

O CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DO PODER ECONÔMICO NO JAPÃO: CONTEXTO POLÍTICO- ECONÔMICO E NORMA LEGAL¹

Pedro Dutra

A Masato Ninomiya

I - Quando as forças dominantes do comércio exigiram a integração do Japão ao circuito de trocas internacionais, pela metade do século passado, a elite do país com rara acuidade percebeu que essa abertura determinaria o fim de uma era social, e mais: não fossem definidas medidas capazes de enfrentar as transformações a ocorrer, o equilíbrio interno do país estaria comprometido².

¹ A tradução para o idioma português, da parte da Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio, (Lei nº 54, de 14 de abril de 1947), relativa ao controle preventivo da concentração do poder econômico, adiante publicada, foi feita diretamente do original japonês pelo advogado Rubens Noguchi, doutor em direito pela Universidade de Tóquio. O texto vertido foi comparado pelos autores com a tradução para o idioma inglês feita pelo Prof. Mitsuo Matsushita, da Universidade de Tóquio, e publicada pela Oxford University Press, 1993, de uso corrente. As notas ao texto traduzido são de responsabilidade conjunto dos autores, sendo a introdução de responsabilidade exclusiva do advogado Pedro Dutra.

² A abertura do Japão ao comércio internacional, e ao mundo ocidental, que tem seu marco simbólico na expedição àquele país do almirante Perry no verão de 1853, deveu-se sobretudo aos interesses econômicos norte-americanos, impulsionados pela navegação a vapor, antes inexistente. cf. Richard Storry, in “History of Modern Japan”, p. 85, 1982. Uma minuciosa cronologia da história do Japão é feita por Edwin O. Reischauer. in “Histoire du Japon e des Japonais”, p. 200 e segs, Éditions du Seuil, 1988.

O Japão era então uma sociedade marcadamente feudal, com rígida separação de classes e por essa razão com baixo dinamismo social. Contudo, distinguia-se dos demais países da Ásia por sua cultura dotada de uma invejável unidade, irmanada por uma única língua e um único povo, ao qual a insulação natural unia ainda mais.

Esses fatores foram devidamente considerados na formulação da estratégia adotada para enfrentar a nova realidade, e nela foram fixados, como essenciais, dois objetivos: um amplo e abrangente projeto de educação, e a criação de um serviço público capaz de cumprir os objetivos fixados.³

Em conseqüência, já ao começo deste século, praticamente não contava o Japão com analfabetos, e, da elite cultural que se formava, surgiam os quadros habilitados a promover uma crescente e equilibrada interação entre o interesse público, promovido pela burocracia estatal, e o interesse privado, defendido pelos empresários. Os objetivos fixados pela classe dirigente do país no século passado vieram coerir à cultura do desenvolvimento japonês como um de seus elementos mais notáveis, e assim respondem pela espetacular trajetória seguida por esse

³ Em 1868, ao iniciar-se o processo de modernização do país com a inauguração da “Era Meiji”, o imperador declara que o “conhecimento deve ser buscado em todo o mundo e por essa forma devem ser fortalecidas as fundações políticas do império japonês”. Esse princípio generoso, que privilegia a apreensão do conhecimento sobre a sua autoria, fixou-se à base do desenvolvimento tecnológico nipônico como um valor superior e incontestável, o que poucas vezes parece ser compreendido no Ocidente, em especial nos Estados Unidos, onde a patrimonialização do saber extrema-se. A noção de que o crescimento econômico só se afirmará se a educação for promovida em igual medida e tempo, foi outro valor logo fixado na cultura japonesa. Feita obrigatória a educação em 1872, foram previstas, e estabelecidas, nas

país, notadamente após as fundas transformações conseqüentes ao impacto traumático da segunda guerra mundial⁴.

A economia japonesa já se afirmara quando o Japão deflagra guerra à China em 1937, visando impor seu domínio sobre Ásia, e dando início a um conflito que iria logo engolfar-se na conflagração

cinco décadas seguintes, aproximadamente 54.000 escolas elementares no país, uma para cerca de 600 habitantes., cf. Richard Storry, ob. cit. p. 113.

⁴ A economia japonesa cresceria a uma taxa média anual, do início da década de 1950 ao final dos anos 1980, de cerca de 10%. Os números do crescimento japonês foram minuciosamente analisados por Takafusa Nakamura. cf. "Japan: Postwar Economy", p. 53 e segs, Tokyo University Press, 1995. Arde, já há algumas décadas, aceso debate entre os analistas, sobretudo norte-americanos, esses raramente imparciais, sobre o desenvolvimento japonês. Mark Fruin sumariza esse ponto: "*A half-century long, phenomenal economic increase has created something of a (social) science fiction: an economy, Japan's, that appears larger-than-life, a fashion for some and a phobia for others. Japan is the first and only non-Western country to have broken a two-century-long association between geography (Western Europe and North America), a particular kind of political and economic experience (industrial democracy), and international industrial prosperity (including Australia and New Zealand among the nations of the West). (...) Fashions and phobias somehow miss the point. Damming Japan, or granting Japan "ether-worldliness", misses de point. Japan's economic success is unparalleled in world history. This plain but overpowering fact summons the hopes of a post-Cold War world anxious for international peace coupled with industrial progress, political stability, national security, and material well being. But at the same time Japan's success smites these hopes because it embodies an experience rather at odds with Western experience.*" in "The Japanese Enterprise System", p. 1, New York, 1994.

Mas, segundo os analistas japoneses, a razão do sucesso de seu país é clara e real, como mostra Takafusa Nakamura: "*The rare period of worldwide rapid economic growth from the beginning of the 1950s to the early 1970s was also a period which produced striking changes in Japan's economy, both domestically and in relation to the world economy. These changes were both continuous and quantitative in character. They were results neither of special government policies nor of a few heroic achievements, but were produced by the cumulative efforts of the people.*" in ob. cit. p.53.

mundial⁵ a romper dois anos depois com a invasão da Polônia pela Alemanha, o qual, a sua vez, iria redefinir a ordem política internacional que só agora ao final deste século vem-se encerrar. Internamente, a interação entre a burocracia e iniciativa privada forjara um molde praticamente único. Mesmo em mãos privadas o controle dos meios de produção, a ingerência do estado na economia japonesa era considerável; mas era exercida a partir de suas características próprias, sendo o excelente nível técnico dos funcionários públicos dentre elas talvez a mais notável e eficaz⁶. Essa qualidade, embora hoje decrescentemente exercida, fundamenta e justifica objetivamente a intervenção do Estado na economia, pois serve, perfeitamente, ao planejamento estratégico da economia, cuja formulação é entendida por indispensável em um país absolutamente dependente de insumos básicos para sua indústria.

Esse quadro especializou a economia japonesa em relação às ocidentais, mesmo em países cujas economias também registravam a forte presença do Estado, como a Alemanha. Mas o isolamento natural

⁵ cf. Gehard L. Weinberg, in “A World at Arms - A Global History of World War II”, p. 6., 1994.

⁶ “*The Japanese civil service from its very start in the last third of the nineteenth century has been structured to recruit the nation’s most highly talented personnel (as measured by educational achievements). These individuals have been recruited through meritocratic rather than political or personalistic criteria. Once in government agencies, those recruited have typically served in single agencies for the bulk of their professional careers, demonstrating high degrees of loyalty to these agencies and to their profession. They have been relatively well paid and have been given wide scope in carrying out their duties.*”, anotam KIM, MURAMATSU, PEMPEL e YAMAMURA, in “Competition in the japanese civil service”. in “The Japanese Civil Service and Economic Development”, p.7, Oxford, 1995.

e uma população educada, porém severamente doutrinação para servir coletivamente e não para distinguir-se individualmente, permitiram, e ainda permitem, a existência dessa ordem singular. Já a partir da década de vinte, o Japão exibiu um porte industrial considerável, articulado sobre sólidos grupos empresariais liderados por uma *holding*, os famosos *zaibatsu*, que concentravam praticamente todo o poder econômico do país⁷.

As características próprias da sociedade japonesa, e, sobretudo, de sua economia, aos olhos ocidentais iriam ganhar contornos específicos com a eclosão da segunda guerra mundial. Todavia, ainda mais surpreendente seria a fase aberta com o pós-guerra, que registrou a espetacular ascensão da economia japonesa no plano internacional. Nesse período, surgiu a norma legal de defesa da concorrência, e lançou, desde logo, sobre a experiência ocidental de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico, um exemplo perturbador.

II - A ocupação norte-americana, que se deu singularmente, ao contrário da ocupação da Alemanha compartilhada entre russos, franceses e ingleses, exerceu decisivo papel nas transformações na sociedade japonesa⁸. Como não poderia deixar de ser, impuseram os ocupantes

⁷ cf Masahiko Aoki & Ronald Dore in "The Wartime Planned Economy", in "The Japanese Firm - Sources of Competitive Strength", p.367, editado por Aoki Dore, Oxford, 1994.

⁸ Sobre a ocupação da Alemanha, inclusive sobre o debate relativo a regras mais, ou menos, liberais a reger a economia daquele país no imediato pós-guerra, ver Dennis Bark & David Gress. in "Histoire de L'Allemagne", p. 184 e segs. Note-se

padrões de seu modelo institucional que, extremando a primazia do indivíduo sobre o governo, fez duro contraste com a cultura local⁹. As principais reformas nesse período ocorreram nas relações de trabalho, da propriedade fundiária, nas regras relativas à liberdade de expressão e na estrutura industrial do país.

Com o propósito manifesto de estabelecer um quadro normativo que permitisse à estrutura industrial japonesa desenvolver-se em um regime de livre-concorrência, as *zaibatsu*, as *holdings* que concentravam quase todo o poder econômico do país, foram dissolvidas e foi editada a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico em 1947¹⁰. Explicitamente calcada no direito da concorrência norte-americano, havendo inclusive o Quartel General das Forças de Ocupação participado diretamente da redação do projeto,¹¹ estabelece a Lei a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico, proscrevendo os monopólios privados, restrição à livre-concorrência, a excessiva concentração do poder econômico e proibindo expressamente a constituição de empresas *holding*. A mesma Lei criou a agência reguladora encarregada de aplicar a Lei, - *Kosei Torihiki Iinkai* - conhecida na versão inglesa por *Fair Trade Comission*, cuja

que a Alemanha e o Japão apresentavam realidades inteiramente distintas; naquela altura, apenas o fato da derrota militar os unia. A Alemanha logo reaproxima-se de seus vizinhos europeus, sobretudo da França, dando início as negociações que levariam à criação da hoje União Européia.

⁹ Ver, nota 2.

¹⁰ Ver nota 1, à tradução do texto legal.

característica distintiva, tal como sua congênere norte-americana, é a sua independência em relação ao Governo Federal.

Duas reformas seguiram-se à versão original, em 1949 e 1953, reduzindo o rigor das regras originais, e outra, em 1977, reforçou os poderes do órgão regulador. Mas sobrevive entre os analistas, sobretudo os norte-americanos, a dúvida sobre a efetiva ação da agência japonesa ante à força diretiva do Ministério de Indústria e Comércio, o poderoso MITI, que alcança toda a economia japonesa¹². As críticas centram-se sobre a faculdade de o MITI baixar “orientações administrativas”¹³, de caráter informal, e que são seguidas pelo setor

¹¹ cf Michiko Ariga, in “Antimopoly Regulations in General”, in “Doing Business in Japan”, editado por Zentaro Kitagawa. Matthew Bender, 1995.

¹² Chalmers Jonhson, em obra clássica, estudou detalhadamente a evolução do poderoso ministério da indústria e comércio, o MITI, responsável pela afirmação e crescimento da política industrial do Japão, e a sua ascendência sobre o setor público e privado. cf. “MITI and Japanes Miracle”. Stanford, 1982. Em obra posterior, analisa a estrutura de poder no Japão, em especial seus efeitos sobre a economia do país, comentando ainda as críticas de economistas norte-americanos entre eles, Paul Krugmam. cf. “Japan: Who Governs? p.51 a 68, W.W. Norton & Company, 1995. Obras de maior divulgação sucedem-se, comparando, sempre de forma marcadamente crítica, a eficiência comercial do Japão em relação à norte-americana; nesse sentido distingue-se Eamonn Fingleton. in “Blindside”, p.1 a 48, Houghton Mifflin Company, 1995.

¹³ *gyosei chido*, no original, é assim definida por Robert C. Hsu: “Administrative guidance refers to the suggestions or “unwritten orders” given by Japanese bureaucrats to firms to implement official policies. It is based on the broad discretionary power of the bureaucracy rather than on specific laws. Administrative guidance is important in Japan because it gives the bureaucrats much flexibility in implementing policies. Hence it is frequently used in lieu of government regulations by bureaucrats to steers the private sector.

Compliance with the guidance is not mandatory. However, to maintain good working relationships with the bureaucrats, business managers usually find it advantageous to follow this practice, for fear that the latter may frustrate them in business operations. The high respect that the Japanese public traditionally

industrial e comercial, o que, sendo uma clara intervenção estatal na economia, significaria uma óbvia restrição à livre concorrência.

A matéria é absolutamente controversa, mas a sua análise não poderá ignorar os valores acima apontados e que marcam a sociedade japonesa: um qualificado e autônomo corpo burocrático e, no âmbito do setor privado também, a primazia do trabalho coordenado sobre o individual. Não por acaso, as críticas dos analistas americanos, quase sempre reduzindo o significado do fenômeno cultural japonês, verberam-lhe o exemplo; fortemente individualista e tendo no Judiciário o verificador constante e eficaz da ação do Executivo, tende a sociedade norte-americana a rejeitar modelos diversos do seu, apoiando-se no sucesso de sua economia. Nesse contexto, o sucesso da economia japonesa, a partir de um modelo próprio, extrema o confronto e apaixona a análise.

Sem dúvida é dominadora a influência do MITI, porém ela, além de não ser única entre os demais órgãos públicos, não se exerce arbitrariamente, como em outros países, sobretudo latino-americanos, onde a intervenção estatal acha-se geneticamente imbricada ao autoritarismo político tradicional e portanto traz a marca de um poder incontrastado, e fortemente concentrado em mãos Executivas. Reconhecida a capacidade do setor público japonês e das estratégias

accords elite bureaucrats and the close working relationship between bureaucrats and business managers are other factors that induce compliance with administrative guidance.

All government ministries and agencies practice administrative guidance in their interactions with the private sector.” in “The MITI Encyclopedia on the Japanese Economy”, MITI Press, 1994.

concebidas pelos seus técnicos, o setor privado, e também outros segmentos do setor público, aderem às propostas formuladas pelo MITI; esse, porém, quando sente resistências a suas “orientações administrativas”, propõe a edição de normas legais, como foi o caso da reestruturação da indústria ocorrida em seguida ao primeiro choque do petróleo¹⁴. As duas formas de atuação - informal e formal, essa com base em leis específicas - do setor público convivem, e beneficiam-se não só da independência e competência da burocracia estatal, mas também da longa hegemonia do partido liberal-democrático à frente da chefia do gabinete no regime monárquico-parlamentar japonês, a estender-se do início da década de 1950 até o final da de 1980.

Mesmo reduzido o teor de arbítrio na relação entre o setor público, fortemente planejador e interventor, e a livre iniciativa, especialmente dinâmica e disciplinada, ainda assim o modelo japonês contradiz o padrão livre-concorrencial forjado a partir da centenária experiência norte-americana, em essência há quase meio século seguido pelo direito comunitário europeu e, agora, igualmente adotado

¹⁴ Como foi o caso das “Leis das Indústrias em Dificuldades” editada a primeira delas em 1978 e a segunda em 1983, cujo objetivo era, em face dos efeitos duradouros da crise do petróleo, permitir a reestruturação das empresas mais atingidas, como a petrolífera e a petroquímica, sendo que esta foi reorganizada em quatro grandes grupos. Essa intervenção estatal na economia, legitimada pela norma legal, excepcionou da jurisdição do FTC os atos de concentração que se seguiram às leis, mas, por outro lado, como, em excelente análise, mostra Gilson Schwartz, significou, a seguir, uma diminuição do poder do MITI. Os fatos provaram a precisão do autor, pois, hoje, a reestruturação por que passa a indústria japonesa está sendo decidida pelo próprio setor privado, e a ação do FTC vem crescendo, como decorrência dessa realidade. cf. “Japão de Olhos Abertos”, p. 126, Nobel, 1990.

pelos países que deixam economias autoritárias totalmente planificadas. Esse confronto marca a defesa da livre-concorrência no Japão e contrapõe especialistas, tal como se tem no plano da economia, onde, como vimos, debatem facções sobre a natureza do capitalismo japonês. Pela mesma forma tomada pelo debate dos economistas, advogados animam o que entre si travam. Da simples negativa, quase sempre formulada pelo mero cômputo numérico de processos administrativos instaurados pela FTC, à análise, contraposta, da atuação da FTC no quadro da cultura econômica.

Todavia, a ação do órgão japonês de repressão ao abuso do poder econômico é expressiva, segundo mostram os autores locais e norte-americanos especializados na matéria.¹⁵ E, sendo o direito - e aqui se trata da ação de um órgão incumbido da aplicação de norma legal - um processo de adaptação social, não pode ser sua aplicação excluída do quadro geral de forças e valores atuantes na sociedade. Assim, a discussão sobre a experiência da defesa da concorrência no Japão só será válida se essa for tomada no quadro geral da cultura daquele país.

¹⁵ Como reconhece Harry First: *"The question whether there has been any antitrust enforcement is a relatively easy one to answer. The answer is yes". (...) "By some measures, in fact, government antitrust enforcement in Japan in the most recent years approaches the level of government antitrust enforcement in the United States."* in "Antitrust Enforcement In Japan". in "Antitrust Law Journal", vol. 64, p.137. ABA, Fall 1995. Uma análise rica em dados é feita por Hiroyuki Odagiri, in "Front Through Competition - Strategic, Management and the Economy in Japan", p.p.105/133. Clarendon Press, Oxford, 1994.

Nesse contexto, **Daniel Okimoto**, em minucioso estudo sobre a influência do MITI no mercado japonês, observa preliminarmente que naquele país

*“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.”*¹⁶

Há, sem dúvida, uma distinção essencial entre a noção de regulação entre as duas culturas jurídico-política, a norte-americana e japonesa, além, é certo entre essa, a européia e a brasileira¹⁷. Mas o mesmo autor ressalva a peculiaridade - e a validade - do padrão japonês de aplicação das normas de defesa da livre-concorrência:

¹⁶ cf Daniel Okimoto in “Between MITI and the Market - Japanese Industrial Policy for High Technology” p. 15, Stanford University Press, 1991.

¹⁷ Sobre o novo modelo regulatório em implantação entre nós, v. Pedro Dutra in “Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo,” in Monitor Público nº 10, ano 3, p. 5, jul/ago/set, 1996.

“MITI officials try to take antitrust factors into account in formulating industrial policy. 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, the FTC takes its mandate seriously, and the combination of FTC opposition, the aroused opinions of scholars and the mass media , and political pressures from opposition parties establishes definite limits on how far industrial policy can be pushed”¹⁸.

A “orientação administrativa” acima referida não é prática exclusiva do MITI, sendo também aplicada pelo FTC. Este, na maioria das vezes, seja em relação a atos de concentração e em casos de repressão a infrações à ordem concorrencial, transmite às partes as “orientações” informalmente. Claro está que as “orientações administrativas” prestadas pelo FTC só são acatadas em razão do respeito por ele conquistado junto à sociedade, pela correção e competência de sua atuação, qualidades devidas à excelência de seu corpo técnico, bem formado e bem remunerado¹⁹.

¹⁸ cf. Daniel Okimoto in “Between MITI and the Market”, ob. cit., p. 14 e segs., Stanford University Press, 1991.

¹⁹ Dispõe a FTC de aproximadamente 500 funcionários, estando vinculada administrativamente ao gabinete do primeiro-ministro. cf. Matsushita&Davis, in “Introduction to Japanese Antimonopoly Law”, 79. Yuhikaku, 1990.

A atuação informal do FTC, largamente empregada, quer exercendo o controle sobre atos de concentração²⁰, quer determinando a cessação de práticas infrativas²¹, obriga que, o analista da ação da agência japonesa de defesa da livre-concorrência, distinga entre os casos de atos de concentração, aqueles notificados ao órgão e objeto de orientação informal, e aqueles também notificados mas objeto de investigação formal. A diferença é quase absoluta em favor dos atos de concentração decididos mediante a atuação informal da FTC; mas a sua atuação, mesmo informal, em linhas gerais segue os passos de uma análise formal, quanto à análise por ele feita.²² Analisando os números

²⁰ Quanto aos atos de concentração, nos Estados Unidos e na União Européia a manifestação informal é prática corrente. Mas, como se dá na FTC japonesa, são aquelas agências independentes, dotadas de excelentes quadros técnicos e com recursos suficientes, o que já lhes permitiu afirmar um padrão de correção e competência perante a sociedade.

²¹ Nesse breve estudo introdutório ao direito da concorrência japonês, limitamo-nos ao controle preventivo da concentração do poder econômico. Sobre a repressão à ordem concorrencial, ver Matsushita & Davis, in “Introduction to Japanese Antimonopoly Law”, Yuhikaku, 1990.

²² Essa prática, já registrada na literatura especializada (cf. Matsushita & Takigawa, ob. cit.) dela pudemos colher depoimento na própria FTC, em Tóquio, em entrevista com o sr. Toshiyuki Nambu, vice-diretor da departamento de coordenação com o MITI, em fevereiro de 1996.

Observe-se, sempre, que não se trata de “consulta” ao órgão, faculdade que chegou a ser prevista na Lei brasileira em vigor, e foi, em boa hora, revogada (art. 59). A consulta ao órgão torna-o em “consultor” da empresa privada, forma mais insidiosa, além de duvidosa constitucionalidade, de intervenção estatal, uma vez que, fundada a ordem econômica sobre o princípio da livre-iniciativa, livre é a ação dos agentes econômicos privados. E, fosse admitida a “consulta”, seguindo as empresas os “conselhos” do órgão regulador, do CADE, no caso de vir a ser tal empresa acusada de exercício abusivo do seu poder econômico, poderia ela opor ao próprio órgão a “orientação” dele recebida. v. Neide Malard in “Revista do IBRAC” vol. 3 nº 1, p.3 a 10, janeiro/1996. O ponto de oposição à “consulta”, como forma de ação do CADE,

do FTC, **Odagiri** registra o crescimento constante de atos de concentração reportados ao órgão, subindo de duzentos, na década de 1950, para 1086, em 1987²³. **Takigawa&Matsushita** reportam porém que, desde 1974, apenas um caso de ato de concentração foi objeto de investigação formal, o que mostra a eficiência da atuação informal como meio de controle da concentração do poder econômico no Japão, o que demonstra que a atuação do FTC está longe de ser inócua. Da experiência de análises feitas dos atos de concentração reportados, e decididos sob o regime informal, pode estabelecer o órgão, em 1980-1 e as reviu em 1994, suas “Control Guidelines” sobre a matéria, e que servem às empresas que planejam celebrar atos de integração que

e mesmo da Secretaria de Direito Econômico, está em que as regras de defesa da concorrência são regras de ordem pública, já que o bem jurídico a que destinam proteção é a livre-concorrência, um dos princípios constitucionais a reger a ordem econômica do país. Assim, só podem os órgãos de defesa da concorrência agir tendo por conta, inafastável, o interesse público. Por essa razão, a conduta de agentes econômicos, em si, não pode interessar aos órgãos de defesa da concorrência; a eles só cabe manifestar-se quando tal conduta projeta, ou pode vir a projetar, dano à ordem concorrencial, essa sim de natureza exclusivamente pública. Admitir-se aos órgãos de defesa da concorrência orientarem a conduta individual de agentes econômicos, particularizando por essa forma a ação daqueles órgãos, seria perdê-los o sentido inafastável de sua ação exclusivamente comprometida com a defesa do interesse público.

²³ “Of these mergers, prossegue o autor, 26 per cent were horizontal; 15 per cent vertical; 15 per cent through geographical extension; 14 per cent through product extension; and 27 per cent others, which are regarded as pure conglomerates by the JFTC. These percentages are for 1987 but have been fairly stable over the years”. cf. “Growth Through Competition, Competition Through Growth”, p.110 e segs. Clarendon Press. Oxford. 1994. V. também “Japan”, p. 953. in “International Mergers the Antitrust Process” vol. .I. Rowley & Baker. Sweet & Maxwell. 1996.

importem em concentração do poder econômico²⁴. Além dos “Guidelines”, publica a FTC os “guidance cases”, decisões tomadas nos casos mais relevantes, examinados informalmente, o que também auxilia as empresas conhecer os procedimentos informais do órgão e sua orientação. Note-se que as “orientações informais” não vinculam, legalmente, os agentes econômicos, mas, como acima referido, seguem eles a orientação que ali encontram.²⁵

O capítulo IV, da “Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio”²⁶, que se estende do artigo 9 ao 18, apresenta uma ordem de natureza substantiva e outra adjetiva. Em relação a primeira, os artigos 9 e 11 tratam da proibição da criação de empresas *holdings*; e o artigo 10 e os de nº 13 a 16 tratam do controle preventivo da concentração do poder econômico. De ordem adjetiva são os artigos 17, 17-2 e 18, que regulam o trâmite das provisões do cap. IV²⁷.

A proibição à criação de empresas *holdings*, como vimos, acha raízes históricas, e subsiste até hoje. Já a limitação a grandes empresas de deterem ações de outras empresas foi introduzida na reforma legal ocorrida em 1977, a partir do entendimento que a concentração excessiva do poder econômico em mãos de poucas empresas poderia

²⁴ Uma das prescrições da “Guidelines” é que todo ato jurídico de integração, que importe em soma de frações de mercado relevante superior a 25%, deverá ser notificado ao FTC. cf Hiroyuki Odagiri, ob. cit. p. 110.

²⁵ cf. Takigawa & Matsushita. in ob. cit. p.960-1.

²⁶ V. nota 1, ao texto legal traduzido.

ameaçar à livre concorrência. A restrição, que se dirige a empresas não bancárias e comporta exceções, viu-se formalizada pelo legislador preocupado com a presença de grandes conglomerados na economia japonesa, como notam Matsushita&Davis²⁸. Na análise dos atos de concentração o FTC segue os critérios consagrados pelas demais normas e doutrinas estrangeiras. Ao avaliar um ato de concentração, o FTC, busca identificar o impacto da concentração do poder econômico sobre o mercado relevante em causa, medindo a possibilidade de tal concentração vir a restringir a livre concorrência. Nessa avaliação, são empregados os critérios clássicos de mensuração - mercados relevantes, produtos relevantes, índices -, cujo emprego conforma-se, também como nos demais órgãos de defesa da concorrência, à experiência de cada cultura econômica e política.²⁹

III - O modelo japonês de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico acende controvérsia, tal como o modelo econômico suscitou nas décadas anteriores. Refinou-se, todavia, a análise, e, hoje, não se tem mais apenas posições extremadas³⁰; mesmo as discussões

²⁷ cf. Matsushita & Davis. ob. cit. p.33.

²⁸ ob. cit., p. 34.

²⁹ Para uma detalhada análise do processo de controle dos efeitos de atos de concentração do poder econômico pelo FTC, v. Takigawa&Matsushita, ob. cit.; Matsushita&Davis, ob. cit.; e Harry First, ob. cit. p.137.

³⁰ *“To put Japanese antitrust in comparative perspective, the point should be made that in terms of the stringency of prosecution, the United States is the exception rather the rule. Japanese attitudes may strike Americans as lax; but compared to antitrust enforcement in France or Italy, Japan’s enforcement is far from negligent.*

conceituais cederam, e o debate atual, sobre a natureza do regime econômico japonês, é feita a partir da admissão da inegável excelência - praticamente inigualada em outros países - de muitos dos princípios específicos da cultura japonesa, sendo a excelência de sua educação e o preparo de sua burocracia, aqui referidos, aceitos como um dado substantivo e superior em qualquer modelo e assim acima de disputas.³¹ O mesmo padrão começa a ser empregado na análise da defesa da concorrência praticada no Japão; da simples negação a sua existência à aceitação, degradada, de sua presença, pessoa ela a ser vista no quadro da cultura onde se inscreve que a compreende, inafastavelmente, como requer **Okimoto**:

*“Rational choices, culture, and institutional structure
coexist in an interwoven relationship of complexity.
Culture conditions rational choice and permeates
institutional structure; rationality and institutional*

Hence, comparisons with the United States may show Japanese antitrust policies in too harsh a light.” cf Daniel Okimoto, in ob. cit. p.14.

³¹ Entre nós sempre açodada a importação cultural, ou mesmo a de meras práticas estrangeiras, deve-nos servir o fato da experiência japonesa como forte elemento dissuasório, ao pensarmos em adotar quaisquer práticas, próximas que sejam, da “orientação administrativa”, informalmente empregada pela administração pública do Japão. Ao nosso ver, desde já devem ser rejeitados, por abusivos do direito conferido a agentes administrativos, experimentos tais como a promoção de acordos entre agentes econômicos, ou entendimentos entre eles, ou ainda respostas a eventuais consultas que formulem.

A estrutura da administração pública brasileira, sua experiência, e sobretudo o direito administrativo brasileiro verberam a ação do agente administrativo que não se dê, estritamente, nos termos da Lei. Assim, no direito da concorrência brasileiro os órgãos aplicadores de suas normas legais acham-se vinculados às formas de manifestação a eles prescritas exclusivamente na Lei 8.884/94.

*structures, in turn, give contextual shape to the ways in which individuals and groups draw upon and enact cultural values. The complexity of the interaction means that, contrary to economists who dismiss its significance, culture plays a central role in political-economic behavior”.*³²

Pela mesma forma devemos avaliar a experiência brasileira de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico para, então, contrapormo-la à japonesa. A nossa experiência debate-se com realidades opostas (e antigas) não só à do Japão mas a das economias democráticas; a saber: a tradição do autoritarismo político que, ao centralizar um poder praticamente incontrastado em mãos do Executivo, marca-lhe por igual a ação exercida seja sobre o setor privado do país, seja sobre o setor público; e a crônica inabilitação em que é mantida a administração pública.

Serve-nos contudo a experiência japonesa não para ser copiada, mas para ser meditada. E por duplo motivo: primeiro para ajudar-nos a consolidar o respeito aos princípios constitucionais, complementares entre si, da livre-iniciativa e da livre-concorrência, os quais só serão afirmados se a intervenção do Executivo no setor privado ocorrer, sempre, na forma da Lei; e, segundo para provar-nos que, sem um quadro funcional devidamente habilitado, a administração pública não

³² in Daniel I. Okimoto, ob. cit. p. 237/8.

é capaz de bem defender o interesse público e assim não pode servir plenamente à sociedade.

