

Concorrência no Brasil colonial?

A demora em elaborar um direito da concorrência no Brasil tem relação com a nossa estrutura colonial.

Conforme consabido, Portugal adotou no Brasil o modelo de colônia de exploração e buscou aumentar suas receitas como metrópole por meio de diversas estratégias, entre elas, a imposição de tributos (é o que chamamos de fiscalismo) e o controle rígido do comércio, indústria e agricultura brasileiras.

Do período pré-colonial, início do século XVI, até o final do período colonial, em meados do século XIX, o mercado interno era voltado para a produção de ouro, madeira, algodão e cana-de-açúcar, produtos que seriam comercializados pela metrópole com outras nações europeias, especialmente a Inglaterra.

Por muito tempo nós não estruturamos um mercado forte para competir entre si.

Somente em 1808, no início do período joanino, com a chegada da família real portuguesa ao Brasil em decorrência da invasão napoleônica é que houve a necessidade de desenvolver o país e adaptá-lo à condição de reino, a partir de uma política de enfraquecimento do fiscalismo típico do período colonial.

Nesse cenário, importantes medidas foram tomadas, tais como a abertura dos povos às nações amigas, a criação do Banco do Brasil, a criação da imprensa e a liberdade de manufatura e indústria.

Embriões do direito concorrencial na constituição de 1934

A Constituição de 1934, promulgada durante o governo de Getúlio Vargas, deixou clara a existência de uma liberdade econômica no Brasil, contudo, explicitou que ela deveria ser exercida em favor do interesse público.

Vejamos a redação dos arts. 115 e 116 dessa norma:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

No período Vargas, as constituições passaram a se preocupar com o funcionamento do mercado.

A Constituição de 1937

A Constituição de 1937, também conhecida como Constituição Polaca, abre o período ditatorial da Era Vargas que se estendeu até 1945.

Essa norma institui dois dispositivos fundamentais para o surgimento do direito da concorrência brasileiro, são eles, os arts. 135 e 141:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

O primeiro previu a liberdade econômica, mas também a necessidade do Estado intervir no domínio econômico para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção de modo a resolver conflitos. Além de prever uma tipologia da intervenção estatal na economia.

Já o segundo dispositivo previu a necessidade de criação de uma lei para regular os crimes contra a economia popular, dando origem ao Decreto-Lei 869/1938 que tipificou tais crimes, tratou da fixação de preços, da manipulação de oferta/procura, do preço predatório e ainda disciplinou o controle de acordos ou atos que pudessem impedir a concorrência com o objetivo de atingir o aumento arbitrário de lucros. Observamos que esse decreto-lei tratou de práticas anticoncorrenciais.

Lei Malaia de 1945

Anos mais tarde, Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei 766/1945, idealizado por seu ministro Agamemnon Magalhães, apelidado de malaio por seus traços físicos. Por esse motivo, o texto

ficou conhecido como Lei Malaia.

Essa norma foi pioneira do antitruste, tinha caráter administrativo e criava a CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica - que é o embrião do atual CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Ocorre que, no mesmo ano, Getúlio Vargas foi deposto e o governo provisório que se instaurou revogou esse decreto-lei de modo que nós ficamos sem regulação de defesa da concorrência até o ano de 1962.

A constituição de 1946

A Constituição de 1946 também foi muito importante em matéria de defesa da concorrência, especialmente no que toca ao seu art. 148 que afirmava a necessidade de criação de mecanismos para reprimir qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive os agrupamentos de empresas. Nos seguintes termos:

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Podemos notar que o art. 36 da atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) tipifica o ilícito concorrencial com base nos quatro conceitos trazidos pelo dispositivo citado, quais sejam, abuso de poder econômico, dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros.

Lei 1.521/1951

Mesmo com a revogação da Lei Malaia, muitos comportamentos que atentavam contra a concorrência continuavam tipificados na legislação penal, como por exemplo o Decreto-Lei 869/1938.

Nesse sentido, a Lei 1.521/1951 renovou a legislação de crimes contra a economia popular e criminalizou vários comportamentos anticoncorrenciais. Vamos conferir:

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcas ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Finalmente, uma lei de defesa da concorrência

Em 1962, surgiu a Lei 4.137, idealizada pelo ministro do Getúlio Vargas responsável pela Lei Malaia, que objetivava corrigir defeitos de mercado e proteger o consumidor, criava válvulas de escape, previa atividade sancionadora administrativa de ilícitos concorrenciais e o controle prévio de atos ou contratos que pudessem diminuir a concorrência.

Apesar dos avanços, a norma teve baixa efetividade. Pouquíssimos casos foram julgados e menos ainda condenados, o CADE foi visto como inoperante e o Estado o desarmou, pois adotava na época uma política concentracionista.

A Professora Paula Forgioni afirmou que a lei teve alguns “surto de vigência”, porque durante o governo militar não havia grande interesse em proteger a concorrência, mas sim estimular a criação de grandes empresas e promover o crescimento do país com forte investimento público e com a ação de grandes empresas estatais.

Concluimos que o contexto não era propício para o desenvolvimento do direito concorrencial, como é atualmente.

Novidades da LDC/1991

A Lei 8.158/1991 alterou expressivamente a LDC/62 e criou o controle posterior de operações de concentração.

A citada norma também criou a SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico - embrião da SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico -, com competências para atuar no controle de infrações e de concentrações

Além disso, previu uma válvula de escape, ou seja, a aprovação excepcional de atos restritivos por motivo de economia nacional e de bem comum.

Observa-se que o art. 74 da LDC/62 previa a aprovação automática de uma concentração econômica se não analisada dentro do prazo legal, o que se denomina julgamento tácito.

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará

entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sôbre êle se pronuncie.

A Lei 8.158/1991 manteve esse instituto.

LDC/1994 (Lei nº 8.884)

A Lei 8.884/1994 efetivamente criou um sistema novo ao reorganizar os componentes do antigo sistema de defesa da concorrência, nos seguintes termos:

- Transformou a antiga Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) em Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE);
- A Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) assumiu funções claras principalmente na instrução e abertura processual;
- O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi transformado em autarquia, criando personalidade jurídica própria, autonomia financeira e decisória, e escolhendo conselheiros com base em critérios objetivos e técnicos. Concentrou-se na função de julgamento;
- A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e o Ministério Público ganharam espaço no antitruste;
- Foram inseridos os compromissos de cessação e de desempenho;

Em 2000, a Lei 10.149 inseriu a leniência na LDC/1994.

Ocorre que alguns problemas persistiram dentro do sistema, tais como a confusão do CADE como autarquia causada pela disposição da SDE como órgão, a ausência de recursos humanos suficientes e a redução de mandato criada em 1991.

Em contrapartida, tivemos muitos avanços em relação ao direito concorrencial anterior. É bem sintetiza a Professora Paula Forgioni:

- “Consolidação do controle das concentrações empresarias”;
- “Consolidação do controle dos cartéis”, com a ampliação da consciência de ilicitude da prática;
- “Aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE”, dada a melhoria das investigações e das análises técnicas;
- “Aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.”

Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 não modificou o direito econômico da concorrência, ou direito da concorrência em sentido material, como por exemplo o que é infração concorrencial ou concentração, na verdade essa norma promoveu modificações organizacionais e processuais.

A norma realizou enorme reestruturação orgânica, fortaleceu o CADE, o Plenário do CADE se transformou em Tribunal Administrativo, a SDE que fazia parte do Ministério da Fazenda se transformou em Superintendência Geral (SG), que é um órgão interno do CADE e foi consolidado um Departamento de Estudos Econômicos (DEE) dentro da autarquia.

Essa lei ainda criou vários cargos para o CADE, incrementando os seus recursos humanos.

Em matéria processual também tivemos grandes avanços, porque a lei sistematizou os procedimentos e processos utilizados no direito da concorrência, modificou o regime jurídico dos acordos, previu novas formas de participação de terceiros nesse processo, o que se denomina permeabilização do processo concorrencial, alterou prazos e previu novo quórum decisório.