenta. A primeira diz respeito a fracassada tentativa do MITI de se reformar, de modo radical, as Leis Antimonopólio em 1958. Basicamente, a reforma

---

<sup>6</sup> Os cartéis são proibidos pela legislação antitruste no Japão, com as seguintes exceções: i) cartéis de recessão, definidos como acordos temporários entre firmas destinados a restringir a produção ou manter os preços em indústrias afetadas pela recessão; ii) cartéis de racionalização, que são acordos interfirmas objetivando induzir a cooperação para a racionalização da indústria; iii) cartéis de depressão, voltados para a eliminação do excesso de capacidade produtiva; iv) cartéis de pequenas empresas e de exportação. Somente alguns cartéis de depressão e racionalização, não sujeitos às leis de exceção, requeriam a aprovação do FTC, sendo os demais criados por iniciativa e mesmo imposição do MITI. Em geral, sua aprovação dependia - e depende até os dias de hoje - das seguintes condições: (i) a adesão ao cartel deve ser voluntária; (ii) os não membros e os consumidores não devem ser lesados; e (iii) não deve haver discriminação.

<sup>7</sup> A importância do exemplo germânico na conformação das instituições e mecanismos de intervenção do estado japonês é novamente patente nessas reformas. Ver Ivory e Uesugi, op. cit., p. 32.

<sup>8</sup> Posteriormente, o MITI ampliou o escopo das exceções para algumas indústria sob programas de políticas industriais ativas (*picking the winner policies*). Entretanto, a tentativa de generalizar tal ampliação de forma indiscriminada, em 1956, fracassou, em parte, devido à oposição do próprio empresariado, que temia o incremento do poder de intervenção do Estado sobre a indústria. Ver Ivory e Uesugi, op. cit., p. 37.

proposta visava simplificar os procedimentos necessários à aprovação dos cartéis e permitir fusões e aquisições necessárias ao incremento da competitividade internacional e/ou a racionalização das indústrias. O argumento central que justificava a proposta de reforma era o de que a legislação antitruste, ao coibir fusões e dificultar a formação de cartéis, estimulava o excesso de competição entre as empresas, gerando instabilidade no ambiente de negócios do Japão ao final da década de cinquenta.

Apesar de seu fracasso, provocado pela reação das pequenas e médias empresas, agricultores, organizações de consumidores, do Partido Socialista e economistas da academia, é importante notar a sua influência sobre as atividades do FTC no período: ao final dos anos cinquenta, poucos casos foram iniciados pelo FTC e várias fusões foram permitidas. Por exemplo, nessa época, tanto o Mitsubishi Shoji e o Mitsui Bussan já haviam reagrupado suas empresas através de uma série de fusões.

O segundo ponto diz respeito às práticas de “orientação administrativa” no campo das restrições à produção em períodos de recessão por parte do MITI, tendo em vista os objetivos de política industrial. Tais métodos estavam fora do alcance da jurisdição do FTC, posto que não constituíam acordo explícito entre competidores e nem eram amparados por qualquer tipo de base legal. Vale notar, no entanto, que as orientações administrativas do MITI face à cortes coordenados na produção de setores industriais foram banidas a partir de 1963<sup>9</sup>.

Finalmente, a reforma de 1977 (Antimonopoly Act Amendment) determinou o fortalecimento do FTC, estabelecendo que o órgão teria poderes para: (i) fixar multas para as empresas participantes de cartéis; (ii) ordenar o desinvestimento de empresas com posição de monopólio; (iii) investigar aumentos paralelos de preços em indústrias oligopolizadas; (iv) impor restrições ao volume de ações detidas por grandes empresas; (v) limitar a participação de empresas financeiras em outras empresas a somente 5%; (vi) aumentar o grau de rigor na aplicação da Lei.

---

<sup>9</sup> Ver seção III.2 mais adiante.

As raízes dessa reforma, datadas do final da década de sessenta e inícios dos anos setenta, encontram-se na intensificação das atividades dos cartéis após o primeiro choque do petróleo <sup>10</sup>, no incremento do intercâmbio de experiências entre o FTC e outros órgãos de defesa da concorrência ocidentais, após a entrada do Japão na OECD, e na maior compreensão e receptividade da sociedade japonesa face aos objetivos da política antitruste, dentro de um processo de consolidação institucional da política de defesa da concorrência. Desde então, a importância dessas políticas no cenário da economia japonesa vem aumentando, sobretudo com o processo de desregulamentação dos anos noventa e com as crescentes pressões norte americanas no âmbito das práticas de negócios das empresas japonesas.

Entretanto, é preciso notar que o FTC tem sido bastante cauteloso no uso de seu poder. O caminho encontrado pelo órgão para evitar atritos com o MITI e com a comunidade empresarial tem passado pela adoção de uma atitude de natureza preventiva face às possíveis violações da Lei Antimonopólio, através da preparação de inúmeros guidelines, destinados a divulgar e explicar os procedimentos de análise do órgão. Tais guidelines tendem a incorporar a experiência de outros países desenvolvidos - E.U.A e países europeus, sobretudo Alemanha - no tema, tendência, aliás, de caráter internacional <sup>11</sup>.

Finalmente, deve-se destacar a influência das pressões externas, derivadas dos atritos comerciais com outros países desenvolvidos, sobretudo os E.U.A, no fortalecimento das políticas de defesa da concorrência no Japão. Com efeito, a partir da segunda metade da década de oitenta, as supostas práticas anticompetitivas das empresas japonesas passaram a integrar o debate E.U.A-Japão na área de comércio exterior. Em 1989, ambos os governos decidiram iniciar o programa denominado “Structural Impediments Initiative

---

<sup>10</sup> Após o primeiro choque do petróleo, várias companhias do ramo petroquímico formaram cartéis. Acusadas pelo FTC, essas empresas defenderam-se com base no argumento de que teriam seguido as orientações administrativas do MITI. A Alta Corte de Tokyo e a Suprema Corte, no entanto, condenaram as empresas, declarando que as orientações administrativas, ainda que necessárias sob certas circunstâncias, não poderiam violar as leis antitruste. Ver Kosai, 1996, p. 204.

<sup>11</sup> Para uma análise mais aprofundada dos fatores institucionais que influenciaram a capacidade de intervenção do FTC no âmbito da aplicação da legislação antitruste no Japão, ver Beeman, 1996.

(SII)”, voltado para a eliminação de várias barreiras ao comércio internacional consideradas anticompetitivas, tais como práticas de exclusividade, sistemas de distribuição e relação entre os Keiretsu. Como resultado, não somente o papel do FTC foi destacado, como também a política de defesa da concorrência ganhou importância e apoio junto ao governo e a própria comunidade empresarial japonesa.

### III.2 - Política Industrial Versus Política de Defesa da Concorrência?

A maior parte das análises realizadas por especialistas na evolução da economia japonesa do pós-guerra virtualmente ignora o papel da política antitruste no período, quando não a coloca em oposição - e de forma profundamente crítica - direta à política industrial implementada pelo MITI (Ministério da Indústria e Comércio) durante as décadas do “milagre japonês”. Em resumo, tais visões enfatizam o papel do MITI na conformação das estruturas industriais do Japão, sobretudo, ainda que não exclusivamente, através das chamadas “orientações administrativas” (Administrative Guidances)<sup>12</sup>. A política industrial no Japão do pós-guerra teria ignorado as determinações oriundas da legislação antitruste do país, como demonstram, por exemplo, os inúmeros cartéis formados com o consentimento, e mesmo como a iniciativa, do MITI.

---

<sup>12</sup> As orientações administrativas podem ser definidas como sugestões ou “ordens não escritas” dadas por burocratas japoneses às firmas, tendo em vista a implementação das políticas do governo. Sua marca distintiva face às formas de política industrial praticadas no Ocidente reside no seu caráter não legal, ou seja, no fato de que o poder da burocracia não se encontra respaldado por nenhuma legislação específica. Tal tipo de intervenção - ou padrão institucional - ao evitar os instrumentos regulatórios tradicionais, aumenta a flexibilidade na condução das políticas públicas. Por outro lado, sua natureza autoritária *vis à vis* as instituições ocidentais, sobretudo de natureza anglo-saxônica é evidente. É preciso notar que a aderência, não compulsória, das empresas às orientações administrativas emitidas pelo MITI pressupõe *alguma forma de poder* por parte da burocracia japonesa, não emanada da Lei, mas de outras fontes, como a tradição, o respeito e mesmo o medo de retaliação por parte do governo, cujo controle sobre outros instrumentos de política econômica - quotas de importação, financiamento, etc. - na era do pós-guerra são manifestos (Nakazawa e Weiss, 1989, p. 642). Prova adicional desse poder de coerção está na edição de normas legais por parte do governo quando suas orientações encontram resistência por parte do setor privado, como foi o caso da reestruturação da indústria após o primeiro choque do petróleo.

Entretanto, julgamos que tais conclusões são, no mínimo, apressadas, por deixam de levar em consideração os mesmos critérios empregados na análise da política industrial do Japão no pós-guerra. A meu juízo, as políticas de defesa da concorrência no Japão tiveram seu espaço no desenho da atual economia japonesa, ainda que a forma de aplicação dessas políticas e sua intensidade ao longo do tempo sejam marcadas por especificidades inerentes ao modelo de desenvolvimento e intervenção do Estado no Japão. Como alerta Okimoto:

“MITI officilas try to take antitrust factors into account in formulating industrial poliy. On the other hand, MITI does not have carte blanche to implement whatever policies it pleases. Antimonopoly enforcement is not meaningless charade. Though much less powerful than MITI, FTC takes its mandate seriously, and the combination of FTC opposition, thearoused opinions of scholars and the mass media, and political pressures from opposition parties estabilishes definite limits on how industrial policy can be pushed”. (Okimoto, op. Cit., p. 14).

Essas considerações sugerem que a análise da política de defesa da concorrência no Japão, no período que se segue ao término da II guerra mundial, não pode ser realizada em base puramente formais. Vale dizer, a exemplo das características específicas que marcam o padrão de intervenção do Estado japonês no campo da política industrial, a aplicação da política antitruste também é caracterizada pelo uso das “orientações administrativas” e das consultas informais.

Isso significa que um exame da política de defesa da concorrência no Japão, seja na área de controles sobre atos de concentração, seja no campo da repressão ao abuso do poder econômico, jamais poderia ser feito em bases puramente formais, usando-se, por exemplo, somente o número de casos notificados e investigados formalmente pelo FTC como proxy para a intensidade da aplicação da legislação de defesa da concorrência. Deve-se, portanto, lembrar que a intervenção do Estado japonês na economia, em qualquer área das políticas públicas, é caracterizada pelos conceitos de

consulta e consenso, sem que tais métodos impliquem menor capacidade de coerção por parte do Estado, como aponta Okimoto:

“Regulatory control is not achieved through unilateral decree, backed by the threat of legal sanctions, as in the United States. It is achieved, like most other public policies, through consultation, consensus, and voluntary compliance. What makes the Japanese approach so interesting is that it makes government intervention seem less coercive than in the United States, yet it still manages to set regulatory standards that are as high.” (Okimoto, 1991, p. 15).

### III.2.1 - Política de defesa da concorrência e o FTC: uma Visão Geral

Existem diversos problemas na análise da intensidade e efeitos do uso das políticas de defesa de concorrência em um determinado País, e, em especial no Japão. Em primeiro lugar, os indicadores associados ao número de casos julgados e/ou associados à infrações à ordem econômica pelos órgãos de defesa da concorrência são somente uma proxy da intensidade das políticas de defesa da concorrência. Isto porque, no limite, é difícil interpretar a significado desse número. Por exemplo, tomemos um caso onde tal número é baixo: isso significaria que a política de defesa da concorrência é pouco acionada ou que os agentes, ao acreditarem na aplicação rigorosa da Lei, simplesmente não adotam condutas anticompetitivas? No caso do Japão, esse problema é maior, dada a natureza informal - não legalista - que caracteriza as relações entre o público e privado naquele país.

Em segundo lugar, é muito difícil a análise da experiência de políticas de defesa da concorrência sem referência à estrutura industrial do país, seu estágio de desenvolvimento econômico e grau de abertura à concorrência internacional. Conforme já observado, a hipótese de que a política antitruste deva variar com o grau de desenvolvimento do país é bastante plausível em termos lógicos e, aparentemente, empíricos. Além do mais, parece claro que países com elevados graus de abertura comercial enfrentem, naturalmente, pressões competitivas mais elevadas vis à vis aqueles que perseguem um modelo de desenvolvimento baseada no mercado interno. Assim, num país

onde as empresas estão voltadas para a conquista do mercado internacional, a possibilidade de surgimento de práticas ou fusões anticompetitivas afeta menos o ambiente doméstico e mais aos competidores estrangeiros. Finalmente, as políticas de defesa da concorrências serão mais ou menos necessárias de acordo com a estrutura e organização industrial do país, bem como da própria cultura empresarial.

Feitas essas observações, antes de mais nada, é preciso examinar os efeitos do “pacote” de medidas introduzido pelo SCAP no Japão entre 1945-47, ou seja, no período imediatamente anterior e concomitante ao surgimento de legislação antitruste. A meu juízo, essas medidas, ainda que impostas pelos E.U.A, formaram a primeira política de defesa da concorrência no Japão e produziram profundos - e possivelmente positivos - impactos na organização industrial do país. Com efeito, é bem possível que a dissolução dos Zaibatsu e a desconcentração do capital promovidas por essas medidas foram fundamentais para a introdução de pressões competitivas no espaço industrial japonês, sem as quais dificilmente o país lograria alcançar sucesso em termos de performance industrial<sup>13</sup>.

Conforme já destacado, a democratização da economia japonesa dependia, segundo a visão do governo norte-americano no imediato pós-guerra, do desmonte dos grandes conglomerados (Zaibatsu). Segundo Teixeira, as medidas tomadas pelo SCAP visavam: (i) a liquidação dos Zaibatsu enquanto holdings; (ii) a expropriação das ações de propriedade das famílias Zaibatsu (desconcentração da propriedade do capital)<sup>14</sup>; (iii) a divisão das empresas que detivessem uma participação de mercado excessiva; e (iv) ) a aprovação da legislação antitruste para impedir a reconcentração (Teixeira, 1983, p. 119)

---

<sup>13</sup> Para muitos analistas da economia japonesa do pós-guerra, as medidas voltadas para a democratização da economia japonesa não passavam de um estratégia dos E.U.A para anular a capacidade do Japão de transformar-se em potência industrial. Entretanto, é preciso lembrar que tais medidas, sobretudo a Lei Antimonopólio, *refletiam o arcaísmo institucional vigente na própria economia norte-americana*.

<sup>14</sup> As ações de propriedades das famílias controladoras dos Zaibatsu foram transferidas para a CLEH (ver nota 8), que era encarregada de vendê-las ao público de acordo com os seguintes critérios: (i) prioridade para os empregados; (ii) proibição das famílias zaibatsu, as *holdings* e suas subsidiárias e controladas de adquirir as ações; (iii) proibição de venda para qualquer comprador com 1% ou mais das ações; e (iv) proibir a aquisição, por parte do mesmo comprador, de mais de 1% do total das ações de qualquer firma.

A liquidação das holdings Zaibatsu e a expropriação das ações das famílias controladoras determinaram a quebra na antiga estrutura industrial japonesa e o surgimento de uma nova forma de organização industrial, os Keiretsu. Segundo Teixeira (1992), longe de serem simplesmente uma nova denominação para os Zaibatsu, os Keiretsu apresentam características totalmente distintas, dentre as quais se destacam a separação entre propriedade e controle e o padrão de investimento, caracterizado pelo “princípio do controle global”<sup>15</sup>. Tal princípio implica que, ao contrário dos Zaibatsu, os Keiretsu concorrem entre si. Além do mais, a dissolução dos Zaibatsu também permitiu a redução das barreiras à entrada em alguns setores, tais como aço e papel, bem como a reorganização de grupos de empresas ao redor de grandes bancos e o aparecimento de novos grandes grupos, como a Toyota, Hitachi e a Nippon Steel.

Em resumo, a dissolução dos Kaibatsu e a reorganização da estrutural patrimonial das grandes empresas japoneses provocadas pelas mudanças institucionais introduzidas pelo SCAP podem ter implicado a quebra das estruturas de mercado monopólicas que caracterizavam a economia do Japão, a redução das barreiras à entrada em diversos setores da indústria japonesa, a maior profissionalização das gestão empresarial e o surgimento de novos grupos empresariais e formas de organização industrial, articuladas em torno de grandes bancos. Tais formas, longo de representar uma (re)monopolização da economia japonesa, parecem ter gerado uma estrutura industrial favorável à competição inter-Keiretsu no nível dos mercados onde atuam, através de uma padrão de competição denominado “princípio do controle global”. O tema será retomado mais adiante,

Nesse sentido, é interessante notar o viés, geralmente contido nas análises sobre o papel da política industrial do Japão, contra as reformas institucionais impostas pelos E.U.A ao país no imediato pós-guerra. Em geral, essas análises atribuem à organização dos Keiretsu e a concorrência entre eles um papel fundamental na explicação na extraordinária performance da indústria japonesa (Cf. Okimoto, 19, Miyazaki, 1967, e Teixeira, 1983 e 1992), mas, paradoxalmente, pouco enfatizam as raízes

---

<sup>15</sup> O princípio do controle global é a denominação utilizada para caracterizar a tendência à diversificação setorial dos *Keiretsu*, onde cada grupo investia em praticamente todos os novos setores industriais.

dessa forma de organização industrial e desse padrão de concorrência, a meu juízo, ligadas diretamente à dissolução dos Zaibatsu e a expropriação das ações das famílias controladoras. Tais reformas criaram as bases para o desenvolvimento de uma nova estrutura industrial no Japão.

Logo após a implementação dessas reformas, a legislação antitruste parece ter sido aplicada com relativo vigor no Japão, conforme demonstra a tabela I abaixo. Com efeito, o período entre 1947 e 1950 é o segundo em termos da quantidade de decisões tomadas pelo FTC nos pós-guerra, com ampla atuação do órgão em diversas áreas: restrição ao comércio, acordos internacionais, práticas anticompetitivas e fusões e aquisições.

Entre 1955 e 1965, período que compreende grande parte do milagre japonês, a política antitruste experimenta um declínio em termos de sua aplicação, demonstrando a hipótese de uma correlação negativa entre políticas de defesa da concorrência e política industrial num contexto de uma economia sujeita a rápida transformação estrutural e crescimento econômico. Nesse período, as atenções do FTC estiveram voltadas praticamente para a seção 8 da Lei Antimonopólio, que trata da questão dos cartéis. Com efeito, na segunda metade dos anos cinquenta, o FTC aplicou a legislação antitruste somente em 16 casos, sendo 60% dessas decisões ligadas a casos de formação de cartéis. No quinquênio subsequente, 70% dos casos também estiveram associados à decisões no âmbito da seção 8 da lei antimonopólio, sendo a aplicação dos dispositivos previstos nessa seção a responsável por 83% do crescimento das atividades do FTC no período.

Ao longo dos anos sessenta, gradualmente a política de defesa da concorrência começa a ser mais utilizada no Japão. Dois são os sinais de apoio crescente ao FTC. Em primeiro lugar, o governo japonês, ao nível do Gabinete, requisitou ao FTC ações voltadas para reduzir a inflação. Em relatório divulgado em 1963, a Agência de Planejamento Econômico identificava a eliminação das causas que impediam a livre determinação de preços pela forças de mercado - isto é, os cartéis - como uma das principais medidas de combate à inflação (Ivory e Uesugi, op. cit., p. 42). Em 1966, a Conferência sobre Problemas de Preço recomendou a abolição da prática de fixação de preços como medida antinflacionária. Como resultado, o FTC agiu formalmente contra a fixação de preços por parte de cartéis. Exemplos

dessas ações são o caso do cartel do cimento (1966), do cartel da TV a cores (1966) e contra a Matsushita (1967).

Em segundo lugar, o crescimento da importância das políticas de defesa do consumidor também fortaleceu o FTC. Em 1968, o Ato Básico de Proteção ao Consumidor foi implementado, visando proteger os interesses dos consumidores e manter a livre competição entre as empresas. Novamente, os cartéis eram apontados como uma fator de redução dos níveis de bem estar da população. A tabela I abaixo demonstra o crescimento das atividades do FTC no período em questão, destacando-se, novamente, a aplicação da legislação na área de cartéis.

Na segunda metade dos anos sessenta e primeira dos anos setenta, as atividades do FTC são intensas. O fato novo, nesse período, encontra-se no substancial aumento das decisões no campo das restrições ao comércio. As preocupações e ações na área de cartéis refletem-se no crescimento de decisões no âmbito da seção 8, que respondem por 60% da aplicação da lei antitruste japonesa no período sob exame.

Finalmente, a partir de 1975, a aplicação da legislação antitruste declina como função, basicamente, da redução da sua aplicação contra a formação de cartéis. Por outro lado, crescem as ações contra as práticas anticompetitivas e de restrições ao comércio (acordos de exclusividade, vendas casadas, recusas de venda, etc.).

A tabela I também permite a identificação consolidada das infrações à Lei Antitruste detectadas e coibidas pelo FTC no Japão desde 1947. Verifica-se o predomínio das ações do órgão no campo da formação de cartéis e criação de situações de monopólio. De fato, a uso da Lei na sua seção 8 representa quase 40% do total das vezes em que a Lei foi acionada desde de sua criação no imediato pós-guerra. A coibição de condutas associadas a restrições ao comércio representam, por sua vez, quase 30% do total de caso julgados pelo FTC. Em conjunto, portanto, tais infrações respondem por cerca de 70% da aplicação da Lei antitruste no Japão desde o pós-guerra.

Tabela I - Aplicação da Lei Antitruste no Japão - Decisões do FTC -  
segundo a Natureza do Caso

	3F	3L	6	8	10-17	19	Outros	No *	PRA **	Total
1947-50	3	36	22	-	21	22	47	3	0	154
1951-55	1	15	1	7	5	13	35	14	0	91
1956-60	1	3	0	10	1	2	0	0	0	16
1961-65	0	12	0	79	1	15	0	3	0	111
1966-70	0	14	1	107	1	12	0	0	2	136
1971-75	1	91	6	99	2	8	22	0	7	236
1976-80	0	14	0	35	0	21	0	0	4	84
1981-85	0	21	0	21	0	17	7	0	1	71
1986-92	0	61	0	23	1	24	0	0	2	105
Total	6	277	30	380	32	140	111	21	16	1013

3F = monopolização; 3L = restrições ao comércio; 6 = acordos ou contratos internacionais; 8 = cartéis e situações de monopólio; 10-17 = fusões, aquisições e joint-ventures; 19 = práticas anticompetitivas

= Decisões onde o FTC não encontrou violações da lei antitruste

\*\* = Decisões ligadas a violação do Ato contra Representações Injustificadas

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados constantes em Ivory, H. e Uesugi, op. cit. pp. 213-14.

A tabela II abaixo apresenta as decisões do FTC segundo a sua natureza. Observa-se que praticamente todas as decisões do órgão são informais: cerca de 80% do total das decisões tomadas pelo órgão se concretizam através de recomendações, isto é, sugestões para a solução do problema identificado de caráter não legal e dirigidas às empresas.

Tabela II - Classificação das Decisões do FTC por Natureza e Casos de Apelos as Cortes

	Decisão formal	Decisão Consensual *	Recomendação	Alta Corte de Tokyo	Corte Suprema
1947-1960	38	81	43	9	3
1961-70	10	18	215	2	0
1971-80	19	9	277	15	12
1981-92	7	5	163	5	1
Total **	75	112	695	31	16

\* As decisões consensuais referem-se àquelas situações onde as empresas acusadas admitem a prática da infração e apresentam um plano de ação corretivo, aceito pelo FTC.

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados constantes em Ivory, H. e Uesugi, op. cit. pp. 228-29

Finalmente, a tabela III abaixo apresenta as autorizações para a criação de cartéis de recessão aprovados pelo FTC. Ao final de 1965, cerca de 17 cartéis de depressão estavam funcionando em diversos setores da indústria japonesa. A principal diferença desses cartéis em relação aos anteriores residia na necessidade de requerer sua autorização junto ao FTC e nos rígidos requerimentos a eles impostos, sobretudo em termos do seu prazo de duração. De fato, ao final de 1966, esses cartéis já haviam sido abolidos (Yvori e Uesugi, op. cit., p. 47).

Tabela III - Número de Cartéis de Recessão Autorizados pelo FTC e Duração Média

	Número	Duração Média (em Meses)
1955-59	5	26
1960-64	4	12
1965-69	17	10
1970-74	15	9

---

1975-77	4	7
1981-82	8	6
1982-83	3	26

---

Fonte: Kosai, op. Cit. p. 203 e Ivory, H. e Uesugi, op. Cit. p. 95

### III.2.2 - Política industrial e Conflitos com a Política Antitruste

As raízes institucionais da política e da organização industrial japonesa no pós-guerra têm origem na centralização das decisões econômicas promovidas pelo Estado na década de trinta e durante a segunda guerra mundial (Cf. Johnson, 1982). Embora não tenha promovido a nacionalização das indústrias japonesas, o Estado estabeleceu, na época, um sistema de controle de preços e quotas de produção fortemente baseado na formação compulsória e controlada de cartéis em setores chaves da economia.

Ademais, como mecanismos de controle, o Estado também instituiu sistemas de relações entre os bancos e as indústrias - main bank - e de redes de empresas sub-contratadas, encarregadas de fornecer partes e componentes para as principais fábricas. Como resultado, a economia japonesa emerge do pós-guerra com um arcabouço industrial caracterizado, de um lado, pela presença do Estado enquanto elemento coordenador das atividades econômicas, e, de outro, por um tipo de organização industrial baseado no tripé bancos-empresas-MITI (Kosei, 1995).

Nos anos subsequentes, a política industrial promovida pelo MITI utilizou diferentes instrumentos de incentivo e controle sobre as indústrias-alvo. Até o final da década de quarenta, os controles do MITI, em termos de capacidade de intervenção sobre as decisões do setor privado, baseavam-se no uso de sistemas de quotas, fixação de preços, subsídios e suporte financeiro. Na década de cinquenta, esses instrumentos são abolidos, sendo a intervenção do MITI calcada no seu controle sobre as importações de insumos e bens de capital; transferência de tecnologia; taxas de depreciação diferenciadas para máquinas e equipamentos; e suporte financeiro. A progressiva liberalização de comércio exterior e da movimentação de capitais internacionais ao longo dos anos sessenta e setenta determinou um

nova reorientação da forma de atuação do MITI. Em particular, destacam-se as legislações voltadas para a promoção e reestruturação de indústrias, onde a utilização dos cartéis aparecia como um importante instrumento de coordenação e implementação dos planos do MITI. A seguir, as relações entre a política industrial e de defesa da concorrência nas dimensões de fusões e aquisições e cartéis são analisadas.

### Fusões e Aquisições

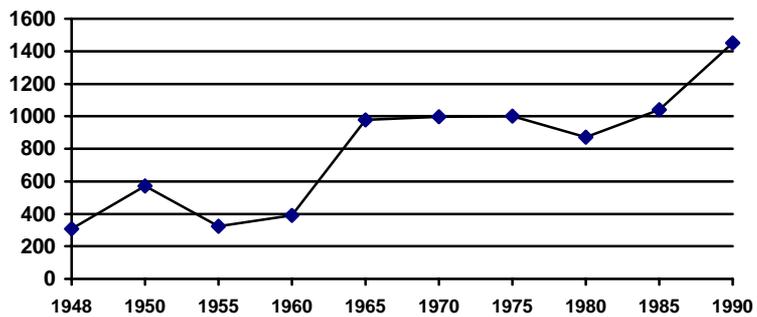
Uma importante inicial observação é necessária para a correta compreensão da relação entre fusões e aquisições e a política de defesa da concorrência. Trata-se de alertar para à falsa contradição que existiria entre atos de concentração e defesa da concorrência. As legislações antitruste no Japão e no mundo não proíbem as fusões e aquisições per se, mas somente aquelas que possam gerar efeitos anticompetitivos sem a devida contrapartida em termos de geração de eficiências econômicas. Logo, qualquer política industrial que favoreça a concentração em setores sujeitos à competição internacional, por exemplo, não entra em conflito com a política de defesa da concorrência.

Os gráficos abaixo apresentam a evolução das fusões e aquisições reportadas ao FTC desde o final da segunda guerra mundial. É clara a tendência crescente a concentração da economia japonesa, sobretudo a partir do anos oitenta. Segundo Kasahara (1996), essa onda de fusões e aquisições reflete, no entanto, basicamente um movimento de reestruturação intra-grupos e o aumento dos requerimentos mínimos para o capital das empresas limitadas<sup>16</sup>. Quanto a natureza dessas operações, duas observações são importantes: (i) em termos de média histórica, cerca de 70% a 80% das fusões e aquisições envolvem pequenas empresas; e (ii) somente 30% dos casos envolvem fusões e aquisições de caráter horizontal, sendo os demais ligados a operações conglomeradas e/ou com implicações verticais

#### Gráfico I - Evolução das Fusões reportadas ao FTC - Seção 15(2) - 1948-1990

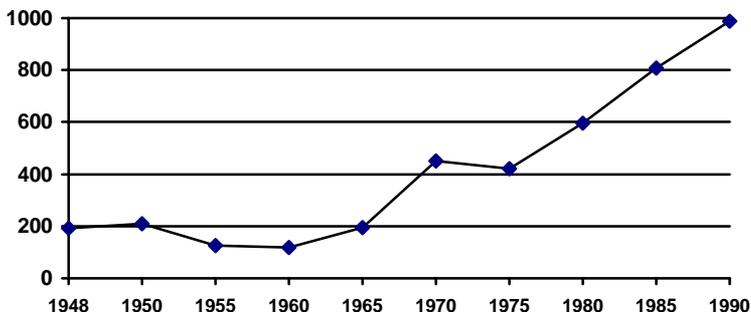
---

<sup>16</sup> O caráter recente desses movimento não permite, entretanto, análise mais aprofundadas.



Fonte: Ivory e Uesugi, op. cit. P. 270

Gráfico II - Evolução das Transferências de Negócios (Aquisições)  
Reportadas ao FTC - Seção 16 - 1948-1990



Fonte: Ivory e Uesugi, op. cit. P. 271

Em termos de taxa de crescimento, o primeiro grande movimento de fusões e aquisições da economia japonesa do pós-guerra parece se situar nos anos sessenta. De fato, na segunda metade dessa década, como incentivo à promoção de fusões, o MITI instituiu um sistema de crédito preferencial, através do Banco de Desenvolvimento do Japão. Paralelamente, o órgão também tentou, sem sucesso, relaxar o artigo 9 da Lei Antimonopólio, que inibe a criação de empresas holdings. Seja como for, algumas fusões importantes ocorreram no período, tais como a fusão de empresas do grupo Mitsubishi Heavy Industries <sup>17</sup>, a fusão entre a Nissan Motor Co. e a Prince

---

<sup>17</sup> Essa operação envolveu a fusão da Shin-Mitsubishi Heavy Industries Co., da Mitsubishi and Engineering Co. e da Mitsubishi Shipbuildg Nippon Heavy Industries Co., todas pertencentes ao antigo Zaibatsu e desmembradas pela medidas antimonopólio do pós-guerra. Tais empresas competiam entre si em diversos mercados, sendo seus *market shares* conjuntos pós operação nos diversos setores onde atuavam em torno de somente 30%, à exceção da indústria de papel, onde a fusão somente foi autorizada pelo FTC após a imposição de certas medidas voltadas para evitar efeitos anticompetitivos.

Motor Co. e a fusão entre Yawata Iron & Steel Co. e a Fuji Iron & Steel Co., que detinham, em conjunto, 35,6% do mercado de aço bruto <sup>18</sup>.

O anterior não implica que a política industrial deixasse de levar em consideração aspectos ligados a defesa da concorrência. Na década de sessenta, a política industrial japonesa sofre algumas modificações, com a chamada “Nova Política Industrial”, que tinha por objetivo capacitar a indústria japonesa a enfrentar a concorrência internacional num ambiente de crescente liberalização comercial e financeira. Entretanto, ao contrário da década anterior, quando a política industrial era claramente “anti-antitruste”, alguns sinais de aproximação com a necessidade do uso de políticas de defesa da concorrência são dados pelo MITI. Em 1964, o Comitê de Pesquisa sobre a Estrutura Industrial, ligado ao MITI, em seu relatório sobre a nova política industrial, alerta para a importância da política antitruste:

“It goes without saying that national economy admits freedom of activity for enterprise and finds its driving power in the originality and invention of enterprise. In order to advance the efficiency of industrial activities, full utilization of the function of competition should be made, and without it the above purpose can not be attained....The role of Antimonopoly Act to maintain competition is very important.” (MITI, Industrial Structure in Japan, 1964).

---

<sup>18</sup> O caso da fusão entre a Fuji e a Yawata é um marco na história da política de defesa da concorrência do Japão na área de atos de concentração horizontal. Trata-se do único caso onde o FTC *formalmente* aplicou a seção 15, voltada para o controle de fusões. Essas duas empresas resultaram de uma divisão quando da aplicação do Ato de Eliminação de Excessiva Concentração de Poder Econômico em 1947, e eram, em 1969, as duas maiores empresas da indústria de aço. Em razão do elevado poder de mercado dessas empresas em alguns segmentos de mercado após a pretendida fusão, o FTC, numa primeira consulta, não recomendou a aprovação da operação. Após intensas negociações, chegou-se a uma decisão de consenso, na qual as empresas envolvidas concordavam com uma série de medidas destinadas a minimizar os impactos anticompetitivos da operação em alguns mercados relevantes. Entre essas medidas, estavam a venda de ativos e tecnologias para os concorrentes. Ver Ivory e Uesugi, op. cit. P. 167.

Apesar desse reconhecimento, as diretrizes da política industrial na época ainda chocavam-se com os objetivos da política de defesa da concorrência tradicional. Em particular, o mesmo relatório enfatizava a importância dos cartéis de racionalização e das fusões, tendo em vista o incremento da eficiência das empresas japonesas face ao confronto com a competição internacional. A nova política industrial favorecia, através de incentivos fiscais e outras medidas de cunho financeiro, a concentração através da expansão da escala das empresas: estruturas de mercado oligopolísticas eram vistas como funcionais à obtenção de economias de escala e ao enfrentamento da competição internacional.

Neste contexto, vale a pena ressaltar a necessidade de análises mais profundas sobre o resultados dessas fusões em termos de incremento do grau de concentração no nível dos mercados relevantes onde elas se realizaram <sup>19</sup>. Por exemplo, em 1964, o Ministério dos Transportes coordenou a reorganização do setor de transporte naval, fundindo 12 grandes empresas em 6 e reagrupando as empresas restantes sobre o controle dessas 6 empresas. A tabela abaixo mostra o resultado dessa reorganização em termos dos market-shares dos grupos participantes do mercado.

Tabela IV - Participação de Mercado Por Grupo no Mercado de transporte Marítimo - 1964

Grupo	Market-Share
-------	--------------

<sup>19</sup> Na verdade, a economia antitruste desenvolveu um conceito de mercado especialmente adaptado para a análise econômica no âmbito da defesa da concorrência, que incorpora os aspectos da elasticidade da oferta e da demanda. Trata-se do conceito de mercado *relevante*, definido como aquele onde uma empresa pode, ainda que não o faça, exercer poder de mercado (Possas, 1996). Tal mercado apresenta duas dimensões: produto e geográfica. Na dimensão produto, é preciso verificar se os consumidores ou usuários poderiam substituir - sem custos significativos e num curto período de tempo - o(s) produto(s) sob análise por outros, caso houvesse um incremento no preço desse(s) produto(s), provocado, por exemplo, por um aumento no poder de mercado do produtor em decorrência da maior concentração no referido mercado. Quanto à dimensão geográfica, é preciso analisar as possibilidades de os consumidores - sem custos significativos e num intervalo de tempo razoável -, em resposta a um aumento no preço relativo do produto relevante, substituírem nas suas aquisições os vendedores localizados em um dado território por outros situados em regiões distintas. A dimensão geográfica pode ser, portanto, municipal, regional, nacional ou internacional. Para uma análise mais detalhada do conceito, ver Possas, 1996.

---

Mitsui O.S.K	19,8%
Nippon Yusen	19,5%
Kawasaki Kisen	13,2%
Yamashita Shin	9,5%
Japan Lines	9,1%
Showa line	8,7%

Fonte: Ivory e Uesugi, op. cit. P. 54, nota 9.

A observação da tabela acima não deixa dúvida sobre o fato de que a reorganização do mercado de transporte marítimo não implicou a monopolização do mesmo. Como se pode notar, após as fusões, seis grandes grupos permaneceram atuando no mercado, sem que nenhum deles detivesse uma posição dominante em relação aos demais. Com efeito, o índice HH para a indústria é de somente 1.195 pontos, valor que, de acordo com os Mergers Guidelines do FTC norte-americano revela uma indústria moderadamente concentrada <sup>20</sup>. O ponto a ilustrar, novamente, é o de que atos de concentração de caráter horizontal não são anticompetitivos per se, de modo que a mera menção à ocorrência de fusões num certo país não significa necessariamente qualquer violação ou ausência de políticas de defesa da concorrência <sup>21</sup>.

Nesse sentido, cabe indagar em que medida as fusões estimuladas pelo MITI no Japão implicaram em violação da legislação antitruste, lembrando que, à exemplo do que ocorre em outros países, atos de concentração horizontais não são proibidos per se, mas somente quando ameaçam a concorrência.

---

<sup>20</sup> É também importante notar que o papel do FTC não foi inteiramente passivo frente a onda de fusões na segunda metade da década de sessenta. Por exemplo, o órgão não permitiu a fusão entre as três maiores empresas japonesas produtoras de papel.

<sup>21</sup> Ademais, é importante notar que a aprovação de fusões não significa ausência de preocupações com a concorrência. *Na maior parte dos casos, a aprovação ocorre sob certas condições impostas às empresas pelo órgão de defesa da concorrência.* Ver notas 19 e 20 acima.

Uma primeira indicação dos efeitos das fusões no Japão pode ser obtida pela análise das participações de mercado dos Keiretsu em alguns mercado selecionados. A tabela abaixo alguns dados.

Tabela V - Participação de Mercado dos Keiretsu em Setores Selecionados - 1974

(em %)

Setor	Mitsui	Mitsubishi	Sumitomo	Fuyo	Sanwa	Daiichi	Total
Borracha	-	4,9	45,4	13,4	17,1	18,6	100
Construção Naval	8,7	38,3	-	1,3	10,0	39,0	97,3
Máquinas elétricas	19,0	10,8	38,3	19,7	1,0	8,1	96,9
Metais não ferrosos	43,4	20,0	16,3	3,6	-	9,8	93,1
têxteis	26,3	18,4	13,8	8,2	19,7	0,3	86,7
Drogas	11,4	1,9	52,5	1,4	15,0	4,1	86,3
Petróleo	6,2	13,4	-	40,1	15,9	8,3	83,9
Construção	11,0	5,8	21,3	17,2	12,5	14,2	82,0
Química	17,6	27,6	13,1	10,3	11,0	2,2	81,8
Máquinas	10,5	10,4	33,8	7,4	8,9	8,3	79,3
fios e cabos	9,4	9,0	24,5	-	-	26,0	68,9
Equipamentos de Precisão	-	36,2	5,1	10,7	-	11,5	63,5
Produtos de Metal	25,0	8,3	11,0	2,1	2,9	13,4	62,7
Automobilística	31,3	8,0	9,7	3,1	2,3	0,3	54,7
aço	2,1	0,8	13,1	18,6	14,6	11,1	60,3

Fonte: Okimoto, 1989, p. 146.

Vale notar que as participações de mercado acima apresentadas provavelmente superestimam o grau de concentração dos setores listados. Isso porque os dados são ajustados para refletirem a posição dos Kereitsu, de

modo que a agregação parte do pressuposto de que empresas pertencentes a um certo Keiretsu não competem entre si. Entretanto, essa hipótese ainda não foi comprovada: na ausência de empresas holdings do tipo Zaibatsu, os laços entre as empresas de um mesmo Keiretsu são bastante tênues, sendo impossível demonstrar com segurança a existência de um único controlador<sup>22</sup>. Segundo Caves e Uekusa, o grau de concentração médio nos setores manufatureiros da economia japonesa, calculados sem referência aos Keiretsu, não diferia, na década de setenta, daqueles verificados nos E.U.A (Cf. Okimoto, *op. cit.* p. 145). Além do mais, as fusões e aquisições entre empresas de Keiretsu diferentes são raras no Japão.

Apesar dessa ressalva, é importante notar que o dados da tabela V não evidenciam, a meu juízo, indústrias excessivamente concentradas. Se lembrarmos que as participações de mercado acima apresentadas datam de 1974, após o períodos de fusões da segunda metade da década de sessenta, e que referem-se, em geral, a setores capital intensivos e com sunk costs não desprezíveis, então o grau de concentração dos setores não é relativamente elevado. Com efeito, em quase todos os setores, pelo menos cinco dos seis Keiretsu estão presentes, havendo praticamente um consenso na literatura quanto a intensidade da competição inter-Keiretsu (Cf. Okimoto, *op. cit.*, Johnson, *op. cit.*, Ivory e Uesugi, *op. cit.*, Branscomb e Kodama, 1985, Teixeira, *op. cit.* e Burlamaqui, *op. cit.*).

Segundo Gerlach, (1992), a participação conjunta de mercado, em termos de vendas, dos seis maiores Keiretsu em diversos mercados, tais como bancos, seguros, construção, têxteis, química, carvão, cimento, aço, máquinas e equipamentos de transporte, eletrônicos, construção naval, eletrodomésticos e metais não ferrosos não ultrapassava, em média, a 50%. Esse percentual sugere claramente o caráter desconcentrado da estrutura industrial do Japão, pelos menos num nível de análise agregado.

---

<sup>22</sup> Com efeito, em 1989, em média, menos de 2% das ações emitidas por uma empresa pertencente a um certo *Keiretsu* eram de propriedade de uma outra empresa do grupo. De forma acumulada, essa magnitude subia para algo entre 15% e 30%, dependendo do *Keiretsu*, isto é, cerca de 20% das ações de um empresa de um certo *Keiretsu* pertenciam, as outras empresas do mesmo grupo. Ver Ivory e Uesugi, *op. cit.* p. 328.

Um segunda dimensão da análise não envolve o exame dos market shares nacionais, mas sim o grau de exposição das empresas - ou grupos de empresas - a concorrência internacional. Uma possível hipótese pode ser levantada, a saber: do ponto de vista da competitividade sistêmica, se imaginarmos os Keiretsu como grupos de empresas quase verticalmente integradas<sup>23</sup>, competindo entre si nos mercados de bens finais e com outros grupos estrangeiros nos mercados internacionais, então é possível postular que as pressões derivadas do drive exportador da economia japonesa difundiam-se por toda a indústria, ao longo das cadeias produtivas.

Mesmo aquelas empresas abrigadas da concorrência internacional poderiam ter incentivos a busca de eficiência econômica, independentemente das participações de mercado, desde que suas coligadas delas dependessem, de alguma forma, para alcançar níveis de excelência internacionais. Nesse sentido, os indicadores baseados em participações de mercado não traduziriam a intensidade das pressões competitivas no interior de um dado setor, de modo que o simples incremento de market share derivado de uma fusão não implicaria aumento de poder de mercado por parte das empresas envolvidas.

### Cartéis

A existência de exceções na aplicação da política de defesa da concorrência não é uma particularidade do Japão. Com efeito, quase todos os países que possuem legislação antitruste possuem instrumentos voltados para o relaxamento da aplicação da lei, tendo em vista outros objetivos econômicos e mesmo políticos. Em particular, os cartéis foram tradicionalmente empregados como mecanismos de políticas de competição em países como a Alemanha e, sobretudo, nas economias export-oriented, como Japão, Coréia e Suécia (Boner e Krueger, 1991, p. 89)<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Ver Dore, *op. cit.*, pp. 177-78 .

<sup>24</sup> Do ponto de vista da política industrial, os cartéis constituem um instrumento de estímulo ao investimento, inclusive em P&D, tendo em vista permitirem a geração de lucros extraordinários para a indústria. Evidentemente, para que tais incentivos sejam factíveis e de fato funcionem é necessário supor, de um lado, proteção temporária à indústria (no caso de bens *tradables*), e, de outro, ameaça potencial de competição estrangeira.

Os cartéis excepcionados pela legislação antitruste são, em geral, classificados segundo a razão que os justificam. Os cartéis de recessão e depressão são formados para ajudar os produtores cujos mercados apresentam um desempenho declinante no curto e longo prazo, respectivamente. Sua *rationale* encontra-se na proposição de que a competição aberta entre as empresas, nessas situações, tem como resultado a diminuição da performance econômica e/ou o prejuízo excessivo aos produtores. O objetivo dos cartéis de recessão e depressão é, portanto, o de promover a cooperação horizontal tendo em vista reduzir a produção e/ou a capacidade produtiva do setor.

Os cartéis de racionalização, especialização, P&D e padronização são formados com base na premissa de que a cooperação entre os produtores pode maximizar a obtenção de ganhos associados a economias de escala e/ou outras vantagens em termos de eficiência econômica, como o compartilhamento do risco, enquanto que os cartéis de exportação e importação podem, em teoria, aumentar a eficiência caso permitam que uma indústria desconcentrada nacional anule ou compense o poder de mercado associado a posições monopolísticas ou oligopólicas presentes nos setores com os quais mantém relações comerciais no exterior.

O ponto a destacar é o de que, em todos os casos acima listados, existe sempre a possibilidade de que os cartéis induzam ao aumento da eficiência econômica <sup>25</sup>. Por outro lado, não se pode descartar também a priori o fato de que a cooperação horizontal entre empresas possa gerar resultados socialmente indesejáveis, tal como previsto pela teoria econômica

---

<sup>25</sup> Mesmo os cartéis de recessão e depressão podem gerar eficiências dinâmicas, sob a hipótese de que, ao evitar a falência das empresas menos capacitadas em termos econômico-financeiros, evita-se o surgimento de estruturas de mercado mais concentradas e preserva-se a diversidade da estrutura industrial, fato que favorece a experimentação e a inovação a longo prazo. Note-se que não se trata de proteger as empresas mais fracas das mais eficientes ao longo do processo competitivo, mas sim de protegê-las num contexto onde a situação adversa é gerada por condicionantes macroeconômicos fora do controle das empresas. Esse ponto, de natureza neo-schumpeteriana, embora carente de desenvolvimentos teóricos mais aprofundados, reintroduz a questão do número de competidores em um setor como variável importante na definição da eficiência econômica dos mercados (ver Fagundes, 1997)

convencional <sup>26</sup>. Essas considerações resultam num princípio normativo semelhante àquele derivado da análise de atos de concentração, a saber: a legislação antitruste não deve proibir per se a formação de cartéis, devendo empregar a regra da razão no exame e na decisão dos casos. O objetivo é simples: garantir que os ganhos de eficiências pretendidos de fato sejam alcançadas e repassados, pelo menos em parte, para os consumidores.

No Japão, conforme já destacado, os cartéis foram largamente utilizados como instrumento de política industrial. Leis voltadas para a criação de exceções na aplicação da legislação antitruste na área de cartéis de racionalização, especialização, P&D e padronização foram utilizadas regularmente entre 1956 e 1985, atingindo várias indústrias, tais como a de eletrônicos, software e máquinas <sup>27</sup>. Tais leis determinavam a existência de uma base legal para o exercício das “orientações administrativas” por parte do MITI <sup>28</sup>. Da mesma forma, vários cartéis de depressão foram amparadas por leis específicas, sobretudo a partir dos choques do petróleo na década de setenta quando várias indústrias, no Japão e no mundo, passaram por um intenso processo de ajuste estrutural. São exemplos dessas exceções, a Lei de Medidas Temporárias para Indústrias Deprimidas Designadas, de 1978, e sua sucessora, a Lei de Medidas Temporárias para Melhoria Estrutural de Indústrias Designadas, de 1983.

Nem todas as leis estabeleciam a necessidade de consulta prévia ao FTC. Na verdade, existem três possibilidades legais: (i) permitir a formação de cartéis somente com a autorização do FTC; (ii) exigir a consulta ao FTC, mas não a obrigatoriedade de sua aprovação; (iii) não prever qualquer influência do

---

<sup>26</sup> Por exemplo, os cartéis de recessão, ao imporem preços mais elevados aos consumidores, embora aumentem os lucros das empresas, reduzindo o grau de risco e baixando o custo de capital das empresas, também induzem a manutenção de custos mais elevados no curto prazo e do excesso de capacidade no longo prazo (Boner e Krueger, op. cit. p.92).

<sup>27</sup> Com o passar do tempo, a natureza desses cartéis foi mudando, com uma ênfase crescente nos cartéis de P&D e o declínio dos cartéis de racionalização.

<sup>28</sup> Esse tipo de procedimento foi alvo de intenso debate legal no Japão. Duas foram as questões básicas: (i) a legalidade da própria orientação administrativa; e (ii) a aplicabilidade da legislação antitruste sobre as condutas resultantes das orientações administrativas. A solução final desses problemas somente veio a ocorrer em 1981, quando a Suprema Corte decidiu que as orientações administrativas deveriam ser suportadas por leis específicas, de modo que seu uso ficou condicionado a cumprimento de certas condições que garantam, teoricamente, seu caráter pró-competitivo (Ivory e Uesugi, op. cit. p. 84).

FTC sobre o processo. Em junho de 1991, por exemplo, existiam cerca de 56 sistemas de cartéis de exceção, baseados em 37 Leis. Desse total, somente dois eram administrados diretamente pelo FTC (cartéis de depressão e racionalização) e 28 estavam sujeitos a algum tipo de influência do órgão, seja por exigência de aprovação prévia, consulta ou notificação (Ivory e Uesugi, op. cit. p. 358).

É preciso notar, a meu juízo, a presença de duas questões distintas na avaliação dos conflitos entre a política industrial e de defesa da concorrência no Japão na dimensão da formação de cartéis. A primeira diz respeito a um conflito de natureza institucional entre o MITI e o FTC, tendo em vista a delimitação de áreas de influência de poder de cada órgão. A segunda relaciona-se com os efeitos, do ponto de vista da concorrência e da eficiência econômica, derivados da existência desses cartéis. Senão, vejamos as duas questões separadamente.

O primeiro grande problema enfrentado pelo FTC em sua “luta” contra o MITI esteve associado a eliminação dos cartéis formados através de orientações administrativas sem suporte de leis de exceção (base legal). Tais práticas eram comuns nos anos cinquenta, tendo sido abolidas a partir da segunda metade dos anos sessenta<sup>29</sup>. Nos anos subsequentes, os conflitos deslocaram-se para a crescente tentativa do FTC de influenciar as decisões dos Ministérios competentes e responsáveis pela aplicação das leis de exceção, com o objetivo de reduzir o uso da mesma, e, finalmente, para o próprio questionamento da validade legal dessas leis, tendo em vista seu possível impacto negativo sobre a conduta empresarial e sobre o comércio exterior<sup>30</sup>. A julgar pelo evolução desse conflito institucional, os últimos anos vem assistindo a crescente importância do FTC no cenário japonês.

---

<sup>29</sup> Embora, formalmente, a solução final tenha sido implementada nos anos oitenta. Ver nota 24.

<sup>30</sup> Sabendo da existência de leis que validam a formação de cartéis de depressão e recessão, os empresários têm menos incentivos para implantar medidas de redução de custo e ajuste em suas empresas. Quanto ao impacto sobre o comércio exterior, trata-se de um problema complexo, pois a criação de cartéis em indústrias de bens *tradables* pode ser considerada como um ação desleal no cenário da competição internacional: não há diferença entre permitir a formação de cartéis e, por exemplo, conceder um subsídio a indústria.

Ademais, a comparação da tabela VI abaixo com a tabela I da seção III.2 revela que a atitude do FTC frente a formação de cartéis não foi passiva. De fato, observa-se que a aplicação da legislação antitruste no âmbito da seção 8 - cartéis - foi mais intensa justamente durante a década de sessenta, período no qual a política de formação de cartéis atinge sua intensidade máxima no Japão. Tal constatação pode sugerir a presença da influência do FTC nas decisões quanto a criação de cartéis, limitando-os em termos de sua duração e outras características anticompetitivas (Nakazawa e Weiss, 1989).

Quanto a segunda questão, os resultados apontados pela literatura não são conclusivos. Embora os autores que defendem a importância da participação do Estado, em especial do MITI, na conformação do crescimento japonês tendam a ressaltar os resultados positivos dos cartéis (Dore, op.cit, cap. 11, Burlamaqui, 1995, p. 276, e Jonhson, op. cit., cap. 6), outros questionam os efeitos derivados da política de estímulo á cooperação horizontal entre produtores (Boner e Krueger, op. cit. pp. 94-100) .

Do ponto de vista de seus efeitos positivos, os cartéis podem ter sido transformados em instrumentos de redução de risco no âmbito das decisões de investimento das empresas. Em outras palavras, a possibilidade de que, diante de um excesso de capacidade, as indústrias pudessem recorrer á formação de cartéis para manter seus lucros, pode ter agido como mecanismo de incentivo ao investimento, mecanismo esse largamente empregado pelo MITI (Nakazawa e Weiss, 1989, p. 653).

Por outro lado, é importante notar que a sobrecapacidade de produção em diversos setores da economia japonesa, em diversas épocas de seu desenvolvimento, em particular no auge da utilização dos cartéis - década de sessenta - tinha origem, segundo vários analistas, na chamada competição excessiva entre as empresas. A origem desse “excesso de competição” tem sido alvo de intenso debate (Okimoto, op .cit, pp. 39-48. Segundo alguns autores, a raiz do problema encontrava-se na própria política industrial do MITI (Imai apud Kosai, op. cit. p.207). Ao estimularem o investimento através de uma série de incentivos, inclusive aquele ligado a promessa “tácita” de permissão para formação e cartéis, o MITI induzia às empresas a investir em excesso, fato que gerava uma sobrecapacidade de produção, que, por sua vez, demandava a criação de cartéis como forma de mitigar o problema, dentro de um círculo vicioso. Além do mais, alguns estudos setoriais apontam para o fracasso da política de formação de cartéis, como

nos caso das indústrias de PVC e sucata de ferro e prata (Nakazawa e Weiss, 1989, p. 653).

A tabela abaixo apresenta a evolução do número de cartéis de exceção no Japão do pós-guerra - isto é, formados sob o amparo de alguma base legal - evidenciando a sua redução. Após o ápice da década de sessenta, sobretudo entre 1965 e 1967, como efeito da recessão de 1964, o número de cartéis foi se reduzindo quase que continuamente reduzido. Em 1992, existiam somente 161 cartéis legalmente formados no Japão. O declínio do uso de cartéis no Japão pode ser atribuído a ênfase crescente no consumo, em detrimento do investimento ou das exportações, e a maior força do FTC e da legislação antitruste.

Finalmente, é preciso destacar que grande parte dos cartéis no Japão foram formados por pequenas e médias empresas, com atuação de âmbito regional. Com efeito, em 1991, por exemplo, dos 219 cartéis formados, cerca de 189 eram destinados à proteção das pequenas e médias empresas e 28 deviam-se aos acordos voluntários de restrição às exportações, não havendo nenhum cartel de racionalização ou de depressão. Essa distribuição não é exclusiva do ano de 1991: grande parte dos cartéis legalmente formados Japão durante o pós-guerra - algo em torno de 80% do total - eram constituídos por pequenas e médias empresas (Boner e Kruger, op. cit. p. 94).

Tabela VI - Número Total de Cartéis de Exceção no Japão

<b>ANO</b>	<b>Cartéis</b>	<b>ANO</b>	<b>Cartéis</b>	<b>ANO</b>	<b>Cartéis</b>	<b>ANO</b>	<b>Cartéis</b>
1953	79	1963	970	1973	908	1983	436
1954	162	1964	999	1974	788	1984	440
1955	248	1965	1079	1975	654	1985	426
1956	312	1966	1040	1976	528	1986	382
1957	401	1967	1003	1977	535	1987	310
1958	509	1968	954	1978	506	1988	276
1959	595	1969	886	1979	491	1989	261
1960	714	1970	845	1980	489	1990	248
1961	868	1971	976	1981	503	1991	219
1962	951	1972	979	1982	471	1992	161

Fonte: Ivory, H. e Uesugi, op. Cit. p. 359.

Em resumo, a análise das relações entre a política indústria e de defesa da concorrência no âmbito da formação de cartéis no Japão permite as seguintes observações: (i) os cartéis foram amplamente utilizados no Japão, sendo parcialmente salvaguardados da aplicação da Lei Antimonopólio, durante os anos do “milagre” japonês; (ii) sua utilização como instrumento de política industrial foi reduzindo-se ao longo do tempo, sobretudo a partir da década de setenta, com o crescimento da importância do FTC e da legislação antitruste; (iii) a distribuição dos cartéis quanto a sua natureza revela o predomínio daqueles formados por pequenas e médias empresas de atuação regional; (iv) os efeitos desses cartéis do ponto de vista de sua eficiência econômica e/ou sua contribuição para o crescimento da indústria japonesa não são claros; e (v) apesar do poder do MITI, a existência de uma legislação antitruste e de um órgão encarregado de sua aplicação no Japão pode ter determinado a introdução de regras voltadas para a minimização dos efeitos potencialmente negativos, do ponto de vista da eficiência econômica, derivados da formação de cartéis, e, até mesmo, reduzido seu uso por parte do MITI.

#### IV - Conclusões: Lições do Japão

Depois da II guerra mundial, sob a influência da experiência norte-americana, a Lei Antimonopólio foi implementada no Japão. Embora essa Lei e seus conceitos tivessem origem na legislação dos E.U.A, a tradição legal e o estágio de desenvolvimento da economia japonesa não permitiram a sua efetiva aplicação nas primeiras duas décadas de sua existência. Os dois pontos merecem um aprofundamento.

Em primeiro lugar, é importante destacar a experiência japonesa na área de defesa da concorrência como exemplo de um processo de consolidação e adaptação de natureza institucional. Imposta no período de ocupação norte-americana, a legislação antitruste do Japão, à exemplo do ocorrido em diversos países europeus <sup>31</sup>, foi gradualmente adaptando-se às especificidades da economia e do sistema legal do país. Essa dificuldade é especialmente relevante no caso de políticas de defesa da concorrência, que situam-se na fronteira do Direito com a Econômica.

Em particular, é preciso destacar o conflito entre a tradição legal anglo-saxônica e a tradição legal continental, sobretudo a germânica, que, após o pós-guerra, orientaram as reformas no aparato jurídico japonês. Enquanto a tradição da common law baseia-se fundamentalmente na interpretação, por parte das cortes e juizes, de princípios legais genericamente estabelecidos, que consolidam-se e modificam-se de acordo com a evolução da jurisprudência, a tradição continental funda-se sobre a aplicação restrita dos termos contidos nas leis, fato que exige uma definição clara e precisa dos conceitos para que sua implementação possa se tornar efetiva.

Além do mais, as diretrizes implícitas na legislação antitruste do Japão entravam em conflito com certos princípios de intervenção econômica emulados dos países europeus, tais como o uso de cartéis de racionalização e de depressão, empregados na Alemanha, e o estilo de relação cooperativa

---

<sup>31</sup> Ver Dumez e Jeunemaitre, 1995. Na opinião desses autores, no pós guerra, Alemanha, França e Inglaterra introduziram legislações antitruste por força da influência norte-americana. Gradualmente, a aplicação dessas legislações deixaram de ser apenas aparência, sendo efetivamente implementadas com dentro de um processo de ajuste em direção a uma atitude convergente face aos mecanismos de mercado.

entre o Estado e o setor privado, cujas bases estão associadas ao exemplo francês. Tais princípios caracterizaram a economia japonesa durante sua fase de desenvolvimento, sobretudo num cenário onde as prioridades eram a criação de novos setores industriais capazes de competir com empresas estrangeiras pelos mercados mundiais.

Com efeito, é inegável que a ação do MITI no período de rápido crescimento da economia japonesa - entre 1955 e 1970 - não encontrou obstáculos significativos por parte da política antitruste. Conforme observado, após um período de intensa atividade no final dos anos quarenta e no início dos anos cinquenta, a lei antitruste foi, durante os anos do “milagre” relativamente pouco utilizada no Japão. A combinação dessa observação com o sucesso da indústria japonesa, em termos de crescimento, capacidade de transformação e penetração nos mercados internacionais, sugere que as relações entre política industrial e políticas de defesa da concorrência variam ao longo do processo de desenvolvimento de um país.

Entretanto, a medida em que o sistema legal japonês foi promovendo as mudanças necessárias na Lei, em termos da definição precisa de seus conceitos e áreas de jurisdição, os países europeus valorizaram as políticas de defesa da concorrência, dentro de um processo de convergência institucional, e a economia japonesa alcançou o status de desenvolvida, a aplicação da legislação antitruste do Japão ganhou força. Esse processo vem sendo acentuado pela pressão dos parceiros comerciais do Japão, que interpretam várias das práticas de negócio do país como anticompetitivas. Na verdade, essa é uma questão que passou a fazer parte da agenda de liberalização do comércio e do investimento estrangeiro mundial, dada a associação intrínseca entre defesa da concorrência e grau de liberdade no acesso aos mercados externos.

Por outro lado, é fundamental ter em mente as especificidades da organização industrial e das metas da política industrial do Japão. Dois pontos aparecem como consenso na literatura: (i) o elevado grau de concorrência entre os Keiretsu, dentro do princípio do controle global; e (ii) a constante preocupação dos empresários e burocratas japoneses - e da sociedade em geral - com a “ameaça” estrangeira, preocupação essa que sempre dirigiu os princípios de intervenção e práticas empresariais na direção da busca da competitividade em níveis internacionais, pelo menos nos setores produtores de bens tradables e alvos das políticas do MITI.

Parece claro que a política industrial japonesa jamais deixou de levar em consideração os aspectos ligados à manutenção das condições de competição nos mercados. Vale dizer, as políticas industriais promovidas pelo MITI sempre induziram ao aumento da competição entre as empresas e/ou criaram mecanismos compensatórios, de natureza administrativa, para a redução da competição pela via do mercado. À exceção a essa orientação encontrava-se nas políticas de ajustamento para indústrias em declínio, onde o custo do ajustamento era transferido para o consumidor

Sendo assim, os efeitos potencialmente negativos de um relaxamento parcial na aplicação de políticas de defesa da concorrência nas primeiras duas ou três décadas de sua existência, longe de ser um das causas da competitividade da indústria japonesa, como sugerem alguns analistas, pode simplesmente ter, quase que “acidentalmente”, sido contrabalançados por características singulares da história, organização industrial e cultura do Japão.

A segunda conclusão aponta para a necessidade de políticas de defesa da concorrência em países desenvolvidos ou em desenvolvimento guiados pelo princípio da economia de mercado, embora as características dessas políticas sejam distintas dependendo de cada caso. A distinção parece estar muito mais na intensidade da aplicação da legislação de defesa da concorrência do que na dicotomia entre ter ou não uma legislação antitruste. Dois são os argumentos que suportam essa conclusão, ambos retirados do caso do Japão.

De um lado, dado a necessidade de se consolidar um cultura de concorrência na comunidade de negócios e na própria sociedade, o adiamento da introdução, ainda que condicionada a sua aplicação branda, de legislações de defesa da concorrência em países em desenvolvimento pode gerar grandes distorções nos mecanismos de mercado e na estrutura industrial desses países. O processo de consolidação institucional é lento, de modo que quanto mais cedo a legislação for implementada e aplicada, mais rápida será sua aceitação e compreensão junto a sociedade. Além do mais, o tema “defesa da concorrência” é complexo, sendo seu aprendizado - em termos de treinamento de recursos humanos por parte do governo - uma tarefa que exige tempo e experiência.

Por outro lado, a própria existência de órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, bem como da legislação adequada, podem servir como mecanismos de compensação aos “excessos” da política industrial em economias em desenvolvimento. Trata-se, nesse caso, de criar instituições que sejam capazes de defender outros pontos de vista e enfoques diferentes daqueles priorizados pela política industrial, com o objetivo de evitar o virtual desaparecimento da preocupação com as questões das condições de concorrência e práticas empresariais nos mercados, comum em países que enfatizam a industrialização a qualquer custo. Embora tais questões devam ser relativizadas no contexto de economias em desenvolvimento, sobretudo nos setores sujeitos a concorrência internacional, parece equivocado simplesmente ignorá-las, sob o falso pretexto, por exemplo, de que toda a fusão é pró-competitiva na medida em que gera economias de escala. Finalmente, a própria presença de órgãos reguladores de natureza autárquica e independente - órgãos mais de Estado e menos de governo - também pode reduzir os problemas associados à captura dos formuladores da política industrial por parte das empresas.

## BIBLIOGRAFIA

BEEMAN, M. (1996) Japan's Fair Trade Commission and the Politics of Antimonopoly Policy. Presentation in the Japan Information Access Project brown Bag Series. International Law Institute, Washington, D.C. December.

BONNER, A. R. e KRUEGER, R. (1991). "The Basics of Antitrust Policy: a Review of Ten Nations and the EEC". The World Bank Industry and Energy Department Working Paper, Industry Series Paper no. 43, february.

BRANSCOMB, L E KODAMA, F (1993). Japanese Innovation Strategy. Center for science and International Affairs, Havard University Press.

BRAULT, D.(1995). Droit de La Concurrence Comparé. Colection Droit des Affaires de L'Entreprise. Série: Recherches. Economica, Paris.

BURLAMAQUI, L. (1995) Capitalismo Organizado no Japão. Tese de Doutorado, IE/UFRJ.

DORE, R. (1987). Taking Japan Seriously. Stanford Univ. Press. Cal.

DUMEZ, H E JEUNEMAITRE, A (1995) The Convergence of Competition Policies in Europe. In Berger, S. e Dore, R. (Eds): National Diversity and Global Capitalism. Cornell University Press.

DUTRA, P.(1997) O Controle da Concentração do Poder Econômico no Japão: Contexto Político-Econômico e a Norma Legal. Revista do IBRAC, volume 4, número 1, janeiro.

FAGUNDES, J.(1997) Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial: Notas para um Projeto de Integração. Texto para discussão número 406, IE/UFRJ.

FARINA, E. (1994). "Desregulamentação e Controle do Abuso do Poder Econômico: Teoria e Prática". Revista de Economia Política, 14 (3), julho-setembro, pp. 78-93.

FARINA, E (1996). Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação. Revista do IBRAC, vol. 3, número 8.

GERLACH, M.(1992) Alliance Capitalism. University of California Press.

IVORY, H E UESUGI, A (1994) . The Antimonopoly Laws and Policies in Japan. Federal Legal Publications Inc.

KASAHARA, H.(1996) Merger and Acquisition Trends in FY 1995. The Japanese Mission to the European Union.

KOSAI, Y. Competition and Competition policy in Japan: Foreign Pressures and Domestic Institutions. In Berger, S. e Dore, R. (Eds) (1995): National Diversity and Global Capitalism. Cornell University Press.

NAKAZAWA, T e WEISS, L (1989). The Legal Cartels of Japan. Antitrust Bulletin, vol. XXXIV, number3, fall.

OKIMOTO, D. (1989). Between MITI and the Market: Japanese Industrial Policy for High Technology. Stanford university Press.

POSSAS, M. (1996). Competitividade: Fatores Sistêmicos e Política Industrial. IN: Possas, M. Castro, A. e Proença, A. (1996). Estratégias Empresariais. Forense Universitária.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J. E PONDE, J.(1995) “Política Antitruste: um enfoque Schumpeteriano”. Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia, ANPEC, dezembro.

POSSAS, M.L. E FAGUNDES, J (1997) Competition, Strategic Behaviour and Antitrust Policy: an Evolutionary Approach. Texto para discussão número 397, IE/UFRJ

POSSAS, M.L (1996). “Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência” Revista do IBRAC, v. 1.

SCHERER, F.M. (1994). Competition policies for an Integrated World Economy, Washington D.C.: The Brookings Institution.

STEVENS, D. (1995). Framing Competition Law Within an Emerging Economy: The Case of Brazil. The Antitrust Bulletin, vol. XL no. 4/Winter.

TEIXEIRA, E.(1992) A Economia política do Japão. Tese de Doutorado, IE/UFRJ.

(1983) Mito do Sucesso. Dissertação de Mestrado, IE/UFR.

WAGNER, S.(1987) The Korean Antitrust Experience, 1981-85. Antitrust Bulletin, Vol. XXXII, number 2. Summer.

---

**TRADE, TRANSPARENCY AND COMPETITION: FTAA AND CER\*****José Tavares de Araujo Jr.<sup>1</sup>**

August 1998

**Abstract**

This paper shows that asymmetric information, entry barriers and market power are the basic sources of anticompetitive behavior and argues that trade liberalization is a necessary but not sufficient condition to foster competition in the domestic market of small economies. This statement implies a challenge to the Free Trade Area of the Americas (FTAA) initiative as 22 countries in the Western Hemisphere do not have competition policy institutions. After highlighting some aspects of the US antitrust experience over the last 25 years and indicating that anticompetitive behavior is not related to market size, the paper reviews the processes of economic reform in Australia and New Zealand to show that the Closer Economic Relations Agreement (CER) between these countries provides lessons that are useful for addressing the FTAA challenge.

**1. Introduction**

A major challenge to be faced by the Free Trade Area of the Americas (FTAA) initiative will be the promotion of similar conditions of competition in the domestic markets of the member countries. Besides the disparities in

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em outubro de 98

<sup>1</sup> Consultant to the Trade Unit of the Organization of American States (OAS). I am grateful to the research assistance provided by Cristina Gamboa, who has reviewed the US antitrust cases compiled in the annex and has organized the data presented in table 3, to César Parga, who gathered the bibliography on Australia and New Zealand, and to Jane They for helpful comments. The views presented here are the author's own and should not be attributed to the OAS General Secretariat or any of its member countries.

terms of size and level of economic development, one additional contrast is that 22 countries in the region do not have competition policy institutions. According to a widespread view, the lack of these institutions is not a real problem since trade liberalization is powerful enough to impose market discipline in small economies. Moreover, authors like Rodriguez and Coate (1996) have been questioning the relevance of an active antitrust policy in situations of unfinished reforms, which has been the case of most Latin American and Caribbean economies during the last 15 years. Instead of supporting market transparency, efficiency and welfare, new-born antitrust agencies can easily be captured by special interests and become just another device for rent-seeking and monopoly practices.

This paper argues that the above opinions do not provide sustainable solutions for the FTAA because both of them are only partially true. There is no doubt that free trade is a key instrument to foster competition, but the evidence presented in section 2 shows that the sources of anticompetitive behavior are not associated with market size, but result from distortions that exist in any open economy. On the other hand, as section 3 indicates, capture is likely to be pervasive in every society that does not possess mechanisms for controlling special interests, but this problem affects all public policies, not just antitrust. To illustrate the first point, I will use selected aspects from the history of antitrust enforcement in the United States over the last quarter century, which is also useful to highlight the subtle relationship between antitrust and antidumping. To identify possible solutions for the second issue, I will briefly review the experiences of Australia and New Zealand, which are particularly relevant for Latin America, due to the economic reforms implemented by those countries in the recent past. Finally, section 4 summarizes the main conclusions.

## 2. The sources of anticompetitive behavior

Table 1 shows some figures on antitrust enforcement in the Western Hemisphere. The disparities in the number of cases by country are due to multiple factors. In some countries, like Costa Rica and Panama, the figures

refer to the starting moments of the competition policy agency.<sup>2</sup> In others, like Brazil during 1996-97 and Jamaica during 1994-96, the authorities were busy in curbing certain traditional practices in their countries, and had opened simultaneous investigations against several industries, or the same industry in different parts of the country, on similar grounds. In Colombia, the merger review provisions are very stringent and compel the agency to carry out a large number of cases (see Jatar and Tineo, 1998), while in Argentina, Jamaica and Peru the laws do not regulate mergers and acquisitions (see OAS, 1997a).

Table 1:

## Antitrust Cases in the Western Hemisphere

Country	Mergers and Acquisitions	Anticompetitive Practices
Argentina (1996/97)	□	32
Brazil (1996/97)	65	543
Canada (1996)	228	83
Chile (1995/97)	6	87
Colombia (1992/97)	212	142
Costa Rica (1995/96)	1	37
Jamaica (1994/96)	□	133
Mexico (1995/96)	209	58
Panama (1997)	2	1
Peru (1994/96)	□	57
United States (1996)	222	347
Venezuela (1993/97)	27	54

Source: OAS (1997b)

However, even if these peculiarities did not exist, the number of cases should not be expected to be proportional to the country's size. Table 2 includes 15 famous US cases, covering a period from the mid seventies to the

---

<sup>2</sup> In Costa Rica, the competition policy law was enacted on December 20, 1994, and in Panama on February 1, 1996.

early nineties. These cases were analyzed by prominent experts on antitrust and compiled in a book edited by Kwoka and White (1994). Only in three cases □ the Mobil□s attempt to acquire Marathon Oil in 1981, the 1983 joint venture of General Motors and Toyota, and DuPont□s growth strategy in the US titanium dioxide industry in the seventies □ the size and other features of the American market were relevant issues. All the others could have happened in any small open economy. Some were local events, such as the joint venture of daily newspapers in Detroit, the merger of two hospitals in Virginia and the services rendered by another hospital in New Orleans. Other cases were related to the characteristics of the industry under investigation, and could have been even more serious in smaller economies, like the Coca Cola-Dr Pepper merger, the computerized reservation systems owned by large airlines, or a price-fixing among manufacturers of gasoline additives (the ethyl case). Table 2:

Asymmetric Information, Entry Barriers and Market Power in Selected US Antitrust Cases

Type	Case	Year	AI	EB	MP
Mergers	Mobil - Marathon	1981		x	x
	General Motors - Toyota	1983	x	x	x
	Coca Cola - Dr. Pepper	1986		x	x
	Detroit Newspapers	1988		x	x
	Roanoke Hospitals	1989	x	x	x
Horizontal	Dupont	1980	x	x	x
	Ethyl	1984	x	x	x
	NCAA	1984		x	
Restraints	Matsushita v. Zenith	1986		x	x
	Ligget	1993		x	x
Vertical	GTE Sylvania	1977			x
	AT&T	1982	x	x	x
	Jefferson Parish Hospital v. Hyde	1984		x	
	Monsanto v. Spray-Rite	1984		x	x

Type	Case	Year	AI	EB	MP
	Airline Reservation Systems	1992	x	x	x

Source: Kwoka and White (1994)

The most interesting lesson to be drawn from the cases selected by Kwoka and White is the role played by asymmetric information, entry barriers and market power as sources of anticompetitive behavior. Jointly, entry barriers and market power were relevant issues in 12 cases, and asymmetric information was also present in half of those cases. Only in one case, a private litigation between GTE Sylvania and a small distributor of television sets in northern California, neither asymmetric information nor entry barriers had any significant influence. Entry barrier was the single issue in two cases, the control of the National Collegiate Athletic Association (NCAA) over the broadcast rights to its members' football games and the dispute about the procedures used by the Jefferson Parish Hospital in the supply of anesthesia services.

In textbook descriptions of perfect competition, free entry, constant returns to scale and market transparency are key features. In this stylized world there is no room for antitrust. Every attempt to breach competition rules will be immediately noticed by the economic agents and duly punished by market forces. Conversely, any departure from those three assumptions will engender uneven competition conditions, either among the firms already established in the industry or between incumbents and entrants, although such "imperfections" do not necessarily imply welfare losses. Technical progress, for instance, reshapes periodically the profile of those variables across the economic system by creating entry barriers in some industries while destroying them in others; and by introducing new opportunities for economies of scale and scope which stimulate industrial concentration and, consequently, may strengthen the market power of the innovating firms. Indeed, every technological innovation implies a new form of asymmetric information since the innovating firms have better knowledge of the production frontier than their competitors. But technology also promotes transparency through the reduction of information costs and the diffusion of managerial standards.

This interplay between technical progress and competition poses an intricate challenge to the antitrust agency. As Baumol and Ordover explained: "... while monopoly is rightly recognized as an enemy of static efficiency, there are a number of reasons why it is suspected that its effects on intertemporal efficiency are not so clearly one-sided. Because both large firm size and the possession of market power can, in this view, be helpful to innovation and productivity growth, it is sometimes suggested that antitrust activity, as the enemy of market power and even of large firm size, can serve as an impediment to growth and, by enhancing its costs, as a source of intertemporal inefficiency. Furthermore, when antitrust rules create barriers to efficient interfirm cooperation in research and development and in the exploitation of the fruits of such activity, the adverse consequences from intertemporal efficiency are further exacerbated (1992, p. 83)."

The three sources of anticompetitive behavior can also be strengthened by government actions. Either when protecting the public interest through the regulation of natural monopolies, basic services, and other policies in the areas of environment and national security, or when promoting special interests through trade policies, procurement rules, subsidies and other forms of industrial assistance, the government may create asymmetric information, entry barriers and market power. For this reason, the scope of competition policy is not restricted to the control of business practices, but includes the assumption that the government is implementing policies that are consistently focused on the support of productive efficiency and consumer welfare.

In many situations, market power is engendered by a combination of imperfect information, entry barriers and increasing returns. As Stiglitz observed, "when imperfect information results in the demand curve becoming less than infinitely elastic, it implies that imperfect information confers a degree of monopoly power on the stores (1989, p.775)." However, if the demand remains elastic, no market power can be exercised, even in highly concentrated industries. In fact, one important advancement in antitrust enforcement in recent years has been precisely the adoption of this principle by the merger review procedures of a growing number of countries.

Table 3:

## US Anticompetitive Cases by Sector, 1994-98

Sector	Cases	AI	EB	MP
--------	-------	----	----	----

Sector	Cases	AI	EB	MP
Consumer goods	43	39	10	6
Intermediate goods	86	82	7	10
Capital goods	12	12	8	3
Telecommunications	21	15	14	17
Health services	16	14	7	9
Other services	55	43	23	27
Total	233	205	69	72

Source: DOJ, Antitrust Division website (August, 1998)

Table 3 shows the incidence of asymmetric information, entry barriers and market power in 233 cases of anticompetitive behavior filed by the Antitrust Division of the US Department of Justice between December 1994 and August 1998 (see list in the annex). This table is not as accurate as the previous one because here we do not have detailed studies of each case, like those edited by Kwoka and White, but just the summaries that were available at the Division's website as of the first week of August 1998. Thus the figures on entry barriers and market power are probably underestimated since many summaries do not include enough data on the characteristics of the sector under investigation. Besides, all the cases refer either to private litigations or to bid rigging, price fixing and other forms of collusion, wherein undisclosed facts are normally the central issue. For this reason, and in contrast with table 2, asymmetric information appears to be so pervasive. However, the basic message is the same: anticompetitive behavior can happen in any sector of the economy and is not related to market size, but to its distortions.

If we compare the list of goods involved in those 223 cases with the 348 antidumping (AD) and countervailing duty measures (CVD) that were active in the United States as of December 1997 (see USITC, 1998, pp.183/192) a curious result emerges. Both lists have just one item in common, ferrosilicon, which is an alloying agent that improves the finished properties of steel products. There were five AD actions against exporters from Brazil (since March 1994), China (March 1993), Kazakstan (April 1993), Russia (June 1993) and Ukraine (April 1993), and three cases of price fixing among

manufacturers of that good.<sup>3</sup> For many years the steel industry has been the major focus of AD & CVD actions taken by the United States, but, apparently, such protection has not stimulated anticompetitive practices in the domestic market. Besides ferrosilicon, two products linked to that industry have been involved in antitrust investigations in the recent past, laminated tube-making equipment<sup>4</sup> and steel drums<sup>5</sup>, but these products are not in the relevant market of any AD or CVD measure enacted by the United States.<sup>6</sup>

This evidence illustrates the subtle relationship between antidumping and antitrust. The conflicting goals of these policies are well recognized, but, at least in the United States, they do not affect the same industries. On the one hand, antidumping measures provide a relief to domestic producers from import competition, but do not seem to engender business strategies that would go beyond the limits allowed by the tariff surcharge. On the other hand, those firms that are able to venture into anticompetitive practices do not seem interested in spending resources in rent-seeking activities. Therefore, when the members of a free trade agreement decide to abolish AD & CVD actions among themselves, while harmonizing their competition policies, they are not indeed switching instruments, except for the rare events of predatory pricing. As the next section shows, they are just making commitments that are natural outcomes of their trade agreement's stated objectives.

### 3. Economic reform and transparency: Australia and New Zealand

□ Policy intervention was seen as a way of augmenting growth in diverse occupations. An import substitution strategy was a way to mobilize rents from

---

<sup>3</sup> US v. American Alloys Inc. (1996), US v. Elkem Metals Co. (1995), and US v. SKW Metals & Alloys Inc. and Charles Zak (1996).

<sup>4</sup> US v. American National Can and KMK Maschinen AG (1996).

<sup>5</sup> US v. Lima (1994); US v. Milikowsky (1994).

<sup>6</sup> For the definition of relevant market, see next section's discussion on merger review in Australia and New Zealand.

the traditional exportable sector [...] which otherwise would have been capitalized into rural land values. Urban income earners were seen as the beneficiaries. After the Great Depression (1929-32), economic goals became more focused on full employment and the diversification of industry under the direction of government. A wide range of policies, including trade policy, were subordinated to meeting these ends (Lattimore and Wooding, 1996, p.316)

Anyone familiar with Latin American economic history would bet that the above quotation refers either to Brazil, Mexico, Argentina or one of their neighbors. This is a classical description of the initial steps of the industrialization strategies followed by those countries throughout the twentieth century, from the collapse of the world trading system in the thirties to the debt crisis in the eighties. However, the country under analysis here is New Zealand, which, like Australia, also had opted for the same type of policy during that period, with similar results. Commenting on the Australian case, Bell (1993) noted that: "By the 1960s the tariff structure lacked any overall logic or economic rationale. Many tariffs were anomalous or fortuitous, and little effort was made to avoid over-protection or to promote efficient or economic production (p.28)."

Before the Uruguay Round (1986-93), Australia and New Zealand shared with Latin American countries a common attitude toward multilateral trade negotiations. Their goal was to improve export performance while keeping domestic markets closed. In November 1979, for instance, the Australian Trade Minister, made the following assessment of the Tokyo Round (1973-79): "With the exception of three items — namely tobacco, certain fancy cheese and an item relating to frozen poultry — the tariff rates are at or above current applied rates. This means that Australia has achieved a meaningful and advantageous settlement with the United States, EEC and Japan without reducing the current level of tariff protection on a single tariff item applicable to any manufacturing industry [...] This was, I believe — I am sure industry agrees with me — a commendable result (Rattigan et al., 1989, p.19). A few weeks later, New Zealand's Prime Minister said: "It has been suggested that New Zealand should dismantle the system of import licensing which has operated for 40 years. I do not subscribe to that view. I have no intention of letting industries go to the wall for the sake of a theory ( Lattimore and Wooding, 1996, p.326)."

One peculiarity of the Australian experience of import substitution industrialization was the creation of the Tariff Board in 1921. Its role was to advise the government on the costs and benefits of protection. Besides reviewing individual cases, that institution was supposed to conduct periodic studies on the macroeconomic consequences of the existing trade barriers. The first of these studies was the Brigden Report, which presented a comprehensive analysis of the Australian tariff structure in 1929 and stimulated several academic works during the following decades, including the 1957 classic article by Max Corden on "The Calculation of the Cost of Protection." However, until the late sixties, the Board's activities engendered no public reaction against protectionism in the country. On the contrary, the general mood was that the welfare gains from industrial diversification would be greater than the protection costs. The tariff was perceived as a social investment whose present value could be weighed against the future benefits produced by economic development (see Corden, 1957). Moreover, in "Protection and Real Wages" one of the most celebrated papers in the history of economic thought, Stolper and Samuelson (1941) concluded that "in Australia, where land may perhaps be said to be abundant relative to labour, protection might possibly raise the real income of labour (p. 73)."Despite their caveat that "... our argument provides no political ammunition for the protectionist" it really did, and import substitution policies remained popular for many decades, reinforcing the natural barriers already provided by geography and transportation costs.

In the seventies this conventional wisdom started to change. The Tariff Board was transformed into the Industries Assistance Commission (IAC), with a broader mandate to promote transparency in the economy and empowered with adequate instruments to assess the different impacts of public policies, including the creation of domestic entry barriers, uneven conditions of competition among firms in the same industry, and other market distortions. In its first annual report, for 1973/74, the IAC functions were defined as follows: "In summary, the Commission's role is to advise the Government on how individual industries, and industry in general, should be encouraged to develop in Australia. In providing this advice, it is required to have regard to the interests of the community as a whole, and relate its advice to the generally accepted economic and social objectives of the community. The Commission is concerned primarily with the long term development of industries, rather than with the fluctuations which may occur in their rate of development from one year to another, due to temporary changes in their business environment. The principles and objectives in the Industries

Assistance Commission Act provide the general policy basis for the long term development of Australian industries (quoted in Rattigan et al., 1989, pp.98/99)."

To foster transparency, the IAC was supposed to keep the Australian society informed on three basic topics: [a] the competition conditions in the different sectors of the economy; [b] the effectiveness of current public policies; and [c] the eventual conflicts between the use of public resources to support specific economic activities and the promotion of the community's welfare. Indeed, IAC's ultimate goal was to preserve the debate over what constitutes Australia's "national interest" Although IAC had no enforcement power, the government was required to be aware of the Commission's opinion when changing the level of protection to any industry, with the exception of antidumping and countervailing duties actions.

IAC's only task was to produce accurate information about economic policy on a timely basis, but this was enough to spur bitter animosity both inside the bureaucracy and the private sector. In certain moments, the Commission's roster of powerful enemies included not only leading politicians like J.D. Anthony and Ian Sinclair, trade ministers like James Cairns, but also the Metal Trades Industry Association (MTIA), which had about 6000 members responsible for more than 50% of the labor force in secondary industry (see Rattigan, 1986). According to the national director of MTIA in 1976, the real aim of IAC was to destroy the Australian industry: "We do not need the IAC, which is an excessively elaborate and expensive body of economic theorists, to tell us that most goods we make in Australia can be more cheaply imported by Australia ... What we need is to call a halt to the activities of the IAC in recommending the dismantling of sections of Australian industry. It is a folly of the greatest magnitude if we allow ourselves to be persuaded by a pure economic theory to close our factories because of our high cost structure." (Canberra Times. 24 July 1976; quoted in Rattigan, 1986, p.264)

The process of trade liberalization started in 1973 with an across-the-board tariff cut of 25%. The measure was not enacted for industrial policy reasons, but resulted from a large surplus on the country's balance of payments. Like in most Latin American economies, the process was long and marked by temporary reversals in some industries, specially textiles, clothing, footwear and motor vehicles. As table 4 shows, while the average rate of effective protection of the manufacturing industry suffered a steady decline during

1977-97, those four industries were able to remain away from the general trend. Between 1979 and 1985, the protection rates of textiles jumped from 47% to 74%, and from 140% to 243% in clothing. During 1977-85, footwear producers were bestowed with rates that varied from 121% to 250%, and car manufacturers got the range 67% □ 137%. These rates began to decrease after 1985, but even in 1997, when the Australian manufacturing industry had an average rate of 6%, those four sectors were still securing two-digit rates. Tables 5 and 6 tell similar stories for New Zealand and Brazil.<sup>7</sup>

Table 4

## Rates of Effective Protection in Australian Industries, 1977-97

Industry	1977	1979	1981	1983	1985	1987	1994	1996	1997
Food, beverages, tobacco	16	14	10	7	6	6	3	3	2
Textiles	51	47	55	68	74	68	37	27	25
Clothing	148	140	135	189	243	167	59	50	47
Footwear	121	153	161	232	250	182	60	50	46
Wood and products	18	17	15	18	17	18	9	6	4
Paper and products	30	26	25	16	16	16	6	4	2
Chemicals	21	19	15	12	12	12	6	4	3
Non-metallic	7	5	4	4	3	3	3	2	2
Basic metal	14	10	10	9	10	6	6	5	4
Motor vehicles & parts	67	81	96	123	137	87	38	31	28
Other transport	21	9	11	14	15	16	5	4	2

<sup>7</sup> The figures in the three tables are not strictly comparable, due to disparities both in the methodologies used for measuring the protection rates and the existing market distortions in each country, such as those engendered by exchange rate appreciation, domestic entry barriers and the structure of the taxation system. However, the tables provide a reliable picture of the distribution of protection rents across industries.

Industry	1977	1979	1981	1983	1985	1987	1994	1996	1997
equipment									
Other capital goods	22	20	20	21	23	23	11	8	5
Total manufacturing	27	24	23	21	22	19	10	8	6

Sources: Dyster and Meredith (1990); Industry Commission (1997).

Table 5  
Rates of Effective Protection in New Zealand Industries, 1982-90

Industry	1982	1986	1988	1990
Food	20	14	9	7
Textiles, clothing, footwear	90	160	69	59
Wood and products	51	28	21	16
Paper and products	24	17	13	9
Chemicals, rubber, plastics	37	38	34	23
Non-metallic minerals	19	19	17	13
Basic metal industries	12	12	11	5
Machinery and equipment	69	58	51	34
Other manufacturing	56	53	41	27
Total manufacturing	39	37	26	19

Source: Massey (1995).

Table 6  
Rates of Effective Protection in Brazilian Industries, 1993-95

Industry	1993	1994	1995
Food and beverages	30	22	24
Textiles	21	20	24
Clothing	24	25	21
Footwear	15	16	21
Wood and products	10	9	12
Paper and products	9	8	11
Chemicals	9	5	6
Steel	11	10	13
Basic metal	13	11	14
Motor vehicles	130	45	271
Other transport equipment	21	22	21
Electronic equipments	23	22	25

Industry	1993	1994	1995
Total manufacturing	15	12	13

Source: Kume (1996)

In 1975, the New Zealand government established the Industries Development Commission (IDC), which had similar functions to those of IAC, i.e., to provide independent advice on current economic policies and facilitate public scrutiny of those policies. During the following 10 years, the IDC research activities included 13 studies on the country's most important industries, using a standard methodology. Besides identifying the complete set of protection mechanisms affecting each industry "such as tariffs, quantitative restrictions, subsidies, procurement rules and other government generated entry barriers " the inquiry would highlight the long term impact of such mechanisms. Although less prominent than its Australian counterpart, the IDC, later renamed as Economic Development Commission (EDC),<sup>8</sup> provided the basic knowledge for the gradual trade liberalization process that took place in New Zealand during 1984-95 (Mascarenhas, 1996; Evans et al., 1996).

Promoting transparency had significant consequences on the processes of economic reform in Australia and New Zealand, specially in the areas of regional integration and competition policy. Following the international fashion of the eighties, those countries signed the Closer Economic Relations Agreement (CER) in 1983. But in just seven years the CER achieved a degree of trade liberalization matched by no other regional arrangement launched in that decade (see Corden, 1997; Vautier and Lloyd, 1997). By 1990, all tariffs, antidumping actions and domestic subsidies affecting trans-Tasman trade had been abolished. In the area of services, besides deregulation, total mobility of the labor force and mutual recognition agreements, significant progress was attained in key activities like shipping and air travel. Afterwards, the process of economic integration has been sustained by convergent fiscal and monetary policies at the macroeconomic level, and by similar competition policies at the microeconomic level.

---

<sup>8</sup> IAC was also renamed as Industry Commission, and, since 1996, as Productivity Commission.

Australia had a national competition law since 1906, and New Zealand since 1908, but these were useless instruments during the times of import substitution industrialization. Some Latin American countries, such as Argentina (1919), Brazil (1962), Chile (1959), Colombia (1959) and Mexico (1934), also have had ineffective antitrust legislation for many decades.<sup>9</sup> In 1974, the Australian Trade Practices Act established a new framework for curbing anticompetitive practices in the country and paved the way for a series of institutional improvements in subsequent years. The process of policy reform culminated in 1993 with the Hilmer Committee Report, which introduced the notion of "Comprehensive Competition Policy" (CCP), one of the most powerful, yet flexible, systems among OECD countries. CCP goes beyond the conventional antitrust instruments and includes all relevant government actions that affect the competition process, such as trade barriers, subsidies, monopoly regulation, intellectual property, consumer protection and technical standards.<sup>10</sup> In New Zealand a similar process started 1986, when the Commerce Commission was empowered with the same set of policy instruments managed by its counterpart, the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). This convergence has led to a fruitful cooperation program between these agencies that not only harmonized the competition conditions in the trans-Tasman market but also reinforced the domestic role of the antitrust authorities.

Table 7

Merger Review in Australia and New Zealand, 1991-96

---

<sup>9</sup> For a comparative description of the recent legislation in these countries, see OAS (1997a), which also contains an inventory of the current antitrust agreements signed by FTAA member countries. For a collection of official reports on the enforcement of competition policy in the Western Hemisphere, see OAS (1997b).

<sup>10</sup> Coincidentally, in November 1992, the Peruvian government enacted the INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) along the same principles. Indeed, the only difference between INDECOPI and the CCP model is that the former does not review mergers and acquisitions. More recently, in 1996, the government of Panama created a similar institution, the CLICAC (Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor), with a more restricted scope, covering just three areas: antitrust (mergers included), consumer protection and trade remedies (antidumping and countervailing duties).

Country	Cases Examined	Cases Declined	%
Australia	612	26	4.7
New Zealand	211	10	4.2

Sources: ACCC (1997); Allport (1997)

It should be noted that the competition policy laws of Australia and New Zealand are not identical. For instance, when assessing the likely effects of a merger, the ACCC uses the concept of market power while the Commerce Commission adopts the dominance approach. Albeit similar, these methods do not always lead to the same results. The definition of market power is straightforward: it happens when the firm is able to impose a *ssnip*, a small but significant and non-transitory increase in price. The notion of dominant position is broader: it happens when the firm is able to choose its conduct without taking into account the eventual reactions of its competitors, suppliers and consumers. A firm may have market power without being in a dominant position, but, in practice, this distinction is not so important, because the two agencies apply the same methodologies in regard to other critical aspects of the investigation, such as the delimitation of the relevant market,<sup>11</sup> the analysis of entry barriers and the role of import competition. As table 7 shows, over the period 1991-96 the two agencies had virtually the same attitude when reviewing mergers: the ACCC examined 612 cases and objected to 4.7%, while the Commerce Commission has received 211 cases and opposed to 4.2%.

Thus, the role played by competition policy in the CER agreement contains at least three useful lessons for the FTAA process. The first is the coherence

---

<sup>11</sup> The concept of relevant market is crucial not only for merger analysis but also for investigating anticompetitive practices. The approach adopted by Australia and New Zealand can be formally stated as follows: The relevant market is the space *R4* in which the firm is able to practice a *ssnip*. The four dimensions of that space are: [1] the characteristics of the good, including the production technologies and cross-elasticities of demand; [2] the geographic extent of the transactions under analysis; [3] the functional levels of the market, i.e, the degree of vertical integration of incumbent firms and the existing forms of distribution and sale; and [4] the time dimension of the competition process, specially in regard to the readiness of substitution possibilities and the effective entry of potential competitors.

between antitrust and other policies, which has avoided the traditional situation whereby the government fosters competition through one channel and creates market distortions through another. The second is the provision of predictable rules for dealing with one intricate problem engendered by trade agreements, which is the trend toward market concentration that follows the process of economic integration. The convergence of the merger review procedures reduced the uncertainty of investment decisions by keeping the private sector informed about the criteria used by the ACCC and the Commerce Commission for surveilling the competition process in the trans-Tasman market. The third lesson from the mechanisms that ensure market transparency, like the reports produced by the IAC and EDC. The CER experience illustrates convincingly that the ultimate goals of competition policy – consumer welfare and productive efficiency – do not depend so much on the punitive provisions of the antitrust law, but on these mechanisms

### 3. Conclusion

The main conclusion to be drawn from the evidence discussed in this paper is that the FTAA is a long run project. Free trade is not a strong enough instrument to impose convergent competition rules in the Hemisphere, and the enactment of antitrust laws without the support of complementary mechanisms to curb special interests is not a solution either. The recent results attained by Australia and New Zealand on these issues suggest that the promotion of market transparency can be a feasible alternative, although not immune to reactionary pressures, as the IAC experience has revealed. The periodical publication of studies like those of IAC and EDC, and the maintenance of data bases on entry barriers, profitability rates and other conditions of competition in the different sectors of the economy do not require major institutional changes and could be carried out in any country. This type of initiative could be a starting point that would turn the other CER lessons discussed in section 3 into realistic options for the FTAA countries.

## References

Allport, P. (1997), "Market Dominance in Business Acquisitions" Compliance (Commerce Commission Newsletter), June 1997, Wellington (<http://www.comcom.govt.nz>)

Australian Competition and Consumer Commission (1997), Merger Guidelines: Three Year Overview, Commonwealth of Australia, Canberra (<http://www.accc.gov.au>).

Baumol, W. and Ordover, J. (1992), "Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?" in Antitrust, Innovation, and Competitiveness, Thomas M. Jorde and David J. Teece (eds.), Oxford University Press.

Bell, S. (1993), Australian Manufacturing and the State, Cambridge University Press.

Corden, M.W. (1957), "The Calculation of the Cost of Protection" The Economic Record, 33 (64), pp.29-51.

Corden, M.W. (1997), The Road to Reform: Essays on Australian Economic Policy, Addison Wesley, Sydney.

Dyster, B., and Meredith, D. (1990), Australia in the International Economy in the Twentieth Century, Cambridge University Press.

Evans, L., Grimes, A., Wilkinson, B., and Teece, D., (1996) "Economic Reform in New Zealand 1984-95: The Pursuit of Efficiency" *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXIV, December, pp.1856-1902.

Hilmer Committee (1993), *National Competition Policy*, Australian Government Publishing Service, Canberra.

Industry Commission (1997), *Trade and Assistance Review*, Commonwealth of Australia, Canberra (<http://www.indcom.gov.au>).

Jatar, A. J., and Tineo, L. (1998), "Competition Policy in the Andean Region: Ups and Downs of a Policy in Search of its Place" in *The Andean Community and the United States: Trade and Investment Relations in the 1990s*, Miguel Rodriguez Mendoza, Patricia Correa and Barbara Kotschwar (eds.), Organization of American States, Washington.

Kwoka, J., and White, L. (1994), *The Antitrust Revolution: The Role of Economics*, Oxford University Press.

Kume, H. (1996), "A Política de Importação no Plano Real e a Estrutura de Proteção Efetiva" *Texto para Discussão n. 423*, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Rio de Janeiro.

Lattimore, R., and Wooding, P. (1996), "International Trade" in *A Study of Economic Reform: The Case of New Zealand*, Brian Silverstone, Alan Bollard and Ralph Lattimore (eds.), North Holland.

Mascarenhas, R.C. (1996), *Government and the Economy in Australia and New Zealand: The Politics of Economic Policy Making*, Austin & Winfield.

Massey, P. (1995), *New Zealand: Market Liberalization in a Developed Economy*, MacMillan Press.

Organization of American States (1997a), Inventory of Domestic Laws and Regulations Relating to Competition Policy in the Western Hemisphere, OAS Trade Unit: Washington (<http://www.ftaa-alca.org>).

Organization of American States (1997b), Report on Developments and Enforcement of Competition Policy and Laws in the Western Hemisphere, OAS Trade Unit: Washington (<http://www.ftaa-alca.org>).

Rattigan, A., (1986), Industry Assistance: the Inside Story, Melbourne University Press.

Rattigan, A., Carmichael, W., e Banks, G. (1989), "Domestic Transparency and the Functioning of the GATT System" document prepared for the Trade Policy Research Centre, London.

Rodriguez, A., and Coate, M. (1996), "Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies" Houston Journal of International Law, 18 (2).

Stiglitz, J. (1989), "Imperfect Information in the Product Market" in Handbook of Industrial Organization, Vol. I, Richard Schmalensee and Robert D. Willig, North-Holland.

Stolper, W., and Samuelson, P. (1941), "Protection and Real Wages" Review of Economic Studies, 9, pp.58-73.

US International Trade Commission, (1998) The Year in Trade: Operation of the Trade Agreements Program During 1997, Washington.

Vautier, K., and Lloyd, P. (1997), International Trade and Competition Policy: CER, APEC and the WTO, Institute of Policy Studies, Wellington.



## A APLICAÇÃO “EXTRA-TERRITORIAL” DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO\*

**José Gabriel Assis de Almeida<sup>1</sup>**

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a aplicação do direito da concorrência brasileiro a empresas ou a comportamentos que se encontram fora das fronteiras nacionais. Em última análise, trata-se de examinar a posição do direito da concorrência brasileiro face ao processo de globalização.

Esta posição está estreitamente associada aos poderes e competência internacionais do CADE na apreciação de atos anti-concorrenciais. Esta atuação do CADE está ordenada na legislação sobre defesa da concorrência – cuja norma principal é a Lei 8.884/94. Por outro lado, esta atuação do CADE também levanta problemas que devem ser resolvidos com base nas normas de direito internacional público e privado.

Na análise deste tema, é possível encontrar um grande eixo de preocupação que é a aplicação do direito da concorrência brasileiro às empresas situadas fora do território nacional. É sobre esta questão que se debruça o presente trabalho.

A aplicação da lei nacional de defesa da concorrência a empresas situadas em outros Estados não é uma questão nova nem original.

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em dezembro de 99

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, Professor Adjunto da Universidade Candido Mendes – Ipanema e da Uni-Rio Universidade do Rio de Janeiro

Na verdade, este problema surgiu já há bastantes anos no direito norte-americano e no direito comunitário europeu, influenciado por um quadro econômico específico que se acentuou a partir da década de 80 e se intensificou na década de 90. Este quadro é composto por três fatores principais:

- a) a internacionalização das economias nacionais;
- b) a transnacionalização das empresas;
- c) a intervenção dos Estados nas atividades econômicas.

Em virtude da reunião destes elementos, o comportamento das empresas é hoje, cada vez mais, global. Isto significa que um ato praticado num determinado território, por uma empresa situada nesse território, pode ter efeitos econômicos num outro território.

Surge, então, a questão de saber como uma legislação nacional de defesa da concorrência poderia apreender o comportamento dessa empresa (3.).

Esta questão insere-se numa perspectiva mais geral que é a dos critérios pelos quais os Estados reivindicam a aplicação da sua legislação nacional, à luz do direito internacional público. Assim, é necessário previamente examinar estes critérios (2.).

## 2. A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS

### 2.1. Critérios de reivindicação da competência internacional

Basicamente os critérios pelos quais os Estados reivindicam, à luz do direito internacional público, a aplicação da sua legislação nacional, são os seguintes:

- a) princípio da territorialidade do comportamento; O Estado tem competência para regular os comportamentos ocorridos no seu território<sup>2</sup>;
- b) princípio da nacionalidade do autor do comportamento: ao Estado tem competência para aplicar a sua própria lei aos seus nacionais<sup>3</sup>;
- c) princípio da territorialidade dos efeitos: o Estado no território do qual se produziu o efeito do comportamento tem competência para aplicar as suas próprias leis aquele comportamento;
- d) princípio da proteção da segurança pública; o Estado tem competência para aplicar a sua legislação quando a segurança pública está em perigo<sup>4</sup>;
- e) princípio da universalidade; o Estado pode aplicar as suas normas em caso de excepcional gravidade, mesmo se os comportamentos tenham se verificado fora do território nacional<sup>5</sup>.

É com base nestes critérios que os Estados reivindicam as suas competências normativa e judiciária.

A competência normativa tem um duplo sentido. Por um lado é a competência para editar normas (leis, na acepção geral desta palavra). Por outro lado é a competência para determinar o campo de aplicação territorial e pessoal das normas editadas.

---

<sup>2</sup> trata-se de princípio normalmente não contestado e aceite internacionalmente, aplicável tanto à competência legislativa quanto à competência judiciária (para esta última ver o art. 88, III, do CPC)

<sup>3</sup> as dificuldades surgem quando os nacionais de um Estado estão estabelecidos no território de outro Estado; este princípio foi porém utilizado pelos EUA para proibir as empresas americanas e as filiais das empresas americanas de participar na construção do gasoduto siberiano que iria conduzir gás até à Europa; a este propósito v. GUILLAUME, Gilbert. Les grandes crises internationales et le droit. Paris: Editions du Seuil, Collection Points, 1994, em especial o capítulo 2

<sup>4</sup> este princípio é normalmente invocado na repressão ao tráfico de entorpecentes

<sup>5</sup> Israel teria aplicado este princípio para julgar Adolf Eichmann

A competência judiciária é a competência para aplicar a norma ao caso particular e concreto, com as consequências que decorrem dessa aplicação.

A competência judiciária tem também um duplo sentido em direito internacional público. Pode se tratar da “jurisdictio” - que significa a competência para julgar, isto é para dizer o direito - e pode se tratar do “imperium”, que é a competência para executar, ou seja, para exercer as medidas visando a instrução da causa ou visando a eficácia da decisão tomada no quadro da “jurisdictio”. Na verdade, a “jurisdictio” e o “imperium” são duas realidades muito próximas e de difícil distinção. A distinção decorre mais da natureza dos atos praticados do que da competência.

A competência normativa e a competência judiciária mantém relações estreitas, mas são independentes. Por exemplo, um Estado pode ter competência normativa mas não ter competência judiciária <sup>6</sup>. Da mesma forma, um Estado pode ter competência judiciária, sem ter competência legislativa <sup>7</sup>.

Estabelecidos os critérios para reivindicação da competência e o conteúdo da competência do Estado, a questão que se segue é óbvia: a limitação dessa competência.

## 2.2. Limites da competência normativa

---

<sup>6</sup> seria o caso de um Estado que impõe a realização de serviço militar a todos os seus nacionais, sem porém poder obrigar os seus nacionais que vivem em outros Estados a realizá-lo

<sup>7</sup> é o caso da aplicação da lei estrangeira pelo juiz nacional; nesse sentido, ver o art. 337 do CPC

A Corte Internacional de Justiça, no acórdão Lotus <sup>8</sup> afirmou não ser contrário ao direito internacional a aplicação das normas nacionais fora do território do Estado que as edita.

No entanto, esta decisão não significa que algum tipo de limitação não possa ser imposta ou que não possa decorrer da realidade. Cumpre, então, examinar as possibilidades de limitação de cada uma das modalidades de competência: normativa e judiciária.

Quanto à competência normativa, a mesma é praticamente ilimitada. Esta competência somente seria limitada se fosse contrária ao direito internacional público. Ora, não existe tratado ou costume internacional que cuide desta questão. Além do mais, a limitação sendo negativa (o sentido do acórdão Lotus é que o direito internacional público deve não proibir) e não positiva (o direito internacional público deve autorizar) basta que a competência seja admissível ou possível, não sendo exigível que ela seja a melhor. Consequentemente, de acordo com estas regras, esta competência é praticamente ilimitada.

No entanto, a doutrina sugere que a competência normativa seja submetida a duas condições: a) existência de uma relação suficiente entre o Estado e a situação fática que ele pretende regular; b) respeito à soberania dos outros Estados.

Porém, as duas condições acima são demasiadamente flexíveis e imprecisas para serem admitidas como regras de Direito.

Na realidade, a extensão da competência normativa somente é contestada quando surge uma norma editada por outro Estado que regula a mesma matéria, criando assim um conflito normativo. As regras que

---

<sup>8</sup> P.I.C.J. Ser. <sup>a</sup> nr. 10, 2 Hudson, World Ct. Rep. 20; uma versão editada do acórdão pode ser encontrada em ESCARAMEIA, Paula. Colectânea de Jurisprudência de Direito Internacional. Coimbra: Almedina, 1992

resolverão este conflito implicarão, necessariamente, numa inevitável limitação à competência normativa de um, ou dos dois, Estados.

Mesmo assim, é preciso ter em mente que este conflito unicamente se tornará realidade em caso de litígio. Litígio esse que será resolvido por uma jurisdição, que determinará qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la.

Consequentemente, a competência legislativa é limitada unicamente no quadro da competência judiciária. Ou seja, é no quadro da competência judiciária que deve ser examinada a competência normativa. Passa-se, portanto, ao exame das limitações à competência judiciária.

### 2.3. Limites da competência judiciária

Geralmente, os limites da competência judiciária são questionados unicamente em caso de um litígio real. Para decidir qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la, vários critérios foram propostos.

De entre eles, destacam-se três:

- a) equilíbrio entre os interesses em causa;
- b) existência de uma ligação próxima, substancial e direta entre os fatos e o Estado;
- c) aplicação da lei do território ao comportamento nele verificado.

Mas todos estes critérios apresentam defeitos que os tornam imprestáveis. O primeiro por se basear na razoabilidade e no bom-senso, que são conceitos demasiadamente fluidos para constituírem uma regra de direito internacional. O segundo é também demasiadamente impreciso. O terceiro critério também é inconveniente pois, pelo inverso, permitiria, ao Estado onde se produziu a conduta, proteger os infratores.

De qualquer modo, há um motivo preponderante para se abandonar a idéia de limitação da competência judiciária. É que cada Estado reserva-se o direito de determinar quais as normas que serão aplicadas pelas jurisdições nacionais. Por outro lado, seria incoerente conceder aos Estados competência legislativa mas despi-los da competência para julgar.

Na verdade, a limitação à competência judiciária não se encontra na “jurisdictio” mas sim no “imperium”, ou seja, na competência para a execução das decisões judiciais.

A limitação da competência de execução nunca se coloca em abstrato, mas sempre em concreto, perante um litígio real. E esta limitação é a soberania dos Estados. O que limita a competência de execução de um Estado sobre o território do outro é a soberania deste último Estado.

Este limite ainda hoje é impreciso, tanto mais que atualmente o conceito de soberania sofre uma profunda revisão.

Para alguns autores, esta limitação implica que um Estado não pode praticar, no território de outro, atos que normalmente estão reservados às autoridades públicas. Porém, o respeito da soberania não impede o reconhecimento de uma certa competência de execução, como por exemplo o envio de ordens proibindo a prática de certos atos fora do território do Estado onde está situado o destinatário da ordem. Nesta última hipótese, a limitação à competência de execução significaria a impossibilidade de dar eficácia a essas ordens, caso não sejam cumpridas

Para outros autores, o respeito à soberania não se traduz na abstenção do uso de meios coercitivos. O respeito à soberania impede unicamente a prática dos atos de execução que produzam uma violação da soberania. Contudo, a linha divisória entre os atos que violam e os que não violam a soberania não está clara, nem há, a respeito, um consenso. De qualquer modo, a demarcação seria sempre quando o ato de execução é praticado com coerção.

Assim alguns atos não podem ser considerados coercitivos. Por exemplo, a notificação e citação<sup>9</sup> para processos administrativos ou judiciais, os pedidos de informações, etc.

Outros atos somente são coercitivos no território do Estado que os pratica. Por exemplo, a ordem de cessação da prática de infração no território do Estado que edita essa ordem não implica no desfazimento do acordo celebrado no território de outro Estado. Significa unicamente que os efeitos desse acordo devem cessar, naquele território. Outro exemplo, o arresto de bens de propriedade da empresa condenada, situados no território do Estado que exerce a competência de execução.

Todos estes atos, claramente praticados por um Estado no exercício da competência de execução, não implicam porém em violação da soberania do outro Estado.

Já a cobrança de multas impostas a empresas situadas no território de outro Estado, ou a ordem de condução coercitiva das partes ou testemunhas para prestarem depoimento ou para exibirem documentos que se encontrem foram do território do Estado é certamente uma prática violadora do soberania.

Assim, conclui-se que os Estados podem aplicar as suas normas ao litígio real. Deste modo, a competência para dizer o direito não é limitada pelo direito internacional. Geralmente, os limites da competência judiciária são questionados unicamente em caso de um litígio real. Para decidir qual a norma aplicável e qual a jurisdição competente para aplicá-la, vários critérios foram propostos.

---

<sup>9</sup> note-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal entende que os atos de citação são atos de soberania; por este motivo, o Supremo Tribunal Federal tem negado a homologação e a execução de sentenças estrangeiras proferidas em processos onde a parte domiciliada no Brasil foi citada, no Brasil, por via postal; v. por ex. acórdão do STF proferido em 26/02/86, na SE-3534, Relator Min. Sydney Sanches, DJU 21/03/86 e acórdão do STF proferido em 02/02/83, na SE 2912, Relator Min. Neri da Silveira, RTJ 109/30

### 3. A COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS ESTADOS EM MATÉRIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Normalmente, os Estados fundamentam a sua competência internacional em matéria de defesa da concorrência em dois princípios, o da territorialidade dos efeitos (3.1) e o da territorialidade do comportamento (3.2).

#### 3.1. O princípio da territorialidade dos efeitos

Tal como visto acima, o princípio da territorialidade dos efeitos, também conhecido como princípio da territorialidade objetiva, significa que o Estado é competente para aplicar a sua lei nacional de defesa da concorrência sempre que o comportamento da empresa produza efeitos anti-competitivos no mercado nacional desse Estado.

A aplicação deste princípio relega para segundo plano as outras condições, tais como a nacionalidade da empresa autora do comportamento ou o local onde ocorreu esse comportamento.

A Lei 8.8884/94 expressamente prevê o uso deste princípio.

O seu art. 2º é claro:

“Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

Este dispositivo prevê, portanto, a aplicação das normas de defesa da concorrência brasileiras aos comportamentos que produzem efeitos anticoncorrenciais no Brasil.

Deste modo, é irrelevante determinar a nacionalidade das empresas, a sua localização geográfica, bem como o local onde o comportamento se verificou. O único elemento relevante é o local onde foi produzido o efeito anticoncorrencial.

A inserção deste dispositivo na lei brasileira justifica-se pela natureza do direito da concorrência.

O direito da concorrência é um direito do mercado. O seu objetivo não é proteger os operadores econômicos ou reger as relações privadas entre eles estabelecidas. O objetivo do direito da concorrência é proteger o interesse geral.

Deste modo, o direito da concorrência é claramente um direito que visa a proteção da ordem econômica. Assim, a violação da concorrência existente em um determinado mercado, justifica a aplicação da lei de defesa da concorrência desse mercado.

No entanto, a inserção deste dispositivo na Lei 8.89884/94 coloca alguns problemas.

O primeiro é o da determinação da extraneidade do comportamento. Com efeito, o primeiro requisito para a aplicação do dispositivo é determinar se o comportamento é externo, ou seja, se ele não decorre de um comportamento praticado por empresas situadas no Brasil ou que tenha se desenrolado no Brasil.

Assim, a aplicação do princípio da territorialidade dos efeitos para fundamentar a competência do CADE deve ser afastado – em benefício de outros princípios – sempre que o comportamento foi executado no Brasil ou por empresas aqui situadas.

O segundo é a conciliação deste dispositivo com o contido no art. 20, caput, da mesma Lei 8.8884/94.

Determina o caput do art. 20 que:

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

Ou seja, o art. 2º determina da competência em virtude dos efeitos, mas o art. 20 caracteriza a infração tanto em razão dos efeitos quanto do objeto do comportamento.

Ora, é possível imaginar um comportamento, verificado fora do Brasil, e praticado por empresas localizadas fora do Brasil, que tenha por objeto a distorção da concorrência no mercado brasileiro. Contudo, por motivo alheio à vontade das empresas, esse comportamento não produziu efeitos no Brasil. Este comportamento estaria fora do alcance da lei brasileira e fora da esfera de competência do CADE.

Há, portanto, uma clara distinção. Os comportamentos verificados no Brasil serão sancionados tenham por efeito ou por objeto a violação da concorrência no mercado brasileiro<sup>10</sup>. Já os comportamentos verificados no estrangeiro serão sancionados unicamente se tiverem efeito sobre a concorrência no mercado brasileiro.

Esta distinção é imposta pelo mesmo motivo que justifica a utilização do princípio da territorialidade dos efeitos: o fato do direito da concorrência ser um direito do mercado, e visar proteger o mercado. Assim, se o mercado nada sofrer não há razão para aplicar a norma nacional. Deste modo, diminuem-se os atritos que poderiam surgir caso o Estado onde o

---

<sup>10</sup> aliás, nos termos da redação do art. 2º, a lei brasileira também se aplica aos comportamentos verificados no Brasil, por empresas aqui situadas e que tenham por objeto ou efeito violar a concorrência exclusivamente no estrangeiro

comportamento foi praticado, ou onde estão sediadas as empresas, expressamente autorizasse o comportamento em questão.

Já a perspectiva interna é necessariamente diferente, pois sanciona-se tanto o comportamento que tenha por efeito, quanto aquele que tenha por objeto, independentemente do resultado, a violação da concorrência. Isto porque internamente, não há a possibilidade de conflito de normas, ou de competência normativa.

Resta examinar as características do “efeito” ora em questão.

Em primeiro lugar, deve tratar-se de um efeito sensível, pois efeitos de reduzido impacto não justificam a aplicação da lei de defesa da concorrência.

Em segundo lugar, pode ser um efeito direto, ou seja, deve resultar imediatamente do comportamento. Caso contrário, uma vez que a mundialização tornou possível que uma atividade econômica tenha efeitos no mundo inteiro, o campo de aplicação da lei brasileira de defesa da concorrência seria vastíssimo<sup>11</sup>.

A experiência do CADE demonstra que este princípio já foi invocado algumas vezes. Por exemplo, o CADE examinou uma concentração entre as empresas Henkel, que envolvia uma cessão de ativos que foi examinada também pelas autoridades norte-americanas e européias.

---

<sup>11</sup> esta visão não impede, porém, que, a nível interno, o efeito anticoncorrencial possa ser também o indireto; por exemplo, um efeito que não resulta diretamente de um acordo entre empresas mas que é possível em virtude desse acordo, justificaria a aplicação da Lei 8.9\884/94 desde que esse acordo fosse um acordo de âmbito nacional

E, se bem que já antigo, um outro caso ficou famoso: o caso Kolynos/Colgate<sup>12</sup>.

No decisão do CADE Kolynos/Colgate estava em causa uma operação de venda, promovida pela American Home Products dos EUA que decidiu vender todos os seus negócios na área de saúde bucal, a nível mundial (Europa, Extremo Oriente, América Latina , etc.).

Esses negócios eram explorados através da subsidiária Whitehall International Inc. e foram adquiridos pela Colgate Company, numa operação realizada nos EUA.

Verifica-se, portanto, que tanto as empresas envolvidas quanto o acordo eram estranhos ao Brasil.

No entanto, o negócio concluído gerou efeitos no Brasil pois a Colgate, ao adquirir a sua concorrente, passou a deter mais de 75% do mercado de creme dental.

Assim, o CADE apreciou a operação de aquisição à luz da Lei 8.884/94, sem sequer ter sido levantada a questão da competência normativa, judiciária ou de execução.

Em sentido semelhante, o CADE apreciou, sob a ótica da Lei 8.884/94, a fusão internacional, ocorrida fora do Brasil, entre a MCI e a WORLDCOM<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> decisão de 18/09/96, AC 27/95, K & S Aquisições Ltda e Kolynos do Brasil S/A, rel. Cons. Lucia Helena Salgado, publicada na Revista do Ibrac, vol 3, nr. 10, pág. 1

<sup>13</sup> decisão de 03/11/99, Proc. 53.500.002560/98, WorldCom, Inc e MCI Communications Corporation, publicada no DOU de 24/11/99

Em outras ocasiões, o CADE estendeu os efeitos da legislação brasileira ao exterior, para efeito de definir o patamar de aplicação da legislação brasileira. Com efeito, o art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece como critério para a submissão do ato de concentração à apreciação do CADE o fato das empresas participantes terem um faturamento superior a R\$ 400.000.000,00.

Por exemplo, veja-se a decisão no caso Elgin/Sherwin Williams <sup>14</sup>:

“5. À luz desses dispositivos legais, coloca-se incontestável a competência do CADE para apreciar o mérito das operações realizadas, uma vez que uma das condições alternativas foi preenchida: Sherwin-Williams do Brasil é subsidiária do grupo The Sherwin-Williams Co. e este teve faturamento de R\$ 3,3, bilhões em 1995.

“6. É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. [...]. A matriz e suas filiais matêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste. [...]

[...]

“A Lei adota como pressuposto básico para a competência do CADE o poder econômico do grupo de empresas que constituem o conglomerado empresarial. Senão, bastaria a constituição de uma subsidiária, filial ou agência, que obtendo faturamento diferente (obviamente menor) do grupo do qual faz parte, para que se afastasse a aplicabilidade da lei. Ora, o art. 2º, ao situar a empresa estrangeira no Território Nacional desde que opere no Brasil, descarta em definitivo essa insensata possibilidade.”

No mesmo sentido, foi decidido no caso SANOFI <sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup> decisão de 19/08/98, AC 08012.002730/98-41, Indústrias Químicas Elgin Ltda e Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda, publicada no DOU de 22/09/98

<sup>15</sup> decisão de 06/10/99, AC 08012.005008/99-67, Sanofi S/A e Sanofi-Synthelabo S/A, publicada no DOU de 10/11/99

“1.3. A operação sob análise, entre as empresas acima, foi submetida à apreciação deste Conselho por força do disposto no art. 2º e § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94. O faturamento dos Grupos Elf Aquitaine e L’Oreal no exterior relativo ao último exercício foi superior aos R\$ 400 milhões, requisito que estabelece a competência do CADE, consoante a Lei de regência.”

Inobstante o que ficou acima exposto, a aplicação prática do princípio da territorialidade dos efeitos enfrenta algumas dificuldades.

O princípio da territorialidade dos efeitos serve para assegurar a competência normativa e até a competência judiciária, no âmbito da “judicatio”.

No entanto, o princípio da territorialidade dos efeitos esbarra nos limites da competência judiciária para a execução. Com efeito, pode ocorrer uma impossibilidade prática para se proceder à citação de uma empresa sediada no estrangeiro ou para cobrança de multa que venha a ser imposta a essa empresa pelo CADE.

Até ao momento, o CADE não enfrentou estas dificuldades pois as empresas têm-se submetido voluntariamente à competência normativa brasileira e judicante do CADE.

No entanto, é possível prever que a competência executiva do CADE em algum momento do futuro irá esbarrar nos limites à competência de execução.

### 3.2. O princípio da territorialidade dos comportamentos

O princípio da territorialidade dos comportamento serve também para assentar a competência normativa e judiciária em matéria de defesa da concorrência.

De acordo com este princípio, a norma aplica-se aos comportamentos anticoncorrenciais verificados no território brasileiro.

Trata-se assim do outro aspecto do art. 2º acima citado:

“Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.”

Para se compreender o alcance deste dispositivo, para os efeitos que ora interessam, é preciso ler também o parágrafo único deste artigo, cuja redação original era:

“Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.”

Esta redação foi aperfeiçoada pela Lei 10.149 de 21/12/2000, passando o parágrafo único do art. 2º a ser o parágrafo 1º, com a seguinte:

“§ 1º Reputa-se domiciliada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Esta sutil mudança na redação – de empresa “situada” para empresa “domiciliada” – explica-se facilmente. É que o art. 88, I, do CPC estabelece:

“É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

“I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

Deste modo, a empresa passa a ser domiciliada, situação que juridicamente tem mais peso e traduz maior estabilidade, do que a empresa situada, que pode decorrer de uma situação de transitoriedade.

Mas a Lei 10.149/00 foi ainda mais longe e acresceu um parágrafo segundo ao art. 2º. Segundo este parágrafo:

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil."

Este § 2º tem, portanto, um objetivo claro. Em primeiro lugar, trata-se de harmonizar a prática brasileira com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <sup>16</sup>. Com efeito, por obra deste novo parágrafo, a empresa estrangeira será notificada no Brasil e não mais no exterior. Em segundo lugar, o novo texto procurar prevenir problemas que poderiam surgir com uma notificação realizada no exterior.

Deste modo, constata-se que é possível invocar a aplicação da Lei 8.884/94 ao comportamento materialmente verificado no exterior, de responsabilidade de uma empresa sediada no exterior, mas que tenha um vínculo com o Brasil.

Ou seja, é possível imputar o comportamento ao prolongamento, situado no Brasil, da empresa estrangeira.

Para que esta imputação seja possível, porém, é necessário que algumas condições estejam preenchidas.

A primeira é a existência de uma ligação entre a empresa estrangeira e uma entidade situada no território brasileiro. Essa ligação pode ser multifacetada, como indica o dispositivo legal.

---

<sup>16</sup> v. acima, nota nr. 09

Pode ser o laço de matriz-filial, sucursal, escritório ou estabelecimento<sup>17</sup>. Em todas estas hipóteses, debaixo de uma mesma personalidade jurídica, convivem estabelecimentos diversos. É o caso, por exemplo, da organização empresarial seguida pelas companhias de transporte aéreo estrangeiras que operam no Brasil.

Pode, por outro lado, ser o laço entre entidades dotadas de personalidade jurídica distinta, como indicam as denominações “agente” e “representante” que figuram no texto legal.

Esta última possibilidade leva a crer que também deverá ser considerada situada no território nacional a sociedade estrangeira que detenha o controle do capital social de uma sociedade brasileira, na forma do art. 243, § 2º, da Lei 6.404/76.

Na verdade, o elemento decisivo não parece ser a existência de uma ou mais personalidades jurídicas, mas sim a existência de controle, exercido do exterior.

Este parece efetivamente ser o segundo requisito. Com efeito, o elemento comum à relação da empresa estrangeira com a filial, agência, sucursal, escritório e estabelecimento é, necessariamente, o fato da empresa estrangeira ter controle sobre a entidade situada no Brasil.

Então, na mesma linha de raciocínio, o agente e o representante devem também ser controlados pela empresa estrangeira. Este argumento excluiu portanto os agentes e representantes autônomos.

Por outro lado, este argumento permite incluir, ao lado dos agentes e dos representantes, as sociedades controladas.

---

<sup>17</sup> expressões equivalentes, na legislação comercial

Resta saber de que controle se trata. O controle não pode ser definido pelo seu conteúdo ou pelos elementos sobre o qual assenta. O controle é uma noção de resultado. O controle só é relevante pelos resultados que apresenta. Deste modo, é possível dizer que o controle define-se pelos resultados e não pelo seu conteúdo.

Ora, o resultado do controle deve ser que a entidade nacional não tenha autonomia de decisão econômica. Ou seja, a entidade nacional deve aplicar, essencialmente, as instruções da empresa estrangeira, sem poder determinar livremente o seu comportamento sobre o mercado.

Desta forma, a entidade nacional aparece efetivamente como um prolongamento da empresa estrangeira. É como se a empresa estrangeira estivesse atuando diretamente no mercado brasileiro.

Esta conclusão traz duas conseqüências, estreitamente ligadas. A primeira é que o controle não implica necessariamente em propriedade, pois é possível controlar sem ser proprietário<sup>18</sup>.

A segunda é que o laço existente entre a empresa estrangeira e a entidade nacional não é necessariamente jurídico, mas é indispensavelmente econômico. Ou seja, o importante não é o conteúdo jurídico da ligação mas sim os seus resultados econômicos.

Certo é que a noção de controle traz ainda diversas discussões como a extensão do controle (isto é, a partir de que grau de autonomia não há mais controle) ou a necessidade ou não do efetivo exercício do controle. E caso de resposta positiva a esta última pergunta, deve o controle ser exercido com relação concretamente ao comportamento anticoncorrencial ou basta o exercício de um controle global e permanente<sup>19</sup>?

---

<sup>18</sup> v. por exemplo, o caso da franquia onde o franqueado está submetido ao franqueador

<sup>19</sup> ou seja, a intensidade do exercício do controle

Estas considerações à parte, a enorme vantagem do princípio da territorialidade do comportamento sobre o princípio anterior é o da operacionalidade.

Com efeito, é infinitamente mais fácil exercer a competência normativa, a competência judiciária e a competência judiciária de execução se existir no Brasil uma extensão da empresa estrangeira.

A notificação para o processo administrativo no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a solicitação de informações, a imposição e cobrança de sanções, e outros atos de competência judiciária de execução não sofreram limitações, pois dirigir-se-ão a empresa situada no território nacional.

No entanto, até à data, não se tem notícia de decisão do CADE que, para resolver uma questão relativa aos limites internacionais da sua competência, tenha invocado este princípio.

#### 4. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a reivindicação da competência internacional do direito brasileiro de defesa da concorrência e da competência de julgamento do CADE, ainda estão por fazer.

No entanto, a experiência demonstra que os primeiros passos já foram traçados, em especial com a decisão Colgate/Kolynos. Resta esperar que esse caminho vá-se consolidando, esperando que o presente texto possa trazer algum contributo, ainda que pequeno, nesse sentido.

**BIBLIOGRAFIA BÁSICA:**

DROMI, Roberto. Competência y monopólio: Argentina, Mercosur y OMC. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE. São Paulo: Singular, 1998

\_\_\_\_\_. Direito da concorrência : case law. São Paulo: Singular, 2000

FRIGANI A., PARDOLESI, R., PATRONI GRIFFI, A. e UBERTAZZI, L.C. . Diritto antitrust italiano. 5<sup>a</sup> ed. Bolonha: Zanichelli Editore, 1997

PINTO FERREIRA, João E., BANGY, Azeem Remtula. Guia prático do direito da concorrência em Portugal e na União Européia. Lisboa: AJE, 1999

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



## ANTITRUST REVIEW OF MERGERS, ACQUISITIONS, AND JOINT VENTURES IN BRAZIL\*

Michael G. Cowie\*, Cesar Costa Alves De Mattos\*

### I. INTRODUCTION

In 1994 Brazil adopted a new antitrust law that establishes a mandatory review process for mergers, acquisitions, and joint ventures by an independent enforcement agency.<sup>1</sup> While antitrust law in Brazil dates back to 1962, the new law expands the scope of antitrust enforcement to allow for independent agency review of mergers, acquisitions, and joint ventures. Moreover, Brazil's new Competition Act compels firms to notify transactions to the government. This mandatory reporting requirement aligns Brazil with the United States, European Union, and a growing number of other jurisdictions that have established independent competition agencies to enforce merger control laws. Because Brazil has the largest economy in the South America

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em março de 99

\* Michael G. Cowie is a member of the District of Columbia Bar. Mr. Cowie's firm served as counsel to Anheuser-Busch Inc. in a case discussed herein. Cesar Costa Alves De Mattos is an economist with Brazil's antitrust enforcement agency, Conselho Administrativo de Defesa Economica (CADE). The authors would like to thank Marusa Freire, Attorney General of CADE, Gabriel Nogueira, William E. Kovacic, Tina Miller, Tara Isa Koslov, and Alexander R. Collins for helpful comments.

<sup>1</sup> Law 8,884 of June 11, 1994, available at <http://www.mj.gov.br/cade> [hereinafter the Competition Act]. For further discussion of the Competition Act, see Gesner Oliverira, *Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience*, 24 BROOKLYN J. OF INT'L L. 466 (1998) (general overview of Brazil's privatization and competition policies, including description of the Competition Act); William H. Page, *Antitrust Review of Mergers in Transition Economies: A Comment, With Some Lessons from Brazil*, 66 CINC. L. REV. 1113 (1998) (discussion of Competition Act with criticism of some enforcement actions); Dallal Stevens, *Framing Competition Law within an Emerging Economy: The Case of Brazil*, 40 ANTITRUST BULL. 929 (1995) (discussion of Competition Act with overview of antitrust laws preceding it).

and great influence across the continent, the potential impact of the merger control law is very significant for multinational firms. This article will provide an overview and comparative analysis of Brazil's merger control law and the government enforcement actions taken under its provisions.

The new antitrust law grants principal enforcement authority to CADE, the Administrative Council for Economic Defense (in Portuguese, the Conselho Administrativo de Defesa Economica). Already, CADE and its antitrust enforcement actions have received considerable attention from the international business community, not all of it positive. As The Wall Street Journal reported last year, "As far as multinational corporations here are concerned, CADE is fast becoming a four-letter word."<sup>2</sup>

Since enactment of the Competition Act in 1994, CADE has taken enforcement actions in consumer-goods industries involving well-known multinational firms. CADE required Colgate-Palmolive to suspend a toothpaste brand on the grounds that the company's acquisition of a toothpaste producer in Brazil gave it a 78 percent share of a product market in Brazil.<sup>3</sup> The beverage industry has faced several enforcement actions by CADE. CADE has made initial rulings to enjoin joint ventures between Miller Brewing and Brahma, Brazil's largest beer producer,<sup>4</sup> and between Anheuser-Busch and Antarctica, Brahma's closest rival.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup>*Brazilian Panel Is Foreign Firms' Nemesis*, WALL ST. J., July 9, 1997, at A10; *see also Is Brazil Antitrust – or Anti-Foreigner?*, BUS. WEEK (Int'l ed.), July 21, 1997, at 330.

<sup>3</sup>CADE, RECENT JURISPRUDENCE: KEY RULINGS BY CADE IN 1996, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade> (showing that Colgate-Palmolive Company and Kolynos do Brasil S.A. would possess 78.1% of toothpaste market in Brazil). In addition to ordering suspension of a toothpaste brand (the Kolynos brand), CADE required Colgate-Palmolive Company to sell about 20% of that Kolynos' toothpaste production to third parties for resale under their own brand names. *See Second Offer for Kolynos Production Capacity Ends Today*, GAZETA MERCANTIL INVEST NEWS, July 16, 1997; Page, *supra* note 1, at 1125.

<sup>4</sup>CADE initially enjoined a joint venture between Miller Brewing Company and Cervejaria Brahma to produce Miller Genuine Draft beer in Brazil. *See* Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, CADE Concentration Act 58/95 (June 11, 1997). CADE enjoined the joint venture because it eliminating potential competition from Miller Brewing. *Id.* In May 1998, however, CADE approved the joint venture on the condition that Cervejaria Brahma provide bottling facilities to a smaller brewer and technical assistance to three microbreweries. *See Miller's Brazil Venture Approved*, FIN. TIMES, May 15, 1998.

<sup>5</sup>CADE initially enjoined a joint venture in which Anheuser-Busch would purchase 5% of Antarctica with an option to purchase up to 30%. *See* Anheuser-Busch Inc./Antarctica Group, Concentration 83/96 (July 23, 1997) (initial CADE decision opposing Anheuser-Busch joint venture), *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>. CADE also relied on the potential

CADE has taken other enforcement actions directed at mergers, acquisitions, or joint ventures. CADE restricted a transaction involving a Brazilian unit of Rhone-Poulenc, a multinational chemical company based in France. Rhone-Poulenc's Brazilian unit sought to purchase a polyester producer in Brazil, but CADE required divestiture of manufacturing assets in Brazil after finding high levels of concentration in a product market consisting of acrylic and polyester fibers.<sup>6</sup> CADE also has required divestiture of a steel plant after finding that an acquisition would create high concentration in a product market consisting of nonflat steel.<sup>7</sup>

These CADE enforcement actions broke new ground, especially when considering that Brazil instituted merger control by an independent agency only in June 1994. Brazil's original antitrust law, effective in 1962, contained general prohibitions similar to the Sherman Act.<sup>8</sup> It forbade price fixing and abuse of market power. The 1962 law created CADE to enforce these antitrust prohibitions, but CADE rarely undertook any enforcement actions.<sup>9</sup>

---

competition doctrine in reaching this decision. *Id.* at 26 (“the entry of Anheuser-Busch by means of association with Antarctica eliminated a significant part of the potential competition represented by the American company”). Later, in December 1997, CADE agreed to allow the joint venture to proceed on the condition that Anheuser-Busch increase its ownership interest in Antarctica to about 30% by 2002, and contribute additional capital. *See* Anheuser-Busch/Antarctica, CADE Reconsideration Decision at 43-44 (Dec. 10, 1997); *Reprieve for Brazil Brewing Deal*, FIN. TIMES, Dec. 12, 1997, at 27; *Brazil Reverses Decision to Shut Down Local Anheuser Busch Venture*, WALL ST. J. INTERACTIVE ED. (Dec. 11, 1997), available at <http://interactive.wsj.com>. CADE and the parties reached a definitive agreement in April 1998. *See Regional Update: Anheuser-Busch/Antarctica Venture Gets OK*, SOUTH AMERICA REPORT, May 1, 1998.

<sup>6</sup>*Rhondia and Sinasa Plan to Divest Certain Polyester and Acrylic Fiber Production Assets in Brazil*, PR NEWSWIRE, June 28, 1995.

<sup>7</sup>CADE, RECENT JURISPRUDENCE: KEY RULINGS BY CADE IN 1996, available at <http://www.mj.gov.br/cade> (CADE discussion of divestiture relating to acquisition between Gerdau Group and Korf GmbH involving steel); *Gerdau Gets Brazil OK to Sell Portion of Pains*, AMERICAN METAL MARKETS, May 28, 1997, at 2 (discussing divestiture in steel industry acquisition); *Sale of Contagem to Cabomat is Official*, GAZETA MERCANTIL INVEST NEWS, Mar. 18, 1998 (“the Gerdau steel group had reached an agreement with CADE to complete the sale of the Contagem steel plant . . . to Metalurgica Cabomat S.A.”).

<sup>8</sup>For an English language copy of Law 4137/62, see UNCTAD, Preparation for a Handbook on Restrictive Business Practices Legislation, U.N. Doc. TD/B/RBP/82 at 17-24 (1991).

<sup>9</sup>*See* E.Q. Farina, POLITICA ANTITRUSTE: A EXPERIENCIA BRASILEIRA (1990) (between 1963 and 1990, there were only 16 cases prohibiting or condemning conduct); Dallas Stevens, *Framing Competition Law Within an Emerging Economy: The Case of Brazil*, 40 ANTITRUST BULL. 929, 937 (1995) (discussing limited prior enforcement efforts).

The Competition Act adopted in 1994 replaced the prior antitrust laws and introduced merger control by an independent competition agency in Brazil.

The Competition Act is comprehensive, as it covers single-firm conduct, concerted action, distribution, and other matters in addition to merger control. This article focuses on one aspect -- merger control, including the relevant sections of the 1994 law, the implementing regulations, and the enforcement actions and policies. Section II of this article reviews the Competition Act's mandatory notification requirements. Section III examines the antitrust review process following notification. This includes the roles of the relevant government agencies, timing considerations, and litigation issues concerning reconsideration and appeal. Section IV discusses substantive antitrust standards for reviewing mergers, acquisitions, and joint ventures. This final section focuses on how the enforcement agencies have treated market definition, entry, efficiencies, performance commitments or consent orders, and other substantive matters critical to the antitrust review.

## II. NOTIFICATION REQUIREMENTS

### A. INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE NOTIFICATION RULES

Article 54 of the Competition Act contains two separate reporting requirements, one specific and the other more general, that apply to mergers, acquisitions, and joint ventures. It requires firms to notify any transaction in which either (1) the resulting firm accounts for 20 percent or more of a relevant market, or (2) one of the firms involved has annual gross sales of at least R\$ 400 million (approximately U.S. \$ 345 million).<sup>10</sup> Firms also must report for review a transaction that may "restrain open competition" or "result in the control of relevant markets."<sup>11</sup> Consequently, a merger, acquisition, or joint venture that falls below the more specific thresholds may nonetheless be subject to reporting on the general grounds that it restrains open competition or advances control of a relevant market. This separate broad reporting requirement of Article 54 has been used rarely for notification by firms engaged in mergers, acquisitions, or joint ventures. It can be invoked by the competition agencies or competitors, however, to review transactions that fall below the more specific market share or size-of-the-person tests. The parties

---

<sup>10</sup> Competition Act, art. 54.

<sup>11</sup> *Id.*

to a transaction that meets either of the thresholds must submit a notification within fifteen business days of closing.<sup>12</sup>

## 1. THE MARKET SHARE TEST

The parties to any form of economic concentration must notify CADE if the resulting firm or group of firms accounts for twenty percent or more of a relevant market. To determine whether the 20 percent market share test is satisfied, the parties to a transaction must first define the relevant product and geographic markets. The parties must conduct this market definition analysis at the outset to determine whether to notify. The parties' decisions on product and geographic market definition may affect not only the transaction at hand, but subsequent transactions before the Brazilian competition agencies or agencies in other jurisdictions. In the United States, for example, the competition agencies or private litigants can obtain discovery of statements made to foreign competition agencies concerning market definition. Rash statements on market definition may put at risk and possibly damage the parties' credibility in subsequent investigations.

As discussed further below, CADE's regulations and decisions leave open some questions on how to define product and geographic markets. But even where antitrust regimes are well established, particularly in those of the United States and European Union, market definition remains a highly uncertain undertaking. The United States, European Union, and several other jurisdictions use objective, verifiable thresholds such as sales or asset values rather than market shares to determine whether a notification obligation exists. This provides much more certainty. The Competition Act's use of the 20 percent market share test will continue to create uncertainty over the basic question of whether firms need to notify.<sup>13</sup> CADE has imposed penalties in several cases for failure to notify, but it has not done so for failure to notify based solely on the market share threshold.

---

<sup>12</sup> *Id.* ¶ 4.

<sup>13</sup> For additional criticism of market share thresholds, see William E. Kovacic, *Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies*, 66 CINC. L. REV. 1075, 1098 (1998); Roger Alan Boner, *Competition Policy and Institutions in Reforming Countries*, in REGULATORY POLICIES AND REFORM: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 46 (Claudio R. Frischtak ed., 1995).

The 20 percent market share test of Article 54 presents some uncertainty beyond that inherent in any market share test. What if a firm with 40 percent of a relevant market acquires a firm with 0 percent? CADE has informally indicated that transactions should be reported in such circumstances. Thus, firms that already have market shares exceeding 20% percent may need to notify an acquisition in an unrelated product line. This result finds some support in the language of the Competition Act. Article 54 does not state that the resulting firm must account for a 20 percent share as a result of or by reason of the transaction. It merely states that the notification obligation applies when “the resulting company or group of companies accounts for twenty percent (20%) of a relevant market.”<sup>14</sup> The implication is that a firm with 20 percent or more of a market must always report its transactions for antitrust review. This interpretation, however, may lead to unnecessary reporting. For example, a firm with 30 percent share of a grain market might need to report its acquisition of a small automotive parts supplier.

While not adopted by CADE, an alternative reading is that Article 54 covers only transactions resulting in an increase in concentration. Arguably, use of the term “relevant” market limits Article 54’s scope. In the above example, the grain market (where the buyer already maintains a 30 percent share) would not be relevant to an acquisition of an automotive parts supplier. In this respect, a relevant market would exist only when each of the firms participate at some level in the market. This approach would have the benefit of eliminating the reporting requirement for many transactions posing no competitive concerns. It might, however, reach too far and eliminate reporting of transactions presenting potential anticompetitive vertical effects, e.g., a firm with an 80 percent share acquires a supplier vital to its few competitors. This reading also fails to account for potential competition, e.g., a firm with an 80 percent share acquires a firm that currently has a 0 percent share but plans to enter the market on a large scale. Indeed, CADE in its enforcement decisions has placed considerable weight on potential competition.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup>Competition Act, art. 54, ¶ 3.

<sup>15</sup>Anheuser-Busch Inc./Antarctica Group, Concentration Act 83/96 at 31 (July 23, 1997) (“the association ... is damaging to competition because, ... it eliminates perceived and effective potential competition between the established firm and potential entrants”), available at <http://www.mj.gov.br/cade>; Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, Concentration 58/95 (June 11, 1997).

CADE has not issued any regulations addressing whether there must be a change in concentration or market share. Brazil's Economic Monitoring Office, known as SEAE, has tried to persuade CADE that there must be some change in concentration to trigger the notification requirement. CADE, however, has not accepted this argument and has indicated informally that there need not be a causal link between the transaction and the market share threshold.

## 2. THE SIZE-OF-THE-PERSON TEST

Even if the combined firm's market share falls below the 20 percent threshold, the parties may still need to notify based on the Competition Act's alternative size-of-the-person test. A transaction meets the size-of-the-person test if any of the firms involved "has posted in its latest balance sheets an annual gross revenue equivalent to R\$ 400,000,000 (four hundred million of Reais)."<sup>16</sup> This represents about U.S. \$345 million. Revenues from controlled affiliates must be counted when applying the size-of-the-person test.<sup>17</sup>

The size-of-the-person test ensures that Article 54 reaches transactions involving at least one large firm, even if the combined firm's current market share is less than 20 percent. Compared to the market share test, the size-of-the-person test has the advantage of greater clarity and certainty. It may not, however, serve as a useful measure of the types of transactions likely to raise competition concerns because sales or revenue data do not necessarily reveal a firm's market power.

Some interpretive questions have arisen in other jurisdictions that use similar size-of-the-person tests. The European Union, which like Brazil uses a revenue threshold, has issued a regulation clarifying how revenue should be computed. It establishes that firms should exclude rebates and value-added taxes directly related to the sales and exclude any revenue generated from internal sales among controlled divisions or subsidiaries.<sup>18</sup> The European Union also has adopted rules to guide the computation of sales revenues in

---

<sup>16</sup>Competition Act, art. 54, ¶ 3.

<sup>17</sup>CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, available at <http://www.mj.gov.br/cade> (with definitions of "Group of Companies" and "Control").

<sup>18</sup>Commission Notice on Calculation of Turnover 1994 O.J. (C 382) 15.

service industries, particularly the financial and insurance industries, which present some unique technical problems in assessing revenues.<sup>19</sup> Thus far, CADE has not issued any similar rules or decisions guiding the R\$ 400 million sales computation, but can be expected to follow European Union principle, as it has in other settings.

The-size-of-the-person test raises the question of which balance sheet is appropriate to use. The choice between balance sheets can alter the antitrust analysis substantially, particularly if either firm involved recently engaged in substantial acquisitions or sales. A firm's balance sheet for calendar year 1997, for instance, will not reflect an acquisition made in the first quarter of 1998. Whether the firm meets the revenue threshold often may depend on which balance sheet it uses -- a prorated recent quarterly balance sheet reflecting the acquisition or the prior annual balance sheet that does not. CADE's practice has been to use only the most recent annual balance sheet. Moreover, the notification form asks for revenue data or other data based on the previous fiscal year, and does not require updating to account for more recent activity.<sup>20</sup>

The Competition Act does not expressly address how a firm should compute its revenue vis-à-vis its affiliates, subsidiaries, or parent entities. CADE has followed the ultimate parent entity concept, which is used in the United States and European Union. By this approach, a firm's revenues should include the revenues of any subsidiary or affiliate over which the firm involved in the transaction has control.<sup>21</sup> Similarly, a firm's revenues should include its parent company's revenues if the parent controls it. Accordingly, when Miller Brewing Do Brasil Ltda. executed an agreement with Cervejaria Brahma in September 1995, CADE, in its assessment of the notification thresholds, considered not only the revenue of the two signatories to the agreement, but also that of a parent company, Miller Brewing, USA.<sup>22</sup> Control for purposes of revenue computation will ordinarily depend on

---

<sup>19</sup>*Id.*

<sup>20</sup>CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit I, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>21</sup>*See* CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade> (with definitions of "Group of Companies" and "Control").

<sup>22</sup>Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, CADE Concentration Act 58/95 (June 11, 1997).

whether there exists a greater than 50 percent interest in shares or board representation. CADE also may consider other evidence of control.<sup>23</sup>

The size-of-the-person test of Article 54 means that large firms engaging in mergers, acquisitions, and joint ventures that affect the Brazilian marketplace may need to report all their transactions to CADE. Because of their sheer size, large firms that have been active in Brazil since 1994, such as Colgate-Palmolive, have had little choice but to report to CADE their transactions impacting the Brazilian marketplace. Large multinationals attempting to enter the Brazilian market through merger, acquisition, or joint venture will likely report gross revenues exceeding R\$ 400 million, and thus need to report their transactions.

There is a growing view within CADE that the R\$ 400 million threshold should be raised. CADE has informally indicated that the low threshold may lead to reporting of too many transactions that do not raise any competitive concerns. But it remains to be seen whether the law will be changed to raise the threshold.

#### 1. THE TYPE OF TRANSACTION OR CONCENTRATION

Another question raised by the notification requirement is whether the transaction constitutes a “form of economic concentration” or other form of corporate grouping under the Competition Act. The notification requirement of Article 54 applies to “any action intended for any form of economic concentration, whether through merger with or into other companies, organization of companies to control third companies or any other form of corporate grouping . . . .”<sup>24</sup> It is clear from the broad language of Article 54 that joint ventures, as well as mergers and acquisitions, may be covered. CADE has applied the language broadly to cover joint ventures and other forms of integration or collaborative conduct. For example, the Competition Act covered the 1995 Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma production and distribution agreement which allowed Cervejaria Brahma to start producing and distributing Miller beer in Brazil.

While covering mergers, acquisitions, and various forms of joint ventures, the Competition Act itself leaves open many questions. What if a firm purchases

---

<sup>23</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, available at <http://www.mj.gov.br/cade> (with definitions of “Group of Companies” and “Control”).

<sup>24</sup> *Id.*

less than a 50 percent interest (e.g., a 25 percent interest) in another firm? At what point does collaboration among firms or competitors amount to a reportable joint venture or corporate grouping under the Competition Act? Is it necessary that firms make some substantial commitment (e.g., over U.S. \$5,000,000 invested by each firm) to a long-term, joint production effort? What if two firms or competitors merely agree to a limited joint purchasing arrangement, such as joint purchases of insurance?

In the United States, these types of questions are addressed by the detailed Hart-Scott-Rodino Act regulations.<sup>25</sup> Similarly, the European Union notices and implementing regulations address many of these questions.<sup>26</sup> CADE, however, has not issued detailed regulations clarifying the notion of a “form of economic concentration” under Article 54. The language of Article 54 suggests coverage over a broad range of transactions, but further clarification may be helpful to assist firms in accurately assessing their compliance obligations.

A CADE decision has, however, explained the notification requirement in the area of share acquisitions.<sup>27</sup> Parties may need to notify an acquisition of shares even though the acquisition is of less than 50 percent of the acquired firm’s shares.<sup>28</sup> The dispositive issue for notification purposes is whether the transaction transfers control.<sup>29</sup> A firm may obtain control over another firm, even though it possesses less than 50 percent of the shares, by virtue of corporate governance rules, shareholder agreements, or other contracts that give it authority over the board or other decisionmaking group. For example, corporate governance rules may give a firm with less than a 50 percent share veto rights over fundamental corporate management decisions. In *Worthington/Metalplus*, CADE found that a firm with a 48 percent interest maintained control by virtue of corporate governance rules requiring a two-

---

<sup>25</sup> See 16 C.F.R. §§ 801-803.

<sup>26</sup> See Commission Notice on Notion of Undertakings Concerned 1994 O.J. (C 385) 31; Commission Notice on Calculation of Turnover O.J. [1994] C382/15; Commission Notice on the Notion of a Concentration Under Council Regulation (EEC) 4064/89; Commission Implementing Regulation 1994 O.J. (L377) 1.

<sup>27</sup> *Worthington/Metalplus*, Concentration 139/97 (Oct. 21, 1997) (firm with 48% interest maintains control because of supermajority voting requirement).

<sup>28</sup> *Id.*

<sup>29</sup> *Id.*

thirds vote for various management decisions.<sup>30</sup> In these circumstances, the acquisition of a minority interest may confer control. CADE's focus on de facto control corresponds with the European Union rules, which consider a wide range of evidence of control.<sup>31</sup>

Because of CADE's focus on control, a firm that already has a controlling interest need not notify transactions that merely add incrementally to the controlling interest. For example, a firm that already maintains a 60 percent controlling interest need not notify when it purchases an additional 20 percent of the shares of the firm it already controls. The notification requirement arises only when the transaction causes a change in control.

## 2. SPECIAL INTER-AGENCY REPORTING

In addition, the Competition Act provides that any change in the stock control of publicly held companies or registration of amalgamations shall be reported by the Brazilian Securities Commission to Brazil's Economic Law Secretariat, known as SDE.<sup>32</sup> Under the Competition Act, SDE is the agency that receive the notification forms for antitrust review, and has investigative functions in the antitrust review process. The Brazilian Securities Commission must notify SDE for review within five business days of the change in stock control or registration.<sup>33</sup> The Competition Act states that this special inter-agency reporting rule is without prejudice to the parties' other obligations. Thus, the parties must notify SDE even though they reasonably expect the Brazilian Securities Commission to do so as well.<sup>34</sup>

## B. JURISDICTION OVER FOREIGN FIRMS

The Competition Act expressly establishes jurisdiction over foreign firms that engage in acts that have or may have a detrimental effect upon competition within Brazil. Specifically, the Competition Act applies "to acts wholly or

---

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> Council Regulation (EEC) No. 4064/89, art. 3(3), 1989 O.J. (L 395).

<sup>32</sup> Competition Act, art. 54, ¶ 10.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> *Id.*

partially performed within the Brazilian territory, or the effects of which are, or may be suffered therein.”<sup>35</sup> There is no question as to the jurisdiction of Brazilian antitrust authorities over foreign firms that conduct business in Brazil. If a firm operates or has a branch, agency, subsidiary, office, establishment, agent, or representative in Brazil, it shall be deemed situated in the Brazilian territory, and accordingly, will be subject to the laws of the nation.<sup>36</sup>

Through its jurisdictional language, the Competition Act incorporates the so-called effects doctrine of antitrust enforcement. Under the effects doctrine, antitrust enforcement reaches conduct based outside the country that has an effect within the country. The Competition Act appears to incorporate a broad version of the effects doctrine, as it covers conduct “the effects of which are or may be suffered” in Brazil.<sup>37</sup> A transaction between firms whose business activities do not presently have an effect in Brazil may be covered, based on a potential or likely future effect.

While the Competition Act reveals the government’s intent to establish jurisdiction broadly over foreign firms, many important practical issues remain unresolved. Application of the effects doctrine may be difficult in varied factual settings. For example, how does the Competition Act apply to a foreign firm that has trivial sales in Brazil (e.g., less than U.S. \$200,000), but has total worldwide revenue exceeding R\$ 400 million? This could involve a large German firm with no sales in Brazil, acquiring an Italian firm with trivial exports there. Under a broad view of jurisdiction, the exports alone may constitute evidence of effects or potential effects in Brazil sufficient to confer jurisdiction.

The U.S. antitrust laws expressly exempt from notification transactions involving foreign firms with trivial sales or assets in the United States.<sup>38</sup> Likewise, the European Union’s notification thresholds require a certain, significant amount of sales within the European Union.<sup>39</sup> CADE has not specified the amount of exports or sales in Brazil that constitutes a cognizable

---

<sup>35</sup> *Id.* art. 2.

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> *Id.* (emphasis added).

<sup>38</sup> 16 C.F.R. §§ 802.50-51.

<sup>39</sup> Council Regulation (EEC) No. 1310/97 amending Council Regulation 4064/89, 1997 O.J. (L 180).

effect for purposes of jurisdiction. In fairness, many other national competition agencies have yet to promulgate specific rules on their jurisdiction over foreign firms, like those implemented by the United States and European Union. Thus, CADE is one of many other competition agencies that has not provided clear standards for determining jurisdiction over foreign firms' transactions. In any event, CADE should provide more guidance by identifying a threshold sales level for jurisdiction over transactions involving foreign firms.

### The Timing of the Notification

One difficulty with merger control in Brazil is that the parties cannot easily receive approval or clearance of their transaction prior to consummation. A firm may notify either before closing or within fifteen business days after closing. CADE ordinarily approves or denies transactions only after the transaction has occurred and money has changed hands. Since the enactment of the Competition Act in 1994, most notifications have been made after consummation because prior notification has not increased the chances of receiving a prompt, favorable decision.<sup>40</sup>

CADE has dealt serious setbacks to some companies, such as Miller Brewing and Colgate-Palmolive, after the companies made costly expansions in Brazil. CADE initially ordered Miller Brewing to dissolve its joint production and marketing venture with Cervejaria Brahma after Miller already had made substantial investments in Brazil. Similarly, CADE ordered Colgate-Palmolive to suspend the Kolynos toothpaste brand from use in the Brazilian market for four years, after it had already spent substantial sums to acquire the popular brand. To avoid such situations, firms may include in their transaction agreement a suspension clause, by which they agree that the transaction will become effective only after CADE issues a favorable decision.<sup>41</sup> In other words, the closing of the transaction will be suspended until CADE's decision, whenever that occurs. But because CADE may take more than a year to reach a decision in any given case, firms typically will forgo suspension clauses in order to take advantage of business opportunities in Brazil without such significant delay.

---

<sup>40</sup>Oliveira, *supra* note 1, at 479 ("In more than 95% of the cases, CADE examines the merger only after the fact").

<sup>41</sup>Urbiratan Mattos & Cristianne Saccab Zarzur, *The Emergence of Competition Law in Brazil*, Antitrust Rep. Mar. 1998.

The fifteen-day notification requirement is triggered by either formal consummation or de facto combination of the firms. CADE adopted a regulation in August 1998 defining the closing or the triggering event as the first formal act effectuating the transaction.<sup>42</sup> Alternatively, the CADE regulation provides that the triggering event may occur at the time in which the competitive relation between the relevant firms changes to the degree that they no longer behave like independent firms. In this latter scenario, the change in relationship between the firms must be of such a nature that it has effects on the marketplace.<sup>43</sup> As such, the regulation attempts to cover not only formal acts at closing but also instances in which the parties stop competing and behave as a single, united firm.

CADE's recent regulation clarifying the timing requirement followed its decision in August 1998 penalizing a firm for failure to notify in a timely manner. In Mahle/Metal Leve, CADE held that the fifteen-day time period begins the moment the acquiring firm has the ability to influence the competitive behavior of the other.<sup>44</sup> CADE rejected the parties' argument that the time period should begin from the date of share transfer and payment. The agreement gave the buyer, Mahle, rights over management decisions, including new expenditures, before the date of share transfer and payment.

#### The Notification Form

CADE has issued regulations concerning the notification form, which Article 54 of the Competition Act refers to as the application for authorization. In August 1998 CADE adopted Resolution 15, which established a new notification form.<sup>45</sup> As required by Resolution 15, the parties must provide in the notification form information on shareholders, affiliates, the structure and nature of the transaction, annual revenues, product lines, supplies and suppliers, customers, competitors, imports, the relevant markets, market shares, and entry.<sup>46</sup> Consequently, Resolution 15 requires the parties to

---

<sup>42</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, art. 2, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>43</sup> *Id.*

<sup>44</sup> Mahle/Metal Leve, Concentration 84/96 (Aug. 12, 1998).

<sup>45</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, art. 1, Exhibit 1, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade/laws>. Resolution 15 replaced Resolution 5, which contained the prior notification form.

<sup>46</sup> *Id.* Exhibit I.

engage in a substantive antitrust analysis involving difficult judgments concerning market definition and other sensitive antitrust matters.<sup>47</sup>

Resolution 15 requires submission, along with the notification form, of the transactional agreements, certain corporate governance records, and annual reports.<sup>48</sup> It does not require submission of any business records analyzing competition issues. In this respect, the notification form does not contain requirements similar to the Item 4(c) requirement in the United States or the Item 5.3 requirement in the European Union.<sup>49</sup>

Under Resolution 15, a single notification form, known as the application, applies to all transactions that must be notified. This marks an important change, one aimed at advancing consistency and certainty in the notification process. An earlier CADE regulation, known as Resolution 5, created different reporting requirements for transactions considered complex and those considered less complex.<sup>50</sup> It did not, however, provide clear guidance for determining whether a particular transaction should be treated as a complex one for reporting purposes.<sup>51</sup> Resolution 15 eliminates this confusion by establishing a single form applicable to all transactions.

Firms must submit the notification form and two duplicates including attachments to SDE.<sup>52</sup> SDE will then forward the forms to SEAE and to CADE, which will ultimately approve, condition, or deny the transaction.<sup>53</sup> Neither the Competition Act nor Resolution 15 requires a filing fee. Resolution 15 provides that, whenever possible, firms should submit a single, joint notification form.<sup>54</sup> If a firm must notify separately, it should provide all available information concerning the other party or parties to the transaction. A written justification must be provided in the event that the firms cannot

---

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> See 16 C.F.R. Pt. 803, Appendix (U.S. Hart-Scott-Rodino Act notification form); Implementing Regulation and Form CO available at <http://europa.euoint> (EU Form Co).

<sup>50</sup> CADE Resolution 5 of Aug. 28, 1996, art. 1, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> Competition Act, art. 54, ¶ 4.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> CADE Resolution 15 of Aug. 19, 1998, art. 3, available at <http://www.mj.gov.br/cade/laws>.

supply any of the information requested by the form.<sup>55</sup> The parties are required to notify CADE of any alterations or changes in the data after submission.<sup>56</sup>

### Second Requests

For transactions requiring further investigation, CADE may issue a second request for information, beyond that covered in the notification form. CADE will issue a second request for information after deciding that the notified transaction requires an additional investigation, referred to in Resolution 15 as a “complementary investigation.”<sup>57</sup> Resolution 15 provides that CADE must decide whether to conduct a complementary investigation within sixty days after receipt of the notification form from SDE.<sup>58</sup>

The second request requires the parties to submit additional documents and provide narrative responses to interrogatories or questions covering various antitrust issues. With respect to documents, the second request asks the parties to supply their documents analyzing the transaction.<sup>59</sup> Business records treated as Item 4(c) documents under the Hart-Scott-Rodino Act in the United States fall within the scope of this request.<sup>60</sup> The second request also requires the parties to submit certain financial records prepared over the preceding three years.<sup>61</sup> The interrogatories or questions sets forth in the second request relate to market definition, supply side substitution, demand substitution, entry conditions, and efficiencies.<sup>62</sup> These questions require a more in-depth and detailed analysis compared to those in the notification form.

Compared to a second request in the United States, Resolution 15 second requests call for far fewer documents. In this respect, Resolution 15 does not impose significant document production costs. But Resolution 15 requires far more information than the initial notification form, especially in its

---

<sup>55</sup> *Id.* art. 1, ¶ 1.

<sup>56</sup> *Id.* art. 3.

<sup>57</sup> *Id.* art. 7 & Exhibit II.

<sup>58</sup> *Id.* art. 7.

<sup>59</sup> *Id.* Exhibit II.

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> *Id.*

<sup>62</sup> *Id.*

interrogatories or questions relating to market definition, entry conditions, and other substantive antitrust issues.

### Penalties

Failure to notify SDE may subject a firm to fines ranging from R\$ 6,000 to R\$ 6,000,000 (about US\$ 5,300 to US\$ 5,300,000).<sup>63</sup> The exact monetary figure for such penalties may vary widely and will be larger for firms committing purposeful or egregious notification violations. The relevant factors for assessing fines include: the severity of the violation; the violator's good faith (or lack thereof); any advantages obtained by the violator; the extent of damages or threatened damages to open competition; the adverse economic effects on the market; the violator's economic status; and recurrence.<sup>64</sup> A firm that fails to provide SDE or CADE with requested information may be fined R\$ 5000 per day, a sum that may be increased twenty-fold based on the firm's size.<sup>65</sup> This fine may be imposed on third parties subject to information requests as well as the parties involved in the transaction. CADE has issued penalties in several cases for failure to notify a transaction.<sup>66</sup>

## III. ANTITRUST REVIEW PROCESS AFTER NOTIFICATION

### The Government Agencies

There are three government agencies in Brazil involved in antitrust investigation and enforcement: (1) SDE, the Economic Law Office of the Ministry of Justice; (2) SEAE, the Economic Monitoring Office of the Ministry of Finance; and (3) CADE, the Administrative Council for Economic

---

<sup>63</sup> *Id.* art. 54.

<sup>64</sup> *Id.* art. 27.

<sup>65</sup> *Id.* art. 27.

<sup>66</sup> Lazzuril/Sherman-Williams, Concentration 80120022740/98-02 (Aug. 19, 1998); Elgin/Sherman-Williams, Concentration 8012002730/98-81 (Aug. 19, 1998); Mahle/Metal Leve, Concentration 84/96 (Aug. 12, 1998); CADE Questions the Pao de Acucar Group, GAZETA MERTANTIL ONLINE, Oct. 26, 1998 (discussing CADE enforcement actions against Brazilian supermarket chain, Pao de Acucar, for failure to notify); Usiminas/VUPSA/CBRD, Concentration 53/95 (July 9, 1997).

Protection. All three agencies have investigatory functions (sometimes overlapping), while CADE alone has the adjudicative function. Since 1994, CADE has enlarged its role, originally intended to focus on adjudicative functions, into the investigation phases.

## 1. SDE

SDE, headed by an Economic Law Secretary, serves as a clearinghouse for Brazilian antitrust investigations and plays both an investigative and an advisory role. As part of the Ministry of Justice, SDE's expertise and experience tends toward legal rather than economic analysis. Firms must submit their notification forms to SDE. SDE can request firms to provide additional information beyond the information submitted in the notification form.<sup>67</sup> In the review of notified transactions, SDE's primary function is to conduct fact investigations and advise CADE of its findings. Its responsibilities include issuing data and other information requests.<sup>68</sup> Following fact investigation, SDE submits a case report and evidentiary documents to CADE.<sup>69</sup>

A new CADE regulation – Resolution 15 – gives CADE more influence over the fact investigation.<sup>70</sup> Within sixty days from receipt of the notification form, CADE can decide that the transaction need not be investigated further.<sup>71</sup> Before making its decision to cease investigation, CADE must consult with SDE, as well as SEAE.<sup>72</sup> This change will likely reduce the investigating role of SDE and SEAE, as CADE may now decide on the basis of the notification form alone that the transaction should not be investigated further.<sup>73</sup> While Resolution 15 may substantially reduce the roles of SDE and SDE, CADE

---

<sup>67</sup> *Id.* art. 54, ¶ 8.

<sup>68</sup> *Id.* art. 14.

<sup>69</sup> *Id.* at ¶ 6.

<sup>70</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *See CADE Resolution Diminishes Powers of SDE and SEAE*, GAZETA MERCANTIL INVEST NEWS, Aug. 19, 1998.

may not completely bypass these agencies without violating the Competition Act.<sup>74</sup>

During the first several years of the Competition Act, the SDE's review contributed to delay in the merger review process. But during 1998, SDE has worked much more quickly. SDE's improvements in 1998 may reduce the need for CADE intervention designed to reduce SDE's investigatory role. Indeed, the existence of Resolution 15, providing for the prospect of CADE intervention, may well cause SDE to continue to expedite the timing of its investigations.

Separately, SDE may conduct preliminary investigations to determine whether firms have improperly failed to notify a transaction. It may carry out such investigations on its own or at the written request of interested parties.<sup>75</sup> Within sixty days of the conclusion of its preliminary investigation, SDE must either order commencement of an administrative proceeding or termination of the case.<sup>76</sup> The Competition Act sets forth procedures for administrative proceedings applicable to investigations involving failure to notify a transaction. These are the same administrative procedures that govern alleged anticompetitive conduct outside the area of merger control.<sup>77</sup>

## 2. SEAE

SEAE's role in merger enforcement is to assist SDE in its fact investigation. As part of the Ministry of Finance, SEAE's strength lies in economics and finance. At the conclusion of its fact investigation, SEAE must prepare a technical report with its findings.<sup>78</sup> SEAE submits the report to SDE to assist SDE in its preliminary investigation. SDE may include information from SEAE's technical report in its preliminary findings submitted to CADE. The division of labor between SDE and SEAE in merger investigations has been a source of some problems. CADE officials have indicated that SEAE should focus on the economic aspects of the investigation and SDE the legal aspects. But this division of labor between SEAE and SDE has not worked well, and

---

<sup>74</sup>*Id.* ("According to specialists in monopolies and mergers, a company could appeal against a CADE decision on the basis that CADE had not sought counsel from SDE and the SEAE.").

<sup>75</sup> Competition Act, art. 30.

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *Id.* arts. 32-41.

<sup>78</sup> *Id.* at ¶ 6.

has been a cause of delay in the review process. As indicated earlier, CADE Resolution 15 enables CADE to intervene to limit both SEAE's and SDE's fact investigations.<sup>79</sup> This may well curtail SEAE's fact investigation role.

### 3. CADE

The Competition Act gives CADE exclusive authority to approve, condition, or deny notified transactions.<sup>80</sup> Although created earlier, CADE did not become an independent agency until 1994, when the Competition Act became effective.<sup>81</sup> The Competition Act has made CADE more independent by eliminating oversight by the Ministry of Justice, which no longer can review, approve, or overturn CADE decisions, as had been the situation prior to the Competition Act.

But CADE may not be as independent as competition agencies in other nations. CADE does not have its own budgetary resources, and often has to wait for the executive branch to allocate resources to it. Also, CADE board members have two-year terms with the possibility of reappointment once. This may give them more ties to the executive branch, compared to competition officials with longer terms in other countries. The Competition Act limited CADE member terms to two years because of executive branch fear of transferring power to an independent agency.

The CADE board consists of a president and six board members to be chosen based on legal or economic background.<sup>82</sup> The CADE board members must be appointed by the President of the Republic and approved by the Senate.<sup>83</sup> The CADE president has two votes in the event a CADE board member is absent from a session or cannot vote because of a conflict. CADE has an Attorney General who participates in CADE board meetings but does not have a vote. Once an official decision has been issued, the CADE President may order the CADE Attorney General to take all judicial action necessary to ensure the execution or enforcement of the CADE decision.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, art. 7, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>80</sup> Competition Act, art. 54.

<sup>81</sup> *Id.* art. 3.

<sup>82</sup> *Id.* art. 4.

<sup>83</sup> *Id.* art. 4.

<sup>84</sup> *Id.* art. 8.

While SDE will forward CADE the notification form and its investigative findings, the Competition Act authorizes CADE to order firms to provide additional information before reaching its decision on a transaction.<sup>85</sup> Resolution 15 now gives CADE greater powers over the investigation process. CADE can make a determination that further investigation is unnecessary, which may be appropriate when the notification form itself reveals that the transaction poses no threat to competition. This must occur within sixty days of CADE's receipt of the notification form from SDE. While CADE lacks statutory authority to terminate SEAE or SDE investigations, these agencies will likely abide by CADE's initial determination that no further investigation should be conducted. Alternatively, CADE can order within this sixty-day period a "complementary investigation," as discussed above.<sup>86</sup>

CADE has taken steps to ensure that the merger control process is transparent to the public. CADE publishes the Competition Act, its implementing regulations, and information on decisions at an internet site.<sup>87</sup> It also publishes an annual report summarizing its actions over the past year. The public may attend CADE deliberations or hearings on mergers or other notified transactions. CADE holds public deliberations on Wednesday afternoons each week.<sup>88</sup>

CADE adopted another regulation in 1998, Resolution 18, that may expand CADE's role relative to SDE and SEAE. Resolution 18 allows firms to consult directly with CADE prior to consummation.<sup>89</sup> This allows the firms to get an interim evaluation from CADE on the lawfulness of the transaction under the Competition Act. This way the firms can get some assurances without communicating with SDE or SEAE and without awaiting completion of their investigations. But an interim evaluation by CADE under Resolution 18 is not conclusive or binding.<sup>90</sup> A transaction can still be investigated by SDE and SEAE, and later declared unlawful by CADE based on the investigations.

---

<sup>85</sup> *Id.* art. 43, 54, ¶ 8.

<sup>86</sup> CADE Resolution 15/98, art. 7, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>87</sup> See <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>88</sup> See CADE ANNUAL REPORT at 7 (1997) (available in Portuguese only).

<sup>89</sup> CADE Resolution 18, effective Nov. 25, 1998.

<sup>90</sup> *Id.*

## B. TIMING CONSIDERATIONS

The Competition Act sets forth a schedule for review, but this schedule typically does not hold. After a firm has submitted a complete notification form, SEAE should conduct its investigation and issue an initial technical report within thirty days.<sup>91</sup> Within thirty to sixty days thereafter, SDE should conduct and complete its preliminary investigation.<sup>92</sup> Once the SDE has forwarded its investigative findings to CADE, CADE should review the case and make all inquiries it deems necessary to render a decision within 60 to 120 days after its receipt of the case from SDE. If any of the agencies determines that it lacks adequate evidence or information necessary to complete its tasks, however, the deadlines will be stayed until such information is obtained.<sup>93</sup> Consequently, most CADE decisions do not meet the prescribed deadlines and, in fact, rarely are handed down in less than six months.<sup>94</sup>

The Competition Act provides that if CADE fails to render a decision in the time allotted, absent a stay, the transaction will be deemed automatically approved and not in violation of the Competition Act. While the Competition Act suggests the possibility of automatic approval in this manner, that has not occurred. The overwhelming majority of cases are stayed, thereby permitting the agencies to proceed under a slower schedule. Most of the delay can be attributed to SDE's and SEAE's fact investigations. SDE and SEAE have commonly requested delays to give them more time to investigate.

While the Competition Act envisions a total review period of 120 days, the typical review period has lasted much longer. Resolution 15 should expedite the process by curtailing the SDE and SEAE investigations, which have been a source of delay. Under Resolution 15, CADE can end the investigation sixty days after notification. It is widely expected that CADE will not

---

<sup>91</sup>*Id.*

<sup>92</sup> *Id.* at art. 54 ¶ 6.

<sup>93</sup> *Id.* at ¶ 8.

<sup>94</sup> CADE, for example, was notified by the Brazilian steel producer Gerdau in March 1994 of its acquisition of a controlling share in Germany's Korf GmbH., but partial approval of the acquisition was not given until a year later, in March 1995. CADE, RECENT JURISPRUDENCE, *supra* note 3.

completely bypass SDE and SEAE. But it is likely that in the wake of Resolution 15 cases will be resolved much more quickly.

In addition to Resolution 15, CADE has taken some other steps to reduce the time period from notification to decision. It adopted a regulation in October 1996 to allow firms to gain priority in the review process by giving notification before the closings or by negotiating transactions under suspension clauses.<sup>95</sup> Priority treatment would cease, however, at any time during the review process if the parties decide to put the agreement into effect or consummate the transaction.<sup>96</sup> While the regulation clearly intends to grant priority for early notification and for the use of suspension clauses, it fails to explain exactly what firms obtain through priority consideration. It gives no specific time commitments to the firms that notify before closing.

CADE has also adopted a regulation to give priority treatment to privatization transactions or transactions arising from a privatization program known as the Brazilian Denationalization Program.<sup>97</sup> But this regulation also suffers from the absence of any firm commitment to expedite review.

### C. RECONSIDERATION AND APPEAL

A negative ruling from CADE will ordinarily require a performance commitment ordering divestiture of assets or other conduct. The review of any merger, acquisition, or joint venture will be followed by the publication of a CADE opinion in a Portuguese-language government periodical, the Federal Official Gazette. In addition to explaining CADE's analysis of the transaction, the opinion provides the decision of the CADE board either approving or denying the proposed transaction. The Competition Act provides that the CADE opinion must contain (1) a detailed report on any violations and an indication of the regulatory action or performance commitments; (2) the terms for commencement and conclusion of any regulatory action; (3) all applicable fines; and (4) daily fines which will be issued in the event of non-compliance with the CADE decision.<sup>98</sup> If CADE

---

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> CADE Resolution 6 of Oct. 2, 1996, art. 1, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>97</sup> CADE Resolution 7 of Apr. 9, 1997, art. 1, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>98</sup> Competition Act, art. 46.

holds that a transaction will be approved only upon acceptance of a performance commitment by the firms involved, then the conditions and objectives of the commitment will be set forth explicitly in CADE's opinion.

If corporations agree to performance commitments defined by CADE, they must enter into a formal commitment within fifteen days of their declared acceptance.<sup>99</sup> In doing this, they are bound to comply with the conditions stated in the CADE opinion. In addition, the Competition Act provides that SDE may also ensure compliance by monitoring the business activities of the firms involved.<sup>100</sup> CADE has asserted its authority under the Competition Act to monitor any firm's compliance with the performance commitments it has issued, and thus SDE has not played a significant role in monitoring performance commitments.<sup>101</sup> In the event of non-compliance with a performance commitment, CADE may revoke its approval of the transaction and commence an administrative proceeding.<sup>102</sup> If firms refuse to accept performance commitments in exchange for CADE approval of their transaction, they may indicate their wish on an express form submitted to CADE, or tacitly through silence for a period of thirty days following the publication of CADE's opinion in the Federal Official Gazette.<sup>103</sup> CADE's decision may provide for a different time period (other than thirty days) for firms to decide whether to accept performance commitments.

Firms may file a petition for reconsideration to CADE following a CADE decision. The applicant must support the petition for reconsideration by carefully describing new documents or facts that CADE did not have at the time of its initial decision.<sup>104</sup> For transactions that have yet to be consummated, the petition must be submitted within sixty days of CADE's unfavorable decision.<sup>105</sup> For transactions that have already closed, the petition must be submitted within the period stated in the CADE decision for

---

<sup>99</sup>*Id.*

<sup>100</sup>Competition Act, art. 58, ¶ 2.

<sup>101</sup>*Id.* art. 47.

<sup>102</sup>*Id.*

<sup>103</sup>*Id.* art. 58, ¶ 3.

<sup>104</sup> CADE Resolution 15/98 of August 19, 1998, arts. 10-14, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>105</sup> *Id.* art. 13.

rescission of the transaction or for responding to the requested consent order or performance commitment.<sup>106</sup>

Each firm subject to a decision by CADE has a constitutional right of appeal to the courts. Since enactment of the Competition Act, only one CADE decision has been appealed to the courts. That case, which involved imposition of fines by CADE for failure to notify, has not yet been decided by the courts.<sup>107</sup>

Firms that have had a merger, acquisition, or joint venture approved based upon their acceptance of a performance commitment or other concessions imposed by CADE. Also, they have a right to request a court to change the performance commitment if they can show that the conditions have become burdensome and that the changes will not cause damage to third parties or constrain competition in the Brazilian market. Such requests can also be made directly to CADE after entry of a performance commitment.

#### **D. THIRD-PARTY COMPLAINTS**

CADE has issued a regulation authorizing interested parties, including competitors, to make direct written inquiries to CADE.<sup>108</sup> Such inquiries should concern acts that are likely to result in a restraint of trade or monopolistic business practices. The regulation broadly covers all types of potentially anticompetitive conduct, and thus can be used to complain about mergers, acquisitions, or joint ventures that may restrain trade or create a monopoly.

CADE will review an inquiry only if it meets specific criteria set forth in its regulation. It must describe in detail the intention of the inquirer and the inquirer's arguments in favor of its own position and in opposition to the activities of the accused firm or firms.<sup>109</sup> The inquirer must substantiate all arguments and provide concrete evidence.<sup>110</sup> CADE must review the third-

---

<sup>106</sup> *Id.*

<sup>107</sup> Usiminas/VUPSA/CBRD, Concentration 53/95 (July 9, 1997).

<sup>108</sup> CADE Resolution 10 of Oct. 29, 1997, art. 25, available at <http://www.mj.gov.br/cade/laws>.

<sup>109</sup> *Id.* art. 26 § 1.

<sup>110</sup> *Id.* § 2.

party complaint consistent with its standard administrative proceedings.<sup>111</sup> This may result in an evidentiary investigation, hearings, and deliberations by CADE.

## IV. SUBSTANTIVE ANALYSIS

### A. MARKET DEFINITION

Brazil's 1962 antitrust law did not refer to the term relevant market, or make any attempt to define what the concept means. This changed, however, with enactment of the new Competition Act in 1994. While the Competition Act does not define the term "relevant market," it refers to the term in several contexts.

Article 54 of the Competition Act states that "[a]ny acts that may limit or otherwise restrain open competition, or that result in the control of the relevant markets for certain products or services shall be submitted to CADE for review."<sup>112</sup> Article 54 also requires notification of transactions when the combined firm accounts for at least 20 percent of "a relevant market."<sup>113</sup> The civil non-merger sections of the Competition Act also refer to the relevant market. Article 20 describes conduct that violates the economic order as including actions "to control a relevant market of a certain product or service." It further states that market control or dominance occurs when a firm or group of firms controls a substantial share of "a relevant market," and that such dominance should be presumed when a firm maintains a 20 percent share of "a relevant market."<sup>114</sup>

Similar to the Sherman Act or Clayton Act in the United States, the Competition Act does not distinguish between geographic and product markets. Prior to the Competition Act, CADE used the concept of relevant market in its analysis of non-merger cases. In a 1993 case involving FIAT, the Italian-based automobile manufacturer, CADE applied the principle of substitution as a basis to explain what constitutes a relevant market: "The

---

<sup>111</sup> *Id.* art. 29.

<sup>112</sup> Competition Act, art. 54 (emphasis added).

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> *Id.*

relevant market is the competition space. It is related to the several goods or services that compete among them, in a given area, as a response to their substitutability in that area.”<sup>115</sup> Thus, by June 1994, when the Competition Act became effective, CADE had correlated market definition with substitution, but it had yet to develop further the concept of a relevant market in a coherent and clear manner.

CADE Resolution 15, which became effective on September 19, 1998, contains definitions of the terms product market and geographic market.<sup>116</sup> This marks the first legislative or regulatory definition of these important antitrust concepts. In addition, CADE’s earlier published decisions serve as a source for understanding the product and geographic market concepts and their application. CADE’s published decisions frequently identify the relevant product and geographic markets and explain the reasons CADE defined the market in that manner.

## Product Markets

CADE Resolution 15 expressly defines the relevant product market. The product market definition is based on the concept of demand substitution. Indeed, it expressly calls for consideration of substitution by consumers based on the product or service “characteristics, prices and utilization.”<sup>117</sup> It is now apparent from Resolution 15 that CADE’s product market definition will

---

<sup>115</sup> Processo Administrativo 31/92, Transavto Transportes Especializadas de Automóveis S.A./FIAT do Brazil (Oct. 6, 1993), *Revista do IBRAC Cadernos de Jurisprudência*, Vol. 2, No. 1 (1993-1).

<sup>116</sup> CADE Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>117</sup> CADE Resolution 15 provides:

A product relevant market includes all the products/services considered substitutable among themselves by the consumer due to its characteristics, prices and utilization. A relevant market of the product eventually could be composed by a certain number of products/services that present physical, techniques or business characteristics that recommend the grouping.

Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

focus on the preferences and decisionmaking of consumers. This approach conforms with the United States' focus on demand substitution.<sup>118</sup>

Resolution 15 merely defines the concept of a product market and does not set forth a test, as the U.S. Horizontal Merger Guidelines, for assessing the degree of demand substitution. It does not ask whether substitution would occur in response to a "small but significant and nontransitory increase in price" or a five percent price increase.<sup>119</sup> Nor does it describe in detail, like the U.S. Horizontal Merger Guidelines, the type and nature of the evidence it will consider on various factors affecting the demand substitution analysis. Thus, Resolution 15 does not represent complete guidelines for the analysis, but rather a general definition setting forth the key concept underlying CADE's product market definition.

Unlike the U.S. antitrust agencies, CADE publishes thorough decisions explaining its antitrust analysis, including market definition. These decisions provide further guidance for understanding CADE's market definition analysis and other matters. With the enactment of the Competition Act in 1994, CADE has been forced to address difficult issues of market definition in the earliest cases of merger enforcement. In September 1994 CADE reached its decision in connection with the Rhone-Poulenc S.A./Sinasa transaction. CADE performed a two-step analysis. First, it expressly defined the relevant product market as chemical fibers, which resulted in a combined firm share of only 24 percent. Second, it analyzed two segments or submarkets of the chemical fibers market consisting of acrylic fibers and polyester fibers. Based on these segments or submarkets, the combined firm share increased to 76 percent and 88 percent, respectively. On that basis, CADE ordered a divestiture of manufacturing assets.<sup>120</sup>

CADE's use of submarkets finds some support in U.S. antitrust law. In *Brown Shoe Co. v. United States*, the U.S. Supreme Court held that "within [a] broad product market, well defined submarkets may exist which, in themselves, constitute product markets for antitrust purposes."<sup>121</sup> The Court identified various factors that could indicate the presence of submarkets,

---

<sup>118</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines § 1.11 (1992), *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,104.

<sup>119</sup> *Id.*

<sup>120</sup> See *Rhondia and Sinas Plan to Divest Certain Polyester and Acrylic Fiber Production Assets in Brazil*, PR NEWSWIRE, June 28, 1995.

<sup>121</sup> *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 325 (1962).

similar to those used in defining markets. Several lower courts in the United States have followed this approach in considering whether the competitive effects of a merger should be analyzed in submarkets.<sup>122</sup>

Although some lower courts have followed a submarket analysis approach, the Horizontal Merger Guidelines do not.<sup>123</sup> The Horizontal Merger Guidelines outline a single-step inquiry to define the relevant product market, rather than a two-step analysis involving the definition of a product market followed by the identification of any submarkets.<sup>124</sup> In the case of price discrimination by merging firms, U.S. antitrust authorities will consider additional relevant product markets and define them by the particular use or uses that groups of buyers have for the product in question. In other cases, however, U.S. antitrust authorities will not take a second step involving the identification of any submarkets based on the qualitative differences between the products in the relevant market, as CADE did in identifying submarkets for acrylic and polyester fibers in Rhone-Poulenc S.A./Sinasa.

The two-step submarket analysis has been widely criticized in the United States as unprincipled and biased toward merger enforcement.<sup>125</sup> Opponents of the submarket analysis argue that proper definition of product markets should be based on an economic evaluation that focuses on elasticity of demand. Such analysis does not entail identification of submarkets within a relevant product market. The use of submarkets may create a risk that a market will be defined too narrowly, resulting in opposition to a procompetitive or competitively neutral transaction.

---

<sup>122</sup> See cases cited in ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 520 n.112 (4th ed. 1997).

<sup>123</sup> Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, at § 1.1 (1992).

<sup>124</sup> *Id.*

<sup>125</sup> Gregory J. Werden, *Market Delineation under the Merger Guidelines: A Tenth Anniversary Retrospective*, 48 ANTITRUST BULL. 517, 543-44 (1993) (criticizing Supreme Court's use of submarkets); William F. Upshaw, *The Relevant Market in Merger Decisions: Antitrust Concept or Antitrust Device?*, 60 N.W. U. L. REV. 424, 425 (1965) (describing the submarket concept as "a sort of universal solvent to be used to dissolve all forms of corporate consolidations"); *The Supreme Court, 1963 Term*, 78 HARV. L. REV. 143, 274-75 (1964) (the *Brown Shoe* court "appears to have taken a result-oriented approach to definition of the market, gerrymandering the boundaries 'so as to maximize the prospect of invalidating the challenged acquisition.'")

CADE has not always used the two-step approach for defining relevant markets and submarkets since enactment of the Competition Act in 1994. In September 1996, approximately two years after Rhone-Poulenc S.A./Sinasa, CADE criticized its earlier two-step approach in its decision on Colgate-Palmolive's acquisition of Kolynos. It asserted that the use of submarkets conflicts with economic principles of market definition.<sup>126</sup> CADE's one-step analysis to define the relevant product market in the Colgate case aligned merger enforcement in Brazil more closely with the practices of the antitrust authorities in the United States.

Moreover, CADE expressly has described the product market analysis as including a review of the market's elasticity of demand, an approach which considers the change in the quantity of a product demanded by consumers in response to a change in prices. It is also an approach that corresponds with the economic focus of the U.S. Horizontal Merger Guidelines. In Colgate-Palmolive Co./Kolynos, CADE stated that "it would be better to calculate cross-elasticities of such lines of product than simply postulate its substitutability."<sup>127</sup> In the same decision, however, CADE emphasized the difficulty of obtaining data to measure demand elasticity given the inflationary instability in Brazil.<sup>128</sup> It indicated that measuring demand elasticity should become more feasible as prices become more stable.

In some decisions, CADE has departed from a purely economic approach to market definition by placing undue weight on product characteristics and insufficient weight on consumer preferences. In Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, CADE identified several important differences between pilsener beer and premium beer, yet found a single product market -- beer.<sup>129</sup> Average prices for premium beers exceeded pilsener prices by 20 to 40 percent. Middle and upper-income consumers tended to purchase premium beers, while lower income consumers tended to purchase pilsener beer. CADE found a significantly higher degree of particular brand loyalty among the premium beers and less price elasticity.<sup>130</sup> In contrast, pilsener

---

<sup>126</sup> Colgate-Palmolive Co./Kolynos, Concentration 27/95 (Sept. 1996).

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, CADE Concentration 58/95 (June 11, 1997).

<sup>130</sup> *Id.*

beers exhibited poor brand loyalty and greater price elasticity.<sup>131</sup> Despite these important differences suggesting separate product markets, CADE found one broad relevant product market consisting of beer, reasoning that while distinctive “organoleptic characteristics” (taste, color, and fragrance) may exist among premium beers, usually such characteristics are not detected by the majority of consumers.<sup>132</sup> Concentrating not on consumer preferences and demand, but upon the qualitative characteristics of products and the ability of consumers to tell them apart, CADE adopted a single product market consisting of beer. A more economic approach to market definition would have placed greater weight on consumer preference and less weight on product characteristics. This would have led to a narrow product market focusing on premium beer.

The recent Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma decision might suggest that CADE still has not fully implemented an economic approach to market definition. CADE has embraced the concept of analyzing product markets on a dynamic basis and focused on the elasticity of demand, but may need to develop more experience and expertise needed for consistent application of the economic concepts. The use of economics is becoming more important in CADE’s analysis of product markets. As CADE gains more experience, it is likely to place more emphasis on a product’s demand elasticity and less on the more simplified review of the product’s physical characteristics or attributes.

CADE’s antitrust analysis continues to evolve in its consideration of supply substitution. Both supply substitutability and entry relate to the ability of producers not currently selling a particular product to start doing so. The U.S. Horizontal Merger Guidelines distinguish between entry and supply substitutability.<sup>133</sup> Entry analysis focuses on whether there is potential for significant new investment in production or distribution and whether such investment could be accomplished in less than one year; supply substitution examines whether there is a likelihood that firms will make a quick and low cost entry into the market in response to a small nontransitory increase in prices.<sup>134</sup>

Consideration of supply substitution in this manner avoids excessive segmentation of a market. A pure demand-side substitution analysis, without

---

<sup>131</sup> *Id.*

<sup>132</sup> *Id.*

<sup>133</sup> Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, §§ 1.3, 3.0.

<sup>134</sup> *Id.*

any recognition of supply substitution, would lead to unduly narrow product markets, such as separate markets for size ten and size eight shoes.<sup>135</sup> In this shoe example, demand-size substitution cannot be established because the size ten user will not switch to size eight. But supply-side substitution likely exists based on the ability of producers to shift rapidly from the manufacture of one size shoe to another, without incurring significant plant and equipment costs.

CADE used supply substitution in Gerdau Group/Pains to define the relevant product market as non-flat steel. In this industry, at least five different types of non-flat steel are used without any possible demand substitution. Different types of non-flat steel may include light structurals, reinforcing bar, wide flange beams, and rod. Based on supply substitution, CADE defined the product market as non-flat steel, including the various different types and sizes. Had CADE employed solely demand substitution in its analysis of Gerdau Group/Pains, it would have defined the market too narrowly based on the different types of non-flat steel.

While Gerdau Group/Pains demonstrates that CADE has recognized the relevance of supply substitution, a secondary question is how CADE will use supply substitution in its analysis of future cases. The United States and the European Union treat supply substitution differently. Under the U.S. Horizontal Merger Guidelines, principles of supply substitution are used to identify market participants, but not to define the product market itself. For example, consider a merger of two firms that manufacture metal hubcaps using stamping machines. Under the U.S. Horizontal Merger Guidelines, metal stamping firms not currently producing hubcaps would be included in the relevant market and would be assigned shares based on their capacity to produce hubcaps. Although these potential suppliers are included, their products are not; the relevant product would be stamped metal hubcaps rather than all products made with stamping machines.<sup>136</sup> In this respect, supply substitution principles may lead to identification of additional competitive firms, but they will not result in a delineation of different markets. In contrast, the European Union has recently chosen to recognize supply

---

<sup>135</sup>Gregory J. Werden, *The History of Antitrust Market Delineation*, 76 MARQ. L. REV. 123, 197 (1992) (“A size eight model in a particular shoe is a poor substitute for a size ten from the point of view of consumers, but essentially a perfect substitute from the point of view of producers.”).

<sup>136</sup>*Id.*

substitution when delineating the product market, which could lead to a broader market consisting of all products made with stamping machines.<sup>137</sup>

In Colgate-Palmolive Co./Kolynos, CADE denied arguments in favor of using supply substitution to delineate a broader product market.<sup>138</sup> It cited the U.S. Horizontal Merger Guidelines in concluding that demand substitution must be given paramount weight in delineating the relevant market. Since Colgate-Palmolive Co./Kolynos, however, CADE has used supply substitution more expansively to delineate the relevant markets, consistent with the approach followed by the European Union.<sup>139</sup>

## Geographic Markets

In its published decisions, CADE, has not routinely applied a dynamic geographic market analysis consist with Resolution 15, which defines geographic markets based on supplier response to a “small, but substantial elevation of the practiced prices.”<sup>140</sup> Like the U.S. Horizontal Merger Guidelines, Resolution 15 focuses on the likelihood consumers will switch to other suppliers in different regions.<sup>141</sup> Defining geographic markets under

---

<sup>137</sup>Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 97/C372/03 (1998); Simon Baker & Lawrence Wu, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, 19 EUR. COMP. L. REV. 273, 275 (June 1998).

<sup>138</sup>Colgate-Palmolive Co./Kolynos, Concentration 27/95 (Sept. 1996).

<sup>139</sup>Mahle/Metal Leve, Concentration 84/96 (Aug. 12, 1998).

<sup>140</sup>Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>141</sup>CADE defined the relevant geographic market as follows:

A geographic market includes the area in which the companies offer and seek products/services in sufficiently homogeneous conditions of competition, regarding the prices, consumers’ preferences, products/services characteristics. The definition of a geographic relevant market also demands the identification of the obstacles to the entrance of the products offered by companies placed out of that area. The companies capable to begin the offer of the products/services in the area considered after a small, but substantial elevation of the practiced prices, are part of the geographic relevant market...

*Id.* This definition incorporates principles on geographic market definition from the U.S. Horizontal Merger Guidelines. *See* Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 1.21.

Resolution 15 requires asking and answering the question whether firms currently outside a region will begin supplying products or services to the region in response to a small, but substantial elevation of the practiced prices.<sup>142</sup> This analysis corresponds the analysis under the U.S. Horizontal Merger Guidelines focusing on likely supplier response to a “small but significant and nontransitory” increase in price.<sup>143</sup>

In its enforcement decisions, CADE’s geographic market analysis has been more static compared to its product market analysis. CADE has not consistently asked the question, for purposes of defining the relevant geographic market, whether a hypothetical monopolist in the region can successfully impose a small but significant and non-transitory increase in price. In the United States and the European Union, geographic markets are defined by determining where substitution likely will occur in the event of such a price increase.<sup>144</sup> So far, CADE has relied on a more legalistic approach. But Resolution 15 suggests future use of a more dynamic, economic approach to defining geographic markets.

Empirical evidence shows that CADE has been extremely reluctant to define geographic markets as worldwide. In 87 transactions evaluated by CADE from June 1994 until May 1998, CADE adopted a world market just once and a Mercosur market just once.<sup>145</sup> In all other cases, CADE used a national market or smaller geographic market. A Mercosur market consists of Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay. These four countries entered into an agreement, referred to as Mercado Common de Sul, providing for some economic integration among them.

CADE’s common use of national geographic markets overlooks the importance of trade liberalization in Brazil. Since 1994, Brazil has implemented tariff rate reductions, and foreign-based firms have developed distribution systems to facilitate imports. In the past several years, imports in

---

<sup>142</sup>Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, *available at* <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>143</sup>Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 1.21.

<sup>144</sup>Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 1.2; Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, 97/C372/03 (1998).

<sup>145</sup> CADE adopted a world market in Verolme-Ishibrás, Concentration 15/94 (Mar. 1994), Revista do IBRAC Vol. 3, No. 7 (July 1996). CADE adopted a Mercosur market in Cia Petroquímica do sul-Copesul/Opp Petroquímica Concentration 54/95 (Feb. 11, 1998), Revista do IBRAC Vol. 5, No. 4 (1998).

Brazil have grown dramatically. Increasing trade liberalization in the region suggests greater use of world markets, yet national and more local markets have prevailed in CADE's definition of relevant geographic markets.

Even when considering imports, CADE has often adopted a static approach of looking solely at current import levels, overlooking prior and projected levels and the price elasticity of imports. In several cases, CADE refused to adopt a world market because of a low import rate or a small volume of current imports. But an absence or low level of current imports does not indicate that the market is a national or smaller geographic market, nor does it mean that local sellers could exercise market power. Imports could enter rapidly into the area as soon as prices increased even slightly. CADE's geographic market analysis would be improved by looking beyond current imports and considering the price elasticity of imports. Resolution 15, with its consideration of supplier reaction to a "small but substantial" price increase, may lead precisely in that direction.

An article by Lucia Helenda Salgado, a CADE board member, reveals CADE's basic approach in the past to geographic markets. It states that "the concept of relevant market is an economic and legal hybrid" and that the focus should be "where the operation has its effects."<sup>146</sup> The article further states, without detailed explanation, that the use of a world market should be the exception.<sup>147</sup> Geographic markets, however, should not be defined "where the operation has its effects," but rather by looking at the location of the current and potential competitors that constrain the competitive behavior of the merging firms. Current and potential competitors may operate in separate geographic areas, and often do. Considering only the area where the parties' operations produce effects currently may overlook firms located in other areas that nonetheless act as competitive constraints. To conduct a dynamic economic analysis based on a product's elasticity of demand, CADE should look beyond the area where the operations of a party have an immediate effect.

CADE's published decisions further reveal its static approach to geographic markets. In one transaction, CADE used a national market even though the

---

<sup>146</sup>Lucia Helenda Salgado, "O concerto de Mercado; Relevante," *Revista de Direito Econômico* 26, CADE (1997).

<sup>147</sup>*Id.*

main competitor of the merging firms resided outside Brazil.<sup>148</sup> In several cases, CADE adopted a national market while recognizing the important competitive effect of imports. For example, CADE adopted a national market while acknowledging growing competition from Uruguay and Argentina.<sup>149</sup> Perhaps the most striking result comes from the Exxon Corp./Nalco Chemical Co. joint venture.<sup>150</sup> CADE adopted a national market despite the fact that Exxon participated in the Brazilian market exclusively through imports. CADE measured the change in concentration in the so-called national market by counting Exxon's imports but not the imports of any other firms.<sup>151</sup>

In CADE's initial decision opposing the Anheuser-Busch Inc./Antarctica joint venture, a dissenting board member pointed to evidence of decreasing beer prices in Brazil.<sup>152</sup> The commissioners who opposed the transaction dismissed this evidence of declining prices as merely the result of imported beer.<sup>153</sup> A critical element underlying the decision to restrict the joint venture was the use of a national geographic market. But the evidence that beer prices declined because of imports compels the conclusion that CADE's geographic market should not have been limited to Brazil. A dynamic and less legalistic approach to geographic market definition would recognize the importance of imports and consequently, firms situated outside Brazil's borders.

## **HERFINDAHL-HIRSCHMAN INDEX**

Market concentration depends on the number of firms in the market and their market shares. As an aid in interpreting market share data, CADE has used the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) of market concentration.<sup>154</sup> This follows the concentration analysis adopted in the U.S. Horizontal Merger Guidelines. The HHI, which is calculated by summing the squares of the

---

<sup>148</sup> Electrolux/Oberdofer, Concentration 62/95 (Oct. 9, 1996), *Revista do IBRAC* Vol. 5, No. 2 (1998).

<sup>149</sup> Ficop/Alcan, Concentration 18/94 (Aug. 21, 1996).

<sup>150</sup> Exxon Corp./Nalco, Concentration 28/95 (June 19, 1996).

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> Anheuser-Busch Inc./Antarctica, CADE Concentration 83/96 at 46 (July 23, 1997), available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>153</sup> *Id.*

<sup>154</sup> Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 1.5.

individual market shares of each of the participants in the market, gives proportionately greater weight to the market shares of the larger firms, in accordance with their relative importance in competitive interactions.

In its Colgate-Palmolive Co./Kolynos decision, CADE expressly relied on an HHI analysis to evaluate the proposed transaction. The published decision contains the following table:

### CADE HHI Chart, Colgate-Palmolive/Kolynos

product market	HHI before the operation	market structure	HHI after the operation	market structure	HHI change	likelihood of anticompetitive effect
toothpaste	644	highly concentrated	3750	highly concentrated	2691	presumed
tooth brush	1970	highly concentrated	2243	highly concentrated	272	presumed
dental floss	3720	highly concentrated	3782	highly concentrated	61	potential effects
tooth wash	1771	highly concentrated	1806	highly concentrated	35	unlikely

The CADE decision required a performance commitment or divestiture only with respect to the product market defined as toothpaste. As indicated by CADE's table, the HHI analysis reveals that other relevant product markets were highly concentrated, especially dental floss. But CADE focused on toothpaste, given the large change in HHI resulting from the proposed transaction. This approach aligns CADE with U.S. antitrust policy, as set forth in the Horizontal Merger Guidelines. Indeed, CADE used the same parameters as the U.S. Horizontal Merger Guidelines for classifying concentration levels. Under the U.S. Horizontal Merger Guidelines, markets are characterized as unconcentrated when the HHI falls below 1000, moderately concentrated when the HHI comes between 1000 and 1800, and

highly concentrated when the HHI exceeds 1800.<sup>155</sup> CADE used the same parameters and market characterizations in rendering its decision challenging Colgate-Palmolive's acquisition of Kolynos.

CADE also followed the U.S. Horizontal Merger Guidelines in analyzing the change in HHI as a result of the proposed transaction. Consistent with the Merger Guidelines, CADE found a presumption of an anticompetitive effect when the change in HHI exceeded 100 in a highly concentrated market. Likewise, CADE followed the Merger Guidelines and found that a change in the HHI between 50 and 100 in a highly concentrated market indicated that the transaction had a potential anticompetitive effect, but that even in a highly concentrated market, an increase in the HHI of less than 50 indicated that the transaction would not have an anticompetitive effect. Thus, CADE took no action with respect to the dental floss and mouthwash markets. But because the transaction produced a change in HHI over 100 in the toothbrush market, a highly concentrated market, it was necessary for CADE to find that other factors, especially ease of entry, overcame the presumption of an anticompetitive effect.

One of the CADE board members stated in Colgate-Palmolive Co./Kolynos that any HHI analysis should be used sparingly in Brazil, based on three observations: (1) modern economic theories of industrial organization and empirical evidence do not demonstrate a correlation between market concentration and anticompetitive conduct; (2) the Brazilian economy is much smaller than that of the United States, and thus should be analyzed differently; and (3) recent trade liberalization has created enormous industrial change and restructuring in the Brazilian economy.<sup>156</sup> These comments have shaped CADE's analyses in subsequent merger investigations.

The first observation reflects considerable accepted economic thought. It further reflects CADE's practice of looking beyond concentration indices to consider the role of other market characteristics, such as entry barriers and efficiencies. The second and third observations have caused some concern within CADE about the relevance of HHI to the Brazilian economy. This concern seems misplaced for several reasons. HHI analysis serves as an aid to evaluate market share data or concentration levels in a defined market. It does not represent a complete merger analysis, which should entail evaluation of entry barriers, efficiencies, and other factors. The HHI analysis may have

---

<sup>155</sup>*Id.*

<sup>156</sup> Colgate-Palmolive. Co./Kolynos, Concentration 27/95 (Sept. 1996).

limitations, but those limitations are the same for the Brazilian economy as for the U.S. economy. Characteristics of the Brazilian economy do not suggest that concentration indices such as HHI lack relevance.

The statement of the CADE board member in Colgate-Palmolive Co./Kolynos speaks more fundamentally to the role of efficiencies. The characteristics of the Brazilian economy may appropriately be considered in evaluating the nature and credibility of alleged efficiencies. In weighing the alleged impact of efficiencies that compensate for an increase in concentration, CADE has considered the Brazilian economy's smaller size relative to the U.S. economy. Moreover, CADE has also considered efficiencies in light of Brazil's industrial restructuring as a result of its trade liberalization. And it has recognized that local firms are seeking to become more efficient to compete better with foreign firms rapidly expanding into the Brazilian economy.

After the Colgate-Palmolive Co./Kolynos, CADE's use of HHI has increased substantially. But the use of the U.S. Horizontal Merger Guidelines' HHI parameters (e.g., an HHI from 1000 to 1800 equals moderate concentration) for characterizing concentration levels and evaluating the change in concentration has become less commonly accepted, largely as a result of the CADE board member's comments concerning application of HHI to the Brazilian economy. The underlying problem likely stems from CADE's approach to geographic markets. Because geographic markets have been defined narrowly, application of the U.S. Horizontal Merger Guidelines' HHI parameters would lead too often to presumptions that a transaction will create an anticompetitive effect. Unduly narrow geographic markets improperly raise the HHI levels and lead to unjustified presumptions about likely competitive effects. This has contributed to criticism of CADE's use of HHI analysis.

## **B. ENTRY**

In the early days of the Competition Act, CADE did not routinely consider entry conditions. In fact, CADE ordered performance commitments in two

cases without even considering entry.<sup>157</sup> CADE has assumed, in some cases, the existence of entry barriers merely because the market was characterized by high levels of concentration. In the cases of Rhone-Poulenc S.A./Sinasa and Gerdau Group/Pains, CADE stated that the main barrier to entry was the high level of concentration itself.<sup>158</sup>

CADE's linkage of high market concentration levels and barriers to entry has confused the antitrust analysis. Economists often dispute the degree of linkage between high concentration and competitive performance. But economists widely accept the principle that high concentration does not correspond with anticompetitive market performance when entry is easy.<sup>159</sup> In these circumstances, any anticompetitive behavior of the incumbents (such as higher prices, reduced quality, and under-investment in new technology) creates profit opportunities for potential entrants. The potential for entry may deter the anticompetitive behavior in the first instance. Rather than associate concentration with barriers to entry, CADE must evaluate, as it has done recently, the factual circumstances relating to entry conditions in the affected industry.

Colgate-Palmolive Co./Kolynos marked a turning point in the importance of CADE's entry analysis. A third party, Proctor & Gamble, informally assisted CADE with an analysis of potential entry barriers, which CADE relied on in formulating its decision. Analyzing entry factors in a more exhaustive way than it had done before, CADE determined that competitive conditions in a highly concentrated product market (toothpaste) necessitated large-scale and relatively high-cost entry.<sup>160</sup> CADE found that the main barrier to entry was brand name, which required sunk costs associated with advertising and marketing.<sup>161</sup> Large-scale entry would be necessary to dilute the fixed costs of advertising and marketing.

---

<sup>157</sup> Eternit/Brasilit, Concentration 6/94 (Nov. 1994), Revista do IBRAC Vol. 2, No. 3 (Sept. 1995); Rockwell Corp./Albarus, Concentration 01/94 (Dec. 1, 1994), Revista do IBRAC Vol. 2, No. 4 (Oct. 1995).

<sup>158</sup> Rhone-Poulenc S.A./Sinasa, Concentration 12/94 (Nov. 16, 1994); Gerdau Group/Pains, Concentration 16/94 (1995).

<sup>159</sup> See, e.g., Jonathan B. Baker, *The Problem with Baker Hughes and Syufy: On the Role of Entry in Merger Analysis*, 65 ANTITRUST L.J. 353, 362 (1997).

<sup>160</sup> CADE, RECENT JURISPRUDENCE, *supra* note 3; Page, *supra* note 1, at 1124-26 (1998).

<sup>161</sup> Page, *supra* note 1, at 1124-26 (1998).

Without the detailed entry analysis in Colgate-Palmolive Co./Kolynos, CADE likely would have ordered a total divestiture, given the high concentration levels in several product markets affected by the transaction. But CADE did not base its decision solely upon the perceived correlation between high market share and barriers to entry, as it had done in past cases. Rather, detailed entry analysis narrowed CADE's focus on the impact of brand loyalty in the toothpaste market. CADE did not order a divestiture of any manufacturing assets, because it did not view any manufacturing requirements as barriers to entry. Instead, CADE offered the parties three alternatives: (1) suspension of the Kolynos brand for four years, (2) licensing of the Kolynos brand for twenty years, and (3) total divestiture.<sup>162</sup> Colgate-Palmolive agreed to suspend the Kolynos brand for four years. CADE sought suspension of the Kolynos brand name on the theory that firms would find entry opportunities more attractive in its absence.<sup>163</sup>

Since the cases immediately following enactment of the Competition Act, CADE has engaged in a more thorough, economic-oriented entry analysis. No longer does CADE associate barriers to entry with concentration levels alone. Some conceptual problems concerning entry remain, however. In Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, CADE ranked as an important barrier to entry, the "competition of imported beers."<sup>164</sup> It seems obvious that competition itself should not be regarded as a barrier to entry. If foreign competition presents such a threat to incumbent firms in Brazil, the better approach is to define the geographic market as worldwide rather than national, as CADE had done.

### C. EFFICIENCIES

Efficiencies are a critical element of antitrust analysis in Brazil. Article 54 of the Competition Act provides that a transaction should ordinarily be authorized by CADE if it meets three or four of the following requirements: (1) the transaction will lead to an increase in productivity, improve the quality of a product or service, foster technological or economic development, or create efficiencies; (2) the resulting benefits shall be allocable to consumers in addition to the firms involved in the transaction; (3) only acts that are strictly

---

<sup>162</sup> *Id.*

<sup>163</sup> *Id.* at 1125-26.

<sup>164</sup> Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, Concentration 58/95 (June 11, 1997).

required to attain these objectives shall be performed for that purpose; and (4) the transaction will not drive competition out of a substantial portion of the relevant market.<sup>165</sup> According to the Competition Act, the parties must satisfy only three of these requirements if the transaction serves “the public interest” or operates “to the benefit of the Brazilian economy,” terms in the law that remain unclear.<sup>166</sup> If the transaction does not serve the public interest or important interests for the Brazilian economy, the Competition Act requires the parties to satisfy all four requirements.

While the parties and the antitrust enforcers cannot easily determine for a given transaction whether three of these four statutory conditions have been satisfied, or whether the parties must satisfy only three rather than four of them, it is clear that efficiencies play an important role in the analysis under the Competition Act. The Competition Act requires a weighing of all cognizable efficiencies against any anticompetitive effects likely to result from the transaction.<sup>167</sup> It also asks whether the efficiencies claimed by the firms can be achieved through less restrictive means.<sup>168</sup>

Resolution 15 defines efficiencies as any cost reduction that could not be obtained through internal means.<sup>169</sup> The claimed efficiencies must be “intrinsic” to the transaction.<sup>170</sup> This corresponds with the U.S. policy that “the Agency will reject claims of efficiencies if equivalent or comparable savings can reasonably be achieved by the parties through other means.”<sup>171</sup> A firm asserting efficiencies consistent with CADE’s Resolution 15 definition must show (1) that the transaction will likely result in cost reductions, and (2) that these cost reductions could not be obtained by the firm alone.<sup>172</sup>

---

<sup>165</sup>Competition Act, art. 54, ¶¶ 1-2.

<sup>166</sup> *Id.* ¶ 2.

<sup>167</sup> *Id.* ¶ 1.

<sup>168</sup> *Id.*

<sup>169</sup>Resolution 15 states: “Efficiencies means the reductions of costs of any nature, quantitatively esteemed and intrinsic to the transaction type related, that could not just be obtained by means of internal effort.” Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup>Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 4.

<sup>172</sup>Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit IV, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

Efficiencies might appear easier to prove under Resolution 15 compared to the U.S. Horizontal Merger Guidelines. Resolution 15 does not express any disfavor with efficiencies related to general selling, administrative, and overhead expenses, as do the U.S. Horizontal Merger Guidelines.<sup>173</sup> But Resolution 15's requirement that the claimed efficiencies be intrinsic to the transaction may reduce the importance of these types of efficiencies, and align CADE with U.S. antitrust policy toward efficiencies.

Neither Resolution 15 nor the U.S. Horizontal Merger Guidelines requires firms to prove that efficiencies will be passed on to consumers, but nor does the. The policies of both Brazil and the United States reflect the view that merger-specific efficiencies are those that are most likely to benefit consumers. Accordingly, for CADE's review and approval, firms must be prepared to show that the transaction will create cost savings or other benefits, which likely will flow to consumers.

In its published decisions, CADE has distinguished between private and public efficiencies, referring to public efficiencies as those likely to extend beyond the parties to the transaction. The so-called public efficiencies include benefits to consumers, but also other matters that would not be accounted for as efficiencies under the U.S. Horizontal Merger Guidelines. In one case, CADE required the buyer to invest in pollution control programs.<sup>174</sup> In Colgate Palmolive Co./Kolynos, CADE required the firms to invest in programs relating to dental health. These two cases demonstrate CADE's use of public efficiencies to benefit a much broader segment of the general population than just consumers. In other cases, CADE has directed its decisions more directly toward the relevant consumers. For example, in Norton/Carborundum and Rockwell Corp./Albarus, CADE required quality improvements and price decreases respectively, which were designed to benefit consumers in the relevant markets.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup>Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 116, § 4 ("The Agency may also consider claimed efficiencies resulting from reductions in general selling, administrative, and overhead expenses . . . although, as a practical matter, these types of efficiencies may be difficult to demonstrate"); U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Revisions to Horizontal Merger Guidelines (1997) (efficiencies "related to procurement, management, or capital cost are less likely to be merger-specific or substantial, or may not be cognizable for other reasons").

<sup>174</sup>Yolat/Parmalat, Concentration 11/94 (Nov. 23, 1994), *Revista do IBRAC*, Vol. 2, No. 3 (Sept. 1995).

<sup>175</sup>Norton/Carborundum, Concentration 5/94 (Oct. 19, 1995), *Revista do IBRAC* Vol. 3, No. 4 (Apr. 1996); Rockwell Corp./Albarus 01/94 (Dec. 1, 1994), *Revista do IBRAC* Vol. 2, No. 4 (Oct. 1995).

CADE's consideration of efficiencies has weighed heavily in several decisions since the Competition Act became effective in 1994. In its review of the joint production and marketing agreement between the Miller Brewing Co. and Brahma in 1995, CADE made a detailed appraisal of the efficiencies, or what it entitled "the benefits of the operation."<sup>176</sup> The joint venture agreement provided for the production and sale of the Miller Genuine Draft brand of beer in Brazil. By December 1996, after notification, but before CADE's decision, Miller and Brahma jointly had attained a leadership position in the premium beer market in Brazil. CADE in its analysis found that Miller and Brahma had improved their positions while consumers of beer had not. CADE found that the joint venture enhanced Brahma's market power to such an extent that it was in a position to restrain competition within the domestic market for beer.<sup>177</sup> As part of its analysis, CADE further examined whether the benefits or the efficiencies generated by the joint venture sufficiently counterbalanced the resultant restraints to competition within the national beer market.<sup>178</sup> In balancing the efficiencies against the joint venture's market control, CADE determined that the venture, as proposed, violated the Competition Act and should not be approved.

CADE determined that all of the efficiencies claimed by the two breweries were not, in fact, likely, and that those that did result from the joint venture flowed to the firms involved rather than the consumer. Specifically, CADE found that the parties' mere adaptations of existing Brahma breweries failed to contribute to the expansion of production capacity as the parties under review had claimed.<sup>179</sup> Moreover, CADE found that the prerequisites for approval under Article 54 of the Competition Act were not satisfied because Miller failed to invest significantly in new production facilities and distribution networks in Brazil.<sup>180</sup> Considering whether the claimed efficiencies could have been achieved in a less restrictive manner, CADE determined that all benefits resulting from the joint venture could have been achieved through Miller's independent entry into the Brazilian beer market.<sup>181</sup> This course of action would have resulted in increased competition in the

---

<sup>176</sup>Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma, Concentration 58/95 (June 11, 1997).

<sup>177</sup>*Id.*

<sup>178</sup>*Id.*

<sup>179</sup>*Id.*

<sup>180</sup>*Id.*

<sup>181</sup>*Id.*

marketplace and considerably less market concentration than the joint venture between the two brewers. CADE contrasted Miller's attempted expansion into Brazil with that of the small brewer Schincariol, which obtained a small but impressive share of the Brazilian beer market after persistent investment produced efficiencies in the form of increased production and improved quality.<sup>182</sup> Additionally, CADE found that Miller Genuine Draft's classification as "draft beer in a bottle," was merely a product differentiation factor, which did not provide the Brazilian beer drinker with a sufficient taste differential, and therefore consumers received no tangible benefit from the joint venture.<sup>183</sup>

In its analysis of the Miller Brewing Co./Cervejaria Brahma joint venture, CADE considered the efficiencies listed under Article 54 of the Competition Act, but also expressed its intent to consider efficiencies and factors not specifically identified by the Competition Act.<sup>184</sup> At times, CADE has turned to international case law for its analysis of efficiencies affecting domestic markets. In assessing efficiencies relating to the 1996 joint production agreement between Anheuser-Busch and the Brazilian brewing company, Antarctica, CADE referred to case law of both the European Union and the United States, in addition to Article 54 of the Competition Act.<sup>185</sup> CADE reviewed the European Commission's consideration of a similar case involving brewing companies in Europe.<sup>186</sup> It further highlighted the fact that European Union law generally permits joint ventures when they present likely efficiencies, such as expanding research and development activities, generating new products, or expanding production capacity.<sup>187</sup> Also, CADE emphasized that the U.S. Supreme Court has held that a joint venture is little more than a naked restriction on trade if it is not characterized by integrative

---

<sup>182</sup> *Id.*

<sup>183</sup> *Id.*

<sup>184</sup> *Id.*

<sup>185</sup> Anheuser-Busch Inc./Antarctica, CADE Concentration Act 83/96 at 18-21, Vote of Reporting Board Member Lucia Helena Salgado e Silva (doscissopm at §I-4 "Introduction: Competition Policy as a Pillar of Non-Exclusive Development – Recent Case Law"), available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

<sup>186</sup> *Id.* at 18 (discussing Commission's investigation of license agreement between Carlsberg and Interbrew).

<sup>187</sup> *Id.*

efficiencies.<sup>188</sup> CADE indicated that integrative efficiencies may include the sharing the risks through joint activity, such as in creating new products and constructing new marketing distribution channels.<sup>189</sup>

Thus, in addition to considering those efficiencies defined by Article 54, CADE has also considered efficiencies that are not expressly described in the Competition Act and has used international sources to identify other such efficiencies. Indeed, a former CADE official has observed that other efficiencies besides those in the Competition Act should be taken into consideration.<sup>190</sup> She has argued that when using the generic term “efficiency,” the Competition Act allows for the inclusion of scale economies, the integration of facilities, the specialization of plants, and other benefits related to production and distribution.<sup>191</sup>

In *Miller Brewing Co./Cervejaria Bruhma* and other decisions, CADE has required firms to show by specific evidence that the alleged efficiencies are likely to benefit consumers. This conforms with Article 54’s requirement that efficiencies be “allocated” to consumers or end-users.<sup>192</sup> CADE has not focused as much on the Article 54 provision regarding alternative means for obtaining the efficiencies.<sup>193</sup> So far, CADE has not strictly required that the transaction be the only mechanism to achieve the asserted efficiencies, although Article 54 appears to require that. CADE Resolution 15, by requiring that the efficiencies be intrinsic to the transaction, should cause greater attention to be focused on the question whether the benefits can be achieved through other, less restrictive means.<sup>194</sup>

## Performance Commitments

---

<sup>188</sup> *Id.* at 19 (“In the United States, when an alleged joint venture does not involve the integration of resources and is nothing more than an attempt on the part of competitors to restrict competition, the Supreme Court has dealt with a joint activity as a ‘naked restraint of trade and invalidated such as illegal per se.’”)

<sup>189</sup> *Id.* at 19-20.

<sup>190</sup> Niede T. Mallard, *Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle* (presented at the International Seminar of Competition Defense (1994)).

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> Competition Act, art. 54, ¶ 1 § 2.

<sup>193</sup> Mallard, *supra* note 188 (“only the acts strictly required to attain an envisaged objective shall be performed for that purpose”).

<sup>194</sup> See CADE Resolution 15/98, Exhibit IV, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

The term performance commitment comes directly from the Competition Act.<sup>195</sup> Like consent decrees in the United States, performance commitments are agreed alterations to the proposed transaction that are designed to reduce or eliminate an anticompetitive or other improper market effect. Specifically, CADE issues performance commitments to ensure that the firms comply with the efficiencies and conditions established in Article 54.<sup>196</sup>

Performance commitments in Brazil are described as either structural or behavioral. Structural performance commitments usually involve a one-time sale of assets, such as a manufacturing plant. Behavioral performance commitments usually involve conditions placed upon the ongoing business conduct or behavior of the surviving firm.

The Competition Act provides that in drafting performance commitments, CADE will consider international competition, domestic employment levels, and other relevant circumstances.<sup>197</sup> Thus, the Competition Act expressly directs CADE to take into account domestic employment in fashioning performance commitments. CADE has exercised this authority by issuing performance commitments relating to employment in several transactions. In *Oriente/Ajinomoto*, CADE simply required that the merging firms maintain existing employment levels.<sup>198</sup> In several other cases, CADE has required the merging firms to invest in training for employees who were to be laid-off or dismissed.<sup>199</sup>

In addition to issues of employment, the Competition Act expressly gives CADE authority to consider international competition in the relevant market and all other “relevant circumstances” in its formulation of performance commitments.<sup>200</sup> “Relevant circumstances” is a catch-all phrase which conceivably gives CADE an expansive license to evaluate matters beyond efficiencies or other competitive concerns. CADE has used this broad

---

<sup>195</sup>Competition Act, Title VII, chapter II. The Competition Act refers to performance commitments, but does not define that term.

<sup>196</sup>*Id.* art. 58.

<sup>197</sup>*Id.* ¶ 1.

<sup>198</sup>*Oriente/Ajinomoto*, Concentration 19/94 (Feb. 28, 1996).

<sup>199</sup> *Santista/Carfepe*, Concentration 25/95 (Aug. 7, 1996); *Grace/Crown*, Concentration 24/95 (July 10, 1997); *Verlome/Ishibras; Colgate-Palmolive.Co./Kolynos*, Concentration 27/95 (Sept. 1996).

<sup>200</sup>Competition Act, art. 58.

authority in several cases. While Article 54 does not explicitly address exports, CADE has required significant export increases in several transactions.<sup>201</sup> CADE also required investment in pollution control and in health programs. Thus, when ordering performance commitments, CADE has not restricted itself to considering only efficiencies and other competition matters.

Like consent decrees used by U.S. antitrust authorities, CADE has relied upon structural performance commitments to eliminate or reduce a transaction's potential harm to competition. Structural commitments have typically entailed the divestiture and the sale of assets, the licensing of technology, or the leasing of equipment. In Rhone Poulenc S.A./Sinasa, for example, CADE required the partial divestiture of manufacturing assets.<sup>202</sup> Similarly, in Gerdau Group/Pains, CADE required the refurbishment and divestiture of a steel plant and divestiture of a transportation company, leaving all other assets of the merged firms intact.<sup>203</sup> During the acquisition of Kolynos, not only did CADE order Colgate-Palmolive to suspend a brand name, but it also ordered the company to sell 14,000 tons of toothpaste for private labeling and sales.

Since the passage of the Competition Act, CADE has, in several cases, relied upon behavioral performance commitments. In Gerdau Group/Pains, for example, CADE required a mandatory disclosure to third party competitors of technical information developed through a research and development agreement with another firm. In fashioning performance commitments, CADE has occasionally sought to promote investment in Brazil, by requiring investment, often stipulating how much a corporation must invest over a defined period. For instance, CADE approved a transaction in 1995, upon agreement that the buyer invest U.S. \$1.6 billion through the year 2000.<sup>204</sup> In

---

<sup>201</sup> Helios/Carbex, Concentration 13/94 (Nov. 20, 1996); Colgate-Palmolive Co./Kolynos, Concentration 27/95 (Sept. 1996); Rockwell Corp./Albarus, Concentration 01/94 (Dec. 1, 1994), *Revista do IBRAC*, Vol. 2, No. 4 (Oct. 1995).

<sup>202</sup> See Rhondia and Sinasa Plan to Divest Certain Polyester and Acrylic Fiber Production Assets in Brazil, *PR NEWSWIRE*, June 28, 1995.

<sup>203</sup> CADE, *RECENT JURISPRUDENCE*, *supra* note 3 (CADE discussion of divestiture relating to acquisition between Gerdau Group and Korf GmbH involving steel).

<sup>204</sup> Helios/Carbex, Concentration 13/94 (Nov. 20, 1996).

other cases, CADE has required specific types of investment, such as in technology, or research and development.<sup>205</sup>

For the first two years under the Competition Act, CADE requested performance commitments to ensure efficiencies in almost all cases. In the case of Verolme/Ishibras, for example, CADE adopted a worldwide geographic market for the product market consisting of boats.<sup>206</sup> As a result of the broad geographic market, the firms involved had a trivial market share. CADE nevertheless insisted on a behavioral performance commitment to ensure efficiencies.<sup>207</sup>

Since 1996 CADE has required fewer efficiency-related, behavioral performance commitments in transactions that do not present a clear risk of anticompetitive effect. Between May 1996 and December 1997, CADE approved 78 percent of all transactions without imposing any form of performance commitment.<sup>208</sup> While CADE now issues much fewer behavioral performance commitments than it did during the 1994 to 1996 period, it still may consider behavioral performance commitments. Between May 1996 and December 1997, 14 percent of all transactions submitted and decided by CADE required performance commitments intended to promote efficiencies. In a decision from November 1997, for example, CADE required commitments to improve qualitative standards, to implement commercial policies for certain brands, and to develop certain technology.<sup>209</sup>

## VI. CONCLUSION

In a short period of time, Brazil has implemented a comparatively sophisticated merger control program. While many nations have enacted antitrust laws providing for mandatory review of mergers, acquisitions, and joint ventures during the past several years, few of these nations have

---

<sup>205</sup> Electrolux/Oberdofer, Concentration 62/95 (Oct. 9, 1996), *Revista do IBRAC* Vol. 5, No. 2 (1998).

<sup>206</sup> Verolme-Ishibras, Concentration 15/94 (Mar. 1994), *Revista do IBRAC* Vol. 3, No. 7 (July 1996).

<sup>207</sup> *Id.*

<sup>208</sup> CADE'S ANNUAL REPORT 1997 (published in Portuguese only).

<sup>209</sup> Panex/Alcan Alumínio de Brasil, Concentration 79/96 (Nov. 19, 1997).

advanced as far as Brazil in its merger control procedures and policies. In less than five years, Brazil has adopted a mandatory merger control law and implemented significant procedural and substantive improvements. Other new competition agencies can learn much from the Brazilian model.

Since its enactment of the Competition Act, Brazil has taken important steps to improve merger control procedures. CADE has adopted and published regulations clarifying and addressing various procedural issues. CADE, in its regulations, has adopted measures for reducing duplicative multi-agency oversight and shortening the merger review period. It has clarified the notification form and timing considerations concerning notification, and enumerated third party rights to participate. It has even adopted procedures for challenging or moving to reconsider CADE decisions. The regulations have been published, in English as well as Portuguese, on a CADE internet site.<sup>210</sup> These represent significant steps to advance the worthy goals of greater transparency and certainty in the merger review process.

Merger enforcement requires substantive antitrust analysis at the most sophisticated levels. CADE's substantive analysis has improved considerably since enactment of the Competition Act. CADE has reduced the use of behavioral performance commitments, and now seeks to tailor the performance commitments more narrowly in order to remedy the specific anticompetitive threat presented by the transaction. CADE's product market definition analysis now focuses more on consumer preference rather than product characteristics. Geographic market definition should become more dynamic, without the prejudice against world markets. CADE continues to place appropriate weight on the recognition of merger-specific efficiencies.

The policies adopted by CADE since enactment of the Competition Act have improved the merger control process and analysis in Brazil. But room for improvement exists in several areas. CADE's notification thresholds still create uncertainty by including a market definition test. The time period for clearance needs to be shortened, which CADE hopes to accomplish through Resolution 15. CADE should engage in a more economic analysis of entry and geographic markets. CADE's current leadership has significantly advanced merger control law, and indications are they will continue to make improvements.

---

<sup>210</sup> <http://www.mj.gov.br/cade>.

## “UNDERSELLING” NA LEI Nº 8.137/90 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL\*

**Tercio Sampaio Ferraz Junior**

Refere-se o tema deste trabalho ao disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei nº 8.137/90 cujo teor é o seguinte:

“Art. 4º - Constitui crime contra a ordem econômica:

...

VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;”.

As formulações legais aí contidas – “crime contra a ordem econômica” e venda de mercadorias abaixo do preço de custo para impedir a concorrência – exigem alguns esclarecimentos preliminares.

Tratando-se de norma penal, não há dúvida de que a infração nela punida se submete ao princípio da tipicidade, conquanto apresente aspectos peculiares que exigem ainda maior rigor de exame e enquadramento (cf. José Frederico Marques: “Direito Penal Econômico – Princípios sobre Interpretação de suas Normas – Do Conceito de Monopólio”, in Poder Econômico: exercício e abuso, org. Franceschini, São Paulo 1985, p. 476 ss.). Isto porque o intérprete se vê às voltas com infrações que se reportam a condutas ou atividades que, à primeira vista, constituem práticas harmônicas com o direito, com usos e costumes normais da vida econômica, como vender, comprar, barganhar, oferecer melhores condições de preço, planejar custos e lucros a curto, médio ou longo prazo, etc.

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em maio de 99

É, pois, dever do intérprete e do aplicador da lei tomar um redobrado cuidado na análise do tipo ali configurado. Na verdade, a figura típica de infração penal-econômica que o texto do art. 4º-VI prevê e descreve é anômala, posto que contém, em si, o elemento subjetivo do injusto e, implicitamente, o elemento normativo (cf. Manoel Pedro Pimentel: Direito Penal Econômico, São Paulo, 1973, p. 46). Disto se segue, antes e a toda evidência, que a prática de “vender mercadorias abaixo do preço de custo” não caracteriza, por si só, o ilícito penal-econômico. Nessa prática reside a base material ou elemento objetivo do tipo, ou seja, a conduta que pode ocasionar a infração mas que, por si, não a caracteriza. Vender abaixo do preço de custo é prática normal de mercado, faz parte das estratégias de competição num regime de livre concorrência. Para que tal conduta seja considerada típica, de modo a constituir fato indiciariamente delituoso, é preciso que seja integrada pelos elementos subjetivos e normativos do tipo: no aspecto subjetivo, que tenha como dolo específico ou causa finalis “impedir a concorrência”, e, no aspecto normativo, que a venda abaixo de custo tenha um sentido anticoncorrencial.

Obviamente, partindo-se da presunção de que, factualmente, ocorresse uma venda abaixo do preço de custo, antes de mais nada é preciso verificar o elemento normativo, o sentido anticoncorrencial da conduta. Isto porque, de longa data, a doutrina jurídico-econômica, em toda parte, vem assinalando a especificidade do “vender abaixo do custo” como uma conduta estratégica e normal do regime concorrencial. Assim, na literatura norte-americana que exaustivamente tem analisado o tema, o chamado “underselling” é visto, antes de mais nada, como um “comportamento estratégico não-cooperativo” em princípio normal. Ou seja, uma empresa que vende abaixo do preço de custo aceita perdas de curto prazo para ganhar no longo prazo.

Neste jogo, estratégico, é importante que os concorrentes não consigam perceber claramente se o baixo preço é sustentável e por quanto tempo. Esta estratégia só tem sucesso se a empresa suporta baixar os preços por mais tempo que seus competidores sobrevivam com preços normais. Pois os competidores, por exemplo, podem reduzir sua produção e, diminuindo suas perdas, resistir mais longamente, ou estabelecer contratos de fornecimento de longo prazo com preços pré-especificados. Já o preço abaixo de custo pode ter objetivos competitivos de curto prazo, como colocar o produto no mercado ou torná-lo conhecido. Enfim, de modo geral, o jogo do preço abaixo do custo é

uma estratégia comum que é usada com cautela, pois pode provocar maiores danos a quem dela faz uso, integrando a margem de risco de um mercado livre. Por essas razões, nos EUA, a Suprema Corte tem negado a presunção de preço predatório a um “underselling” por longos períodos, sendo que a experiência mostra, ao contrário, que, muitas vezes, a denúncia de preço predatório é estratégia do concorrente menos eficiente que vê ameaçada sua participação de mercado (cf. Carlton e Perloff “Modern Industrial Organization” – Harvard University Press, Boston, 1994, cap. X– Strategic Behaviour, p. 382 ss.).

Por essas razões é importante distinguir entre vender a preço abaixo de custo como conduta predatória (anticoncorrencial) e pró-competitiva (concorrencial), posto que cortar preços para incrementar negócios é da essência mesma da competição (cf. Antitrust Law Developments, AABA 1997, p. 252 ss.). O teste empírico para verificar o sentido predatório da conduta, além da demonstração, por meio de análise de custo, de que o preço esteja abaixo do custo marginal razoavelmente antecipado (Areeda-Turner: predation occurs when the price charged is below the marginal cost of producing additional output) – o que, reconhece a doutrina, é algo difícil de ocorrer e de provar (Archie K. Lytle) – exige a intenção predatória e a probabilidade de recuperação futura das perdas atuais. Ou seja, para saber se o underselling é ou não predatório, é preciso examinar o mercado relevante, pois é nele que o preço abaixo de custo será visto ou como um ato competitivo – conquistar mercado, enfrentar um competidor estabelecido, promover um produto – ou predatório – eliminar concorrentes ou criar barreiras para a entrada de outros. Em termos de conduta realizada, é preciso verificar se o efeito predatório, num mercado dado, tem condições de ocorrer, isto é, propiciar uma posterior recuperação de perdas mediante aumentos arbitrários por alteração de uma estrutura competitiva anterior na direção de uma estrutura “compensadora” para o predador.

Em síntese, quanto ao elemento normativo do tipo, é preciso que se demonstre ser a conduta indiciada de vender abaixo do preço de custo uma prática anti-concorrencial, o que exige: a) alteração, efetiva ou potencial, da estrutura do mercado em favor de uma futura recuperação de preços, criando condições monopolistas ou de imposição arbitrária de preços; b) que a prática não seja fruto de uma estratégia de competição, aceitável no jogo de ações e reações para a conquista ou manutenção de hegemonias de mercado. Estas

caracterizações tem a ver com as noções de “adequação social” e “risco permitido” como cláusulas implícitas de exclusão de ilicitude, mormente no campo do Direito Penal Econômico (cf. José Faria da Costa: O Direito Penal Econômico e as Causas Implícitas de Exclusão de Ilicitude, in “Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico”, Coimbra 1985, p. 44 ss., esp. 56). No domínio fluído e célere das relações econômicas, observa esse autor, “onde apesar de tudo e talvez por isso mesmo, se criam e enraízam certas formas de comportamento, consideradas por todos como socialmente adequadas, quer pela utilização do meio, quer pelo fim que se deseja atingir, será um campo fértil onde a causa de exclusão da adequação social poderá proveitosamente funcionar”. Assim, baixar preços, suportar uma perda de lucro momentânea para vencer um processo licitatório sem ultrapassar os limites do preço ínfimo, são condutas socialmente adequadas num contexto de mercado livre. Trata-se de condutas possíveis dentro de uma margem de risco admissível (risco permitido) a que um empresário eficiente ou um administrador avisado se lançaria para a obtenção de efeitos competitivos.

Em termos de elemento normativo do tipo isto nos leva a uma importante consideração no que diz respeito à confusão que usualmente se faz entre dumping e underselling. Embora, nos dois casos, o sentido predatório da conduta possa ocorrer, o bem juridicamente protegido num e noutro caso é distinto. O dumping, predatório, que tem por propósito a eliminação de um ou mais concorrentes no país importador a fim de obter, ao final, uma posição de vantagem, supõe a introdução de um bem no mercado doméstico, a preço de exportação inferior ao valor normal (ver art. 4º do Decreto nº 1.602/95), sendo que valor normal é preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações normais, destinadas ao consumo interno no país exportador (art. 5º), mais o conseqüente dano à indústria doméstica. Como se vê, em primeiro lugar, a apuração de margem de dumping requer comparação de preços (não necessariamente de preço e custo, como no underselling). Em segundo lugar, o bem protegido, neste caso, não é, propriamente, a concorrência, mas o parque industrial do país importador e a situação de pleno emprego. Por isso, a imposição de medidas anti-dumping tem, no Direito Internacional, o sentido de um regulador de mercado e não de uma punição. Já no “underselling” predatório, o bem protegido é a concorrência. No dumping há uma atitude defensiva que, no limite, pode levar o Estado a aplicar medidas que tornem o mercado desinteressante para o predador, até diminuindo, eventualmente, a concorrência interna. Na punição ao “underselling” predatório o que se estimula é, justamente, a concorrência e não o concorrente. Sua função é

repressiva, não regulatória (cf. Van Bael Bellis: Antidumping and Other Trade Protections Laws, U.K., 1990, 2ª ed., p. 29 ss.; Cabanellas: El Dumping, Buenos Aires, 1983, p. 73 ss; Jacobs: Competition Law in the European Community, 1991, London, p. 99 ss.).

Quanto ao elemento normativo do tipo a distinção entre dumping e underselling deixa claro que ele se localiza no prejuízo à concorrência. O que se protege não é, pois, um ou outro concorrente (um parque industrial nacional), mas uma estrutura competitiva em termos de interesses supra-individuais da vida econômica (cf. João Marcelo de Araújo Júnior: Dos crimes contra a ordem econômica, São Paulo, 1995, p. 94). O objetivo do agente deve ser impedir a concorrência, não o ou os concorrentes. O tipo, ademais e por isso mesmo, nada tem a ver com concorrência desleal. O objetivo é uma alteração de estrutura de um mercado dado, de modo que a entrada de novos concorrentes seja dificultada ou a presença de concorrentes não impeça o agente de estabelecer arbitrariamente (fora das leis de mercado) os seus preços (donde a importância da possibilidade de recuperação de perdas provocadas pelo preço abaixo do custo). Neste sentido a infração é contra a ordem econômica. É delito perpetrado nos quadros da gestão empresarial, não dirigido a pessoa determinada, e visa a criar uma situação que dê retorno a perdas incorridas (cf. Gerson Pereira dos Santos: Direito Penal Econômico, São Paulo, 1981, p. 96).

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, a norma em análise fala, expressamente, em impedir a concorrência. Se a conduta é ou não objetivamente anticoncorrencial, é elemento que compõe o aspecto normativo do tipo. O aspecto subjetivo está na intenção de impedir a concorrência, isto é, de provocar a estrutura anticoncorrencial.

Exige esclarecimento, inicialmente, a noção de impedir. A interpretação gramatical do verbo impedir nos dá conta que se trata de verbo que admite duas referências: transitiva e transitivo-relativa. Impede-se algo ou impede-se alguém de algo. Não só pela fórmula textual (impedir a concorrência) como pela análise do elemento normativo do tipo (protege-se a concorrência não o concorrente), entende-se que o uso é transitivo. A intenção (dolo específico) é de impedir a concorrência.

Note-se que, em termos gramaticais, os demais incisos do art. 4º da Lei nº 8.137/90, ao referirem-se à concorrência, usam o termo eliminar parcial ou totalmente (inc. I,III,IV). O inc. VI fala em impedir. A hermenêutica penal nos autoriza a dizer que se, em princípio, a lei adotou fórmula diversa, é porque objetivou hipótese distinta.

A distinção ajuda a entender a hipótese objetivada. Eliminar, total ou parcialmente, é diferente de impedir. Eliminar tem a ver com limite (limis) e significa pôr fora de um determinado âmbito (ex limitis). No caso pôr fora, impor o extravasamento de um limite; os limites em que a concorrência ocorre ou tem condições de ocorrer. E não é preciso pôr fora totalmente. Basta fazê-lo parcialmente. Mas, mesmo parcialmente, é preciso pôr fora.

Impedir é ação que ocorre, portanto, dentro, não implica pôr fora, dá-se dentro dos limites, no interior da concorrência. Mas, de algum modo, a obsta. Assim, se eliminar supõe pôr fora a concorrência que havia (estado ou situação anterior que, então, desaparece total ou parcialmente), impedir significa embaraçar, dificultar, obstruir concorrência que existe. Que existe atualmente ou potencialmente (criar barreiras de entrada). Daí a importância da prova da alteração da estrutura concorrencial em benefício do agente.

Para que se impeça é preciso que a prática tenha, efetivamente, condições de produzir o efeito. Como numa coação irresistível é preciso que, com probabilidade ou de fato, o resultado possa ocorrer. No caso, é preciso que, com probabilidade ou de fato, a concorrência seja obstada, obstruída, estorvada, em síntese, tenha problemas, dificuldades de ocorrer e, de algum modo, acabe por não ocorrer.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que, para comprovar-se que houve intenção de impedir, é preciso que o agente tenha condições de fazê-lo (tenha poder econômico) e que a plausibilidade da ação se verifique pelo menos porque um concorrente deixou de concorrer (cf. Averiguação Preliminar nº 08000.018467/95-06, decisão do Plenário do CADE de 16/07/97, voto do Conselheiro-relator Dr. Antônio Fonseca).

Ou seja, mesmo ocorrendo a pressuposta prática (underselling), se o agente não tem o poder econômico necessário e (condição somativa) não ocorre a retirada de ao menos um concorrente, o impedimento não se terá comprovado. E a intenção de impedir exige a possibilidade (subjéctiva e objectiva) de fazê-lo. Esta possibilidade, no sentido subjéctivo e objectivo, tem de ser demonstrada ao longo do tempo, nunca restrita a um momento e a um episódio (cf. Bechtold: GBW, München, 1993, § 26, n° 42).

O elemento subjéctivo é a vontade consciente. No suposto de que o ato ou fato de (eventual) underselling ocorra, é preciso que a concorrência seja impedida (ainda que potencialmente: criação de barreiras de entrada). Se o resultado não for possível, a mera probabilidade não caracteriza o delito, que não é meramente formal. É crime de resultado, que torna imprescindível a relação de causalidade, devendo ficar provado que os resultados alcançados decorreram de determinadas ações descritas na norma. No caso, que a concorrência tenha sua estrutura alterada, criando-se uma situação de anticoncorrência, por força de certo ato impeditivo: vender abaixo de custo.

O dolo, como dizia Hungria (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, 1958, v. 1, t. 2, p. 150), tem de ser presumido, já que não se pode devassar o foro interno. Esta presunção se indica por meio de circunstâncias externas que mostram que o agente não poderia ter deixado de querer o resultado. O resultado querido, com o impedimento da concorrência, é criar uma situação, após o underselling, que permita a recuperação dos danos incorridos. Nesse sentido, impedir a concorrência, enquanto ação dolosa específica, não se revela apenas no embaraçar ou estorvar seu concorrente, mas no visar àquilo que a doutrina chama de condições monopolísticas e que, na antiga Lei n° 4.137/62, vinham definidas em seu art. 5° como “aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, a distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passe a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”.

Em relação ao underselling (Lei n° 8.137/90), havia um dispositivo semelhante, que constava da Lei n° 1.521/51, art. 3° - V, que a doutrina chegou a entender tratar-se de crime formal, de perigo de dano (cf. Elias de Oliveira, Crimes contra a Economia Popular e o Júri Tradicional, Rio de Janeiro, 1952, p. 142 s.). Contudo, embora os textos sejam semelhantes, há

importantes diferenças entre a Lei nº 1.521/51 e a Lei nº 8.137/90. Aquela protegia diretamente a economia popular. Esta, protege a Ordem Econômica. Naquela, o resultado visado era a probabilidade de lesão danosa à bolsa do povo. Nesta, é a alteração na estrutura concorrencial: criação de condições monopolísticas. Lá havia perigo de dano. Aqui há dano efetivo: impede-se a concorrência! Ou, como já dizia von Liszt (Tratado de Derecho Penal, t. 2º, Madrid, 1927, p. 288 s.), o perigo é também um resultado, mas um resultado que só tem importância por sua relação com um outro, que não aconteceu, que, porém, é conhecido e indesejável (uma infração). Ora, no caso, o resultado (impedir a concorrência) não se reporta a uma outra situação (atingir a bolsa do povo, como na Lei nº 1.521/51), mas tem uma efetividade em si próprio (criação de uma estrutura – anti-concorrencial – que beneficia indevidamente o agente). Por isso o querer (doloso) do agente não se resume em pôr em perigo a concorrência, mas em alterar-lhe a estrutura em benefício próprio. O crime é de resultado, não formal (de perigo de dano).

## LEILÕES OU REGULAÇÃO? ONDE ESTÁ O MONOPOLISTA? \* <sup>1</sup>

**Edgard Antonio Pereira, Eleni Lagroteria**

### INTRODUÇÃO

A privatização de empresas estatais e a concessão de exploração de serviços públicos por empresas privadas têm sido a estratégia adotada pelo governo brasileiro para desonerar financeiramente o Estado e buscar ganhos de eficiência na oferta de bens e serviços tradicionalmente supridos pelo setor público.

Parte integrante dessa estratégia é a constituição de agências regulatórias que, em última instância, "garantam" a qualidade e a oferta a preços "justos" dos bens e serviços até então públicos.

É certo que essas agências são indispensáveis, em virtude das características de monopólio natural de que se reveste a maior parte dos bens e serviços privatizados, contraposto à pulverização da sua demanda. Sem entrar em maiores detalhes, é possível assumir-se a necessidade de existência dessas agências entendendo-se que o mercado, por si só, em função das características da oferta e da demanda destes bens e serviços específicos, não é capaz de garantir o bem estar do consumidor.

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em junho de 99

<sup>1</sup>Edgard Antonio Pereira é professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas e titular da empresa de consultoria econômica Edgard Pereira & Associados. Eleni Lagroteria é doutoranda do Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo e associada à Edgard Pereira & Associados. Os autores agradecem à Prof<sup>a</sup> Marilda Sotomayor, do Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo, titular da disciplina "Curso Introdutório à Teoria dos Leilões" em cujas notas de aula boa parte deste texto se baseou. Obviamente as idéias aqui expressadas são de inteira e exclusiva responsabilidade dos autores.

Entretanto, não menos indispensável é redobrar os cuidados para que essas agências não se transformem em órgãos de controle, reproduzindo o malsinado histórico de órgãos dessa natureza, que se inicia com o controle, encaminha-se para o autoritarismo e finda na captura, ineficiência e mal estar do consumidor.

A primeira providência nessa tarefa é distinguir duas áreas do objeto da regulação, arbitrariamente definidas aqui como técnica e econômica. A regulação técnica teria por objetivo a fiscalização das condições de segurança, qualidade, regularidade e outros itens similares no fornecimento dos bens e serviços. À regulação econômica caberia a adoção de mecanismos para garantir que o consumidor recebesse os bens e serviços a preços ótimos, e que o governo retirasse o melhor proveito econômico da concessão à exploração privada.

Quanto à primeira não parece haver dúvidas sobre os objetivos e instrumentos de atuação. Os itens fiscalizáveis são em geral quantificáveis, passíveis de apreensão por meio de indicadores razoavelmente precisos. As punições podem ser penas pecuniárias e gradativas, culminando com a própria revisão do direito de exploração.

Já no que diz respeito à matéria econômica, os objetivos e instrumentos estão sujeitos a maior controvérsia. A literatura e a experiência internacional são vastas e sua análise permite-nos antever o intenso debate que se observará no processo de estruturação das agências brasileiras, especialmente na definição da forma e dos limites da regulação econômica.

Nosso objetivo nesse artigo é colaborar para o início de um debate mais amplo sobre o assunto, hoje basicamente restrito às autoridades do governo, antecipando temas já exaustivamente estudados em outros países, de cuja experiência e teoria podemos nos valer.

O ponto que sustentamos nesse trabalho pode ser resumido da seguinte forma: a) há que se diferenciar regulação técnica e regulação econômica; b) a melhor regulação econômica é a que se estabelece no momento da concessão ou

privatização do bem ou serviço; c) o melhor mecanismo de regulação é o de leilões.

O argumento para a afirmativa contida no item b é a de que no momento da concessão ou privatização o governo está na melhor posição econômica possível para a negociação das condições da operação: ele é o monopolista e os candidatos são múltiplos. Enquanto o fornecedor do objeto a ser licitado é único, os pretendentes são vários e competem entre si, em bases não cooperativas.

Por seu turno, o leilão é o mecanismo que reúne as condições para obtenção da maior receita de venda do objeto a ser licitado, permitindo ainda que se alcance o melhor resultado tanto para o consumidor quanto para o governo.

Nessa perspectiva, o leilão deve ser o único mecanismo de controle econômico a ser utilizado. O desenho do leilão é, por conseguinte, o elemento-chave para o sucesso da privatização ou concessão. Qualquer interferência posterior na gestão econômica da empresa exploradora é ineficiente e subtrativa de bem estar. A simples possibilidade de que uma ação de controle possa vir a ocorrer no futuro interfere negativa e expressivamente no resultado daquele que é o momento econômico por excelência da transação.

Nossa tese é a de que o uso de mecanismos de leilão para a privatização de ativos dá ao governo o poder de extrair do vencedor do leilão a maior parte possível do seu excedente - aqui definido como o lucro econômico puro - com a exploração da atividade produtiva em questão.

De acordo com Riley e Samuelson:

“The auction model is a useful description of “thin markets” characterized by a fundamental asymmetry of market position. While the standard model of perfect

competition posits buyers and sellers sufficiently numerous that no economic agent has any degree of market power, the bare bones of auction model involves competition on only one side of the market. In this setting a single seller of an indivisible goods faces a number (n) of potential buyers. Competition among the (possibly small number of) buyers takes place according to a well-defined set of auctions rules calling for the submission of price offers from the buyers. Most commonly, the choice of auction method employed rests with the monopolistic seller.”<sup>2</sup>

É, portanto, de fundamental importância considerar que, de uma maneira prospectiva, os candidatos à compra de ativos estatais mediante mecanismo de leilão transferem ao vendedor parte dos lucros esperados como resultado do poder de monopólio do governo nesse ato e pela concorrência com os outros licitantes.

De fato, embora os licitantes não concorram no mercado em que pretendem operar (pois o vencedor é apenas um), competem ex-ante pelo objeto leiloado, o que limita o lucro econômico esperado de cada comprador potencial. Assim, os mecanismos de leilão constituem verdadeiros modelos de “concorrência virtual”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>Riley J.G. and Samuleson, W.F. “Optimal Auctions”, In, **The American Economic Review**, Vol. 71, nº 3, June/1982, pp. 381-392.

<sup>3</sup> Em alguns casos, dependendo das regras do leilão impostas pelo governo, esta “concorrência virtual” é ainda mais evidente. Veja-se por exemplo a concessão de exploração da banda B para os serviços de telefonia celular. De acordo com o estabelecido em edital de licitação, as propostas elaboradas por cada participante deveriam conter não apenas um preço para a concessão mas os descontos sobre as tarifas atualmente vigentes em cada área de concessão. O vencedor de cada área foi aquele que apresentou o maior índice calculado segundo uma média ponderada entre o desconto sobre a tarifa atual e o excedente do preço ofertado sobre o preço mínimo de reserva da área de concessão. Tudo mais constante, quanto menor a tarifa proposta pelo licitante, maior a probabilidade de vencer. Pequenos descontos sobre as tarifas atuais deveriam ser compensados por ofertas (lances) maiores de pagamento pela concessão. Neste caso, eventuais lucros extraordinários esperados a partir de tarifas superiores ao custo marginal

Nesse artigo fazemos um breve referência aos mecanismos clássicos de regulação econômica, sem nos deter na avaliação da sua eficácia e nas críticas a esses instrumentos.

Em seguida, especificamos a oposição essencial entre o vendedor (governo) e os compradores (empresas interessadas) no ato do leilão para, na seqüência, descrever os mecanismos básicos de leilão e suas propriedades.

## INSTRUMENTOS CLÁSSICOS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

A literatura básica sobre regulação econômica inicia-se pela definição de monopólio natural. De forma geral, define-se como monopólio natural aquela situação de mercado na qual, em função das economias de escala e de escopo, o equilíbrio acontece com a existência de apenas um ofertante. Qualquer configuração diferente desta é menos eficiente. Ocorre, essencialmente, em setores de infra-estrutura e de serviços tradicionalmente fornecidos pelo setor público.

Face ao monopólio natural, inúmeros são os modelos de regulação que procuram por meio de mecanismos de incentivos (e eventualmente controles) obter o resultado econômico ótimo, levando o monopólio a atuar competitivamente.<sup>4</sup>

Esses mecanismos procuram regular três variáveis básicas: preço, quantidade e número de firmas no mercado. Em alguns casos, outras variáveis também

---

da prestação de serviços são em parte, por este mecanismo, transferidas para o governo, no ato de pagamento do lance vencedor.

<sup>4</sup> Para uma apresentação dos principais modelos de incentivo e regulação veja-se Train, Kenneth, **Optimal Regulation**, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1994.

podem ser objeto de regulação, como investimentos em novos produtos, por exemplo.

Os instrumentos de regulação típicos são contratos que garantem a transferência para o governo de benefícios obtidos pelas empresas, seja sob a forma de redução de preços, seja pelo reembolso financeiro ao concessionário. As autoridades classicamente elegem como variável de controle a taxa de retorno da empresa operadora (rate-of-return regulation). Alternativamente, são utilizados também esquemas de regulação que focalizam outras variáveis estratégicas: produção (return-on-output regulation), vendas (return-on-sales regulation), custos (return-on-cost regulation) e preços (price discrimination). No caso de firmas multiprodutoras, a busca de Ramsey prices, que resultem na menor perda de excedente quando de uma elevação de preços, é outro modelo adotado. O método típico de regulação incluindo preços é o contrato do tipo price cap, no qual se permite à empresa reter internamente os ganhos de produtividade que obtiver dada a limitação do preço.<sup>5</sup>

Os efeitos econômicos de todas essas formas de regulação são extensamente analisados na literatura especializada e não há espaço, nem necessidade, de reproduzir aqui esse debate acadêmico. Vale a pena apenas ressaltar a principal dificuldade de modelos de regulação dessa natureza: a restrição de informações a que está sujeita a agência reguladora. Em função da assimetria de informações entre o regulador e o operador, a eficácia da atuação do primeiro está sujeita a dois tipos de restrição: risco moral (moral hazard) e seleção adversa (adverse selection). No primeiro caso, tratam-se de ações realizadas pelo operador sem conhecimento do regulador (hidden action). No segundo, pelo desconhecimento de informações (hidden knowledge).<sup>6</sup> Essas restrições tendem em muitos países a levar as agências regulatórias a demandar uma vasta e periódica quantidade de informações das empresas reguladas, analisadas diretamente pelas autoridades ou por terceiros independentes.

É desnecessário salientar o que grau de controle da atividade econômica que esses mecanismos regulatórios podem gerar. De fato, é extremamente alta a

---

<sup>5</sup> Ver sobre o assunto Acton, J. e Vogelsang, I. *Introduction in* Symposium on Price Cap Regulation, **Rand Journal of Economics**, Vol. 20, N° 3, pp. 369-372, 1989.

<sup>6</sup> Em Hirshleifer, Jack e Riley, John G. **The Analytics of Uncertainty and Information**, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1992, encontra-se um competente resumo do tema.

probabilidade de que, ao adotar esses instrumentos, as agências regulatórias transformem-se em órgãos de controle econômico, com todas as conseqüências sobejamente conhecidas.

O mecanismo de leilão (que pode ser inclusive repetido ao longo do tempo para incorporar novos fatos ou circunstâncias não contratuais ou mesmo estimular a entrada de novos players) é, em nossa opinião, uma forma superior de regulação em relação a qualquer um dos demais modelos. O leilão, adequadamente desenhado, permite que se obtenha o melhor resultado da licitação, otimizando o retorno econômico e o bem estar buscado com a concessão ou privatização.

#### AVALIAÇÃO DE ATIVOS E LUCRO ECONÔMICO ESPERADO

A Revista VEJA de 27 de maio de 1998 publicou as seguintes avaliações, realizadas por consultorias econômicas e bancos de investimento, dos 21% do capital da Telebrás a serem leiloados em julho próximo.

Estimativas de preço dos 21% do capital estatal da Telebrás (Em bilhões de dólares)	
Merrill Lynch	15,0
Santander	13,4
Deutsche Morgan Grenfell	13,3
Caspian Securities	11,7
Banco Fator	11,3
Bozano, Simonsen	11,2
Icatu	10,5

Média: US\$ 12,3 bilhões.

Variância: US\$ 2,6 bilhões.

Vários fatos explicam as divergências entre estas avaliações.

Primeiramente, estão embutidas na diversidade de valores as informações de que dispõem cada um dos agentes avaliadores. Mais especificamente, os conjuntos de informações disponíveis para cada agente sobre o objeto a ser leiloadado são essencialmente diversos, o que constitui um problema de assimetria de informações entre os compradores.

Entretanto, cada avaliador está de fato em busca do “verdadeiro valor” do ativo a ser transferido, representativo do valor presente do fluxo de rendimento líquidos futuros esperados, calculados segundo a fórmula:

$$V = \sum_{i=1}^n R - C / (1+r)^i$$

Onde R-C é o fluxo de receitas líquidas, n o número de períodos de rendimentos do ativo, e “r” é o custo de oportunidade do capital.

A estimativa dos fluxos de rendimentos líquidos futuros depende essencialmente do conhecimento dos custos de produção da atividade para a qual o capital é destinado, das expectativas sobre a evolução da demanda no mercado envolvido e do custo de oportunidade do capital. Evidentemente, tal avaliação não é simples, não apenas porque depende de estimativas sobre probabilidade de eventos que ocorrerão no futuro, mas também devido ao desconhecimento qualitativo e quantitativo de algumas variáveis que operam no presente.

Uma variável ainda desconhecida, e de fundamental importância para os licitantes, refere-se ao papel que as agências regulatórias exercerão no futuro,

inclusive limitando as possibilidades de exercício de poder de atuação no mercado. Em que grau interferirão na política de preços e no volume de serviços a ser fornecido?

Os valores acima discriminados foram calculados por consultorias não diretamente envolvidas no leilão de privatização da Telebrás. Muito mais comprometida é a avaliação realizada pelos consórcios licitantes interessados na aquisição de participação no capital da empresa, pois é com base nestas estimativas que os consórcios realizarão seus lances (envolvendo elevadas somas de capital), sempre de acordo com o mecanismo de leilão estabelecido pelo governo.

Observe-se que a utilização de mecanismos de leilão para a venda de objetos é a melhor opção para o vendedor quando este desconhece as avaliações de cada um dos compradores potenciais. Ou seja, o estabelecimento de mecanismo de leilão para venda decorre também de uma assimetria de informação, desta vez entre o vendedor e os compradores. Muito melhor para o vendedor seria se, conhecendo todas as avaliações, pudesse estabelecer um preço próximo, pouco inferior, à maior das avaliações, e colocar o objeto à venda. Não sendo este o caso, resta ao vendedor, um monopolista por excelência, escolher o mecanismo que maximize a receita esperada do leilão e desta forma extrair o maior excedente possível do comprador. Assim, o vendedor determina as regras do jogo em que se envolverão os licitantes de maneira não cooperativa.

Dependendo do mecanismo utilizado, cada licitante se verá diante de um dilema, a saber, realizar lances mais altos, e assim aumentar sua probabilidade de ganho às custas de uma redução do seu lucro, ou realizar lances mais baixos, bem inferiores à sua própria avaliação, reduzindo sua probabilidade de ganho.

Para ilustrar a oposição essencial entre os interesses do vendedor e dos compradores, definam-se os payoffs dos participantes do leilão, depois de realizado, da seguinte forma:

Payoff do vendedor:  $\pi_v = p - c$

Onde “p” é o preço pago pelo objeto leilado e “c” o preço de reserva do vendedor;

Payoff do comprador “i”:  $\pi_i = v_i - p$  ; caso ganhe o leilão e pague “p”.  
 $\pi_i = 0$  ; caso perca o leilão.

Onde  $v_i$  é a avaliação do objeto feita pelo comprador “i”.

Observe-se pela definição acima que o payoff do jogador “i” quando este vence o leilão é o lucro econômico que espera obter, ou seja, a diferença entre o valor presente do ativo que está adquirindo e o preço pago ao vendedor.

De fato, caso o vencedor pague o preço exato de sua avaliação, estará adquirindo ativo que lhe trará rendimentos idênticos ao custo de oportunidade do capital, segundo suas próprias expectativas. Por definição, então, não esperará usufruir de lucro econômico. Ao contrário, caso consiga obter o objeto, por meio do mecanismo de leilão estabelecido, a um preço inferior ao de sua própria avaliação, este é definido como o payoff (lucro econômico) obtido a partir do resultado do leilão.

O resultado do leilão será ótimo, sempre que maximizar a soma dos payoffs de todos os seus participantes. Fazendo do comprador “i” o ganhador, temos que a soma dos payoffs “ $\alpha$ ” é dada por :

$$\alpha = \pi_v + \sum_{i=1}^m \pi_i = \pi_v + \pi_1 + \pi_2 + \dots + \pi_i + \dots + \pi_m$$

$$\alpha = \pi_v + \pi_i$$

$$\alpha = (p - c) + (v_i - p) = v_i - c$$

Dado o preço de reserva “c” do vendedor, a soma dos payoffs dos jogadores será máxima quando o licitante com a maior avaliação arrematar o objeto. É também, portanto, uma alocação eficiente no sentido de Pareto. Então, um mecanismo ótimo deve garantir que o objeto seja alocado para o licitante que faz a mais alta avaliação.

Esta é uma condição necessária mas não suficiente para uma solução de equilíbrio do mecanismo de competição.

O preço de equilíbrio do objeto leiloado situa-se entre a primeira e a segunda mais alta avaliação. Supondo, sem perda de generalidade, que  $v_1$  e  $v_2$  são respectivamente a primeira e segunda avaliações mais altas, a figura abaixo ilustra os possíveis valores de  $p$ , que garantem um resultado de equilíbrio.

$$v_i \quad v_j \quad v_k \quad v_2 \quad v_1 \quad p$$

Esta condição de equilíbrio deve-se ao fato de que, caso o preço seja inferior à segunda maior avaliação, pelo menos um dos licitantes sairá insatisfeito do leilão pois poderia levar o objeto àquele preço com payoff positivo. Este resultado permitiria inclusive que o vencedor do leilão ainda aumentasse seu lucro revendendo o objeto no mercado a um preço superior ao preço resultante do leilão.

Desta forma, sob um mecanismo eficiente de venda e em condições de equilíbrio, o lucro econômico do vencedor tem limite máximo dado pelo valor  $v_1 - v_2$ .

O objetivo do vendedor ao estabelecer o mecanismo de leilão é aproximar tanto quanto possível o preço de venda da maior avaliação  $v_1$ , enquanto que para o comprador com maior avaliação, caso o mecanismo de leilão o permita, é aproximar o seu lance tanto quanto possível da segunda maior avaliação esperada.

Os mecanismos mais comuns de leilão satisfazem, sob hipótese especiais, a propriedade de alocação ótima do objeto leilado e são descritos na próxima seção.<sup>7</sup>

## MECANISMOS CLÁSSICOS DE LEILÃO

Quatro tipos básicos de leilão são os mais usados: (1) o leilão inglês (também chamado de oral, aberto ou leilão ascendente); (2) o leilão holandês (ou leilão de preços descendentes); (3) o leilão de primeiro preço com lance selado; e (4) o leilão de segundo preço com lance selado (ou leilão de Vickrey).

O leilão inglês é a forma mais comumente utilizada para a venda de objetos. Neste mecanismo, o preço do objeto é sucessivamente elevado até que apenas um comprador permaneça disposto a fazer novo lance. Pode ser feito por meio de um leiloeiro que anuncia o preços ou por meio de lances publicamente anunciados pelos licitantes ou ainda com aparato eletrônico (relógio) que anuncia o maior lance prevalescente.

A característica fundamental do leilão inglês repousa no fato de que todos os licitantes conhecem o valor corrente do maior lance. Objetos de arte e

---

<sup>7</sup> Os argumentos apresentados nesta seção são válidos também para os leilões simultâneos em que vários objetos são postos à venda, e em que os licitantes podem fazer lances para todos eles. Entretanto a exposição é muito mais complexa neste caso. Para uma apresentação formal do problema veja-se Sotomayor, Marilda e Roth, Alvin. **Two Sided Matching - A Study in Game-Theoretic Modeling and Analysis**. Cambridge University Press (1990) , Cap 8.

antiguidades são frequentemente vendidos por meio do mecanismo de leilão inglês.

O leilão holandês é o inverso do leilão inglês. O leiloeiro anuncia um preço muito elevado para o objeto e então o reduz gradativamente até que um licitante aceite o preço corrente. O leilão holandês é usado, por exemplo, na venda de flores na Holanda, de peixe em Israel e de tabaco no Canadá.

No leilão de primeiro preço com lance selado, os candidatos à compra submetem lances em envelopes fechados e então o objeto é designado para o comprador que realiza o maior lance pelo preço que ele lançou. A diferença fundamental entre o leilão de primeiro preço com lance selado e o leilão inglês é que no segundo caso os licitantes podem observar os lances de seus rivais e, desta forma, revisar seus próprios lances, caso queiram. No leilão de lances selados, cada licitante submete um único lance. Leilões de primeiro preço são usados para a venda de direitos de exploração mineral por parte do governo dos Estados Unidos, por exemplo, e têm sido usados nos leilões de privatização de empresas estatais e de concessão de exploração de serviços de telefonia no Brasil.

Os leilões de primeiro preço e holandês são estrategicamente equivalentes independentemente das hipóteses do modelo sobre o tipo de avaliação do objeto e sobre atitudes em relação ao risco. Com efeito, as diferenças entre um e outro mecanismo são meramente aparentes. A única escolha real que o comprador tem que fazer é selecionar o preço ao qual fará seu lance.

Sob o leilão de segundo preço, os compradores potenciais realizam lances selados sabendo que o licitante com a mais alta avaliação leva o objeto mas paga o segundo lance mais alto. Este tipo de leilão foi proposto pela primeira vez por William Vickrey, em 1961.<sup>8</sup> Tal mecanismo, embora conte com importantes propriedades teóricas, é pouco utilizado na prática.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>Vickrey, W.(1961) “*Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders*” Journal of Finance. Mar. 1961, 16(1), pp 8-37.

<sup>9</sup> O governo da Nova Zelândia, um dos pioneiros em leilões de concessão de exploração de ondas de rádio e telefonia celular, realizou leilão segundo o mecanismo de segundo preço. Em

Algumas variações destes leilões podem ser propostas por meio da introdução de algumas regras, como preço mínimo de reserva, limite de tempo para a submissão dos lances, preço pago pelo comprador com lance mais alto (por exemplo uma média entre o primeiro e o segundo preço).

Dada a variedade de mecanismos disponíveis, o que determina qual é o mecanismo ideal de venda? Esta resposta depende tanto das estratégias adotadas pelos licitantes em cada um dos mecanismos quanto das circunstâncias específicas de cada leilão.

Quanto ao comportamento dos licitantes pode-se dizer que lançar por cima da verdadeira avaliação é sempre uma estratégia dominada, independentemente do tipo de leilão. No leilão inglês, cada participante permanecerá no leilão até que o preço do objeto alcance sua avaliação. Nenhum comprador estará interessado em permanecer no leilão quando os lances superam sua avaliação já que, caso perca, terá payoff nulo (não diferente do payoff de lance zero) e se vencer com lance superior à sua avaliação obterá prejuízo (payoff negativo).

Entretanto, observe-se que o vencedor do leilão inglês se retirará do leilão tão logo o penúltimo comprador o tenha feito. Esta estratégia aproxima o lance vencedor do penúltimo lance que, neste caso, deve coincidir com a segunda maior avaliação caso os licitantes adotem estratégias racionais.

No leilão de segundo preço (Vickrey), os participantes não têm nenhum incentivo à omitir sua verdadeira avaliação. Lançar por cima, como meio de ganhar o leilão, leva ao risco de pagar no mínimo a própria avaliação e obter payoff não positivo. Também não se ganha nada em realizar lances por baixo da verdadeira avaliação porque, quaisquer que sejam as ofertas dos oponentes,

---

um caso extremo, uma firma que fez lance de NZ\$ 100.000 pagou pela concessão apenas NZ\$ 6. Houve falha em não se estabelecer um preço mínimo de reserva. Ver McMillan, J. "Selling Spectrum Rights" In, *Journal of Economic Perspectives* Vol.8, nº3, Summer 1994 pp 145-162.

isto só diminui a probabilidade de ganhar o leilão sem alterar o preço que terá que pagar se finalmente for o vencedor.

Neste sentido, os compradores no leilão de Vickrey são meros tomadores de preço. O preço que o ganhador pagará é determinado pelos lances de seus competidores apenas e, independe de qualquer ação tomada pelo vencedor.

Portanto, o leilão de Vickrey e o leilão inglês conduzem à venda do objeto pela segunda maior avaliação. A vantagem de ambos os mecanismos reside no fato de que os licitantes têm como estratégia dominante lançar suas verdadeiras avaliações sem se preocuparem com os lances ou avaliações de seus rivais.

Para demonstrá-lo basta verificar que o único equilíbrio de Nash em estratégias dominantes em um leilão de segundo preço é aquele que faz a “função lance”  $b(v)=v$ .

Supondo que todos os jogadores extraiam suas avaliações de uma mesma função distribuição de probabilidade  $f(v)$  e fazendo o payoff do jogador “i” igual a

$\pi (b_i, v_i, B^*)$  onde:

$b_i$  é o lance do jogador “i”,  $v_i$  sua avaliação do objeto e  $B^*$  o lance máximo dos outros jogadores, temos que

$$\pi (b_i, v_i, B^*) = v_i \cdot \text{Prob} (“i” \text{ ganhar}) - E[B^* \setminus b^* < b_i]$$

onde o segundo termo do lado direito da equação acima é a esperança matemática do segundo maior lance, dado que este é menor do que o lance do jogador “i”. Então,

$$\pi (b_i, v_i, B^*) = v_i \cdot \text{Prob} (B^* < b_i) - E[B^* \setminus b^* < b_i]$$

$$\pi (b_i, v_i, B^*) = v_i \cdot F_{B^*} (x) - \int_0^{b_i} x \cdot f_{B^*}(x) dx$$

$$\pi (b_i, v_i, B^*) = \int_0^{b_i} (v_i - x) f_{B^*}(x) dx$$

O jogador “i” quer maximizar a expressão acima com relação ao lance  $b_i$ . Como condição de primeira ordem tem-se que

$$\partial \pi (b_i, v_i, B^*) / \partial b_i = 0$$

$$\partial \int_0^{b_i} (v_i - x) f_{B^*}(x) dx / \partial b_i = 0$$

$$(v_i - b_i) \cdot f_{B^*} (b_i) - v_i f_{B^*} (0) = 0$$

$$(v_i - b_i) \cdot f_{B^*} (b_i) = 0$$

$$v_i - b_i = 0 \Rightarrow v_i = b_i$$

Ou seja, a condição de primeira ordem é satisfeita quando o lance do jogador “i” é igual a sua própria avaliação. Resta verificar se de fato o jogador “i” maximiza seu payoff quando realiza o lance igual à sua própria avaliação:

Para verificar que  $\pi_i$  é máximo quando  $b_i = v_i$  basta notar que se  $b_i > v_i$  então  $(v_i - b_i) < 0$  e se  $b_i < v_i$  então  $(v_i - b_i) > 0$ .

Portanto, o jogador “i” maximiza seu payoff quando lança sua avaliação.

O mesmo não ocorre com os leilões de primeiro preço com lance selado e leilão holandês. Nestes dois casos, vale à pena para os compradores avaliarem os possíveis lances de seus oponentes como meio de maximizar o seu lucro.

Por definição, o lucro esperado pelo jogador comprador “i” é igual à diferença entre sua própria avaliação e o lance realizado “ $b_i$ ” multiplicada pela probabilidade de ganhar:

$$\pi_i = (v_i - b(v_i)) \times \text{Prob}(\text{“i” vencer o leilão})$$

Observe-se que a equação acima expressa o trade-off em que se coloca o licitante “i”. Para valores menores de  $b(v_i)$  eleva-se a diferença  $(v_i - b(v_i))$  mas reduz-se a probabilidade de ganho do comprador.

A escolha do lance  $b_i$ , é feita mediante maximização da expressão acima.

Em um leilão com “m” compradores que retiram suas avaliações da mesma função distribuição de probabilidade  $f(v)$ , deve-se calcular a probabilidade de

ganhar quando cada comprador tem  $(m - 1)$  rivais, ou seja, o jogador “i” deve ganhar dos  $(m-1)$  restantes. A probabilidade de ganhar dos  $(m-1)$  oponentes é a probabilidade de ganhar do primeiro vezes a probabilidade de ganhar do segundo, e assim sucessivamente  $(m-1)$  vezes:

$$\text{Prob}(\text{“i” ganhar contra } m-1 \text{ rivais} \setminus \text{“i” joga } b_i) =$$

$$\text{Prob}(\text{“i” ganhar contra o } 1^{\text{o}} \text{ rival})^{m-1}$$

$$P(b_i > b(v))^{m-1} = P(v < b^{-1}(b_i))^{m-1} = F(b^{-1}(b_i))^{m-1}$$

Assim, o payoff esperado do jogador “i” quando ele joga  $b_i$  e tem uma avaliação  $v_i$  é:

$$\pi_i = (v_i - b_i) \cdot F(b^{-1}(b_i))^{m-1}$$

O jogador “i” está procurando o lance  $b(v_i)$  que maximiza o seu payoff . Supondo  $b(v)$  estritamente crescente, deve-se ter como condição de primeira ordem que  $\partial\pi/\partial b(v_i)=0$ .

Ou seja:

$$[(v_i - b(v_i)) \cdot (m-1) \cdot f(v_i) \cdot F(v_i)^{m-2} \cdot 1/b'(v_i)] - F(v_i)^{m-1} = 0$$

Observe-se que se  $b(v)$  é estritamente crescente e diferenciável, então  $b^{-1}(b)$  é diferenciável.

$$v_i \cdot (m-1) \cdot f(v_i) \cdot F(v_i)^{m-2} = b'(v_i) \cdot F(v_i)^{m-1} + b(v_i) [F(v_i)^{m-1}]' =$$

$$= [b(v_i)F(v_i)^{m-1}]'$$

$$b(v_i) = (1/F(v_i)^{m-1}) \cdot \int_0^{v_i} (m-1) \cdot x \cdot f(x) F^{m-2}(x) dx$$

$$b(v_i) = (1/F(v_i)^{m-1}) \cdot \left[ \int_0^{v_i} x dF^{m-1}(x) \right]$$

(que é o valor esperado do segundo maior valor condicionado a que o jogador “i” tenha a maior avaliação.

Integrando-se por partes obtém-se:

$$b(v_i) = (1/F(v_i)^{m-1}) \cdot (x \cdot F^{m-1}(x)) \Big|_0^{v_i} - \int_0^{v_i} F^{m-1}(x) dx$$

$$b(v_i) = v_i - (1/F^{m-1}(v_i)) \int_0^{v_i} F^{m-1}(x) dx$$

Verificando que o segundo termo do lado direito da equação acima é positivo, o lance que maximiza o payoff do jogador “i” é inferior à sua própria avaliação.

Note-se ainda que, quanto maior o número “m” de participantes do leilão, menor o termo  $(1/F^{m-1}(v_i)) \int_0^{v_i} F^{m-1}(x) dx$ , o que aproxima  $b(v_i)$  da avaliação  $v_i$ .

Ou seja, a concorrência entre muitos compradores leva a que o lance ganhador se aproxime da maior avaliação.

Para tornar este resultado mais claro, suponha-se um caso particular em que as avaliações são distribuídas uniformemente no intervalo  $[0, K]$ . Então, a função distribuição de probabilidade é definida como

$$f(v) = 1/K \quad ; \text{ se } v \in [0, k]$$

$$f(v) = 0 \quad ; \text{ se } v < 0 \text{ e } v > K$$

A função densidade de probabilidade  $F(v) = \int f(v)dv$ , é dada por:

$$F(v) = (1/K) v \quad \text{se } v \in [0, K]$$

$$F(v) = 0 \quad \text{se } v < 0$$

$$F(v) = 1 \quad \text{se } v > K$$

E retomando a expressão que define o lance maximizador do payoff de “i”.

$$b(v_i) = v_i - (1/F^{m-1}(v_i)) \int_0^{v_i} F^{m-1}(x) dx$$

$$b(v_i) = v_i - (1/(v/K)^{m-1}) \cdot \int_0^{v_i} (x/K)^{m-1} dx$$

$$b(v_i) = v_i - (K/v)^{m-1} \cdot 1/K^{m-1} [(1/m)x^m]_0^{v_i}$$

$$b(v_i) = v_i - 1/v^{m-1} \cdot (v_i^m/m)$$

$$b(v_i) = v_i - v_i/m$$

$$b(v_i) = v_i \cdot (m-1)/m$$

O leitor pode verificar com facilidade que quando “m” tende a infinito a expressão  $(m-1)/m$  tende à unidade. Desta forma um grande número de participantes proporciona lances próximos das avaliações individuais. De fato, quanto maior a concorrência entre os compradores maior o poder de monopólio do vendedor.

O leilão holandês é estrategicamente equivalente ao leilão de primeiro preço em envelope fechado. Considerando-se que as estratégias utilizadas pelos compradores são idênticas nos dois casos, os resultados acima são válidos para os dois tipos de leilão.

Pode-se então voltar à questão inicialmente colocada, a saber: qual o mecanismo que maximiza a receita do vendedor? Ou, colocado de outra forma, de que maneira o vendedor pode explorar a competição entre os compradores de modo a extrair o maior excedente possível do vencedor?

Vickrey demonstrou que, desde que atendidas as hipóteses de (a) atitude neutra ao risco por parte dos compradores e de (b) valores privados independentes, as receitas esperadas em cada leilão são (paradoxalmente) as mesmas. Este resultado ficou conhecido na Teoria do Leilões como Teorema de Equivalência de Receitas.<sup>10</sup>

Assim, se satisfeitas as hipóteses (a) e (b) acima, o vendedor pouco ou nada tem a fazer no sentido de escolher o melhor mecanismo para si.

---

<sup>10</sup> Veja-se Vickrey, W. (1961).

Entretanto, tais hipóteses são pouco observadas na prática. O relaxamento de cada uma delas traz diferentes resultados para a receita esperada do vendedor em cada um dos mecanismos básicos descritos. Senão vejamos.

Embora a hipótese de neutralidade ao risco seja teoricamente útil para a análise do comportamento dos agentes econômicos, a aversão ao risco é a atitude mais comum.

Em leilões de primeiro preço, os licitantes avessos ao risco tenderão a realizar lances superiores, de modo a aumentar sua probabilidade de ganho, em detrimento dos lucros esperados.

Suponha-se um leilão de primeiro preço com lance selado em que “m” compradores retiram de maneira independente suas avaliações de uma mesma função distribuição de probabilidade  $f(v)$ . Suponha-se ainda o caso particular em que as avaliações se distribuem uniformemente entre 0 e K.

Sob a hipótese de aversão ao risco o payoff esperado do jogador “i” é então redefinido pela expressão:

$$\pi_i = (v_i - b_i)^a \cdot \text{Prob}(b_i > b(v))^{m-1}$$

onde o parâmetro não negativo “a” reflete o grau de aversão ao risco do comprador “i”. No caso particular em que “a” é igual á unidade, o agente é neutro em relação ao risco. Quanto menores os valores de “a” maior a aversão ao risco. Para valores acima da unidade o agente em questão é amante do risco.

Então:

$$\pi_i = (v_i - b_i)^a \cdot \text{Prob}(v_i < b^{-1}(b_i))^{m-1}$$

$$\pi_i = (v_i - b_i)^a \cdot F(b^{-1}(b_i))^{m-1}$$

$$\pi_i = (v_i - b_i)^a \cdot [(1/K) (b^{-1}(b_i))]^{m-1}$$

Para maximizar a expressão acima tem-se como condição de primeira ordem que  $\partial\pi_i/\partial b_i = 0$ .

Assim,

$$\begin{aligned} \partial\pi_i/\partial b_i = & -a(v_i - b_i)^{a-1} [(1/K) b^{-1}(b_i)]^{m-1} + \\ & (m-1)[(1/K)(b^{-1}(b_i))]^{m-2} (1/b'(v_i)) (1/K) (v_i - b_i)^a = 0 \end{aligned}$$

Substituindo  $b^{-1}(b_i)$  por  $v_i$  e fazendo algumas simplificações chega-se a

$$(m-1) (v_i - b_i) = a v_i b'(v)$$

A solução da equação diferencial de primeira ordem acima é dada por  $b(v_i) = [(m-1)/(m-1+a)] v_i$

Observe-se que

$$\lim b(v_i) = v_i$$

$$a \rightarrow 0$$

o limite da expressão acima quando “a” tende a zero (ou seja quando a aversão ao risco tende ao máximo) é a própria avaliação  $v_i$ .

Demonstra-se assim que, neste caso particular, quanto maior a aversão ao risco maior o lance do comprador. É possível demonstrar que este resultado é válido para o caso geral em que os licitantes retiram suas avaliações de quaisquer outras funções distribuição de probabilidade (como a normal e a exponencial).

Observe-se, ademais, que os resultados de equilíbrio não são necessariamente Pareto-ótimos quando os participantes do leilão possuem diferentes graus de aversão ao risco.

A hipótese de valores privados independentes supõe que os compradores conhecem a própria avaliação do objeto que estão dispostos a adquirir, ou seja, resulta da utilidade subjetiva que o objeto pode lhes proporcionar. Esta hipótese é a mais adequada para leilões de venda de bens de consumo não duráveis, ou, por exemplo, para a venda de objetos de arte a colecionadores que não pretendem obter lucros mediante revenda futura do objeto.<sup>11</sup>

Naturalmente esta não é a melhor hipótese para a análise dos leilões de privatização que vêm ocorrendo recentemente no País. Como já observado, os leilões de privatização são, tipicamente, leilões de valores comuns, em que os licitantes fazem uma estimativa do valor comum “V”, qual seja, o valor presente das receitas líquidas futuras esperadas do ativo leiloado, (no caso participação no capital da Telebrás ou ainda da concessão dos serviços de telefonia da banda B).

Em leilões de primeiro preço, tudo mais constante, o licitante com a maior avaliação faz a maior oferta e paga o seu lance. Consequentemente, mesmo que todos os licitantes façam estimativas não viesadas, o ganhador sempre acreditará que superestimou (na média) o valor dos direitos que adquiriu no

---

<sup>11</sup> Na verdade, os leilões de valores individuais privados independentes e de valores comuns constituem dois caso extremos. A maioria dos leilões conta com elementos dos dois tipos de avaliação. No caso das concessões de exploração de direitos, um possível elemento individual com que trabalha o licitante é a eficiência com que estará capacitado para operar a concessão.

leilão. Este fenômeno é conhecido na literatura sobre leilões como o da “maldição do vencedor” (diretamente traduzido do inglês winner’s curse).

No leilão de segundo preço, com lance selado, o evento da “maldição do vencedor” é apenas amenizada pelo fato de que o ganhador não pagará seu próprio lance mas a segunda maior avaliação, embora possa acreditar que esta se situasse acima da média das estimativas.

Neste sentido, os leilões com lances abertos no gênero do leilão inglês trazem informações úteis para os participantes que realizam suas avaliações com base em informações assimétricas. O participantes do leilão, ao observarem os lances de seus concorrentes têm a oportunidade de rever suas próprias avaliações.

Por esta razão o leilão inglês gera maiores receitas esperadas do que o leilão de segundo preço, quando os licitantes estão incertos sobre as estimativas que realizaram. As informações adicionais obtidas no decorrer do leilão inglês enfraquecem o temor de que o ganhador seja vítima da “maldição do vencedor” e assim levam a lances mais agressivos por parte dos compradores, o que aumenta o preço esperado de venda.<sup>12</sup>

Por outro lado, como já mencionado, quando as estimativas de valor são estatisticamente dependentes, o leilão de segundo preço gera um preço médio mais alto do que o leilão de primeiro preço.

Assim, as formas básicas de leilão podem ser classificadas de acordo com a os preços esperados que geram. O leilão inglês produz o preço esperado mais alto, seguido pelo leilão de segundo preço e , finalmente, pelos leilões de primeiro preço e holandês (sendo estes dois últimos equivalentes).

---

<sup>12</sup> Estes resultados podem ser examinados em um modelo geral de lances competitivos, de que são casos particulares os valores independentes privados e os valores comuns, desenvolvido por Milgrom, P.R. e Weber, R.J., “A Theory of Auctions and Competitive Bidding”, In *Econometrica*. Vol 50, Sep/19982, nº 5.

Foi com base na proposição teórica e na observação empírica sobre o advento da “maldição do vencedor” que o Federal Communications Commission (FCC) dos Estados Unidos, realizou em 1993 leilão aberto de concessão de direitos de exploração de serviços de comunicação pessoal. Este modelo foi considerado um dos mais bem sucedidos entre todas as experiências mundiais de leilão do mesmo gênero de concessão.<sup>13</sup>

## CONCLUSÃO

Em síntese, este trabalho procurou demonstrar que os compradores potenciais de ativos estatais realizam uma concorrência acirrada na disputa pelo objeto leiloado, o que limita os lucros econômicos esperados pelos compradores.

O governo, ao estabelecer mecanismos de leilão para a privatização de seus ativos, atua como um monopolista que extrai do vencedor do leilão o maior excedente possível, caso tenha escolhido o mecanismo que de fato maximiza sua receita.

Se este for o único objetivo do governo, os lucros econômicos puros esperados, resultantes de imperfeições de mercado são, em parte e prospectivamente, transferidos para o governo no ato da realização do leilão, sem efeitos sobre funcionamento futuro dos mercados.

Entretanto, se outros objetivos são levados em consideração na concessão ou privatização a ser efetivada, como por exemplo a regulação de monopólio naturais ou mercados imperfeitos, o desenho do leilão deve incluir dispositivos que induzam o funcionamento ideal dos mercados.

Esse mecanismo de regulação, em nossa opinião, substitui com inúmeras vantagens todos os demais métodos convencionais de regulação que, cedo ou

---

<sup>13</sup> Veja-se McMillan, J. “Selling Spectrum Rights” In, *Journal of Economic Perspectives* Vol.8,nº3, Summer 1994. Pp145-162.

tarde, levam as agências regulatórias a se transformarem em órgãos de controle, pólos geradores de ineficiências e discriminação.

## REFERÊNCIAS

Acton, J. e Vogelsang, I. Introduction in Symposium on Price Cap Regulation, *Rand Journal of Economics*, Vol. 20, Nº 3, pp. 369-372, 1989.<sup>1</sup>

Milgrom, P.R. e Weber, R.J., “A Theory of Auctions and Competitive Bidding”, In *Econometrica*. Vol 50, Sep/1982, nº 5.

Hirshleifer, Jack e Riley, John G. *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1992.

McMillan, J. “Selling Spectrum Rights”. In, *Journal of Economic Perspectives* Vol.8,nº3, Summer 1994. Pp145-162

Riley J.G. and Samuleson, W.F. “Optimal Auctions”, In, *The American Economic Review*, Vol. 71, nº 3, June/198, pp. 381-392.

Roth, Alvin e Sotomayor, Marilda. *Two Sided Matching - A Study in Game-Theoretic Modeling and Analysis*. Cambridge University Press (1990) , Cap 8.

Train, Kenneth, *Optimal Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Mass.,1994.

Vickrey, W.(1961) “Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders” *Journal of Finance*. Mar. 1961, 16(1), pp 8-37



---

## **SOBRE A COOPERAÇÃO EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA ENTRE A UNIÃO EUROPEIA E O MERCOSUL\***

**Maria Cecilia de Andrade Santos**

### 1. Introdução:

A importância da cooperação internacional no âmbito do Direito da Concorrência.

A defesa da concorrência no Mercosul: processo evolutivo

### 2. A importância da cooperação entre a UE e o Mercosul

### 3. Conclusão: consolidação e segurança nas trocas comerciais

#### **1. Introdução:**

*A importância da cooperação internacional no âmbito do Direito da Concorrência*

Atualmente é impossível se falar em globalização e abertura dos mercados sem efetuar qualquer remissão às regras da concorrência e a necessidade de se estabelecer uma cooperação entre as diversas autoridades responsáveis pela aplicação das referidas regras espalhadas pelo mundo. Gradativamente vem aumentando o número de empresas presentes em mais de um continente, assim como a realização de alianças e operações de concentração de dimensão transnacional, tornando-se mais freqüentes, portanto problemas de concorrência, como por exemplo, práticas anticompetitivas que podem vir a

---

\* Artigo encaminhado ao IBRAC em agosto de 2000

dividir ou afetar diretamente a estrutura de mercados que não estejam inseridos em um determinado contexto territorial<sup>1</sup>.

Como conseqüência ainda, estes casos terminam por provocar a intervenção de mais de uma autoridade de defesa da concorrência e o dilema da aplicação extraterritorial das leis<sup>2</sup>. Assim, além da possibilidade de existência de decisões conflitantes e dificuldades no que diz respeito à execução das decisões adotadas, levantam-se outros problemas, como por exemplo, os que se referem aos conceitos de soberania e independência dos Estados.

Desta forma, a cooperação internacional surge como uma resposta aos problemas que se colocavam em relação à aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência. Sem dúvida, somente a cooperação internacional possibilita uma maior segurança jurídica em se tratando de efetividade das decisões e apreciação de problemas internos que se possam colocar em relação a um determinado caso em um Estado ou Comunidade<sup>3</sup>. Isto porque,

---

<sup>1</sup> Como informa o *XXVIII Relatório sobre a Política da Concorrência 1998*, Comissão Européia, pp. 7/8: “os comportamentos anticoncorrenciais, incluindo os acordos restritivos entre empresas ou os abusos de posição dominante, não conhecem fronteiras. O aparecimento de empresas multinacionais cada vez maiores, com meios tecnológicos e recursos para operarem a nível global, cria o risco de essas empresas serem tentadas a adotar medidas – quer unilateralmente, quer em colusão com outras empresa – que restrijam a concorrência ou a abusar do seu poder neste mercados globais. Se se permitir que estes comportamentos anticoncorrenciais não sejam controlados, não será exagerado afirmar que se poderão perder muitos dos benefícios alcançados em termos de abertura dos mercados a nível mundial. As maiores oportunidades proporcionadas pela liberalização do comércio em termos de interpenetração dos mercados em todo o mundo poderiam ser gravemente minadas por comportamentos comerciais restritivos. Tais práticas podem ser desenvolvidas por empresas que procuram proteger de concorrentes estrangeiros os seus mercados tradicionais – freqüentemente os nacionais”.

<sup>2</sup> Para uma visão completa deste tema, ver E. FRIEDEL-SOUCHU, *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*, L.G.D.J., Paris, 1994 e P.DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, RTDE, n.º 1, Janvier/Février, 1985.

<sup>3</sup> Este tema tem sido objeto de debate na Organização Mundial do Comércio, sendo que na reunião realizada em Singapura (Dezembro de 1996) foi criado um Grupo de Trabalho neste sentido, como explicam PIERRE ARHEL, *Organisation Mondiale du Commerce*, CPN, n.º 1, February, 1999, p. 57 e KAREL VAN MIERT, *La Organización Mundial del Comercio y la Política de Competencia: La necesidad de considerar negociaciones*, Boletim Latinoamericano de Concorrência, n.º 4, Agosto 1998, pp. 59/70. Apesar do fiasco de Seattle, isso não quer dizer que o tema “direito da concorrência”, no seio da OMC, tenha sido esquecido ou tenha sido deixado de lado. Com efeito, independentemente dos motivos que têm sido levantados como justificadores do fiasco da “Rodada do Milênio”, a importância do tema cooperação

nem sempre os interesses que são relevantes para um ordenamento jurídico o são para outros, como facilmente se verificam as diferenças entre os objetivos perseguidos pelos Estados Unidos e pela União Européia na aplicação de suas respectivas regras de concorrência. Com efeito, enquanto que nos Estados Unidos os objetivos seriam a proteção do comércio interior e exterior, a proteção do consumidor e o desenvolvimento das possibilidades de exportação das empresas americanas, na União Européia, o objetivo mais importante seria a construção e a consolidação do mercado comum, que ultrapassa a perspectiva unicamente econômica<sup>4</sup>.

Assim, a solução “encontrada” pela União Européia foi o estabelecimento de acordos de cooperação no que diz respeito à aplicação das regras da concorrência. Estes acordos têm sido desenvolvidos de forma bilateral e multilateral. Em relação aos acordos multilaterais, podemos citar, o acordo celebrado de 27 e 28 de Julho de 1995, entre os países membros da OCDE no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional. Em relação aos acordos bilaterais, podemos citar aqueles celebrados com os principais parceiros comerciais da União Européia, como os Estados Unidos<sup>5</sup> e o Canadá<sup>6</sup>. Estes acordos têm por objetivo principal promover a cooperação e a coordenação entre as autoridades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência, além de diminuir a possibilidade ou o impacto das diferenças entre as partes no que se refere à aplicação de suas respectivas regras.

Os resultados positivos deste tipo de ação podem ser verificados no acordo celebrado com os Estados Unidos como por exemplo na Decisão *Boeing/McDonnell*<sup>7</sup>, em se tratando da aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 relativo ao controlo de concentrações de empresas. Neste caso, observou-se uma ampla cooperação entre as autoridades norte-americanas e a

---

internacional no que diz respeito aos temas do Direito da Concorrência é indubitável, uma vez que a intensificação das trocas comerciais a nível mundial é um fato irrefutável na economia mundial. Além do respeito às regras do comércio internacional, cada vez se torna mais imperativo que regras referentes à livre concorrência sejam estabelecidas.

<sup>4</sup> V. E. FRIEDEL-SOUCHU, *op. cit.*, pp. 3/7.

<sup>5</sup> V. Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados Unidos e a Comissão das Comunidades Européias no que diz respeito à aplicação das suas regras da concorrência, in JO L 132, de 15.6.1995.

<sup>6</sup> V. Acordo de Cooperação entre as Comunidades Européias e o Governo do Canadá no que diz respeito à aplicação das suas regras da concorrência, in JO L 175, de 10.7.1999.

<sup>7</sup> V. Decisão n.º 97/816, de 30.7.1997, *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336, de 8.12.1997.

Comissão Européia. Neste mesmo sentido pode-se ainda acrescentar a Decisão *WorldCom/MCI*<sup>8</sup>, onde apesar da operação de concentração ter se realizado nos Estados Unidos, foi formalmente comunicada à Comissão Européia, que analisou os efeitos desta operação em relação ao mercado comum europeu. Em ambos os casos pode-se afirmar que o diálogo ocorrido entre as autoridades norte-americanas e a Comissão Européia foi satisfatório e que os resultados deste acordo podem ser considerados extremamente positivos<sup>9</sup>.

### *A defesa da concorrência no Mercosul: processo evolutivo*

O Mercosul apresenta-se hoje como a experiência integracionista mais bem sucedida na América Latina até o momento<sup>10</sup>. Foi uma resposta aos processos de integração que estavam a ocorrer em diversas regiões do mundo, tendo em conta a evolução dos acontecimentos internacionais, em especial a consolidação de grandes espaços econômicos e a importância de lograr uma adequada inserção internacional para seus países<sup>11</sup>. O Tratado de Assunção de

---

<sup>8</sup> V. Decisão n.º 287/99, *WorldCom/MCI*, de 8.7.1998, JO L 116, de 4.5.1999

<sup>9</sup> V. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas e El Gobierno de los Estados Unidos de América en lo que respecta a la aplicación de sus normas de competencia entre 01.01.98 e 31.12.98, in [http://europa.eu.int/comm/dg04/international/bilateral/usa/1998\\_comm\\_report\\_app\\_comp\\_law\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/dg04/international/bilateral/usa/1998_comm_report_app_comp_law_es.pdf).

<sup>10</sup> As tentativas de integração na América Latina são remotas, apontando alguns autores como o precursor deste movimento Simon Bolívar, que no século XIX lutou pela realização do Tratado da União, Liga e Confederação Perpétua entre as Repúblicas da Colômbia, Centro-América, Peru e Estados Unidos Mexicanos e pela organização da Grã-Colômbia, unindo Colômbia, Venezuela, Equador e Peru - para ele estas eram as únicas soluções viáveis para a prosperidade da América Latina. No século atual, foram algumas tentativas: ALALC (Associação Latino-americana de Livre Comércio); ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), existindo grandes discussões acerca do sucesso ou não das mesmas, mas o que efetivamente se verifica é que tais processos jamais ultrapassaram a fase de zona de livre comércio, mesmo assim com grandes restrições. Quanto ao NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte) e o Pacto Andino, ambos têm propostas diferentes do MERCOSUL, razão pela qual revela-se descabida a análise comparativa neste trabalho. Para maiores detalhes sobre a matéria, v. ANTONIETA PETRILLI, *Evolução de Acordos de Integração Regional*, RevJF, n.º 02, Brasília, 1997.

<sup>11</sup> Cfr. Preâmbulo do Tratado de Assunção.

26 de março de 1991 firmado entre o Brasil<sup>12</sup>, Argentina, Paraguai e Uruguai é o seu marco de origem. Em 1996, o Chile e a Bolívia aderiram a este processo<sup>13</sup>.

O artigo 1º do Tratado de Assunção<sup>14</sup> prevê a criação de um mercado comum, fundado na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, sendo que um dos propósitos ali inseridos é a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Artigo 4º, parágrafo único, CF brasileira: a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações

<sup>13</sup> O Chile e a Bolívia aderiram ao Mercosul, através das Decisões do CMC n.º 03/96 e n.º 04/96.

<sup>14</sup> Artigo 1º, Tratado de Assunção: Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Cone Sul”(MERCOSUL).

Este Mercado Comum implica:

A livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente;

O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;

A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; e

O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

<sup>15</sup> Apenas após a promulgação do Protocolo de Ouro Preto em 26 de março de 1996, que é considerado o instrumento jurídico-institucional do Mercosul, é que o mesmo passou a possuir personalidade jurídica de direito internacional, adquirindo capacidade para contrair direitos e obrigações como entidade autônoma, negociar com países terceiros e outros blocos econômicos, independentemente dos Estados Partes que o compõe.

Dentro deste objetivo foi criado o Comitê Técnico n.º 5 do Conselho do Mercado Comum para tratar dos temas pertinentes ao Direito da Concorrência. A primeira medida tomada em relação à matéria foi a Decisão (CMC) n.º 03/92, que trata da Aprovação do Procedimento de Queixas e Consultas sobre Práticas Desleais de Comércio aplicáveis durante o período de transição<sup>16</sup>. A Decisão n.º 07/93 aprova o Regulamento Relativo à Defesa contra as Importações que sejam objeto de *Dumping* ou de Subsídios, principalmente em relação a países terceiros, visando efetivar a política comercial comum.

No ano de 1994 foram aprovadas as Decisões (CMC) n.º 20 e n.º 21, sendo a primeira relativa às diretrizes que devem ser observadas para eliminar as Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade<sup>17</sup> e a segunda relativa às diretrizes a serem seguidas no sentido de harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência<sup>18</sup>.

Em 16 de dezembro de 1996 foi aprovado o Protocolo de Fortaleza<sup>19</sup> (Decisão n.º 18/96), embora até o momento não tenha sido incorporado ao ordenamento

---

<sup>16</sup>Esta decisão teve vigência até dezembro de 1994 e tinha por objetivo principal a defesa do consumidor.

<sup>17</sup> Em 17.12.1996, através da Decisão (CMC) n.º 15/96, foi criado um Grupo de Trabalho Ad Hoc sobre o Tratamento das Políticas Públicas que distorcem a Competitividade com o objetivo de redefinir os critérios, procedimentos, âmbito e prazos e assegurar o disciplinamento das políticas públicas que distorcem a competitividade.

<sup>18</sup> A harmonização das legislações entre os Estados Partes deverá também levantar algumas dificuldades no futuro, como lembra VERA FRADERA, *A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul?*, RT, ano 86, v. 736, Fevereiro 1997, pp. 36, pois ao comparar o Mercosul com a experiência comunitária europeia, conclui que “após transcorridos tantos anos desde a criação do Mercado Comum, dúvidas e hesitações todavia persistem a respeito da forma ideal de aproximar diferentes ordens jurídicas, no sentido de tornar efetivas as quatro liberdades aqui tantas vezes enumeradas, quais serão os caminhos a serem percorridos pelos membros da Comunidade formada no Cone Sul? Certamente que a construção desse mercado sul-americano será bem menos complexa do que a do seu congêneres europeu, porquanto, como já referimos, aqui as diferenças históricas, políticas e jurídicas não são tão relevantes como na Europa, pois os modelos jurídicos europeus foram imitados, é certo, mas conservando-se sempre um substrato, maior ou menor, do antigo sistema colonial, as Ordenações, que representam um fundamento comum dos sistemas em vigor da América Latina”.

<sup>19</sup> Originariamente nominado como Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul.

jurídico vigente de nenhum dos Estados Partes<sup>20 21</sup>. Este Protocolo tem por objeto a defesa da concorrência no âmbito do MERCOSUL e as suas regras aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes (artigo 1º, Protocolo de Fortaleza)<sup>22</sup>. Como um dos mecanismos mais importantes de trabalho deverá ser criado um Comitê de Defesa da Concorrência a ser composto pelas autoridades da concorrência de cada Estado-Parte<sup>23</sup>. No entanto, este Comitê poderá vir a enfrentar dificuldades para a aplicação do referido Protocolo, pois os únicos países que dispõem de legislação acerca da defesa da concorrência e,

---

<sup>20</sup> Este é outro dos problemas que o MERCOSUL apresenta, ou seja a não aplicabilidade imediata de suas decisões e resoluções, ficando sempre condicionados ao processo legislativo de cada Estado Parte. Segundo ARMANDO ALVARES GARCIA JÚNIOR, *Conflito entre normas do Mercosul e Direito interno – Como resolver o problema? O Caso Brasileiro*, Ed. Ltr., São Paulo, 1997, p. 121, “por enquanto, a hierarquia das disposições dos órgãos do MERCOSUL (já que o tratado e os protocolos obrigatoriamente passam pelo crivo parlamentar) em relação às normas jurídicas internas continuará dependendo, assim como a sua incorporação, dos Estados-Partes, de acordo com os princípios e regras previstos nas respectivas Constituições, ou, no silêncio da Carta, na jurisprudência”.

<sup>21</sup> Segundo notícia veiculada na Gazeta Mercantil de 24.6.1999, p.A-12, finalmente a legislação do sistema de defesa da concorrência no Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul) deverá estar aprovada pelos quatro países do bloco até o fim do ano, segundo previsão do secretário da Secretaria de Direito Econômico brasileira, Ruy Coutinho, que está trabalhando para o Senado aprovar a regulamentação da defesa da concorrência no Mercosul. Advirta-se, no entanto, que esta “notícia” não pode ser encarada como a existência de um consenso entre os Estados Partes ou que realmente o mesmo será finalmente implementado: poderá ser vista apenas como uma tomada de consciência de regulamentar uma situação que se encontra pendente há quase quatro anos. O aspecto positivo, no entanto, desta iniciativa de regularizar a situação, é a perspectiva de que o governo brasileiro volta a se preocupar com o processo de integração.

<sup>22</sup> Note-se que a inserção da conjunção “e” faz com que se torne imprescindível a concorrência de dois requisitos básicos, que são a intenção ou a própria produção de efeitos anticoncorrenciais e que estes venham a afetar o mercado, o que difere da normativa comunitária, onde já se considera suficiente que o ato seja potencialmente gravoso ao mercado comum, independentemente da produção de resultados.

<sup>23</sup> V. artigo 8, parágrafo único do Protocolo de Fortaleza: o Comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intragovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo de cada Estado Parte.

consequentemente, de uma autoridade para a sua aplicação, são a Argentina e o Brasil<sup>24 25</sup>.

Assim, deverão ser adotadas diretrizes no que diz respeito ao Paraguai e ao Uruguai, mas esta circunstância não deverá constituir um obstáculo para a implementação do Protocolo de Fortaleza e a garantia do bom funcionamento do mercado comum do cone sul. A experiência comunitária poderá representar um bom precedente neste ponto, pois na em que as regras do direito da concorrência foram instituídas através do Tratado de Roma de 1957 ou ainda, da adoção do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 relativo ao controle de concentração de empresas, nem todos os Estados-membros possuíam regras internas sobre Direito da Concorrência, mas ao final de alguns anos terminaram por proceder a harmonização e incorporação ao seu ordenamento jurídico interno das regras comunitárias (como por exemplo, Portugal, Espanha e Países Baixos). Atualmente, observa-se um processo semelhante no que diz respeito aos Países Associados da Europa Central e Oriental que deverão vir a integrar a União Européia, tendo sido negociados dois conjuntos de regras de execução: o primeiro, no que diz respeito à execução das disposições comunitárias de concorrência dos Acordos Europeus aplicáveis às empresas; o segundo, no que diz respeito às regras relativas aos auxílios estatais. Neste momento, o primeiro conjunto de regras já foi formalmente adotado pela República Checa, a Polónia, a República Eslovaca, a Hungria e a Bulgária<sup>26</sup>. Acrescente-se, que a União Européia tem disponibilizado toda a assistência técnica possível, para preparar adequadamente os referidos países para a aplicação das normas de defesa da concorrência firmadas.

---

<sup>24</sup> No Brasil, encontra-se em vigência a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994 e na Argentina, a Lei n.º 25.156/99.

<sup>25</sup> Como RIVIÈRE MARTI, *La política de competencia en America Latina*, RDE, n.º 25, 1997, p. 82, adverte, a aplicação de regras da concorrência na América Latina constitui um importante elemento de desenvolvimento econômico e de integração regional daqueles mercados. Assim, onde existe segurança jurídica e certeza de sua aplicação, os riscos de conflito comercial e políticas de defesa comercial se reduzem consideravelmente.

<sup>26</sup> Ver, respectivamente as Decisões n.º 1/96, do Conselho de Associação de 30.01.1996, JO L 31, de 9.2.1996; Decisão n.º 1/96, do Conselho de Associação de 16.7.1996, JO L 208 de 17.8.1996; Decisão n.º 1/96, do Conselho de Associação de 15.8.1996, JO L 295 de 20.11.1996; Decisão n.º 2/96, do Conselho de Associação de 6.11.1996, JO L 295 de 20.11.1996; Decisão n.º 2/97, do Conselho de Associação de 7.10.1997, JO L 15 de 21.1.1998.

Da análise do Protocolo de Fortaleza, verifica-se ainda que apesar das normas serem aplicáveis às empresas que exercem monopólio estatal<sup>27</sup>, não existem normas destinadas à regulação dos atos anticoncorrenciais que possam se originar dos Estados Partes. Existe apenas um compromisso no sentido da elaboração de normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes (artigo 32, Protocolo de Fortaleza).

Da mesma forma, o controlo das concentrações de empresas não se encontra regulado expressamente, mas condicionado a uma regulação posterior (artigo 7º). Este, com certeza, será um tema difícil nas negociações entre os Estados Partes do Mercosul, nomeadamente em razão das diferenças estruturais de cada mercado nacional. O estabelecimento de um critério para a notificação das operações, a delimitação das competências das autoridades nacionais (CADE, no Brasil e CNCC – Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, na Argentina) e os critérios de análise que deverão ser adotados são temas bastante delicados que, a exemplo do que aconteceu durante os dezesseis anos que o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 foi discutido na Comunidade Européia, deverão igualmente levantar controvérsias no âmbito do Mercosul. Se a solução for submeter ao controlo do Comitê de Defesa da Concorrência todos os casos que afetem o comércio intra-Mercosul, evidentemente que grande parte das operações de concentrações realizadas no Brasil irão afetar este mercado, o que poderá enfraquecer o órgão competente brasileiro, ou ainda, permitir a interferência dos outros Estados-Partes em questões de política industrial brasileira, que não lhe dizem respeito especialmente. Estas regras, portanto, deverão ser delimitadas com bastante cautela para evitar problemas em um futuro próximo.

Um outro obstáculo, porém de fácil resolução se forem implementadas as previsões referentes à *cooperação técnica*, é falta de cultura da concorrência

---

<sup>27</sup>Artigo 2º, parágrafo único, do Protocolo de Fortaleza: incluem-se entre as pessoas jurídicas a que se refere o *caput* deste artigo as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que não impeçam o desempenho regular de atribuição legal. Por enquanto, o único instrumento existente neste sentido é a Decisão do CMC n.º 20/94 sobre as *Políticas Públicas que distorcem a Competitividade*.

tanto no setor privado como estatal<sup>28</sup>. Neste momento, a solução mais prudente é que, em primeiro lugar, se consolide a imagem do Mercosul como bloco regional e, em segundo lugar, que o Protocolo de Fortaleza seja realmente implementado, o que somente irá ocorrer com a sua incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados Partes, com a elaboração de regras de execução e com a criação do Comitê de Defesa da Concorrência. Conseqüentemente, não restam dúvidas da importância da integração e da cooperação entre os organismos responsáveis pelo controle da concorrência nos Estados Partes, para que possa ser transmitida a segurança jurídica e a transparência almejadas pelos operadores econômicos.

## 2. A importância da cooperação entre o Mercosul e a União Européia

É indubitável que o processo de integração entre os países do mercado comum do cone sul proporcionou uma intensificação das trocas comerciais internas<sup>29</sup>, o que vem despertando o interesse de países e blocos regionais que se encontram fora do processo, como por exemplo os Estados Unidos<sup>30</sup>, Canadá<sup>31</sup>, a União Européia, países membros do Pacto Andino, etc.

---

<sup>28</sup> Como GESNER DE OLIVEIRA, *Avanços e Desafios da Defesa da Concorrência no Mercosul*, in <http://www.mj.gov.br/cade> comenta, que as empresas de uma forma ampla, “ainda não se habituaram ao jogo inerentemente competitivo do mercado. As autoridades revelam vícios intervencionistas e as lideranças empresariais teimam em flertar com a tutela do Pai Estado”(…)“os setores públicos e privados se encontram desaparelhados para fazer valer as determinações legais. Os departamentos jurídicos e executivos das empresas do Mercosul desconhecem os aspectos básicos da legislação de defesa da concorrência dos países maduros e de seu próprios mercados domésticos. Os órgãos públicos padecem de crônica falta de recursos humanos e materiais”.

<sup>29</sup> Segundo SALOMÃO QUADROS, *Mercosul: Sinopse Gráfica*, In BRANDÃO, ANTÔNIO SALAZAR P. E PEREIRA, LIA VALLS - Organizadores, *Mercosul - Perspectivas de Integração*, FGV Editora, 2ª edição, São Paulo, 1997, p. 284, “as exportações intra-regionais, isto é, as de cada país do Mercosul para os outros três, somadas, passaram de US\$4.127,3 milhões em 1990 para US\$10.026,7 milhões em 1993. Em termos relativos, o comércio intra-regional passou de 8,81 % das exportações totais para 18,32% no mesmo período. Coincidentemente, as exportações para o restante da América Latina também ganharam terreno, crescendo de 8,17 % para 11,36 % das exportações totais. Paraguai e Uruguai, que historicamente já destinavam parcelas superiores a 30 % de suas exportações para os países do Mercosul, sedimentaram essa tendência. Argentina e Brasil, por outro lado, reorientaram maciçamente suas exportações para o bloco”.

<sup>30</sup> Segundo J. BOTAFOGO GONÇALVES, *A Consolidação do MERCOSUL: O Primeiro ano de vigência da União Aduaneira*, BILA n.º 17, o início das negociações para a implementação do

O início das relações entre a União Europeia e os quatro Estados Partes do Mercosul remonta a década de 70, quando foram celebrados os primeiros acordos de cooperação bilateral, que apesar do alcance limitado, demonstram a existência de interesse em ambas as partes no estabelecimento de relações de caráter cooperativo<sup>32</sup>. Somente em 1992 é que foi celebrado um Acordo de Cooperação Institucional entre a Comissão Europeia e o Conselho do Mercosul, que já tem um alcance mais amplo, tratando de vários temas, sendo que dentre outros, o da cooperação econômica. Finalmente, em 1995 foi celebrado o Acordo-quadro Inter-regional de Cooperação<sup>33</sup>. Este acordo tem como objetivo primordial a preparação da associação interregional e como principais tarefas a liberalização gradual e progressiva do comércio, ampliar a cooperação econômica e inaugurar um diálogo político regular. Estão previstas ainda a cooperação à gestão do processo de integração comercial do próprio Mercosul e o seu comércio externo; ajuda técnica (investigação e desenvolvimento, sistemas de informação e projetos de telecomunicações europeus); projetos pan-regionais (em matéria de transportes, energia, ambiente, telecomunicações, ordenamento urbano e outros setores industriais. Não existem dúvidas, portanto, do grande interesse existente da comunidade econômica internacional, nomeadamente da União Europeia, em relação ao mercado sul-americano. Dentro deste mesmo contexto foi celebrado um Acordo-quadro com o Chile, destinado a preparar, como objetivo final, uma associação de caráter político e econômico entre este e a Comunidade Europeia e os seus Estados-membros<sup>34</sup>.

---

ALCA até o ano 2005 tem gerado algumas controvérsias no Brasil, em razão de fortes pressões dos Estados Unidos em querer atrair o Brasil para esta integração, afastando-o do MERCOSUL. No entanto, o processo de integração do MERCOSUL não sofre nenhum perigo, haja vista a metodologia adotada pelo ALCA, segundo a qual a integração do hemisfério deve ocorrer a partir da convergência gradual dos diversos esquemas regionais existentes (*building blocks*).

<sup>31</sup> V. Decisão (CMC) n.º 14/97 que trata do Projeto de Entendimento de Cooperação em Matéria de Comércio e Investimentos entre o Mercosul e Canadá.

<sup>32</sup> Para ver a evolução histórico-política dos acordos de integração entre a União Europeia e a América Latina ver F. LUZARRAGA, *El Acuerdo entre la Union Europea y el Mercosur en el Marco de la Intensification de Relaciones entre Europa y America Latina*, Revista de Instituciones Europeas, vol. 22, año 1995, n.º 3, pp. 761/792.

<sup>33</sup> Publicado no JO L n.º 112, de 29.04.1999.

<sup>34</sup> Publicado no JO n.º L 42, de 16.02.1999, p. 46.

A União Européia é hoje o principal parceiro econômico do Mercosul, superando os investimentos norte-americanos no bloco regional, sendo que 41% dos investimentos europeus destinados aos países em desenvolvimento vão para a o Mercosul. A CE é origem de um quarto das importações da região, absorvendo mais de um quarto das suas exportações: 36% do capital estrangeiro investido é de origem européia, assim como 40% dos bancos que operam na região e 50% das multinacionais que operam na Argentina são européias<sup>35</sup>.

Com efeito, para a União Européia, a intensificação das relações comerciais com o Mercosul objetivando a criação de uma associação interregional tem sido uma das prioridades, pois o Mercosul constitui um dos mercados mais dinâmicos para suas exportações, além de oferecer um potencial de crescimento em setores de elevado valor agregado como os bens de capital e de consumo, automóveis e serviços. Por outro lado, para o Mercosul, um acordo de livre comércio com a União Européia significaria em primeiro lugar, uma maior abertura do mercado europeu para seus produtos agropecuários e pesqueiros, que representam a metade das suas vendas totais a essa região. Em segundo lugar, uma associação deste tipo fortaleceria a posição do Mercosul no hemisfério e sua capacidade de negociação em foros internacionais. Desta forma, para a União Européia, uma relação privilegiada com o Mercosul, representaria um importante equilíbrio em suas relações com os Estados Unidos, que poderia reforçar a sua posição como ator político e mercado líder neste hemisfério nos próximos anos<sup>36</sup>. Não obstante, falar apenas em trocas comerciais, aberturas de mercado e investimentos financeiros sem garantias do respeito à uma concorrência leal no mercado, não sustentaria o sucesso desta associação. É fundamental que se estabeleçam regras mínimas de concorrência a serem observadas não apenas entre as empresas, mas também pelos Estados soberanos que compõem as duas Comunidades regionais.

Em Novembro de 1999, o Conselho das Comunidades Européias concedeu à Comissão o mandato para negociar o acordo de livre comércio, que deverá incluir regras de concorrência fundadas nos artigos 81, 82, 86 e 87 do Tratado

---

<sup>35</sup> Cfr. Informe Irela, *Preperando La Asociación UE-Mercosur*, 20 de noviembre de 1998, pp. 7/8.

<sup>36</sup> V. . Informe Irela, *Preperando La Asociación UE-Mercosur*, 20 de noviembre de 1998, p. 8.

de Roma e os seus dispositivos de execução. Desta forma, estas futuras regras deverão abranger os monopólios estatais de natureza comercial, acordos entre empresas, abuso de posição dominante, concentrações de empresas, direitos exclusivos para empresas públicas e ajudas de estado. Segundo este mandato, as partes deverão estabelecer regras jurídicas suficientemente claras que garantam a transparência e a efetiva aplicação de suas respectivas regras de concorrência. As autoridades de concorrência das Partes deverão ainda buscar um instrumento de cooperação que venha a facilitar a realização de consultas recíprocas e trocas de informações.

Como já referido na primeira parte deste trabalho, a Comissão Européia celebrou acordos desta natureza com os Estados Unidos e o Canadá e, encontra-se em fase final de negociação com o México e com o Japão. Aliás, o Acordo com o México poderá representar um especial precedente para o futuro diálogo com o Mercosul, haja vista terem sido estabelecidas disposições onde impera a coordenação e a cooperação entre as agências competentes, além de um mecanismo de assistência técnica de importante valia no reforço da cultura da concorrência e a troca de experiências em ambos os continentes. Em Março de 2000 os diálogos preliminares com o Mercosul irão começar e, por este motivo, é importante que se estabeleça um verdadeiro diálogo entre as Partes, que venha proporcionar a criação de um instrumento eficaz de cooperação no campo do Direito da Concorrência. Os principais pontos<sup>37</sup> que deverão ser tomados em consideração nesta negociação podem ser assim delimitados:

- a) definição dos conceitos a serem utilizados, especialmente no que se refere às práticas empresariais que necessitam de controlo como os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas, práticas concertadas, a posição dominante e o seu abuso e ainda outros atos individuais que também possam ter efeitos restritivos sobre a concorrência. Deverão ser definidas as concentrações de empresas que tenham interesse para os dois ordenamentos jurídicos, as ajudas de Estado, os monopólios estatais com

---

<sup>37</sup> Os principais pontos que deverão ser discutidos em um acordo de cooperação no que diz respeito à aplicação das regras da concorrência podem ser consultados, de forma pormenorizada, em RIVIÈRE MARTÍ – CAROLINA VAIRA, *Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación entre autoridades nacionales de competencia*, Boletim Latino Americano de Concorrência, n.º 4, Bruxelas, 1998, pp. 65/70.

caráter comercial e a concessão de direitos especiais ou exclusivos para as empresas<sup>38</sup>;

- b) o que se entende por direito da concorrência em cada ordenamento jurídico. Neste caso, poderíamos dizer que em relação às Comunidades Européias e aos seus Estados-Membros, seriam os artigos 81º, 82º, 86º e 87º do Tratado que institui a Comunidade Econômica Européia, os artigos 65º e 66º do Tratado que institui a Comunidade Européia do Carvão e do Aço, o Regulamento (CE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas e os respectivos regulamentos de execução. Em relação ao Mercosul e os seus Estados-Membros, a Decisão do Conselho do Mercado Comum n.º 20/94 sobre as políticas públicas conducentes à distorção da concorrência, a Decisão n.º 21/94 sobre a Defesa da Concorrência, Pautas Gerais de Harmonização, a Decisão n.º 18/96, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul e a Decisão n.º 2/97 em anexo ao Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul e os correspondentes regulamentos de execução. Na sua ausência e na medida em que o referido Protocolo não seja aplicável, deverão ser tomadas em consideração as leis e regulamentações aplicadas pelos Estados-partes nos respectivos territórios, a saber, a Lei n.º 25.156/99 da República da Argentina, a Lei n.º 8.884/94 da República Federativa do Brasil e legislação de execução aplicável proveniente do CADE, SDE e SEAE.
- c) definição das autoridades em matéria de concorrência que irão atuar. Para as Comunidades Européias, deverá ser definida a Comissão das Comunidades Européias, por intermédio da Direção Geral da Concorrência, no que respeita às suas responsabilidades decorrentes do direito comunitário da concorrência. Para o Mercosul e os seus Estados-partes, a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência. No caso de ser necessária a aplicação de legislação nacional dos Estados-partes do Mercosul, a autoridade de referência, deverão ser os membros nacionais do Comitê de Defesa da Concorrência. Não se deve ainda esquecer a atividade das agências reguladoras, que seriam as autoridades nacionais dos Estados-membros da Comunidade Européia e as autoridades nacionais dos Estados-partes do Mercosul que trabalham em

---

<sup>38</sup> Dentro destas previsões poderão ser estabelecidas determinadas exceções ou regras especiais prevendo uma liberalização gradual referente aos setores automobilístico, siderúrgico, açucareiro, alimentar, têxteis e calçados (ou qualquer outro em que venha a se acordar uma necessidade desta natureza).

coordenação com as autoridades da concorrência acima apontadas ou que detêm algumas competências específicas em matéria de concorrência.

- d) definição dos critérios mínimos a serem preenchidos pelos atos ou operações para que sejam comunicados entre as agências competentes. Em geral, na maioria dos acordos desta natureza celebrados têm se entendido que as partes deverão dar início a um procedimento quando considerarem que este seja relevante para as medidas de execução da outra parte, quando possa vir a afetar interesses importantes da outra Parte, quando vier a incidir sobre restrições da concorrência susceptíveis de ter efeitos no território da outra Parte, quando for possível a adoção de decisões que exijam ou proíbam um determinado comportamento no território da outra Parte ou ainda, no caso de operações de concentração ou aquisição em que uma ou mais das partes sejam empresas constituídas de acordo com o direito da outra parte ou de um dos seus Estados-membros ou Estados-partes, ou realizem atividades nos territórios das partes.
- e) outra providência importante é o tratamento da informação, de forma a preservar a confidencialidade da mesma. Deverão ser adotados critérios para que possa haver o intercâmbio de *dossiers* e outros tipos de informação entre as autoridades, respeitando os princípios de segurança jurídica e transparência. A OCDE<sup>39</sup> possui uma recomendação neste sentido que vem sendo adotada pela Comissão Européia em seus acordos bilaterais e, provavelmente, deverá ser sugerida no âmbito das negociações com o Mercosul.
- f) também deverão ser tomadas providências no que diz respeito à coordenação de procedimentos entre as agências, especialmente no sentido de evitar despesas e ainda na obtenção de resultados efetivos que poderão originar-se da coordenação proposta.
- g) outro ponto que também deverá ser tratado é o chamado “*positive commity*” ou ação positiva, ou seja, sempre que ocorrer restrições da concorrência no território de uma das partes que afeta desfavoravelmente a outra, poderá ser possível solicitar que esta parte inicie um procedimento, sempre que tais restrições estejam proibidas pelas normas que se aplicam

---

<sup>39</sup> V. Recomendação da OCDE de 27 e 28 de Julho de 1995 relativa à cooperação entre países membros no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional.

no território em que as mesmas venham a ocorrer. Regras desta natureza foram recentemente estabelecidas entre a Comissão Européia e os Estados Unidos e têm por objetivo contribuir para assegurar que os fluxos comerciais e de investimento entre as partes, bem como a concorrência e o bem-estar dos consumidores nos territórios das partes, não serão prejudicados por atividades anticoncorrenciais que podem ser resolvidas pelo direito da concorrência de uma ou de ambas as partes e estabelecer procedimentos de cooperação para assegurar a aplicação mais eficaz e mais eficiente possível do direito da concorrência<sup>40</sup>.

- h) não se pode esquecer ainda, como boa regra de cooperação, que em todos os momentos, os interesses da outra parte deverão ser sempre tomados em consideração para evitar conflitos.
- i) por último, o acordo deverá conter cláusulas prevendo a cooperação técnica entre as partes, ou seja, as autoridades competentes deverão conceder assistência técnica que fomente um melhor conhecimento mútuo destinado a facilitar a partilha das suas experiências e a reforçar a aplicação das regras de concorrência. Algumas das atividades que poderão ser desenvolvidas neste sentido: treinamento de oficiais das autoridades competentes, seminários, assessoramento, boletins informativos, etc.

### **3. Conclusão: consolidação e segurança das trocas comerciais**

Como visto, para que realmente a liberalização dos mercados possa ser concretizada, uma série de medidas deverão ser tomadas em paralelo, de forma a garantir transparência e segurança jurídica no que diz respeito às condutas das empresas no mercado. Um dos pilares fundamentais para o sucesso de qualquer associação de livre comércio é a efetiva aplicação de regras de concorrência aos operadores econômicos, o que somente poderá ser conseguido através da celebração de alguns princípios básicos a serem observados pelos referidos operadores, assim como o estabelecimento de uma verdadeira interação entre as autoridades competentes, garantindo coordenação nos procedimentos e assistência técnica mútua.

---

<sup>40</sup> V. Decisão do Conselho e da Comissão de 29.05.1998, relativa à conclusão do Acordo entre as Comunidades Européias e o Governo dos Estados Unidos da América relativo aos princípios de cortesia positiva na aplicação dos respectivos direitos de concorrência, in JO L 173, de 18.6.1998.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ALADI – Associação Latino-americana de Integração

ALAC – Associação Latino-americana de Livre Comércio

BILA – Boletim de Integração Latino-americana

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CE – Comunidade Européia

CMC – Conselho do Mercado Comum

CPN – Competition Policy Newsletter

JO(CE) – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

NAFTA – Acordo de Livre Comércio da América do Norte

RDE – Revista de Direito Econômico

REJF – Revista de Estudos Judiciários da Justiça Federal

RIE – Revista de Instituciones Europeas

RT – Revista dos Tribunais

RTDE – Revue Trimestrielle de Droit Européenn

SDE – Secretaria de Direito Econômico

BIBLIOGRAFIA

*a) artigos e livros:*

ARHEL, PIERRE. – *Organisation Mondiale du Commerce*, CPN, n.º 1, February, 1999, pp. 57/58.

DEMARET, P. – *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, RTDE, n.º 1, Janvier/Février, 1985, pp. 1/39.

FRADERA, VERA – *A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina: um entrave à integração econômica no Cone Sul*, RT, ano 86, v. 736, Fevereiro/1997, pp. 20/39.

FRIENDEL-SOUCHU, E. – *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté Européenne*, L.G.D.J., Paris, 1994.

GONÇALVES, J. BOTAFOGO. – *A Consolidação do MERCOSUL: O Primeiro Ano de Vigência da União Aduaneira*, BILA, n.º 17, pp. 59/70.

JÚNIOR, ARMANDO ALVARES GARCIA. – *Conflito entre normas do Mercosul e Direito interno – Como resolver o problema? O Caso Brasileiro*, Ed. Ltr., São Paulo, 1997.

LUZAGARRA, F. – *El Acuerdo entre la Union Europea y el Mercosur en el Marco de la Intensificacion de Relaciones entre Europa e America Latina*, Revista de Instituciones Europeas, vol. 22, año 1995, n.º 3, pp.761/792.

OLIVEIRA, GESNER DE – *Avanços e Desafios da Concorrência no Mercosul*, in <http://www.mj.gov.br/cade>

PETRILLI, ANTONIETA. – *Evolução de Acordos de Integração Regional*, RevJF, n.º 2, Brasília, 1997, in <http://www.cjf.gov.br/revista/numero2/artigo7.htm>.

QUADROS, SALOMÃO – *Mercosul: Sinopse Gráfica*, in BRANDÃO, ANTÔNIO SALAZAR P. e PEREIRA, LIA VALLS (organizadores), *Mercosul – Perspectivas de Integração*, FGV Editora, 2ª edição, São Paulo, 1997.

RIVIÈRE MARTI, JUAN – *La Competencia en America Latina*, RDE, n.º 25, 1997, pp. 77/84.

RIVIÈRE MARTÍN, JUAN – VAIRA, CAROLINA – *Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación entre autoridades nacionales de competencia*, Boletim Latino Americano de Concorrência, Bruxelas, n.º 4, Agosto/1998, pp. 59/70.

VAN MIERT, KAREL. – *La Organización Mundial del Comercio y la Política de Competencia: la necesidad de considerar negociaciones*, Boletim Latino Americano de Concorrência, Bruxelas, n.º 4, Agosto/1998, pp. 59/70.

*b) documentos oficiais:*

*Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas e El Gobierno de los Estados Unidos de América en lo que respecta a la aplicación de sus normas de competencia entre 01.01.98 e 31.12.98*, in [http://europa.eu.int/comm/dg04/international/bilateral/usa/1998\\_comm\\_report\\_app\\_comp Law\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/dg04/international/bilateral/usa/1998_comm_report_app_comp Law_es.pdf).

*Preparando La Asociación UE-Mercosur*, Informe IRELA; 20 noviembre de 1998.

*XXVIII Relatório sobre a Política da Concorrência 1998*, Comissão Europeia, Bruxelas, 1999.

*Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados Unidos e a Comissão das Comunidades Europeias no que diz respeito à aplicação das regras da concorrência*, in JO L 132, de 15.6.1995.

*Acordo de Cooperação entre as Comunidades Européias e o Governo do Canadá no que diz respeito à aplicação das suas regras da concorrência*, in JO L 175, de 10.7.1999.

Decisão (CE) n.º 97/816, de 30.7.1997, Boeing/McDonnell Douglas, JO L 336, de 8.12.1997.

Decisão (CE) n.º 287&99, de 8.7.1998, WorlCom/MCI, JO L 116, de 4.5.1999.

*Recomendação da OCDE de 27 e 28 de Julho de 1995* – recomendação revista do Conselho relativa à cooperação entre países membros no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional [C(95) 130 final], in Regras no Domínio Internacional, vol. IIIA, Direito da Concorrência nas Comunidades Européias, Bruxelas, 1996.





## ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

### DOCTRINA

<b>Autor</b>	<b>Título</b>	<b>Vol / n.º-</b>
Araujo Jr, Tavares de., José; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do carácter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6

Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5

Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz Jr, Tércio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tércio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria da Silva, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari )	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1

Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, Cesar	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, Cesar	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6

Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
Oecd	Suggested Issues for Discussion III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2

Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schurtz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Stephoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stephoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e ExtraterritorialidadeL	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5

### ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol/n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE - Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4

07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafêrtil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfêrtil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e	5-5

	Ipiranga Petroquímica	
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2

08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini ( papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-	Alcon& Grieshaber	7-2

99		
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3
PARECER	SDE – AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6

**PROCESSOS ADMINISTRATIVOS**

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n. º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Rousset S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro -Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda X Ici Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda X Lumix Química Ltda	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbochloro S/A - Indústrias Químicas	2-2

Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrío Ltda X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda, Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Offício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Offício X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Offício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Offício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento	5-8

	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda; Agravada; União	
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023 859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001 504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3

## REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol/n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

## JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

## LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9

Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997	6-4

Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA Nº 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA Nº 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7

### TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3

<i>“Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade”</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

**I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA  
CONCORRÊNCIA - PRÊMIO IBRAC - ESSO**

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

**[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)  
e-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)**