

A INTEGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ECONÔMICOS E DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA LEGISLAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Alberto Venancio Filho

A vigência há mais de trinta e cinco anos da legislação da concorrência, iniciada a rigor com a Lei 4.137 de 10 de setembro de 1962, oferece margem para uma análise de caráter inter-disciplinar, aliando os princípios econômicos à norma jurídica. Entretanto nesse longo período esta legislação não teve uma aplicação extensa, e, sobretudo não ser realizou a integração entre um e outro domínio. Ao tecer algumas considerações sobre a matéria, temos de nos concentrar na doutrina e na jurisprudência norte-americana, referindo a discussões motivadas pelo Decreto-Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945, e aos debates legislativos que precederam a edição da Lei nº 4.137, quando o tema foi debatido de forma expressiva.

Infelizmente no Brasil por força de uma formação universitária estanque, advogados e economistas não tem encontrado um denominador comum para o exame dessa e de outras matérias. Até há pouco tempo -- hoje felizmente com algumas exceções -- os conhecimentos econômicos fornecidos nas faculdades de direito eram extremamente insuficientes, e nas faculdades de economia, também com raras exceções predomina a economia matemática. Falta alguém para lembrar a reflexão de Celso Furtado de que só os economistas acham que os problemas econômicos são exclusivamente econômicos.

A primeira manifestação de integração do direito com a economia na legislação sobre a concorrência encontra-se na Exposição de Motivos do decreto lei 7.666 de 22 de junho de 1945 de autoria de Agamenon Magalhães que dispunha sobre os atos contrários à ordem social e econômica.

O decreto lei tinha a nítida inspiração do Ministro da Justiça Agamenon Magalhães, que se preocupava com o assunto desde gestão anterior, quando ocupava o Ministério do Trabalho e da Indústria, ao examinar o problema de patentes que já estavam em domínio público, e que eram exploradas por empresas controladas por estrangeiros. A exposição de motivos revelava essas motivações numa fase de transição da economia brasileira, de uma economia puramente agrária, que se alterara a partir de 1930, e prosseguira com os efeitos da 2ª guerra mundial, ao provocar limitação às importações, facilitando o surgimento de novas indústrias.

A exposição de motivos começava dizendo “que o surto do nosso progresso industrial e a situação criada pela guerra na sua faixa paradoxal de tirar dos que não tem para dar aos que tem exigem do governo medidas de proteção às atividades econômicas sadias.

A concentração do poder econômico gerou o capitalismo financeiro. A paixão pelo lucro substituiu o senso da utilidade e do serviço. Os valores em vez de servir só ao homem passaram a contribuir para o seu aniquilamento. Os “trustes”, desorganizando a pequena indústria, a economia familiar e a de consumo, colocaram as classes médias e as classes trabalhadoras à sombra da indigência econômica.

Novas medidas se impõem. Lucros extraordinários provocados pela guerra estimulam a criação de novos latifúndios. Acelera-se o êxodo dos campos em benefício das cidades, onde se levantam fastuosos arranha-céus, com dinheiro arrancado, muitas vezes, da zona rural depauperada. Esses fenômenos constituem consequências nefastas do exercício abusivo do poder econômico, contra o qual se tem sistematicamente insurgindo a opinião pública, leiga ou técnica”.

O decreto-lei recebeu numerosas críticas e dentre esses pronunciamentos, um dos mais expressivos é o de João Daudt de Oliveira amigo do Presidente Vargas, então Presidente da Associação Comercial do Rio de Janeiro, instituição mais que centenária e na época uma espécie de organização nacional de defesa das classes produtoras.

Diria:

“deponho com isenção sobre as repercussões danosas do decreto lei 7.666, se este for aplicado com o mesmo espírito que presidiu a sua direção. No Brasil é cedo ainda para pensarmos em defender a liberdade de empresa contra monopólios provenientes de agrupamentos. Estes, ou não existem, ou pertencem ao Estado. Nossa fraqueza econômica favorece justamente outros males, como falta de poder aquisitivo da massa e a insuficiência de capitais nacionais para criar a nossa riqueza.

Por muito útil que fosse prevenir o futuro desenvolvimento de manobras monopolísticas no Brasil, mais premente é a necessidade de uma política de redução do custo de vida com a inversão de novos capitais na produção de bens essenciais (depois de sustada a inflação, que inutilizará todas as tentativas de construção econômica). Nossa crise é de debilidade. O que se impõe é estimular as iniciativas, não desencorajá-las. Ora, o decreto 7.666, pela insegurança e pelas incertezas que cria, prejudica a liberdade de comércio e de produção e obstará a entrada de capitais estrangeiros para aplicação no desenvolvimento de um país em obras que beneficiem a produção”.

As observações de Eugenio Gudín, ilustre economista, não se referiram propriamente à necessidade do decreto-lei, pois afirmava ter apresentado à Comissão de Planejamento Econômico recomendação para a criação junto ao Ministério Público de organismos técnicos-jurídicos aos quais caberia combater os monopólios, os trustes, os cartéis e a alta artificial de preços. Propunha, porém, um organismo técnico de engenheiros, industriais e economistas para proceder à investigação preliminar sobre a existência de manobras monopolís-

ticas ou restritivas. Um organismo técnico parecia a ele indispensável para instruir processos em matérias em que os juristas procuradores da República não são geralmente versados. Uma vez verificada a forte presunção da existência de tais propósitos, o organismo técnico submeteria o caso à Procuradoria da República, que julgaria dos fundamentos legais, e o denunciaria ou não aos tribunais competentes com possibilidade de ampla defesa do acusado.

Na introdução ao volume “Abuso do Poder Econômico” de 1949, ao apresentar à Câmara dos Deputados o projeto 122/49, que se converteria na Lei 4.137, diria Agamenon Magalhães que havia uma nova teoria em economia, a competição imperfeita, apregoada por Mrs. Joan Robinson no livro “The Economics of Imperfect Competition (1933). Só há competição perfeita ou livre concorrência, quando há vendedores de um mesmo produto podendo o consumidor adquirir livremente a um ou a outro.

Quando há um só vendedor ou um pequeno número deles, a elasticidade da procura sofre redução, ficando o consumidor sujeito às condições de preços, qualidades e quantidades que lhe forem impostas. Desaparece então a livre concorrência e a competição torna-se imperfeita.

Em conferência pronunciada no Clube Militar em 1949, publicada no volume “Abuso do Poder Econômico”, depois de ter apresentado projeto de lei sobre a matéria, Agamenon Magalhães declarava que “as linhas gerais do projeto tem por finalidade proteger a liberdade da iniciativa e a liberdade de concorrência, defender a ordem econômica dentro da legalidade democrática.

Em 1955, no curso da tramitação do projeto foi constituída comissão especial para emitir parecer sobre a matéria. A Comissão ouviu três ilustres figuras do meio jurídico e econômico, o Professor Hermes Lima, mais tarde Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Nelson Hungria, Ministro do Supremo Tribunal Federal e o Professor Alexandre Kafka, economista da Fundação Getúlio Vargas, depois representantes do Brasil no Fundo Monetário Internacional. Os dois primeiros depoimentos tem relativa relevância para o tema, mas o Professor Alexandre Kafka realizou depoimento de maior importância, justamente analisando as questões da integração entre os princípios econômicos e jurídicos com atualidade ainda nos dias de hoje.

Começava afirmando que Adam Smith, o pai da economia liberal, no livro “O Inquérito sobre a Origem e a Natureza da Riqueza das Nações”, reproduzira frase famosa “raramente reúnem-se comerciantes em torno de uma mesa para ceiar ou beber que não haja uma conspiração contra o consumidor”.

O princípio corrente na época era o da livre competição como estado natural das coisas e ótimo do ponto de vista social, admitindo poucas exceções como os monopólios naturais e os monopólios legais.

Apresentava reparos a essas conclusões, pois considerava que do ponto de vista da ciência econômica atual, ocorria exatamente o contrário, isto é, o monopólio é a situação natural, e a livre competição situação excepcional, que praticamente só se encontra na agricultura. E afirmava “de maneira que efetivamente a ciência econômica moderna olha para o mundo como um mundo de monopólios com algumas ilhas isoladas de competição principalmente na agricultura”. Quanto à nocividade dos monopólios, considerava que podem ser benéficos em certas condições, e isto está implícito na legislação sobre marcas e patentes, direitos autorais e monopólios de fomento do desenvolvimento econômico.

Considerava entretanto, que antes de se elaborar a lei, a Comissão deveria fazer uma larga investigação sobre a importância das práticas monopolísticas porventura existentes no país. Tal ocorrera na Inglaterra antes de se baixar em 1946 a lei sobre controle dos monopólios; durante vários anos uma comissão investigou a existência das práticas monopolísticas e só após verificar que as práticas eram realmente importantes foi baixada a lei.

Na Itália, por ocasião da discussão de projeto de lei anti-truste Tulio Ascarelli, eminente jurista mas com fina percepção dos assuntos econômicos, examinou o tema sob aspectos que se enquadram perfeitamente nessa linha de considerações. “Obviamente o primeiro problema a examinar é em que medida a indústria italiana é consorciada e mais ainda em que medida opera em situação de monopólio e oligopólio, porque esta verificação de fato constitui a premissa do procedimento legislativo”.

Em seguida afirmava “que uma disciplina legislativa dos consórcios tem sempre um alcance limitado (mesmo quando fixados seus contornos), porque permanece naturalmente estranha a um complexo de providências, sobretudo de caráter aduaneiro e fiscal, que mais do que procedimentos em termos de consórcio podem influenciar a estrutura do sistema econômico.

Assim, um projeto de lei sobre consórcios só pode conceber-se quando enquadrado numa política que, partindo da constatação de um elevado percentual de empresas operando fora do âmbito da livre concorrência, e de uma elevada rigidez da estrutura econômica, vise a uma liberação e a uma melhor elasticidade de estrutura, endereçada a este fim a política econômica”.

E conclui “quem escreve estas páginas está convencido da extrema dificuldade, direi quase do caráter revolucionário em nosso ambiente, de uma lei sobre consórcios e tutela do consumo. Está também convencido da escassa e relativa influência desta lei, porque a estrutura econômica de um país é sempre determinada por um complexo de fatores, nas quais uma lei isolada em confronto tem um alcance limitado”.

Em matéria das relações entre direito e economia no direito da concorrência, o estudo que me parece mais relevante é o de Mark Massel, pesquisador do Brookings Institute, primeiramente no capítulo “Competition and

Monopoly” do volume “Economics and The Policy Maker” (Brookings Lectures) e posteriormente no livro “Competition and Monopoly (Legal and Economic Issues)”.

O direito à concorrência é provavelmente o único entre as áreas do governo em que a análise econômica pode ser aplicada, considerando que as leis da concorrência são formas de regulação das atividades econômicas e sua aplicação está centrada no litígio. Em contraste, a atividade governamental raramente fornece ocasiões para litígio em campos tais como a estabilização, política monetária e fiscal, comércio internacional e desenvolvimento econômico.

Assim, o pré-requisito para uma adequada aplicação da análise econômica na administração das leis anti-truste é desenvolver instrumentos analíticos que sejam úteis para os procedimentos de litígio e que possam ser adaptados ao instrumental do advogado.

A efetiva aplicação da análise econômica no anti-truste exige uma apreciação das diferenças entre a metodologia jurídica e econômica. A lei fornece regras que são baseadas na estrutura reconhecidas das leis e das decisões dos tribunais. Certamente há muita incerteza na lei, que, entretanto, é capaz de resolução, ainda que temporariamente, por procedimentos operados num esquema claro. O sistema legal oferece mecanismos efetivos para determinar o vencedor e o perdedor numa controvérsia. Considerando que o sistema é baseado numa técnica de procedimentos adversos exige que as partes aceitem a decisão do tribunal superior. Assim, durante o litígio o advogado ficará informado da certeza ou do erro.

Ao contrário o economista funciona num esquema operacional nebuloso. Embora frequentemente faça previsões, não há nenhuma determinação clara do sucesso ou fracasso. Muitos podem concordar com ele, mas não há mecanismo para uma determinação clara e manifesta da correção de suas descobertas. Afinal o teste da análise econômica é o que acontece na economia. Entretanto, mesmo esse teste pode não ser conclusivo, devido ao efeito das forças e circunstâncias que não foram abrangidas pela análise ou que não foram visualizadas quando da análise.

Outra distinção entre o direito e a economia relaciona-se na diferença de padronização dos termos técnicos. Em muitos campos o direito emprega termos relativamente bem definidos, que são aceitos por todos os participantes. Os significados de muitas palavras são estabelecidas pelas leis e decisões dos tribunais, e podem ser comprovadas pelo precedente. De outro lado, não há procedimento organizado para fixar o sentido dos termos econômicos que sejam aceitos por todos os membros da profissão. Uma vez que os problemas econômicos são mais difíceis de resolver, as questões de terminologia

são especialmente controversas e atenção deve ser dada, nos debates ao significado das palavras.

Na verdade no plano legislativo, o economista pode usar o advogado para assistí-lo em suplementar interpretações jurídicas e redação das leis. Ao contrário o advogado comanda o show administrativo. Aqui o economista é o assistente, ajudando o advogado com idéias, preparação do material e análises. O economista deve aceitar os limites das ações existentes e operar em seu âmbito.

Esta distinção foi apresentada muito nitidamente de maneira a acentuar a diferença de funções. Obviamente as diferenças não são preto e branco, pois há vários tons de cinza.

Entretanto, o ponto principal permanece. Os economistas frequentemente combinam sua análise de forma desnecessária dentro das limitações da legislação existente, quando discutem políticas. De outro lado, frequentemente não reconhecem o papel do advogado da administração das relações existentes e omitem problemas operacionais pertinentes.

O relatório do Cômite Nacional da Procuradoria Geral dos Estados Unidos para o estudo das leis anti-truste (1955) tem expressões bastantes relevantes. “Os economistas tem dado nos anos recentes atenção crescente ao estudo das situações factuais detalhadas e desenvolveram uma teoria complexa e multiforme da competição “efetiva” ou “exequível”, levando em conta um âmbito muito maior de fatores de mercado relativos à identificação da competição e do monopólio no sentido econômico. Mas particularmente por causa do significado geralmente dado aos adjetivos “efetivo” e “exequível”, precisamos ter cautela pois a teoria não fornece um padrão da legalidade sobre a legislação anti-truste. Os requisitos legais são prescritos pelos legisladores e pelos tribunais, não pela ciência econômica. As exigências da legislação anti-truste podem em certos casos também exigir investigação de fatores não econômicos”.

Em conclusão, quando um juiz decide em última instância uma determinada questão que seja considerada certa ou errada, essa decisão ganha os foros de certeza e segurança, enquanto que em matéria econômica sobre qualquer questão não há instância final que arbitre a controvérsia. Para o juiz, não há possibilidade de deixar de decidir uma questão e para isso pode se socorrer de vários princípios que o próprio ordenamento jurídico oferece e que servem para preencher as lacunas. Esses princípios gerais conduzem a uma decisão quando não há norma expressa, e a legislação suíça, por exemplo, contém norma de que em caso de lacuna o juiz deve estabelecer a norma como se fosse legislador.

Há vários princípios de interpretação que ajudam o juiz a tomar uma decisão no caso concreto. A própria lei brasileira dispõe que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os

princípios gerais do direito, e na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

As sugestões que ocorrem frequentemente de que nos casos da legislação de concorrência o julgador dever ser um economista, descartam completamente essa tradição que tem se consolidado através dos anos no país e no estrangeiro.

Essas considerações apenas afluem o tema, que exige maiores aprofundamentos, dentro de uma visão inter-disciplinar, aliando conhecimentos jurídicos e conhecimentos econômicos, e encarando o direito como instrumento de mudança social, pois nas expressões de Alfredo Lamy Filho “é do direito que hão de vir as soluções. Esta é, pois, a hora do jurista que não pode ficar apegado a instituições que fenecem, colocando-se de costas para o futuro, por amor a uma ordem que não é mais ordem. Cumpra-lhe, com seu pensamento crítico, e sua fé na justiça, retomar a liderança que lhe cabe no processo, tentar a abertura de caminhos novos, trazer sua contribuição ao mundo que nasce, participar da grande aventura de torná-lo mais humano e solidário”.

