

UM CARTEL NO IMPÉRIO

PEDRO DUTRA

Especialista em Direito Econômico, Defesa da Concorrência e Regulação.
Membro do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência
e de Consumo (Ibrac). Membro do Iasp. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial, Consumidor; Constitucional; Concorrencial

RESUMO: Este trabalho recupera debate jurídico havido em 1874 em face de representação formulada perante Conselho de Estado pelo presidente da província de Pernambuco sobre a natureza jurídica e legalidade de contrato mantido por comerciantes de 'carne verde' da Província e sobre os efeitos danosos aos consumidores e à concorrência que esses contratos ensejavam.

PALAVRAS-CHAVE: Coligações - Associação - Cartel - Monopólio - Regulação de mercado - Simulação - Fixação de preço.

ABSTRACT: The article discusses a legal issue which took place in 1874 regarding a petition presented by the President of the "Província de Pernambuco" before the State Counsel on the legal nature and lawfulness of the venture established by row meat dealers of the Província and its detrimental effects on consumers and competition.

KEYWORDS: Conspiracy - Association - Cartel - Monopoly Market regulation - Price fixing.

"No Brasil não se sentiu sempre, como em outros países, a necessidade de instituir o estudo de História do Direito Nacional."

1.0 Há exatos cento e quarenta anos – em abril de 1874 – “Sua Majestade o Imperador” expediu Resolução cuja ementa diz: “são proibidas as coligações de mercadores destinadas a afastar a concorrência, e encarecer arbitrariamente os gêneros de primeira necessidade”.²

1. Essas e as demais citações sobre este tema foram extraídas do Parecer – Comissão de Ensino e Recursos. Conselho Universitário, da Universidade do Rio de Janeiro. San Tiago Dantas, relator. Rio de Janeiro, 12.07.1938. O parecer foi aprovado na mesma data, em reunião havida na sala de sessões, como consta de certidão expedida em novembro de 1938. Arquivo San Tiago Dantas.
2. “Sala das Conferências da Secção de Justiça do Conselho de Estado, em 19 de Setembro de 1873. – José Thomaz Nabuco de Araujo – Visconde de Jaguaray – Visconde de Nictheroy. Resolução como parece. (*) Paço, em 18.04.1874. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. Manuel Antônio Duarte de Azevedo.” As citações a seguir foram extraídas desta Consulta.

Subscrevia o Imperador Consulta expedida pela Seção de Justiça, do Conselho de Estado, datada de 19.09.1873, firmada pelos Conselheiros José Thomaz Nabuco de Araújo, relator, Visconde de Jaguaré e Visconde de Niterói,³ “sobre um negócio, que, prejudicando terceiros, por isso merece o cuidado da administração”. Este “negócio” fora denunciado ao Conselho pelo presidente da província de Pernambuco, e a ele eram referidos “defeitos arguidos ao contrato em conta de participação, [empresa] estabelecida na capital daquela província para venda de carne verde (...)”. Dava nota o presidente da província de que, “tenho ouvido geral clamor sobre a venda de carne verde que, sendo de péssima qualidade, é talhada na razão de 800 a 1.000 réis o quilograma. Tratei de investigar as causas desse fato e se havia fundamento no que se dizia de ser antes disso o produto de uma especulação, do que o resultado de causas naturais e circunstâncias do tempo”.

A denúncia focou inicialmente uma questão de natureza comercial: seria a referida sociedade em conta de participação, denominação que lhe deram seus instituidores, ou seria ela uma sociedade anônima, à qual seus instituidores deveriam ter requerido a indispensável autorização do Governo e registro no Tribunal de Comércio, nos termos da lei (art. 295 do Código Comercial)?⁴ Mas não descurou a denúncia do real objeto do contrato: “este contrato, que a princípio passou despercebido, atualmente merece a mais séria consideração, em razão do monopólio e descomunal encarecimento das carnes verdes que são talhadas e expostas ao consumo da população, e

Este artigo não poderia ter sido escrito não fosse o extraordinário trabalho do prof. José Reinaldo Lopes, profícuo e atilado pesquisador da história do nosso Direito, sobre o Conselho de Estado, reunido em seu livro *Oráculo de Delfos*. Nele, o Autor identifica a questão concorrencial citada, com exatidão, ao revelar a riqueza, em qualidade e extensão, dos trabalhos daqueles conselheiros. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o conselho do Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 298-300.

3. José Thomaz Nabuco de Araújo (1813-1878), uma das figuras mais representativas da vida pública no Império brasileiro, foi deputado geral, presidente de província, ministro da Justiça e senador do Império, nos últimos 20 anos de sua vida. Seu filho, Joaquim Nabuco, o grande abolicionista e primeiro embaixador do Brasil nos Estados Unidos, escreveu a biografia de seu pai, obra entre as mais notáveis do gênero, *O Estadista do Império*, publicada em 1899. Sobre Nabuco de Araújo, cf. DURRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Padua, 2004. p. 85. Francisco de Paula Sayão Lobato (1815-1884), Visconde de Niterói, foi juiz, ministro da justiça, deputado federal e senador do Império. José Ildelfonso de Souza Ramos, 2.º Visconde de Jaguaré (1812-1883), foi deputado, presidente de província e ministro da justiça. Neste cargo, foi precedido por Saião Lobato em 1871.
4. “Art. 295 – As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado.” Vide Dec.-lei 2.627, de 1940. Lei 556, de 25.06.1850.

ainda mais pelos infalíveis resultados que parecem dever seguir-se em relação à alteração de ordem pública". E, atento, ao papel da imprensa, o presidente da província enviou à Seção de Justiça do Conselho de Estado um exemplar do *Diário de Pernambuco*, onde se lia: "Há no Recife geral clamor sobre a carne verde (...)".

À denúncia foram trazidos pareceres do fiscal e do presidente do Tribunal de Comercio da Corte.

Em sua manifestação, a Seção de Justiça, pelo seu relator, concordou com o Tribunal do Comércio de que não se tratava de "companhia ou sociedade anônima", como entendia o tribunal, mas, tampouco, se tratava de uma sociedade em conta de participação, como supunha o governador da província. E o relator desvela a verdadeira natureza da associação: "ressumbra do contrato e regimento interno respectivo que a suposta participação não é tal senão no nome e, na definição, copiado do art. 325 do Código do Comércio; mas é uma simulação, sendo que não tinha outro fim senão que a coligação desses mercadores do gado, para manter o exclusivo da compra dele, e a regulação e a unidade do preço da carne verde"; e essa associação, "de fato, monopoliza esse gênero de primeira necessidade; arredando por impossível toda a concorrência e elevando o preço da carne como lhe apraz".

2.0 "Qual a providência" a ser tomada, indaga a seguir o relator. Difícil encontrá-la no ordenamento jurídico de então, diz. Que era nula a associação não havia dúvida "no sentir da Seção", pela voz do rel. Nabuco de Araujo, sobrelevando essa nulidade "por seu objeto, manifestamente ofensivo da sã moral (art. 129, § 2.º, do Código Comercial)".⁵ Contudo, a decretação da nulidade dependia de ação judicial, e quem a deveria propor, "no interesse público, se algum ou alguns sócios ou terceiros a não propuserem?".

Não existia um Ministério Público perante a jurisdição civil no que diz "respeito às coisas públicas, senão nos casos expressos nas leis", o que impedia o Promotor Público e o Procurador da Coroa, a tanto incompetentes, proporem a ação. Dependesse sociedade em conta de participação do registro, ou não pudesse existir sem ele, a sua proibição ou anulação seria decretada pela autoridade habilitada ao registro, mas este não era o caso. Ação popular, "isto é, proposta por qualquer pessoa do povo", oriundas do Direito Romano, e "admitida por nossos praxistas (Correa Teles e Lobão) e aplicáveis à conservação e defesa das coisas públicas, não tem sido modernamente usadas entre nós."

No âmbito do Direito Penal, o "fato ilícito de que se trata está fora da compreensão da lei criminal". E, sobre este ponto, "cumpre ao presidente da província, por

5. "Art. 129. São nulos todos os contratos comerciais: (...)

§ 2.º que recatrem sobre objetos prohibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes. Lei 556, de 25.06.1850."

intermédio do chefe de polícia, promova uma postura municipal proibindo estas coligações tendentes a impedir a concorrência e elevar arbitrariamente os gêneros de primeira necessidade, tendo em vista o citado art. 66, § 8.º, da lei de primeiro de outubro de 1828”.⁶

Por fim, “conclui a Seção dos negócios da justiça sobre essa questão, que conviria uma providência legislativa”.

Mas discrepa o Visconde de Nictheroy. Em seu “conceito, o fato de uma simulada associação comercial, para o real fim de defraudar o público na venda de carne”, uma vez investigado o fato em todas as circunstâncias e correlações em processo regular, “se manifestará à luz da evidência a fraudulenta extorsão que é feita aos habitantes do Recife pelos simulados sócios. Não altera e longe de minorar, agrava a natureza do crime o ser a finta lesiva levada ao público em geral”. E conclui: “no caso da ardilosa associação dos mercadores de gado do Recife, a fraude da suposta empresa comercial e o esbulho da população daquela cidade se manifesta a não deixar a mínima dúvida; e é dever da administração pública promover competentemente o procedimento criminal respectivo. Vossa Majestade Imperial Mandará o que for melhor”.⁷

3.0 O Conselho de Estado, cuja Seção de Justiça apreciou a representação do presidente da província de Pernambuco, fora constituído em novembro de 1841, nos termos da Lei 284, daquele ano. Composto de 12 membros ordinários, reunidos, ou em seções, estas presididas pelos ministros de Estado a que pertencessem os objetos das Consultas, e o Conselho, reunido, presidido pelo Imperador, sendo todos os seus membros por ele nomeados. Os conselheiros eram responsáveis pelos conselhos que dessem ao Imperador, “opostos à Constituição, e aos interesses do Estado, nos negócios relativos ao poder moderador”. Incumbia ao Conselho de Estado “consultarem todos os negócios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo para resolvê-los”. Ouvia o Imperador o Conselho, sobretudo em questões relativas a conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas, e as ju-

6. “Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito à polícia e economia das povoações e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objetos seguintes:

(...)

§ 8.º Protegerão os criadores e todas as pessoas que trouxerem seus gados para os venderem, contra quaisquer opressões dos empregados dos Registros, e currais dos Conselhos aonde os haja, ou dos marchantes e mercadores deste gênero, castigando com multas e prisão, nos termos do título terceiro, art. 71, os que lhes fizerem vexames e acintes para os desviarem do mercado.”

7. “Sala de conferências da seção de justiça do Conselho De Estado, em 19 de setembro de 1873. Como parece. Paço, 18.04.1874. Com a rubrica de sua Majestade o Imperador. Manuel Antonio Duarte de Azevedo.” Mantivemos a grafia original, que ditava grafar-se em maiúscula o verbo que tivesse o Imperador por sujeito.

diciárias; e sobre decretos, regulamentos, e instruções “para boa execução das leis, e sobre propostas que o Poder Executivo tenha de apresentar à Assembleia Geral”. Com a República, foi extinto o Conselho de Estado.

4.0 O tratamento dado à Consulta submetida à Seção de Justiça, do Conselho de Estado, é absolutamente preciso ainda hoje.

Inicialmente, venceu a Consulta a questão de ser ou não anônima ou em conta de participação a sociedade formada pelos mercadores de gado – em verdade, nenhuma das duas –, fixando a questão a ser enfrentada: serviu a (esdrúxula) forma societária a acobertar “a regulação e unidade do preço da carne verde” no Recife.

O vocábulo cartel, no seu significado atual – uma das infrações à ordem concorrencial – não era ainda conhecido àquela altura nesta acepção,⁸ mas os elementos

-
8. O vocábulo cartel inscreveu-se no idioma português proveniente do francês, significando inicialmente “carta, cujo contexto se dirige a desafiar para duelo, justas, torneios, etc., mas geralmente em sentido hostil”, e, ainda, “rótulo ou papel com letra, versos ou prosas, pregado em público (...)”, como anota SILVA, Antônio de Moraes. Dicionário da Língua Portuguesa. 7. ed. Lisboa. 1877. p. 343.

Em seu Dicionário Contemporâneo de língua portuguesa, de 1921, Caldas Aulete registra cartel, proveniente do francês *cartel*, como “carta de desafio; provocação. Disco que se põe em armações para festas, solenidades religiosas ou políticas”. (Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Lisboa. 1921. p. 294.) E Antenor Nascentes, em seu dicionário etimológico, de 1932, registra cartel, do italiano, *cartelo*, “cartaz, diminutivo de carta, papel, no sentido de carta de desafio, acrescentando que a Academia Espanhola reconhece a mesma origem para o Espanhol e o Francês idêntico ao Português (Dicionário etimológico da língua portuguesa. Antenor Nascentes. 1.^a e única edição. Rio de Janeiro 1942). Laudelino Freire, em seu dicionário da língua portuguesa, em 1941 já registra vocábulo cartel como “sindicatos de empresas produtores” (A Noite S. A. Editora).

José Pedro Machado, em seu Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, registra o vocábulo cartel, ao tratar da origem etimológica do vocábulo carta; cartel viria do francês *cartel*, este do italiano *cartelo*, significando “afiche, placard” (afixo, placar), carta de desafio, derivando de *carta* “papel escrito”. E, dando o significado registrado por Moraes Silva, abona-o com o autor português Antonio Ferreira, do século XVI: “nunca desafiei homem nenhum que vendo o meu cartel, se não rendesse”. Publicado em 1956, é sintomático que esse dicionário não dê ao vocábulo cartel o significado corrente já àquela época, de infração à ordem concorrencial, pois era então Portugal uma economia fechada, na qual não havia concorrência e era estritamente controlada pelo Poder Executivo, chefiado pelo ditador Antonio Salazar.

O Aurélio, em sua primeira edição, de 1975, amplia e atualiza a definição de cartel: “acordo comercial entre empresas produtoras, as quais, embora conservem autonomia interna, se organizam em sindicatos para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência”. E indica, nesta acepção, o vocábulo coalisão, em seu sentido econômico: “coligação de produtores da mesma categoria, que objetivam vantagens comuns ou lucros arbitrários, ou visam a proteger-se contra a concorrência desleal”. Na acepção jurídica desse vocábulo, registra: “consórcio, convênio,

definidores da conduta infrativa dos mercadores de carne de gado foram exatamente identificados na Consulta.

Os mercadores de gado *coligaram* as suas ações, *associando* entre si as suas vontades, para o fim visado de *arredar* a concorrência, tornando-a *impossível*, elevando e *regulando arbitrariamente* o preço da carne verde talhada vendida à população do Recife, como lhe *apraziam*, *monopolizando*, assim, a venda desse produto naquele mercado.

O concerto de ações, para o fim de fixar preço e volume de produção – o cartel –, importa na associação de vontades específicas, advertidos os cartelistas de que, agindo individualmente, não detêm poder de mercado em índice suficiente para versá-lo arbitrariamente e assim monopolizá-lo.

Ou seja, coligar ações, ligá-las por vontade e determina-las a um fim comum, embuçada ou não sob forma qualquer, somando, por esse processo, poder de mercado monopólico ou quase monopólico que permita aos “mercadores”, valendo-se desse poder, dessa *fnita* que frustra a concorrência, para fixar preço e oferta exclusivamente a critério dos mercadores, consiste inquestionavelmente infração à ordem concorrencial, hoje definida no art. 36, § 3.º, I, da Lei 12.529/2012.⁹

ajuste, aliança ou fusão de capitais, de caráter criminoso, para impedir ou dificultar a concorrência, visando ao aumento de lucros arbitrários”. (Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Editora Nova Fronteira, 1975).

The Compact Oxford English Dictionary (Oxford University Press, 2. ed. 2000) dá *cartel*, proveniente do latim médio *cartellus*, significando “um desafio escrito, uma carta de desafio (a *written challenge*, a *letter of defiance*) originário do alemão; e data, de 1902, o significado de “acordo ou associação entre duas ou mais casas comerciais para regular produção, fixar preço, etc.; também negócios assim combinados; truste ou sindicato”.

O dicionário Houaiss da língua portuguesa em sua 1.ª edição, 2001 reproduz definições anteriores de outros dicionários da língua portuguesa, registrando a acepção, em seu sentido comercial, de “acordo comercial entre empresas, visando à distribuição entre elas das cotas de produção e de mercado com a finalidade de determinar os preços e limitar a concorrência”. (HOAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Sales. FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001).

9. “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

5.0 Ao notável domínio do fato posto ao exame dos conselheiros, à atenção ao seu núcleo, e à elegante simplicidade da sua descrição isenta da frondosa verborragia coalhada de jargão jurídico correntes na literatura, soma-se o domínio dos conceitos jurídicos, antecipando, com sóbria maestria, aqueles próprios ao direito da concorrência cuja formulação seria apurada pelo início do século passado e, no Direito brasileiro, inscrita pelo final dele.

Não tão rica quanto à doutrina da regulação de mercados no Brasil, que na primeira metade do século passado já havia consistido um notável acervo doutrinário – ainda pouco estudado – há, mesmo assim, muito a se pesquisar sobre os primórdios da defesa da concorrência no Brasil, verificados ainda no Império.

É preciso opor à doutrina jurídica nativa atual a concorrência da doutrina anterior, não para se adotar esta, mas para enriquecer aquela. Pois, como sabemos, a concorrência apura, sempre, a qualidade do bem ou do serviço ofertado, evitando assim *fantas* ao interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Lisboa: s.e., 1921.
- DANTAS, San Tiago. Parecer – Comissão de Ensino e Recursos. Conselho Universitário, da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 12.07.1938.
- Decreto-lei 2.627. Art. 295, de 1940.
- Lei 556, de 25.06.1850.
- DUTRA, Pedro. *Literatura jurídica no Império*. Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- FREIRE, Laudelino. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. A Noite, 1941.
- HOLLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Sales. FRANCO, Francisco Manuel de Melo. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- Lei 12.529. Art. 36, § 3.º, I, de 30.11.2011.
- Lei de 01.10.1828. Art. 66, § 8.º.

-
- 1 – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; Lei 12.529 de 30.11.2011.”

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o Conselho do Estado no Brasil-Imperio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, José Pedro. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Lisboa: Editorial Confluência, 1952.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro 1942. Sala das Conferências da Secção de Justiça do Conselho de Estado, em 19.09.1873. – José Thomaz Nabuco de Araujo – Visconde de Jaguaru – Visconde de Nictheroy. Resolução como parece. (*) Paço, em 18.04.1874. Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. Manuel Antônio Duarte de Azevedo.

SILVA, Antônio de Moraes. *Diccionario da lingua portugueza*. Lisboa: Typographia de Joaquim Germano de Souza Neves, 1877.

The Compact Oxford English Dictionary. New York: Oxford University Press, 2000.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica, de Marcelo de Oliveira Milagres – *RIBRAC* 9/307 (DTR\2011\5020);
- O monopólio, a perspectiva da análise econômica do direito, de Marcos Vinício Chein Feres – *RIBRAC* 8/67 (DTR\2011\4946); e
- Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007, de Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45 (DTR\2011\2360).