



# A APLICAÇÃO DO ANTITRUSTE NO BRASIL: O MITO DA FALTA DE EFETIVIDADE DA LEI DE CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR DE 1938

*Mário André Machado Cabral\**

## **Resumo**

O presente trabalho tem como tema a efetividade da “Lei de Crimes contra a Economia Popular” (Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938), a primeira lei nacional com dispositivos antitruste. Trata-se de marco na história da política e do direito da concorrência no Brasil. O problema a ser enfrentado diz respeito a uma tese afirmada e reiterada por vários autores na doutrina concorrencial brasileira. Tal tese, originalmente cunhada por Benjamin M. Shieber, é a de que o Decreto-Lei nº 869/1938 não teve efetividade em seus dispositivos antitruste. A hipótese deste trabalho é que essa tese é um mito. O objetivo desta pesquisa, portanto, é perquirir sobre a aplicação do direito concorrencial brasileiro em seus primeiros anos, o que se justifica em razão da importância histórica da Lei de Crimes contra a Economia Popular para a formação da defesa da concorrência no País e da necessidade de verificação empírica de uma tese proferida e reafirmada por autores expressivos da doutrina antitruste nacional. Para testar a hipótese, lança-se mão de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial num duplo esforço de análise qualitativa: primeiro, análise da doutrina antitruste que se inicia com Shieber e reitera historicamente a tese em exame; segundo, análise da jurisprudência da autoridade responsável pela aplicação da lei, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN). Os resultados apontaram que o TSN aplicou os dispositivos de natureza concorrencial do decreto. Assim, a conclusão é no sentido de confirmar a hipótese, isto é, de que a falta de efetividade das disposições antitruste da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938 é, na verdade, um mito.

## **Palavras-chave**

Antitruste. Economia popular. Efetividade. Tribunal de Segurança Nacional. História do Direito Econômico.

## **THE APPLICABILITY OF ANTITRUST IN BRAZIL: THE MYTH OF THE LACK OF EFFECTIVENESS OF THE LAW OF CRIMES AGAINST POPULAR ECONOMY**

### **Abstract**

The present study has as its theme the effectiveness of the “Law of Crimes against Popular Economy” (Decree-Law No. 869 of November 18, 1938), the first national statute with antitrust provisions. This is a landmark in the history of competition law and policy in Brazil. The problem to be faced concerns a thesis stated and reiterated by various authors in the Brazilian antitrust doctrine. Such thesis originally coined by Benjamin M. Shieber, postulates that the Decree-Law No. 869/1938 had no

---

\* Doutor em Direito Econômico e Financeiro (área de Direito Econômico e Economia Política) pela Universidade de São Paulo, com tese aprovada com distinção. Foi pesquisador visitante na University of Iowa College of Law, sob orientação do professor Herbert Hovenkamp. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (magna cum laude). Advogado, atuando na área de Direito Econômico, com ênfase em Direito Concorrencial. Sua agenda de pesquisa está voltada para os seguintes temas: História do Direito Econômico; Regulação Econômica e Concorrência; Direito e Subdesenvolvimento; Direito Econômico e Inovação. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

effectiveness in its antitrust provisions. The hypothesis of this paper is that such thesis is a myth. The objective of this research, therefore, is to verify the application of competition law in his early years, What is justified on account of the historical importance of the law of Crimes against the Popular Economy for the defense of competition in the country and the need for empirical verification of a thesis made and reaffirmed by significant authors of national antitrust doctrine. To test the hypothesis, we address a bibliographical and case law research in a double effort of qualitative analysis: first, analysis of antitrust doctrine that starts with Shieber and reiterates his thesis examined historically. Second, analysis (not exhaustive) of the case-law of the authority responsible for the application of Decree-Law nº 869/1938, the Court of National Security (TSN). The results showed that the TSN has applied the Decree competitive devices. Therefore, the conclusion is in order to confirm the hypothesis, i.e. that the lack of effectiveness of the antitrust provisions of the law of Crimes against the Popular Economy is, in fact, a myth.

**Key words:**

Antitrust. Popular Economy. Effectiveness. National Security Court. History of Economic Law.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito antitruste é uma área marcada por mitos<sup>1</sup>. Este trabalho tem por propósito questionar um entendimento reiteradamente afirmado na literatura antitruste do País. Cuida-se de verificar o acerto histórico da percepção amplamente aceita na doutrina do direito concorrencial brasileiro de que o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, o primeiro diploma legal nacional com dispositivos antitruste, careceu, com relação a esses dispositivos, de efetividade. A tese ora examinada é proferida nos seguintes termos: o Decreto-Lei nº 869/1938 – a “Lei de Crimes contra a Economia Popular” – pode ter sido aplicado para casos de crimes contra a economia popular que não tinham caráter antitruste; porém, seus dispositivos de teor especificamente antitruste não foram aplicados de modo efetivo. A questão a ser endereçada é: referida lei, de fato, não teve efetividade em suas normas concorrenciais? O objetivo deste trabalho é responder essa pergunta, o que se justifica pela importância do decreto como marco inaugural de uma área com a relevância do antitruste. A hipótese aqui presente é a de que a tese da falta de efetividade é um mito. Para testar essa hipótese, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com perspectiva histórica, far-

---

<sup>1</sup> Pode-se afirmar isso com base em Herbert Hovenkamp. O autor se foca em questionar o mito da suposta novidade provocada pela incorporação da abordagem econômica no antitruste norte-americano a partir da assimilação dos pressupostos da teoria da organização industrial, notadamente da Escola de Chicago, nos anos 1970 e 1980. Para alguns autores, essa assimilação teria provocado uma “revolução do antitruste”. Hovenkamp questiona esse entendimento, argumentando que, desde o início de sua existência nos Estados Unidos, a política antitruste sempre esteve próxima da teoria econômica dominante em cada período. Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 60. Esposando o entendimento criticado por Hovenkamp, cf. POSNER, Richard. *The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision*. **The University of Chicago Law Review**, v. 45, n. 1, 1977, p. 12-13; GERHART, Peter M. *The Supreme Court and Antitrust Analysis: the (near) triumph of the Chicago School*. **Supreme Court Review**, v. 319, 1982, p. 319-320; BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Free, 1993, p. ix-xiv. Sobre a suposta “revolução do antitruste”, ver: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Eds). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989, p. 1-5. No Brasil, tendo como inspiração o questionamento de Hovenkamp, questionou-se o mito da “revolução do antitruste no Brasil” nos anos 1990 em: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. 2016. 291 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

se-á uma análise crítica (i) da doutrina que advoga essa tese e (ii) da jurisprudência da autoridade responsável pela aplicação do decreto<sup>2</sup>.

O autor da tese em exame, ao que consta, é Benjamin M. Shieber. Em obra de 1966 sobre o direito concorrencial brasileiro, Shieber consigna que os dispositivos de natureza antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 não foram aplicados, tendo havido apenas um caso em que essas normas foram implementadas. Esse único caso não teria se dado no âmbito da autoridade que tinha a competência legal para a aplicação do decreto, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), mas no contexto de um parecer do Consultor-Geral da República, posteriormente aprovado pelo Presidente da República, em 1939<sup>3</sup>. A partir de Shieber, esse entendimento foi reafirmado por um número expressivo de autores que escreveram, com diferentes graus de detenção, sobre o Decreto-Lei nº 869/1938. Alguns desses nomes são: Carlo Barbieri Filho<sup>4</sup>, Isabel Vaz<sup>5</sup>, João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>6</sup>, Paula A. Forgioni<sup>7</sup>, José Marcelo Martins Proença<sup>8</sup>, Ana Paula Martinez<sup>9</sup>, José Maria Arruda de Andrade<sup>10</sup> e Ana Frazão<sup>11</sup>.

Esse texto, portanto, dedica-se à história da aplicação do direito da concorrência brasileiro e, em especial, à verificação de um entendimento vastamente difundido sobre a primeira lei brasileira com conteúdo antitruste: de que tal lei, em seus dispositivos antitruste, não teve efetividade. O trabalho se organiza da seguinte forma: após esta introdução, a primeira sessão se debruça sobre o modelo de Estado que se constrói a partir de 1930 no Brasil e as formulações jurídicas instituídas nesse contexto, incluindo as Constituições de 1934 e de 1937 e o Decreto-Lei nº 869/1938; a segunda sessão recupera a doutrina de direito concorrencial brasileira, notadamente quanto à efetividade dos dispositivos de natureza concorrencial da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938; a terceira sessão explora julgados do TSN de modo a verificar a efetividade do decreto em exame; a conclusão aponta que a ideia reiterada na doutrina brasileira sobre a falta de efetividade das disposições antitruste da lei de 1938 é, na verdade, um mito, uma vez que tais dispositivos tiveram aplicação pelo órgão competente.

---

<sup>2</sup> A pesquisa bibliográfica se pautou no levantamento não exaustivo da doutrina produzida sobre o direito concorrencial brasileiro, notadamente sobre os aspectos históricos da formulação jurídica antitruste no Brasil. A pesquisa jurisprudencial foi executada a partir da consulta aos julgados do Tribunal de Segurança Nacional (TSN). A consulta a esses julgados foi feita na Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que conta com a coleção da Revista Forense, que publicava as decisões do TSN e de outros tribunais nacionais. O critério de escolha dos julgados foi a discussão dos dispositivos de teor antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938.

<sup>3</sup> SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6.

<sup>4</sup> BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 34.

<sup>5</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 247.

<sup>6</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**: comentários à legislação antitruste (1995). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46-47.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste** (1998). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 101.

<sup>8</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26.

<sup>9</sup> MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro**. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 18, jul./dez., 2010, p. 15.

<sup>10</sup> ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 126-127, nota de rodapé nº 308.

<sup>11</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

## 2 O ESTADO INTERVENCIONISTA, AS CONSTITUIÇÕES DOS ANOS 1930 E O DECRETO-LEI Nº 869/1938

O Decreto-lei nº 869/1938, a Lei de Crimes contra a Economia Popular, é considerado o primeiro diploma legal brasileiro a conter dispositivos de natureza antitruste. Não é possível compreender o decreto sem que, antes, busque-se entender o quadro político e econômico que o precedeu. O decreto se insere em um novo contexto do Estado brasileiro. A Revolução de 1930 foi um marco na mudança da postura estatal em relação à economia. O modelo construído foi o de um Estado social em sentido amplo, isto é, intervencionista e desenvolvimentista. Gilberto Bercovici aponta que as mudanças operadas nas formas de intervenção econômica estatal se iniciaram a partir de 1930, é dizer, antes da Constituição de 1934. Temas tidos por “sociais”, que antes não estavam na agenda prioritária dos governos, como educação, saúde e trabalho, passam a receber mais atenção estatal a partir de 1930, como se evidencia pela criação de novas pastas ministeriais, como o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública (Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930) e o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930). Mencione-se também, antes mesmo da Constituição de 1934, o Código de Minas (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) e o Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934). Setores considerados estratégicos, como o minerário e o de energia elétrica, passam a contar com intervenção mais ostensiva do Estado<sup>12</sup>.

Com base em Celso Furtado, pode-se dizer que essa nova postura estatal foi a responsável por uma expansão do crédito, por parte do Estado, que financiou a retenção de estoques de café com vistas a dar conta dos problemas de excesso de oferta e contração de demanda no contexto dos anos seguintes à crise econômica de 1929. Esse mecanismo, embora semelhante a expedientes já utilizados a partir de 1906 com o “Convênio de Taubaté”, era inédito, uma vez que o financiamento dos estoques não se dava mediante a contração de empréstimos externos. A expansão do crédito, a partir de 1931, foi feita através de “inversões líquidas positivas”, que teve como efeito a criação de renda e a manutenção dos níveis da atividade econômica, permitindo que os prejuízos decorrentes da crise de 1929 fossem mitigados. Tratava-se, de acordo com Furtado, de nova postura estatal, da qual não se pode afastar a marca de uma distinta forma de intervencionismo na economia<sup>13</sup>.

As mudanças na esteira da Revolução de 1930 foram também de natureza político-social. Segundo Boris Fausto, seu particular significado foi o de fim da hegemonia da burguesia do café. Isso teria permitido o acesso ao poder de outros grupos político-sociais, como a classe média, representada, sobretudo, pelo tenentismo, e os setores industriais. A presença de novos grupos de poder no Estado teria provocado uma alteração na forma do intervencionismo. O apoio estatal deveria se diversificar, não

---

<sup>12</sup> Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 50-62; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45-68; BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecer de um diálogo entre ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 725-728. Ver também: DRAIBE, Sônia. **Rumos e Metamorfoses**, op. cit., p. 63-100.

<sup>13</sup> FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil** (1959). 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 263-273.

devendo mais ficar restrito à burguesia cafeeira. Tal alteração teria permitido uma postura mais ativa do Estado no que tange aos incentivos ao desenvolvimento industrial<sup>14</sup>.

A Constituição de 1934 constitucionalizou esse modelo estatal interventivo, consagrando dispositivos concernentes a direitos sociais, como educação, cultura<sup>15</sup>, saúde<sup>16</sup>, trabalho<sup>17</sup>, previdência social<sup>18</sup> e sindicalização<sup>19</sup>, além de estabelecer, seguindo o exemplo da Constituição alemã de Weimar, de 1919<sup>20</sup>, um título específico em seu texto para tratar de assuntos de natureza econômica. Nesse título, nomeado “Da Ordem Econômica e Social”, constam dispositivos concernentes, por exemplo, aos limites da liberdade econômica<sup>21</sup>, à possibilidade de monopolização pela União de indústrias ou atividades econômicas<sup>22</sup> e à diferenciação entre as propriedades do solo e do subsolo para fins de exploração econômica<sup>23</sup>.

O art. 117 também constava entre os dispositivos “Da Ordem Econômica e Social” da Constituição de 1934 e tratava especificamente do fomento à “economia popular”<sup>24</sup>. Segundo Elias de Oliveira, economia popular se distinguiria de “economia pri-

---

<sup>14</sup> FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930: historiografia e história** (1970). 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1979, p. 104-114. Ver também: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista* (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. *Crítica à Razão Dualista / O Ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 35-60, especialmente p. 35-41.

<sup>15</sup> “Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”. O Capítulo II do Título V (“Da Família, da Educação e da Cultura”) da Constituição de 1934 é todo voltado à educação e à cultura (artigos 148 a 158). Ver também artigos 150 a 158.

<sup>16</sup> “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas”.

<sup>17</sup> “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País”. Ver também artigos 121 a 123 da Constituição de 1934.

<sup>18</sup> Art 121 [...] § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”.

<sup>19</sup> “Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei”.

<sup>20</sup> Sobre a importância da Constituição de Weimar em relação ao chamado “constitucionalismo social”, que inclui a Constituição de 1934, cf. STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999, vol. 3, p. 109-114; PEUKERT, Detlev J. K. **Die Weimarer Republik: Krisenjahre der Klassischen Moderne**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 50-52; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 231-232; GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, p. 25-38.

<sup>21</sup> “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”.

<sup>22</sup> “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”.

<sup>23</sup> “Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial”.

<sup>24</sup> “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das

vada”, sendo esta relativa ao patrimônio das pessoas físicas e das empresas privadas. Também seria distinta de “economia pública”, que abrangeria o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público. Economia popular se confundiria com os “interesses domésticos, familiares e individuais”, resultando no “patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade”<sup>25</sup>. Tutelava-se um bem coletivo: o bem-estar econômico não de um indivíduo, de uma família, de uma empresa ou do Estado, mas da “coexistência coletiva”<sup>26</sup>. Para Araújo Castro, o art. 117 ilustra a preocupação em assegurar a ação do Estado contra os comportamentos que expressassem abuso à economia popular, pois ao Estado caberia assegurar os interesses da coletividade contra os danos à “coexistência coletiva”<sup>27</sup>.

A disposição do art. 117 sobre a economia popular não foi regulamentada enquanto a Constituição de 1934 esteve em vigor. Com a Constituição de 1937, o fomento à economia popular continuou encontrando respaldo constitucional. Agora no art. 141 no texto constitucional, inserido no título “Da Ordem Econômica”, estabeleceu-se, mais uma vez, a obrigatoriedade de produção de lei especificamente vocacionada ao fomento da economia popular<sup>28</sup>.

O Decreto-Lei nº 869/1938 foi a regulamentação do art. 141 da Constituição de 1937 e era uma lei de crimes contra a economia popular. Segundo Francisco Campos, o ministro da Justiça e Negócios Interiores responsável pelo decreto<sup>29</sup>, este ostentava

---

empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”.

<sup>25</sup> “Conceito de economia popular, sujeito passivo das infrações: - Distinta da economia pública, que abrange o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, e diferente da economia privada, que compreende o patrimônio das pessoas físicas e das pessoas jurídicas de direito privado – força é reconhecer que existe também tanto no Estado liberal-individualista quanto nos de influência totalitária no mundo, uma *economia popular*, resultante do complexo de interesses domésticos, familiares e individuais, embora como *factio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, isto é, de um indefinido número de indivíduos, na vida em sociedade”. OLIVEIRA, Elias de. Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. v. 9 (grifos no original). Sobre a ideia de economia popular no contexto do Decreto-Lei nº 869/1938, ver: CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a “A Noite”, em 28 de novembro de 1938. In: HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 187-198; HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939; LYRA FILHO, João. **Problemas de Economia Popular**. Rio de Janeiro: Alba, 1939, p. 17; LYRA FILHO, João. **A Proteção da Economia Popular**. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia., 1946, p. 10; LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940, p. 91-96.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Elias de. Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional, op. cit., p. 9-10.

<sup>27</sup> CASTRO, Araújo. A Nova Constituição Brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 462-463.

<sup>28</sup> “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”.

<sup>29</sup> Campos era o ministro, mas a elaboração do texto do decreto é de Nelson Hungria, conforme o próprio reconhece publicamente. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, v. 1191. Ver também: OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional**, op. cit., p. 21; SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. cit., p. 2; BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 33; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 8-9; VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 245-247; MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de Concentrações Econômicas no Brasil**, op. cit., p. 13-15; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. **A Concorrência Livre na Constituição de 1988**. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 452. Sobre as concepções de Hungria acerca do decreto, ver: HUNGRIA, Nelson. **Os Crimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado**. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.

dois objetivos: garantir a guarda da economia popular e evitar o bloqueio da concorrência. O primeiro objetivo, com o bom emprego das economias populares, promoveria “a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis”. O segundo objetivo dizia respeito a combater monopólios em certas indústrias e as restrições à livre concorrência, o que seria “indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País”<sup>30</sup>. Vê-se que, apesar de a lei ter objetivos mais explícitos relacionados à garantia da lisura do processo competitivo, dão legitimidade para a política que se tenta instituir finalidades subjacentes ou indiretas: a expansão empresarial e industrial e o desenvolvimento industrial e comercial do País<sup>31</sup>.

A lei previa não apenas ilícitos de natureza estritamente antitruste. Condutas como gestão fraudulenta, especulação, fraude a contratos de venda a prestação, fraude de pesos e medidas e usura eram também previstas no rol de crimes contra a economia popular. Contudo, seus dispositivos mais centrais diziam respeito às práticas de abuso cometidas por agentes de trustes, cartéis e detentores de poder econômico. Suas principais disposições estavam prescritas nos artigos 2º e 3º do decreto<sup>32</sup>.

---

LXXIX, a. XXXVI, jul., 1939, p. 45-48; HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 5-53.

<sup>30</sup> “Finalidades da nova lei. A leitura do texto da lei, - continuou o Ministro Francisco Campos, - mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e mal baratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra eles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprego de suas economias. O bom emprego das economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis. O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País”. CAMPOS, Francisco. *A Lei de Proteção à Economia Popular*, op. cit., p. 191.

<sup>31</sup> Cf. e.g. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 33.

<sup>32</sup> “Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa 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 lavouras 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, transporte 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, 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 o fim de subscrição, 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 fraudulentamente 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 de 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 pecúlio, 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 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro ven-

Alguns desses dispositivos encontram eco até hoje na atual Lei de Defesa da Concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/2011. O art. 2º, I e IV, do Decreto-Lei nº 869/1938, tem redação próxima a do art. 36, § 3º, XIII, da Lei nº 12.529/2011<sup>33</sup>. O art. 2º, III, Decreto-Lei nº 869/1938, tanto pode ser associado a práticas de coordenação horizontal, como o cartel, previstas como infrações da ordem econômica no art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011, quanto pode ser interpretado como tipos de ato de concentração, nos termos do art. 90, da mesma Lei nº 12.529/2011<sup>34</sup>. O art. 2º, V, Decreto-Lei nº 869/1938, relaciona-se com o art. 36, § 3º, XV, da Lei nº 12.529/2011<sup>35</sup>. O art. 3º, I, é semelhante ao art. 36, § 3º, IX, da Lei nº 12.529/2011<sup>36</sup>, podendo também, em razão do termo “ajuste”, traduzir cartel ou boicote, aproximando-se do já citado art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011. É, assim, visível a natureza antitruste desses dispositivos. Mais do que isso, é evidente o legado institucional e a importância do Decreto-Lei nº 869/1938 para a construção histórica da política antitruste nacional.

### 3 A DOCTRINA CONCORRENCIAL E A EFETIVIDADE DO DECRETO-LEI Nº 869/1938

Apesar do reconhecimento de vários autores no sentido de que o Decreto-Lei nº 869/1938 foi a primeira lei brasileira com disposições antitruste<sup>37</sup>, há praticamente um

---

dedor; II - transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias; III - obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo”, etc.); IV - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato fôr rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto; V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados. Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000”.

<sup>33</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los”.

<sup>34</sup> “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

<sup>35</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.

<sup>36</sup> “Art. 36 [...] § 3º [...] IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”.

<sup>37</sup> Cf. SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. Cit., p. 3-6; BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste** (1975). 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 118-119; CARONE, Edgar. **O Estado Novo: 1937-1945**. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1976, p. 84-85; BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 32-34; FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico**, op. cit., p. 7-9; FERAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional**. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 180, jul./dez., a. 45, 1992, p. 176-177; VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. op. Cit., p. 244-247; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**, op. cit., p. 44-47; SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro**. São Paulo: Singular, 1997, p. 175; FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**, op. cit., p. 94-101; SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas** (1998). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-73; PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, op. Cit., p. 25-27; OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 17-18; BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**, op. cit., p. 24; BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil – globalização – União**

consenso no sentido de que tais disposições não tiveram efetividade. Os dispositivos do decreto sem natureza antitruste teriam sido aplicados. Entretanto, o decreto não teria sido aplicado de modo efetivo no que concerne aos tipos especificamente antitruste que prevê.

Ao que se sabe, a primeira manifestação no sentido da falta de efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 foi de Benjamin M. Shieber. Ele afirma categoricamente que os dispositivos antitruste do decreto não foram implementados. Um único caso envolvendo a aplicação desses dispositivos teria ocorrido, mas não em sede judicial, perante a autoridade competente para julgar os crimes contra a economia popular, que era o Tribunal de Segurança Nacional<sup>38</sup>. Esse caso teria se dado no contexto de um parecer proferido pelo então Consultor-Geral da República, Aníbal Freire, em resposta a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. A empresa indagava a Consultoria-Geral da República a respeito da compatibilidade jurídica com o decreto de uma cláusula de um contrato de comissão mercantil. A cláusula estabelecia a obrigação de que o “comitente” somente poderia vender produtos sob as condições e preços indicados pela empresa. Também fixava a obrigação de abstenção de venda de produtos concorrentes<sup>39</sup>. O Consultor-Geral entendeu que a cláusula se enquadrava nas dispo-

---

Européia – Mercosul – Alca. São Paulo: Singular, 2005, p. 83-85; ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante**: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil. Dissertação de Mestrado em Administração Pública e Governo. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 56-57; MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil, op. cit., p. 13-15; BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988, op. cit., p. 450-452; CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência. In: CORDOVI, Lenor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18; PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 100; NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 187-188; ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**, op. cit., p. 126-127; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21-22; FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 33-35. Alguns autores ignoram o decreto de 1938, considerando o Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, a “Lei Malaia”, nossa primeira lei antitruste: Cf. e.g.: MAGALHÃES, Paulo Germano de. **A Nova Liberdade**, op. cit., p. 21; VENANCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 290-304; SILVA, Jorge Medeiros da. **A Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 27-28; PRADO, Luiz Carlos Delorme. Política de Concorrência e Desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, jul./dez., 2011, p. 333 (apesar de que, em outro texto, Prado reconhece o Decreto-Lei nº 869/1938 como o primeiro texto legal com disposições antitruste: PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil, op. cit., p. 100); CARVALHO, Vinicius Marques de. Prefácio. In: OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos Pareceres e Votos de Direito Econômico**. São Paulo: Singular, 2015, p. 12 (apesar de que, em outro texto, Carvalho cita o Decreto-Lei nº 869/1938 como marco no histórico da defesa da concorrência nacional: CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência, op. cit., p. 18). Outros ignoram não só o Decreto-Lei nº 869/1938, como também a “Lei Malaia”, considerando a Lei nº 4.137/1962 a primeira lei brasileira de defesa da concorrência: MATTOS, César. Introdução. A Revolução do Antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos. In: MATTOS, César (Org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, p. 20; SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 765; AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e Concentração de Mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? Tradução de Emmanoel Boff. **Econômica**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, dez., 2006, p. 279; ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante**, op. cit., p. 58.

<sup>38</sup> O TSN será especificamente discutido no tópico seguinte deste trabalho.

<sup>39</sup> A redação da cláusula: “O comissário se obriga em tudo a observar e cumprir as instruções da Comitente, não podendo vender os artigos sinão sob as condições e aos preços indicados pela Comitente,

sições do Decreto-Lei nº 869/1938, sendo uma forma de fraudar o coletivo e devendo ser alterada nos contratos. O Presidente da República aprovou o parecer e sua ementa foi publicada no Diário Oficial da União de 20 de março de 1939<sup>40</sup>.

A assertiva de Shieber sobre a efetividade do decreto é construída nos seguintes termos:

Malgrado a amplitude dêstes dispositivos, êles não foram executados. Um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. No parecer, o então Consultor-Geral da República, Dr. Anibal Freire, opinou que algumas cláusulas no contrato que a Standard Oil celebrou com proprietários de postos de gasolina foram ilícitos. [...] O decreto-lei n. 869 teve repercussão no campo da regulamentação dos preços e supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias, mas não a teve no campo dos abusos de natureza antitruste<sup>41</sup>.

Esse entendimento de Shieber tem sido reproduzido ao longo dos anos por parte expressiva da literatura que se debruçou sobre a história do direito concorrencial nacional, em particular sobre o Decreto-Lei nº 869/1938:

[...] só é encontrado um caso em que a legislação foi aplicada, de acordo com a jurisprudência. Não foi um processo judicial, mas um parecer do Consultor Geral da República, Dr. Anibal Freire, que opinou sobre algumas cláusulas de um contrato celebrado entre a Standard Oil Company of Brasil e proprietários de postos de gasolina<sup>42</sup>.

Benjamin Shieber, em sua obra clássica, revela que, após examinar a jurisprudência e a doutrina brasileiras, só encontrou um caso em que as disposições da legislação antitruste foram aplicadas, ainda assim, no plano administrativo apenas<sup>43</sup>.

Ao se referir ao Decreto-lei nº 869/1938, BENJAMIN M. SHIEBER observa que, no tocante à matéria antitruste, não chegou a ser posto em prática<sup>44</sup>.

Assinala Shieber que, se por um lado o Decreto-lei 869, de 1938, foi instrumento apto a corrigir algumas disfunções no campo dos preços, artifícios e fraudes contra os consumidores, de outro não teve maior aplicação no campo antitruste. Carlo Barbieri Filho refere-se a um único caso, no qual as normas antitruste do Decreto-lei 869 encontraram aplicação: um parecer do Dr. Aníbal Freire, aprovado pelo Presidente Getúlio Vargas, sobre

---

nem negociar de qualquer modo em artigos iguais ou similares, pertencentes a terceiros, salvo autorização escrita da Comitente". HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 47 FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985, p. 453.

<sup>40</sup> HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**, op. cit., p. 51; FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional, op. cit., p. 454-455. Cf. também: BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 34.

<sup>41</sup> SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**, op. cit., p. 6.

<sup>42</sup> BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**, op. cit., p. 34.

<sup>43</sup> VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 247.

<sup>44</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência**, op. cit., p. 46-47.

cláusulas de contrato celebrado entre Standard Oil Company of Brazil e proprietários de postos de gasolina, em que se determinou que a consulente modificasse alguns aspectos do referido instrumento<sup>45</sup>.

Referido texto legal [o Decreto-Lei nº 869/1938], entretanto, acabou não sendo colocado em prática, como narra Benjamin M. Shieber<sup>46</sup>.

O referido decreto-lei teve pouca ou nenhuma efetividade. Nelson Hungria chegou a afirmar que: 'o Decreto n. 869 que, como já disse, foi por mim elaborado; mas devo confessar que ele foi feito de afogadilho. Encomendando com urgência tive que organizá-lo tanto atabalhoadamente'. Na mesma linha, noticia Shieber que: 'um exame da jurisprudência e de livros de doutrina revelou um só em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil'<sup>47</sup>.

Logo em seguida, foi editado o Decreto-lei n. 869, de 1938, que previa como crime a prática de monopólios, artifícios, fraudes, abusos contra a economia popular e a usura. Contudo, as diretrizes antitruste constantes do referido diploma jamais foram totalmente implementadas, o que, na opinião de Benjamin Shieber, deveu-se à falta da criação de um órgão especializado para o combate de tais ilícitos. Diante da ineficácia dos mencionados dispositivos, o Direito da Concorrência brasileiro permaneceu sem evolução significativa até o Decreto-lei n. 7.666, de 1945 [...] <sup>48</sup>.

Como se vê, autores representativos vêm historicamente reiterando o quanto assinalado por Shieber em relação à efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938. No entanto, trata-se, como se demonstrará, de visão imprecisa.

<sup>45</sup> FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, op. cit., p. 101.

<sup>46</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**, op. cit., p. 26.

<sup>47</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil, op. cit., p. 15.

<sup>48</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**, op. cit., p. 34. José Maria Arruda de Andrade também pode ser listado. Como o autor não discorre sobre o tema, apenas transcreve o trecho de Shieber, optou-se por não fazer a transcrição acima. Cf. ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**, op. cit., p. 126-127, nota de rodapé nº 308. Alguns autores não afirmam expressamente que o Decreto-Lei nº 869/1938 não teve efetividade em seus dispositivos antitruste, mas, possivelmente influenciados pela narrativa dominante, inaugurada por Shieber, afirmam que as repercussões em matéria concorrencial foram pouco significativas: "O primeiro diploma antitruste brasileiro na verdade repercutiu na regulamentação de preços e na supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias. Na área específica da defesa da concorrência, pouco ou nada fez, talvez pela inexistência de um órgão especializado para se ocupar com a matéria e aplicar a lei". BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**, op. cit., p. 85. No mesmo sentido, do mesmo autor: BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318; Carvalho indica que o decreto teve efeitos "apenas na repressão de fraudes contra o consumidor, tendo pouca influência na defesa da concorrência". CARVALHO, Vinicius Marques de. **Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência**, op. cit., p. 18; "As disposições do Decreto-Lei n. 869/38 foram depois reproduzidas pela Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que veio a regular 'os crimes e as contravenções contra a economia popular', mas que também não teve eficácia relevante, em especial quanto às hipóteses de condutas anticompetitivas". PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, op. cit., p. 22.

### 3 O TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL E A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 869/1938

A Constituição de 1937 estabeleceu no seu art. 122 (17) que o processamento dos crimes contra a economia popular perante *tribunal especial*<sup>49</sup>. No já citado art. 141, a Carta equipara os crimes contra a economia popular aos crimes contra a segurança do Estado, o que deu a legitimidade para que se estabelecesse a competência de um mesmo tribunal para julgar os crimes contra a economia popular e os crimes contra o Estado.

Esse Tribunal foi o TSN. Contudo, em verdade, o TSN foi instituído antes mesmo da Carta de 1937: isso aconteceu em 1935, na esteira dos movimentos comunistas ocorrido nesse ano<sup>50</sup>. O diploma que instituiu o TSN foi a Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936. O Decreto-Lei nº 869/1938, por outro lado, lançou luzes sobre o TSN, que incorporaria à competência original – de julgar os “crimes contra a segurança externa da República”, nos termos das Leis nº 38, de 4 de abril, e nº 136, de 14 de dezembro, ambas de 1935, e os “crimes contra as instituições militares”, previstos na Lei nº 38/1935 – a competência para processar e julgar os crimes contra a economia popular.

A análise não exaustiva de casos da jurisprudência do TSN, cotejada com obras doutrinárias sobre os crimes contra a economia popular, permite identificar que os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 foram aplicados pela autoridade responsável<sup>51</sup>.

Em caso de 1940, o TSN discutiu a aplicação do art. 2º, I, do decreto, que tratava como crime contra a economia popular a destruição ou inutilização de matérias-primas ou “produtos necessários ao consumo do povo”, com o objetivo de provocar alta de preços:

FALTA DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL – DESTRUIÇÃO DE MATÉRIAS PRIMAS – REQUISITOS PARA INTEGRAÇÃO DO DELITO. – A desídia, o desleixo, a falta de capacidade técnico-profissional, para trabalhos agrícolas, não constituem fato punível em lei, mau grado as suas consequências nocivas á vida econômica do país. – Para a integração do delito do art. 2.º, n.º I, do Dec.-lei 869, mistér se torna que a destruição ou inutilização de matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo se faça intencionalmente, com o fim de determinar alta de preços em proveito próprio ou de terceiros<sup>52</sup>.

Esse dispositivo, como já apontado acima, aproxima-se do art. 36, § 3º, XIII, da atual Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529/2011, que lista como infração da ordem econômica a destruição, a inutilização ou o açambarcamento de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados. O dispositivo da lei de 2011 também considera infração concorrencial a destruição, a inutilização ou a criação de dificuldades à operação de equipamentos destinados a produzir, distribuir ou transportar ma-

<sup>49</sup> “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir”.

<sup>50</sup> Cf. CAMPOS, Francisco. CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular, op. cit., p. 196.

<sup>51</sup> Ver a esse respeito: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 83-93.

<sup>52</sup> Processo nº 1.191. Julgado em: junho de 1940. Relator: Juiz Raul Machado. Acusado: Paulo Weiner. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIII, a. XXXVII, fascículo 445, jul. 1940, p. 143.

térias-primas, produtos intermediários ou acabados. Vê-se, como já ponderado, o teor antitruste da disposição do Decreto-Lei nº 12.529/1938, a ponto de conteúdo praticamente idêntico estar presente na lei antitruste atualmente vigente, produzida mais de 70 anos depois.

Outro caso, também de 1940, pautou-se pela discussão da aplicação do art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 869/1938. Ao processo no TSN, foi apensado um processo originado de São Paulo, em que se obteve um documento que tinha o título de “Compromisso de honra”. O documento indicava um acordo entre empresas concorrentes para fixar os preços de revenda de produtos odontológicos. No processo, restou evidenciado que as empresas que não cumprissem o acordo entabulado entre as concorrentes, praticando no mercado preços abaixo dos tabelados no “compromisso”, poderiam ser sancionadas. A sanção seria a exclusão do Sindicato dos Comerciantes de Material e Instrumental Científico de S. Paulo e do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro. No TSN, teve particular importância a discussão sobre o nível de prova necessário para se evidenciar o crime contra a economia popular. O Tribunal consignou que não se sustentava a tese de defesa de que seria necessária, para comprovar o crime, a prova da celebração de ajuste que atendesse aos requisitos de legalidade de um contrato formal. A consciência da ilicitude impediria que os organizadores de “trusts” celebrassem um acordo formal. Se fosse exigido esse nível de prova, os criminosos ficariam impunes para a prática de comportamentos que produziriam preços arbitrários “com o fim de lucros certos e naturalmente excessivos”:

ECONOMIA POPULAR – CELEBRAÇÃO DE AJUSTE – COAÇÃO MORAL. – A expressão ‘celebrar ajuste’ não pode ser entendida no pressuposto de ‘pacto contratualmente firmado pelos interessados com observância de formalidades legais que lhe dêem validade, tornando exigíveis as obrigações no mesmo pacto firmadas’. Nem seria admissível que os organizadores de ‘trusts’ celebrassem ajustes, com todas as legais de um contrato jurídico, para o exercício de atividades sabidamente criminosas. – Impedindo-se a liberdade de comércio e o livre exercício da concorrência, grava-se o preço dos produtos em foco, com o fim de lucros certos e naturalmente excessivos, para um determinado grupo. – aplicação do Dec.-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938<sup>53</sup>.

O caso revela o debate no âmbito do TSN acerca de um acordo horizontal para impor uma restrição vertical de preço. Quando o TSN destaca que, mediante acordo ilícito, concorrentes organizados em sindicatos arbitraram preços acima dos preços que seriam competitivos, ilustra-se uma preocupação que vai além da conduta legal e moralmente condenável, alcançando uma preocupação com os prejuízos à coletividade, traduzida à época na proteção à economia popular. Ademais, a celebração de ajuste para impor preço de revenda, prevista como crime contra a economia popular no art. 3º, I, do Decreto-Lei nº 869/1938, aproxima-se, conforme já arrazoado, do art. 36, § 3º, I e II, da Lei nº 12.529/2011, que tipifica como condutas anticompetitivas as práticas de coordenação horizontal (*i.e.*, entre concorrentes), notadamente ajuste entre concorrentes para fixar preços (alínea “a” do art. 36, § 3º, I), como o cartel. Pode-se adicionar a referência ao art. 36, § 3º, IX, que arrola a fixação de preços de revenda

<sup>53</sup> Processo n.º 873. Julgado em: 19 de agosto de 1940. Relator: Juiz Raul Machado. Acusado: Udo Repsol e outros. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIV, a. XXXVII, fascículo 448, out. 1940, p. 193.

como infração da ordem econômica. Isto é, o caso examinado acima, da jurisprudência do TSN, revela uma discussão de natureza tipicamente concorrencial, a respeito da aplicação de um dispositivo de teor antitruste da lei de 1938.

Cite-se, ainda, caso que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) relacionado à aplicação do Decreto-Lei nº 869/1938. Trata-se de um processo envolvendo conflito de competência entre o TSN e um juiz de direito do estado da Paraíba. O caso era pertinente à invasão de uma propriedade rural e à produção de estragos na lavoura que constava dessa propriedade. O magistrado do estado da Paraíba entendeu que os fatos narrados se enquadravam como crime contra a economia popular nos termos do art. 2º, I, do decreto. O TSN, por outro lado, esposou o entendimento de que a destruição de “matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo” somente seria cogitada como crime contra a economia popular, suscitando a competência do TSN, se praticada “com o fim de determinar alta de preços”. O STF concordou com o TSN, decidindo pela competência do julgador paraibano<sup>54</sup>.

A identificação de casos de aplicação e análise dos dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 já havia sido feita por autores brasileiros. Eurico Castello Branco examinou, em “Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular”, já de 1940, casos julgados pelo TSN em que houve discussão sobre os tipos ilícitos de conteúdo antitruste do decreto de 1938<sup>55</sup>. Elias de Oliveira, em “Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional”, de 1952, faz uma análise sistemática da Lei de Crimes contra a Economia Popular, trazendo referências a diversos casos julgados pelo TSN nos quais ocorreu a discussão sobre os dispositivos de natureza concorrencial da lei<sup>56</sup>. Tais autores passaram despercebidos por Shieber e pela doutrina antitruste brasileira que vem seguindo Shieber.

Cabe, ainda, um questionamento acerca do entendimento de Shieber sobre a razão pela qual as disposições antitruste do decreto não foram aplicadas. O autor enxerga na falta de um órgão especializado o principal motivo da falta de efetividade<sup>57</sup>. É verdade que, sob a égide do Decreto-Lei nº 869/1938, não existia um órgão antitruste típico, como a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), prevista no Decreto-Lei nº 7.666/1945 (a “Lei Malaia”), ou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), surgido na esteira da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. No entanto, o TSN era um órgão que não tinha competências tão amplas como os órgãos judiciários comuns; o processamento e o julgamento de crimes contra a economia popular, que incluíam os ilícitos antitruste, eram uma relevante competência do tribunal<sup>58</sup>. Acrescente-se, ademais, que o Decreto-Lei nº 869/1938 foi, de certo mo-

<sup>54</sup> Conflito de Jurisdição nº 1.527. Suscitante: Tribunal de Segurança Nacional. Suscitado: Juiz de Direito de Brejo da Cruz, Paraíba. Relator: Ministro Orozimbo Nonato da Silva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXVIII, a. XXXVIII, out. 1941, p. 234-235.

<sup>55</sup> Veja-se a jurisprudência colacionada pelo autor para os artigos 2º e 3º da lei: CASTELLO BRANCO, Eurico. *Anotações às Leis de Segurança e Economia Popular*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940, p. 149-197. Do mesmo autor, ver também: CASTELLO BRANCO, Eurico. *Dicionário de Jurisprudência do Tribunal de Segurança Nacional: economia popular e defesa do Estado*. São Paulo: Universal, 1943.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional*, op. cit.,.

<sup>57</sup> “A nosso ver um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei n. 869”. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico*, op. cit., p. 6.

<sup>58</sup> No sentido de que as competências do TSN foram se ampliando conforme avançava a Segunda Guerra mundial, cf. BALZ, Christiano Celmer. *O Tribunal de Segurança Nacional: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Pro-

do, complementado por outros dois diplomas legais que traduziam uma preocupação subjacente ao decreto, que era a questão do abastecimento<sup>59</sup>: o Decreto-Lei nº 1.607, de 16 de setembro de 1939, e o Decreto-Lei nº 1.716, de 28 de outubro de 1939. O primeiro criou a Comissão de Abastecimento<sup>60</sup>. O segundo dispôs sobre a “configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular”, definindo o que eram produtos de “primeira necessidade” e “necessários ao consumo do povo”. A Comissão de Abastecimento foi um ensaio de comissão administração para lidar com temas de regulação econômica, indicando semelhantes preocupações que o Estado brasileiro já havia manifestado ao elaborar o Decreto-Lei nº 869/1938. Ou seja, ainda que o TSN e a Comissão de Abastecimento não fossem típicos órgãos antitruste, não se recomendaria afirmar que não havia autoridades estatais aptas a lidar com normas de natureza antitruste do ordenamento brasileiro. De qualquer modo, esse argumento de Shieber parte de um pressuposto impreciso, isto é, de que as normas antitruste do decreto não tiveram efetividade<sup>61</sup>.

Por fim, é cabível uma observação crítica em relação à atuação do TSN na aplicação do Decreto-Lei nº 869/1938. Como já se apontou, o tribunal havia sido instituído para processar e julgar os crimes contra o Estado e os crimes contra a economia popular. Os agentes que perpetrariam os primeiros tipos de crimes seriam os inimigos internos e externos do Estado. Os agentes que perpetrariam os segundos tipos de crimes seriam, prioritariamente, aqueles capazes, em razão de seu poder econômico, de prejudicar o bem-estar econômico da coletividade, é dizer, os “tubarões” da economia<sup>62</sup>, organizados em grandes grupos econômicos no contexto de “trustes, anéis e cartéis”<sup>63</sup>. Reynaldo Pompeu de Campos ressalta que parte considerável dos casos que chegaram ao TSN a respeito de crimes contra a economia popular envolvia agentes de menor porte<sup>64</sup>. Processos contra grandes grupos ocorreram; contudo, conforme Christiano Celmer Balz pondera, tais casos não resultaram em condenações<sup>65</sup>. Nelson Hungria, que elaborou, a convite de Francisco Campos, o decreto, chegou a afirmar os

---

grama de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, p. 213-216. Balz lista os decretos responsáveis pela ampliação da competência do TSN.

<sup>59</sup> O antitruste no Brasil, no contexto do Decreto-Lei nº 869/1938, surge com uma preocupação com duas questões centrais: abastecimento e carestia de vida (altos preços). Cf. CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 93-107. Sobre a questão do abastecimento no período, ver: LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **História Política do Abastecimento: 1918-1974**. Brasília: BINAGRI, 1979, p. 96-122.

<sup>60</sup> Apesar de extinta pouco tempo depois, pelo Decreto-Lei nº 2.449, de 25 de julho de 1940, a Comissão de Abastecimento revelou a preocupação do governo com um tema sensível à época, o abastecimento, e produziu debate que foi retomado nos anos 1950, com as Leis nº 1.521 (dispôs sobre os crimes contra a economia popular, de forma semelhante ao Decreto-Lei nº 869/1938) e nº 1.522 (criou a Comissão Federal de Abastecimento e Preços – COFAP), ambas de 26 de dezembro de 1951. Essas duas leis são mencionadas por alguns autores da doutrina antitruste nacional como relevantes para a história da legislação concorrencial brasileira. Cf. VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**, op. cit., p. 251-252; FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, op. cit., p. 106-110; NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil, op. cit., p. 188; CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 169-172.

<sup>61</sup> A esse respeito, cf. CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 103-105, especialmente p. 105, nota de rodapé nº 254.

<sup>62</sup> A expressão “tubarões” no contexto da discussão sobre a efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 foi utilizada pelo próprio Nelson Hungria, perante a Câmara dos Deputados, no âmbito do debate sobre o Projeto de Lei nº 3/1955, que renovou o Projeto de Lei nº 122/1948 e deu origem à Lei nº 4.137/1962: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1192-1193. Mais recentemente, Christiano Celmer Balz lançou mão da expressão: BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**, op. cit., p. 216.

<sup>63</sup> CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção à Economia Popular, op. cit., p. 190.

<sup>64</sup> CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. Repressão Judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982, p. 116.

<sup>65</sup> BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**, op. cit., p. 216-217.

grandes grupos não foram afetados pela lei, que terminou sendo aplicada ao “mísero vendeiro de esquina, que pede mais vinte centavos no quilo do açúcar, ou o padeiro que pede mais dez centavos além do preço da tabela!”<sup>66</sup>.

Diante do exposto acima, o exame dos casos acima, sem a pretensão de consubstanciar análise exaustiva, demonstra apenas que mesmo uma tese historicamente reiterada sobre a efetividade de uma lei dessa importância para a área do direito concorrencial, como é a tese de Shieber, merece verificação detida. As disposições concorrenciais do Decreto-Lei nº 869/1938 tiveram efetividade para além do caso do parecer da Standard Oil. O TSN se debruçou sobre casos que demandaram a aplicação desses dispositivos. Trata-se de constatação que reafirma a importância da pesquisa empírica, do exame da história jurisprudencial e da postura cética do pesquisador. Esse esforço analítico permite afirmar que o entendimento a respeito da suposta falta de efetividade do Decreto-Lei nº 869/1938 é um mito do direito concorrencial brasileiro<sup>67</sup>.

## CONCLUSÃO

O Decreto-Lei nº 869/1938 ostenta substancial relevância para a história da legislação e da política antitruste do País. Trata-se do primeiro diploma normativo nacional com disposições especificamente antitruste. Se hoje a política de defesa de concorrência goza do prestígio que tem, com cada vez mais ampla produção doutrinária e com a autoridade antitruste nacional, o CADE, ocupando lugar de destaque nos debates públicos nacionais, o início da história dessa política remete ao Decreto-Lei nº 869/1938. Nesse sentido, o exame da efetividade do referido decreto se justifica por si. Apesar disso, a doutrina antitruste nacional aceitou acriticamente as considerações do professor norte-americano Benjamin M. Shieber. A tese de Shieber cravou que o decreto, em suas disposições antitruste, simplesmente careceu de aplicação pela autoridade competente, o TSN. O único caso de aplicação de tais disposições teria sido em um parecer do Consultor-Geral da República elaborado como resposta a consulta feita pela empresa Standard Oil, em 1939, ou seja, não em um caso julgado pelo TSN.

Uma análise não exaustiva da jurisprudência do TSN demonstra que a tese de Shieber não é acertada. O TSN teve a oportunidade de discutir, em mais de um caso, os dispositivos antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938, tendo até havido um processo que chegou ao STF a respeito de tais dispositivos. Mais grave ainda: antes de Shieber, autores nacionais já haviam se debruçado sobre a jurisprudência do TSN, destacando casos de aplicação pelo Tribunal dos dispositivos de teor antitruste. Pelo menos dois

---

<sup>66</sup> “[...] enquanto os capitães de indústria, os *tubarões*, os polvos se enriquecem da noite para o dia, fazendo impunemente fortunas astronômicas à custa da carestia da vida e dos preços máximos, apenas sofre as consequências penais o mísero vendeiro de esquina, que pede mais vinte centavos no quilo do açúcar, ou o padeiro que pede mais dez centavos além do preço da tabela!”. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1193. Sobre esse ponto, ver: CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia**, op. cit., p. 91-93.

<sup>67</sup> Apesar de apontar a imprecisão das constatações de Shieber, reconhece-se aqui sua importância para a doutrina do direito concorrencial brasileiro. Foi um dos primeiros autores a publicar um livro sistemático sobre a área – apenas quatro anos após a publicação Lei nº 4.137/1962, que ensejou a criação do Cade. Sobre a importância e o legado de Shieber, ver: CORDOVIL, Leonor. Benjamin Shieber e o Antitruste: das lacunas de 1962 à Lei 12.529/2011. **Revista dos Tribunais**, v. 918, abr., 2012, p. 50-60.

autores podem ser mencionados: Eurico Castello Branco e Elias de Oliveira. Tais autores trataram do decreto e demonstraram sua efetividade a partir da referência a casos diversos decididos pelo TSN ao longo dos anos de sua existência. Nem Castello Branco nem Oliveira foram notados por Shieber ou pela doutrina concorrencial que vem reafirmando a tese da ausência de aplicação dos artigos de teor antitruste do decreto.

Conforme já se ponderou, com base em Hovenkamp, pode-se afirmar que o antitruste é uma área propensa à construção de mitos<sup>68</sup>. No Brasil, o mito da falta de efetividade antitruste do Decreto-Lei nº 869/1938 foi afirmado e reiterado. A partir do exame da pouco conhecida, sobretudo nos debates acadêmicos antitruste, jurisprudência do TSN e da recuperação da doutrina produzida sobre a Lei de Crimes contra a Economia Popular, de 1938, o presente trabalho buscou questionar a assertiva inicialmente endereçada por Shieber e reafirmada por parte substancial da doutrina concorrencial pátria. Com isso, elucidou-se a efetividade dos dispositivos antitruste do decreto, justificando-se o questionamento da assertiva e demonstrando-se que a tese de Shieber é, em verdade, um mito.

## REFERÊNCIAS

AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e Concentração de Mercado no Brasil: a emergência de uma contradição? Tradução de Emmanoel Boff. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, dez., 2006, p. 269-289.

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência**: Brasil – globalização – União Européia – Mercosul – Alca. São Paulo: Singular, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BALZ, Christiano Celmer. **O Tribunal de Segurança Nacional**: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945). Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina Jurídica da Concorrência**: abuso do poder econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

\_\_\_\_\_. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, José Maria Arruda de. A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e Teoria Geral do Direito**: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 449-468.

---

<sup>68</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**, op. cit., p. 60.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Free, 1993.
- BRANCO, Eurico. **Dicionário de Jurisprudência do Tribunal de Segurança Nacional: economia popular e defesa do Estado**. São Paulo: Universal, 1943.
- BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste** (1975). 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.
- CABRAL, Mário André Machado Cabral. **Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil**. 2016. 291 p. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 22 fev. 1956, seção 1, p. 1191-1993.
- CAMPOS, Francisco. A Lei de Proteção á Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a “A Noite”, em 28 de novembro de 1938. In: HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 187-198.
- CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. **Repressão Judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.
- CARONE, Edgar. **O Estado Novo: 1937-1945**. Rio de Janeiro, São Paulo: Difel, 1976.
- CARVALHO, Vinicius Marques de. Aspectos Históricos da Defesa da Concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 18
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: OCTAVIANI, Alessandro. **Estudos Pareceres e Votos de Direito Econômico**. São Paulo: Singular, 2015, p. 11-13.
- CASTELLO BRANCO, Eurico. **Anotações ás Leis de Segurança e Economia Popular**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.
- CASTRO, Araújo. **A Nova Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- CORDOVIL, Leonor. Benjamin Shieber e o Antitruste: das lacunas de 1962 à Lei 12.529/2011. **Revista dos Tribunais**, v. 918, abr., 2012, p. 50-60.
- FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930: historiografia e história** (1970). 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1979..
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei de Defesa da Concorrência, Origem Histórica e Base Constitucional. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 180, jul./dez., a. 45, 1992, p. 175-185.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste** (1995). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste** (1998). 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

- FREIRE, Anibal. Contratos de Comissão Mercantil Contrários à Lei de Proteção da Economia Popular – Concorrência Ilícita – de sua Repressão, na Tutela do Interesse Nacional. In: FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil** (1959). 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GERHART, Peter M. The Supreme Court and Antitrust Analysis: the (near) triumph of the Chicago School. **Supreme Court Review**, v. 319, 1982, p. 319-349.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: a experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.
- HUNGRIA, Nelson. **Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio**. Rio de Janeiro: Forense, 1939.
- \_\_\_\_\_. Os Crimes contra a Economia Popular e o Intervencionismo do Estado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXIX, a. XXXVI, jul., 1939, p. 45-48.
- KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Eds). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989, p. 1-5.
- LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **História Política do Abastecimento: 1918-1974**. Brasília: BINAGRI, 1979.
- LYRA FILHO, João. **Problemas de Economia Popular**. Rio de Janeiro: Alba, 1939.
- \_\_\_\_\_. **A Proteção da Economia Popular**. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia., 1946.
- LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940.
- MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 18, jul./dez., 2010, p. 11-57.
- MATTOS, César. Introdução. A Revolução do Antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos. In: MATTOS, César (Org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003, p. 19-21.
- NASCIMENTO, Ruy Coutinho do. Quatro Momentos do Antitruste no Brasil. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 187-194.
- OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- OLIVEIRA, Francisco de. Crítica à Razão Dualista (1972). In: OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à Razão Dualista / O Ornitórrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 25-119.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ONTO, Gustavo Gomes. **Da Irrelevância do Mercado ao Mercado Relevante: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Administração Pública e Governo. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas, 2009.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEUKERT, Detlev J. K. **Die Weimarer Republik**: Krisenjahre der Klassischen Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

POSNER, Richard. The Rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision. **The University of Chicago Law Review**, v. 45, n. 1, 1977, p. 1-20.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da Ordem Econômica e Legislação de Defesa da Concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In: FARINA, Laércio (Ed.). **A Nova Lei do CADE**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012, p. 96-123.

\_\_\_\_\_. Política de Concorrência e Desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento. **Cadernos do Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 9, jul./dez., 2011, p. 321-342.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**: o debate conceitual e um exercício para o caso brasileiro. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas (1998). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHUARTZ, Luís Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 761-780.

SILVA, Jorge Medeiros da. **A Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico**: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

STOLLEIS, Michael. **Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland**. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945. München: C. H. Beck, 1999, vol. 3.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

**Submetido em: 15 jan. 2018. Aceito em: 27 nov. 2018.**