

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**DESCENTRALIZAÇÃO E DIFUSÃO DA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE
PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICO-FEDERATIVOS.**

MAURO CÉSAR SANTIAGO CHAVES

Brasília
2009

**DESCENTRALIZAÇÃO E DIFUSÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE
PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICO FEDERATIVOS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília, para obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Doutor Alexandre Bernardino
Costa

**Brasília
2009**

O candidato foi consideradopela Banca Examinadora.

Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa
Orientador

Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo
Membro

Professor Doutor José Geraldo de Sousa Júnior
Membro

Professora Doutora Maria Paula Dallari Bucci
Membro

Brasília, junho de 2009

*Para Cátia e Vítor por todas as alegrias
havidas e por aquelas que virão.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho só foi possível em razão da paciência, dedicação, generosidade e auxílio de muitas pessoas. Sem elas certamente seria impossível desenvolver este trabalho de pesquisa. Assim, nada mais justo que reconhecer o tempo e dedicação dessas pessoas, proporcionando as condições necessárias para conclusão desta pesquisa no escasso tempo exigido pelas normas da pós-graduação brasileira.

Primeiramente, preciso registrar um agradecimento especial ao meu orientador, professor e amigo, Alexandre Bernardino Costa, pela orientação segura, sem prejuízo do diálogo aberto à divergência. Nossa convivência durante esse período foi muito proveitosa academicamente, não apenas na atividade de orientação propriamente dita, como também pela disciplina *Direito Achado na Rua*, por ele lecionada no curso de mestrado. Essa oportunidade de desenvolvimento de um projeto dialogado de pesquisa merece um registro especial. Agradeço, também, aos demais professores que ao longo do curso trouxeram questões relevantes para as reflexões feitas neste trabalho.

Merece registro, também, o trabalho realizado na Reitoria da UnB, na gestão *pro-tempore* do Professor aposentado desta Faculdade de Direito, Roberto Ramos Aguiar. Essa experiência com uma equipe multidisciplinar da mais alta qualidade acadêmica e administrativa trouxe-me muita esperança no futuro da universidade pública, gratuita e de qualidade no Brasil. O apoio, o exemplo e as experiências compartilhadas com os membros dessa equipe, apesar dos percalços da missão, foram da maior relevância para o bom andamento deste trabalho e de meu futuro profissional.

Não posso me esquecer de agradecer os servidores técnico-administrativos da Faculdade de Direito, cuja dedicação e apoio diários permitiram superar todas as etapas administrativas necessárias à conclusão deste trabalho. Cabe aqui um agradecimento especial à Lionete Alcântara de Moraes e Maria Helena Menezes Ribeiro; pela competência e carinho com que realizam sua missão na Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e pela atenção dedicada aos alunos.

É imprescindível também agradecer aos amigos do mestrado e do doutorado, não apenas pelos debates e reflexões, mas também por compartilhar as alegrias e angústias do caminho. Assim, agradeço a Fabiana Gorenstein, Ramiro Nóbrega Sant'Ana, Vanessa Schinke, Guilherme Scotti, Alex Potiguar e Gustavo Rabay. Um agradecimento especial deve ser feito ao colega Eduardo Gonçalves Rocha, pela dedicação na leitura do trabalho e relevantes sugestões propostas. Seu auxílio neste momento, apesar de seus diversos afazeres no doutorado e no magistério, foram de imenso proveito. O mesmo deve ser dito em relação ao advogado e amigo Francisco Todorov, profundo conhecedor das instituições e da política de defesa da concorrência no Brasil.

Merece um registro especial o carinho e apoio dos familiares. Agradeço aos meus pais ao esforço para proporcionar um ambiente familiar em que se desenvolvesse o gosto pelos estudos e pela pesquisa acadêmica. Ao meu pai, Jerônimo Alves Chaves, agradeço especialmente pelo exemplo de valorização do trabalho árduo e dedicado, cujo entusiasmo profissional ainda nos dias atuais considero invejável. À minha mãe, Lucília Santiago Chaves, professora por vocação, agradeço por sua dedicação constante ao meu progresso acadêmico, desde a mais tenra idade, e pelo apoio ao meu permanente aprimoramento pessoal e profissional. Aos meus irmãos, Marco Paulo, Graziela e Guilherme, pela fraterna amizade que sempre compartilhamos, mesmo distantes.

Por fim, mas não menos importante, quero agradecer a minha esposa Cátia e ao meu filho Vítor. A ela, cuja ternura e amor me conquistam diariamente, agradeço o apoio incondicional nos momentos alegres e especialmente nos mais difíceis. Sua postura e carinho ao longo de todos esses anos são a prova viva de que o amor, além da paixão, é paciência. Ao meu filho, agradeço por todas as alegrias que me trouxe e aquelas por trazer, e por ter dado sentido a muitas coisas então intangíveis em minha vida.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA	16
1.1 – O Desenvolvimento da economia de mercado como pressuposto teórico da livre concorrência	16
1.2 – O surgimento das regras contemporâneas de defesa da concorrência	21
1.3 – Há um objetivo universal para a defesa da concorrência?	31
1.4 – O direito da concorrência no atual sistema jurídico brasileiro	39
1.5 – O direito da concorrência como ramo do direito econômico	44
CAPÍTULO II – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL EM PERSPECTIVA FEDERATIVA	48
2.1 – Retrospectiva histórica.	48
2.2 – A defesa da concorrência na Constituição Federal de 1988	53
2.3 – Acepção e características da federação	58
2.4 – Antecedentes históricos	64
2.5 – O surgimento do federalismo brasileiro	68
2.6 – A federação na Constituição de 1988	73
2.7 – Das competências comuns e concorrentes	78
2.8 – A defesa da concorrência e a competência concorrente	82
CAPÍTULO III – DESCENTRALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA POLÍTICA PÚBLICA	87
3.1 – A participação social na democracia moderna	87
3.2 – Contribuição de Jürgen Habermas para a teoria democrática	94
3.3 – Conceituação e protagonismo do processo de descentralização: breves considerações	97
3.4 – Os desafios da descentralização	103
3.5 – Descentralização e a difusão da política de defesa da concorrência: reflexões sobre o SBDC em face do SNDC	108
3.6 - Alguns dados estatísticos do SBDC	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
BIBLIOGRAFIA	134
TABELAS	
Tabela 01: Tendências nas Ações da Política de Defesa da Concorrência 2000-2004	120
Tabela 02: Decisões do CADE em Casos de Concentrações 2000 – 2005	120

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o atual arranjo institucional de defesa da concorrência existente no Brasil, a partir de seu desenvolvimento histórico, e propor um novo modelo, não apenas mais condizente com nosso sistema federativo, mas que também favoreça a difusão dessa política pública. Essa reflexão é importante nesse momento em que se discute um novo arranjo institucional para os órgãos responsáveis pela política de defesa da concorrência, conforme o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, apresentado pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional. Para cumprir esse objetivo, o primeiro capítulo faz uma retrospectiva histórica da defesa da concorrência, no intuito de identificar seus objetivos e compreender seu enquadramento como ramo do direito econômico no atual sistema constitucional brasileiro. Esse primeiro capítulo permite prosseguir com a discussão sobre a descentralização da defesa da concorrência, suas possibilidades jurídicas, desafios e meios de operacionalização. Já o segundo capítulo faz um retrospecto do federalismo brasileiro de forma a identificar como a política de defesa da concorrência evoluiu ao longo da história federativa brasileira até o atual modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988, enquadrando-a no campo das competências concorrentes. Esse segundo capítulo, importante por destacar o paradigma centralizador com que se desenvolveu a política de defesa da concorrência no Brasil, permite avançar na discussão de um novo arranjo institucional. Essa discussão ocorre no terceiro capítulo, em que se busca, a partir dos pressupostos estabelecidos nos capítulos anteriores e tendo por marco teórico a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, trazer os fundamentos sócio-jurídicos que recomendam a descentralização da defesa da concorrência no Brasil, mediante um modelo semelhante ao adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência; Direito Econômico; Federalismo; Descentralização; Participação Social; Política Pública.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the currently institutional arrangement for the defense of competition in Brazil, from its historic role, and proposes a new model, not only more in agreement to our federal system, but that also promotes the dissemination of this public policy. This reflection is important at the moment as we are debating a new institutional arrangement for the policy on protection of competition, according to the Project of Law # 5877/2005, submitted to the Federal Executive Power to the National Congress. To achieve this goal, the first chapter gives a historical background on the defense of competition in order to identify its objectives and understand its role as part of the Economic Field of Law in the currently Brazilian constitutional system. The first chapter allows to continue the discussion about the decentralization of the defense of competition, its legal scopes, challenges and methods of operation. The second chapter is a review of the Brazilian federalism in order to identify how the policy of protection of competition has evolved with the federal Brazilian history, up to the model established by the 1988 Federal Constitution, as part of the competing power field. This second chapter, important for highlighting the central paradigm with which the policy on protection of competition in Brazil has developed, allows to go on with the discussion of a new institutional arrangement. This discussion occurs in the third chapter, which seeks from the assumptions set out in previous chapters with the theoretical framework of the theory of communicative action of Jürgen Habermas, to bring the socio-legal grounds that recommends the decentralization of the defense of competition in Brazil, through a model similar to that adopted by the Code of Consumer Protection.

Keywords: Protection of Competition, Economic Law, Federalism, Decentralization, Social Participation, Public Policy.

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Lei n.º 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, grande tem sido a preocupação em torno da difusão da defesa da concorrência. Não por acaso, o CADE estabeleceu como uma das principais ações de seu Programa de “Defesa Econômica e da Concorrência”, no exercício de 2007, a “Disseminação da Cultura da Concorrência” (CADE, 2008, p.14). Essa ação tem por objetivo divulgar e promover a defesa da concorrência, com fundamento no artigo 7º, inciso XVIII, da Lei n.º 8.884/94, que estabelece como competência do CADE instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

De maneira geral, o CADE tem buscado atingir os objetivos de disseminação e difusão da cultura da concorrência, mediante a realização de seminários e eventos, bem como a distribuição de publicações sobre a defesa da concorrência. Todavia, a pergunta que persiste, quinze anos após a edição da mencionada lei, é: Por que razão a defesa da concorrência continua tão pouco disseminada no Brasil?

A motivação para realização do presente trabalho origina-se de duas preocupações: a) compreender as razões que permitam responder, ainda que parcialmente, a pergunta acima exposta; b) compreender a razão pela qual algumas políticas públicas acabam por difundirem-se tão mais facilmente que outras no seio da sociedade. Essas preocupações, aliadas às exigências do debate fomentado pela reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), conforme Projeto de Lei n.º 5.877/2005 de iniciativa do Poder Executivo¹, criam a motivação principal deste trabalho, no que concerne ao desafio de conjugar a relevância da construção teórica com as possibilidades de aplicação prática.

Este momento de discussão sobre o novo modelo de defesa da concorrência que se pretende para o Brasil é propício à reflexão sobre sua adequação ao modelo federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988. É

¹ Destaque-se que o Projeto de Lei n.º 5.877/2005 enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, foi substituído na Câmara dos Deputados pelo Substitutivo ao PL n.º 3.937/2004 e encontra-se em tramitação no Senado Federal (PLC 06/2009).

oportuno também para trazer novas possibilidades de arranjo institucional, sem apegos a paradigmas jurídicos sedimentados nos antigos modelos de defesa da concorrência existentes no Brasil, não só em cumprimento ao nosso preceito federativo, mas também com o fim de favorecer a difusão da defesa da concorrência, mediante a participação da sociedade civil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Seguindo esse preceito, o artigo 173, § 4º, do texto constitucional estabeleceu que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Sob esses preceitos constitucionais, foi editada em 1994 a Lei n.º 8.884, também denominada de Lei de Defesa da Concorrência, por dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa lei reestruturou o CADE e estabeleceu a competência dos órgãos responsáveis pela repressão ao abuso do poder econômico, na esfera administrativa, que passaram a integrar o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC².

O arranjo institucional adotado pela Lei n.º 8.884/94 seguiu os modelos anteriormente existentes, concentrando toda a análise e repressão ao abuso do poder econômico na esfera da União, sem deixar espaço para os demais entes federados. Não se pode esquecer que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, sendo todos autônomos, nos termos de seus artigos 1º e 18.

Essa união indissolúvel de entes autônomos, conhecida como Federação, constitui um modelo de organização estatal, de origem norte-americana, concebido no século XVIII. Sua idéia mestra caracteriza-se exatamente pela distribuição de competências, cuja concepção visa a manter o equilíbrio entre as forças que o

² Em que pese a expressão não decorrer de manifesta definição legal, sua referência evoca a reunião dos três órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil:

- a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça;
- b) Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ;
- c) Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF.

compõem, de forma que a manutenção da unidade do todo não comprometa a diferença das partes.

Embora o princípio federativo possua condicionantes históricas complexas que variam segundo o regime jurídico de cada país, há em seu cerne a idéia central de conciliar os interesses coletivos de toda a nação e os interesses peculiares à necessidade de cada região (CAMBI, 1998, p. 245).

Nesta perspectiva, um aspecto fundamental a ser destacado nas federações refere-se à repartição de competências entre os entes federados, que, no caso brasileiro, se encontra prevista precipuamente nos artigos 21 a 24 da Constituição Federal de 1988³. O texto constitucional brasileiro superou a concepção clássica da repartição de competências, fundada na distribuição de poderes enumerados à União e de poderes reservados aos estados.

Esse novo modelo de repartição de competências, sem prejuízo da competência privativa da União, criou o domínio autônomo da legislação concorrente, abastecido com matérias próprias, e não com matérias deslocadas da competência legislativa exclusiva da União, como nas Constituições de 1934, 1946 e 1967. Na legislação concorrente, compete à União legislar sobre normas gerais e aos estados, a legislação complementar⁴.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu ainda que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente (art. 24, inciso I). Todavia, no que concerne à defesa da concorrência, a Lei n.º 8.884/94 não deixou margem para a atuação dos demais entes federados, como o fizeram as legislações relativas à defesa do consumidor, meio-ambiente e saúde, também de competência concorrente.

Pelo que estabelece a mencionada lei, toda tarefa de instrução e julgamento de infrações contra a ordem econômica é realizada por órgãos ou

³ Em que pese o cerne da repartição de competências constante de nossa Constituição Federal encontrar-se disposto nos artigos 21 a 24, é sabido que há outras menções ao longo do texto constitucional.

⁴ Na lição de Raul Machado Horta a legislação concorrente:
“É conceitualmente uma legislação incompleta de forma que a legislação complementar estadual, partindo da legislação federal de normas gerais, possa expedir normas autônomas, afeiçoando as normas gerais às exigências variáveis e às peculiaridades locais de cada ordenamento jurídico estadual” (HORTA, 1993, p. 9-10).

entidades da União, como tem sido ao longo de toda a nossa tradição legislativa de repressão ao abuso do poder econômico. Atualmente, o SBDC encontra-se em fase de reestruturação, conforme proposta constante do Projeto de Lei da Câmara n.º 06/2009, em tramitação no Senado Federal.

É sob essas perspectivas que o presente trabalho pretende analisar a proposta de reestruturação de defesa da concorrência, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, abordando as seguintes questões: a) a proposta é a que melhor atende nosso princípio federativo? b) Tal arranjo favorece a difusão dessa política pública? c) É possível torná-la uma política pública mais acessível e democrática?

Para alcançar esses objetivos, o processo de pesquisa iniciou-se por uma breve recapitulação histórica da defesa da livre concorrência, suas origens e fundamentos teóricos, com o fim de compreender como a concorrência não é um fenômeno relevante apenas do ponto de vista da teoria econômica, mas como política pública de interesse de toda a sociedade. Por isso, o primeiro capítulo busca identificar o papel destinado à defesa da concorrência em nosso sistema jurídico e os valores que a ela cabe resguardar. Busca-se, também, demarcar o ramo do direito em que se enquadra a defesa da concorrência, cuja importância é fundamental para compreender a esfera de competência federativa a que ela se vincula: se privativa da União, reservada aos estados ou concorrente.

Delimitados o escopo e o ramo do direito ao qual a defesa da concorrência se enquadra, no segundo capítulo, busca-se identificar o paradigma federativo em que está inserida a defesa da concorrência no Brasil, a fim de compreender as razões da atual centralização dessa política pública na esfera da União. Nesse capítulo, pretende-se ainda explicitar as modificações na estrutura federativa ocasionadas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, especialmente no âmbito do direito econômico, cuja existência sequer constava das constituições anteriores, tornando-se expressamente competência concorrente, nos termos do artigo 24, inciso I.

Outro ponto importante do mencionado capítulo refere-se à explicitação dos princípios e características da federação, de forma a melhor estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao modelo federativo adotado pela Constituição Federal de 1988.

Já o terceiro e último capítulo, busca identificar os fundamentos sócio-políticos para a descentralização da defesa da concorrência, tendo por pressuposto sua potencialidade de difusão enquanto política pública. Pretende-se demonstrar como a descentralização da defesa da concorrência pode favorecer o processo de participação e controle social, a partir da teoria da ação comunicativa, de Jürgen Habermas. Busca-se explicitar a idéia de que quanto mais uma sociedade desenvolve meios eficazes de discussão e deliberação de questões referentes ao interesse público, aprimora-se o canal de comunicação entre os indivíduos em seu contexto cotidiano e os agentes públicos que atuam na política. Quanto mais esse canal se aprimorar, mais as questões públicas serão compreendidas e mais sentido a atividade política passa a ter na vida dos cidadãos

A preocupação por ampliação da participação e controle social remete à reflexão sobre quais os arranjos institucionais podem contribuir para um maior pluralismo no processo político, em favor dos interesses usualmente destituídos de expressão, reivindicando tanto o valor da igualdade política, como o da deliberação para a formação da vontade política. Daí a ponte para outra preocupação do mencionado capítulo: a de explicitar como a descentralização, ao aproximar as instituições do cidadão, tende a favorecer a conscientização do indivíduo por seus direitos e da importância de seu protagonismo na eficácia das políticas públicas, dentre as quais a defesa da concorrência. Todavia, o processo de descentralização não possui qualidades intrínsecas e tampouco está isento de problemas, mas acredita-se que é por meio da experiência diária do cidadão no exercício de seus direitos que se constrói o processo democrático e a inserção social de grupos desfavorecidos.

É com fundamento nessa premissa que o terceiro capítulo também faz uma análise comparativa entre as estruturas do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC – e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, para demonstrar como a defesa da concorrência pode ter sua difusão favorecida mediante a adoção de um modelo semelhante ao existente na defesa do consumidor, com a participação dos entes federados e da sociedade civil.

O que se sustenta, ao final, com fundamento em dados estatísticos do próprio SBDC, é que a política de defesa da concorrência no Brasil deve basear-se no pluralismo cooperativo e na participação, de modo que a autoridade do sistema

não seja exercida de modo paternalista, nem contando com a obediência submissa dos cidadãos, mas articulada com mecanismos pluralistas e participativos, e que favoreça um processo de tomada de decisões mais legítimo, receptivo e co-produzido.

Assim, este momento, em que se discute o novo modelo de defesa da concorrência para o Brasil parece apropriado também para se discutir e implementar um sistema nacional descentralizado, com efetiva participação dos demais entes federados e da sociedade civil, de forma semelhante ao existente da defesa do consumidor.

CAPÍTULO I

A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

1.1 – O desenvolvimento da economia de mercado, como pressuposto teórico da livre concorrência⁵.

Desde o final do século XVII desenvolveram-se na Europa reflexões e correntes de pensamento que prestigiavam a idéia de liberdade, em contestação ao poder absoluto dos reis. Esse culto da liberdade como princípio organizador da sociedade exigia a confiança na razão humana. Com o passar dos anos esse processo culminou na consagração do iluminismo e do utilitarismo, fundado nos valores de liberdade e racionalismo que marcaram a cultura ocidental, a partir da segunda metade do século XVIII, permitindo o desenvolvimento da filosofia liberal.

Seu desenvolvimento ocorreu concomitantemente com o constitucionalismo, especialmente com a Declaração de Direitos e as primeiras constituições dos Estados Unidos da América e da França, as quais resguardavam as liberdades e prerrogativas individuais frente ao Estado. No campo econômico, essas constituições garantiram a propriedade privada, a liberdade de exercício de profissões e a livre contratação. Essas garantias permitiram sedimentar as bases de um sistema de mercado, que se consolidou com as codificações de Direito Civil, cujos Códigos Civil (1804) e Comercial (1807) napoleônicos permitiram estabelecer a segurança e a liberdade nos negócios entre particulares⁶ (NUSDEO, 2001).

Na esfera política, o liberalismo questionava o Estado contra sua ação autoritária e absolutista em busca de um modelo estatal em que os poderes seriam limitados e controlados pelo cidadão. Já na esfera política, o modelo de mercado

⁵ O presente tópico pretende apenas resumir, de forma muito breve, o contexto em que as regras de defesa da concorrência surgiram na modernidade. Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver Dennis(1977)

⁶ No Brasil, o desenvolvimento do Constitucionalismo seguiu caminho semelhante, com as constituições de 1824 e 1891 dando ênfase às liberdades do cidadão e dos negócios, concomitantemente ao surgimento das regras de Direito Civil, como o Código Comercial (1850) e o Código Civil de 1916.

desenvolvido por Adam Smith, em sua obra “A Riqueza das Nações” (1776), compatibilizava-se com os postulados do liberalismo político.

Concomitantemente à afirmação das liberdades individuais e de comércio no campo jurídico, no campo econômico foram desenvolvidos estudos que permitiram o surgimento de um novo modelo de sistema econômico, distinto daquele existente nos regimes monárquicos absolutistas, especialmente em consequência da Revolução Industrial⁷.

Neste contexto, os economistas clássicos⁸ criaram a figura do *homo oeconomicus*, que em teoria seria aquele indivíduo que visa à maximização dos resultados de suas ações e iniciativas. Essa abstração dos economistas clássicos parte da presunção de que os indivíduos pautam suas ações com fundamento em uma atitude por eles considerada racional, qual seja: a tentativa de extração do melhor retorno possível de sua capacidade produtiva e de seus fatores de produção, considerando que os mesmos são limitados.

Segundo essa teoria, esse comportamento dos indivíduos ocorreria em um espaço também ideal, denominado mercado. O mercado seria o “local” onde as vontades individuais “racionais” dos agentes de negociar bens manifestar-se-iam via preços a ele atribuídos, pelos demais agentes, que em conjunto propiciariam as interações entre as forças da oferta e da procura. Assim, o mercado é considerado como o conjunto de instituições que viabiliza a interação entre oferta e procura, da qual surgem os preços de cada produto ou serviço, de forma espontânea e impessoal⁹.

⁷ A Revolução Industrial foi ocasionada por uma combinação de fatores, dentre os quais se destacam a acumulação de capital, o liberalismo econômico e diversas invenções, especialmente a máquina a vapor. A Revolução Industrial causou um impacto determinante no processo produtivo em razão de diversas mudanças tecnológicas. Esse impacto afetou a sociedade ocidental tanto na esfera econômica como social. A Revolução Industrial iniciou-se em meados do século XVIII na Grã Bretanha, expandiu-se pelo mundo a partir do século XIX. Durante esse processo a máquina foi substituindo o trabalho humano estabelecendo uma nova relação entre o capital e o trabalho, colocando um fim na era agrícola. A Revolução Industrial corresponde ao ponto marcante de uma evolução econômica, social e tecnológica pela qual passava a Europa, desde a baixa idade média, especialmente nos países em que prevaleceu a reforma protestante, como foi o caso da Inglaterra e Holanda.

⁸ Consideram-se “economistas clássicos” aqueles que escreveram no final do século XVIII e início do século XIX, dentre os quais se destacam Adam Smith, David Ricardo, Jean Baptista Say e John Stuart Mill (BACHA, 2004, p. 88-89).

⁹ O conceito de mercado possui especial relevância na ciência econômica, mas esse trabalho não se propõe a analisá-lo. É importante, contudo, compreender seu caráter abstrato e a importância

O funcionamento do mercado permite a comunicação entre seus diferentes atores via preço. Os preços existentes no mercado sinalizam então aos produtores e prestadores de serviço para onde encaminhar seus fatores de produção, de forma a maximizar a retribuição pelo trabalho. Essa retribuição é denominada lucro, o qual corresponde à diferença entre a receita potencial gerada pela venda no mercado menos os custos incorridos na produção. Assim, a definição do que deve ser produzido e sua quantidade não é definida pelos produtores, mas pelos consumidores mediante os preços a que estão dispostos a pagar pelos produtos consumidos, considerando evidentemente a capacidade financeira de cada um destes. Já os produtores buscarão reduzir seus custos de produção com o fim de ampliar seu lucro.

Conforme os economistas clássicos, essa fórmula de caráter individual, quando aplicada a toda a sociedade, guiaria os partícipes do mercado à mais adequada fórmula de administrar a escassez de recursos existentes na sociedade, na medida em que os preservaria de seus altos preços. Os preços seriam, assim, os grandes sinalizadores da escassez de bens existentes em um mercado.

Esse sistema econômico, cujas características principais foram aqui resumidas é que se convencionou denominar economia de mercado ou sistema de mercado e que se constituiu após o advento da Revolução Industrial.

das instituições sociais para sua existência. Apesar de, em sua acepção tradicional, o mercado caracterizar-se por um lugar determinado em que se realizavam transações econômicas, como as feiras e mercados da antiguidade, sua acepção abstraiu-se para caracterizar-se pela existência e confronto das forças da oferta e da procura. Sobre esse aspecto Roger Guesnerie (1997, p. 21) destaca que o mercado é uma abstração baseada em uma variedade de realidades cobertas por abstrações intermediárias chamadas mercados, que não existem por si, mas apenas em razão de outras instituições, dentre as quais se sobressaem o sistema jurídico e a moeda, as quais decorrem da organização coletiva da sociedade.

Outro ponto importante aos que pretendem melhor compreender a política de defesa da concorrência diz respeito à necessidade de distinção de conceitos relacionados ao de mercado. Apesar de não ser possível fazê-lo aqui, convém transcrever uma passagem da obra de Robert L. Heilbroner (1994, p. 68 e 69) que contextualiza de forma didática os conceitos de capitalismo, mercado e sistema de mercado:

“O capitalismo é uma entidade muito maior e mais complexa do que o sistema de mercado que usamos como seu equivalente, e o sistema de mercado é maior e mais complexo do que os inumeráveis encontros individuais entre compradores e vendedores que constituem sua estrutura atômica. O sistema de mercado é o meio principal de ordenar e coordenar o todo, mas os mercados não são a fonte de energia do capitalismo nem de sua característica bifurcação de autoridade. Os mercados são os condutos através dos quais as energias do sistema fluem e o mecanismo pelo qual o reino privado organiza suas tarefas sem a intervenção direta do reino público”.

A Revolução Industrial e as novas regras de mercado modificaram substancialmente a atividade produtiva, que deixa de ser manual e artesanal, deslocando-se para as fábricas. As fábricas surgem em razão dos investimentos em maquinários que necessitavam de grandes espaços para serem acomodadas, bem como para acomodar a grande quantidade de mão-de-obra empregada. Assim, o processo produtivo sai do controle do trabalhador, na medida em que ele perde a posse da matéria-prima, do produto final e do lucro dele decorrente. A antiga relação entre mestre e aprendiz existente nas corporações de ofício é substituída pela relação entre patrão e empregado. Nessa nova relação, o patrão possui os meios de produção e os trabalhadores, agora na condição de empregados ou operários, controlam apenas as máquinas de propriedade dos patrões.

Esse novo sistema é bem distinto daquele existente nas corporações de ofício medievais, pois no antigo sistema os trabalhos eram realizados em oficinas geralmente existentes na própria casa do artesão, o qual dominava a grande maioria das etapas do processo produtivo, senão todas elas. O artesão geria todo o processo produtivo, desde a aquisição da matéria-prima até a comercialização do produto final. Com o novo sistema, o patrão efetua o investimento no empreendimento, cujo retorno depende da produção da fábrica. Essa busca por excedentes de produção faz com que os empresários tentem ampliar os mercados para seus produtos, tornando agora a concorrência algo desejável. Como as corporações de ofício restringiam o acesso de muitos artesãos a seus quadros para evitar o excesso de produção e a redução de preços, o sentimento crescente da nova classe industrial era pelo fim das corporações de ofício, a fim de garantir o aumento de suas vendas sem restrições¹⁰.

¹⁰ Paula Forgioni (1998, p. 53) destaca a postura dos novos empresários em relação à concorrência a partir da revolução industrial:

“Não se poderia conceber a atividade do moderno empresário limitada pelas rígidas regras das corporações de ofício. Estas desempenharam, é a verdade, em uma economia relativamente estável, papel primordial de proteção dos interesses dos comerciantes e produtores. Nesse outro momento histórico, entretanto, as antigas pautas de conduta perderam seu sentido, pois a conquista dos mercados passa a ser essencial: era necessário o restabelecimento da concorrência”.

A mesma autora (FORGIONI, 1998, p. 43) destaca ainda três tipos de normas adotadas pelas corporações de ofício que limitam a liberdade de concorrência, de forma a manter o controle da oferta do produto no mercado:

“Nos estatutos das corporações de ofício podemos identificar três grupos de normas que interessam ao nosso estudo: (i) normas que estabeleciam o monopólio da corporação; (ii) normas que fixavam regras de conduta para os membros da corporação e que acabavam por neutralizar qualquer concorrência que se pudesse estabelecer, seja entre os agentes

Com os excedentes da produção, o desenvolvimento econômico e o aprimoramento dos meios de transporte, os empresários buscam conquistar novos mercados, de forma que sentem a necessidade de abolir as normas das corporações de ofício, permitindo ampliar seu acesso a novos mercados, inclusive conquistando consumidores de outros agentes econômicos. Foi nesse contexto que o mercado liberal ou a “economia de mercado” trouxe consigo a idéia de livre concorrência. Paula Forgioni (1998, p. 59) destaca bem a nova concepção de concorrência, no contexto do livre mercado:

Livre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprouver o agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência.

Nesse contexto foi editado na França, em março de 1791, o Decreto *d’Allarde*, que assegurava a todos os indivíduos a liberdade de fazer qualquer negócio ou exercer qualquer profissão, arte ou ofício, condicionando-os apenas ao pagamento de taxas e à concessão prévia de patentes. Tal decreto foi posteriormente reforçado pela Lei Chapelier, de junho do mesmo ano, cuja finalidade era exatamente combater os monopólios em que consistiam as corporações de ofício.

Assim, o Estado liberal passou a resguardar o novo sistema econômico, cujos fundamentos podem ser resumidos em liberdade de atuar e de concorrer. Já a teoria econômica destacava os benefícios da livre concorrência para o mercado e seus consumidores, na medida em que concilia a liberdade de iniciativa e o interesse público decorrente da redução de preços e aumento de qualidade de produtos aos consumidores. Dessa forma, a concepção da livre concorrência consolida-se no Estado liberal.

econômicos, seja potencial; (iii) normas que estabeleçam a jurisdição e o poder de fiscalização econômica da corporação sobre seus membros”.

1.2 – O surgimento das regras contemporâneas de defesa da concorrência

No tópico anterior buscou-se demonstrar, de forma sucinta, como a idéia da livre concorrência consolidou-se na teoria econômica clássica, como suporte teórico-econômico ao Estado liberal. No presente tópico buscar-se-á descrever, também brevemente, a forma como as regras de defesa da concorrência foram sendo exigidas e estabelecidas com o desenvolvimento do capitalismo e a progressiva intervenção do Estado no domínio econômico que caracterizou o *Welfare State*.

Como visto, a Revolução Industrial e a busca por novos mercados fizeram com que surgisse entre os novos empresários o desejo de abolir as restrições adotadas pelas corporações de ofício, em favor da ampliação da concorrência. Todavia, à medida em que o sistema capitalista foi se consolidando, surgiram grandes empresas que passaram a concentrar poder de mercado¹¹. Essa concentração não fora prevista originalmente pelos economistas clássicos, pois apesar de reconhecerem a possibilidade de abusos de determinados agentes de mercado¹², acreditavam que a “mão invisível”¹³ do mercado seria suficiente para corrigir eventuais distorções.

¹¹ Conforme destacam Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld (2005, p. 326 a 358), o poder de mercado corresponde à capacidade, tanto do vendedor quanto do comprador, de influir no preço de uma mercadoria. O poder de mercado, em geral, ocorre de duas formas: mediante o poder de monopólio (quando os vendedores cobram preços acima do custo marginal, que se mede pela quantia em que o preço ultrapassa o custo marginal) ou de monopsônio (quando os compradores podem obter preços abaixo do valor marginal atribuído à mercadoria, o qual se mede pela quantia em que o valor marginal ultrapassa o preço).

Uma análise mais aprofundada do conceito de poder de mercado e sua importância na defesa da concorrência pode ser obtida na obra de Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes (2000, p. 24-75). No presente trabalho, contudo, interessa destacar como o poder de mercado pode impor custos sociais em razão da produção abaixo do nível de produção competitivo, o que ocasiona não só uma perda do excedente do consumidor e do produtor, como também custos adicionais decorrentes da captura de renda.

¹² Adam Smith já havia constatado a possibilidade de determinados abusos por parte dos empresários, em 1776, em sua celebrada obra “A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas”, ao afirmar que:

“Pessoas da mesma profissão raramente se reúnem, mesmo que seja para momentos alegres e divertidos, mas as conversações terminam em uma conspiração contra o público, ou em algum incitamento para aumentar preços. Efetivamente, é impossível evitar tais reuniões, por meio de leis que possam vir a ser cumpridas e se coadunem com espírito de liberdade e de justiça. Todavia, embora a lei não possa impedir as pessoas da mesma ocupação de se reunirem às vezes, nada deve fazer no sentido de facilitar tais reuniões e muito menos para torná-las necessárias” (SMITH, 1996a, 172-173).

Com o desenvolvimento tecnológico e a possibilidade de produção em larga quantidade, os empresários perceberam as vantagens econômicas decorrentes das economias de escala e de escopo¹⁴, o que ensejou o processo de concentração de empresas. Tais concentrações empresariais ocasionaram o surgimento de grandes corporações com condições necessárias para produzir a custos mais reduzidos. Com isso, o mercado, originalmente concebido pelos economistas clássicos como sendo de natureza atomística e individualista, tornou-se mais concentrado, de forma que a “mão invisível” do mercado já não podia dar conta dos problemas econômicos que surgiram. Os monopólios então combatidos pelo Estado liberal e pelas teorias econômicas clássicas acabam por se restabelecer com o processo de concentração de empresas.

Esse processo de formação de grandes grupos econômicos não tardou a revelar os defeitos da concorrência prevista pelos economistas clássicos, pois os mecanismos de auto-regulação do mercado não funcionavam, de forma que não era possível reduzir os altos preços impostos pelas grandes empresas detentoras de poder de mercado.

A grande concentração de capital e poder por um grupo de empresários trouxe instabilidade ao próprio mercado, pois os monopólios causavam problemas sociais como o aumento de preços dos produtos ante a ausência de concorrentes.

¹³ O conceito de “mão invisível” do mercado proposto por Adam Smith, em sua obra “A riqueza das nações”, fundamenta-se no princípio de que a busca do interesse individual resultam benefícios sociais. A mencionada tese, na verdade, não é originária de Smith, mas de Bernardo de Mandeville, em sua obra “Fábula das Abelhas”, escrita no início do século XVIII (MANDEVILLE, 1714):

(o indivíduo) “orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo” (SMITH, 1996a; 438).

¹⁴ Considera-se economia de escala a possibilidade de uma empresa dobrar sua produção sem precisar dobrar seus custos. Já a economia de escopo encontra-se presente quando a produção conjunta de um mesmo produto por uma única empresa é maior que a produção obtida por duas empresas diferentes daquele mesmo produto (considerados os mesmos insumos de produção alocados nas diferentes empresas). Uma definição mais técnica do conceito pode ser encontrada no Anexo II da Resolução CADE Nº 20/99: “Ocorre economia de escopo quando o custo da produção conjunta de mais de um bem ou serviço é menor do que o custo da produção de cada um deles de forma isolada”.

Outro aspecto relevante era a sujeição que os empresários passaram a impor sobre a classe trabalhadora¹⁵, ensejando o conflito entre o capital e o trabalho.

Assim, a teoria da concorrência perfeita, considerada como sendo o padrão dos mercados pelos economistas clássicos, passa a ser revista, na medida em que o poder econômico que surgiu no final do século XIX era com ela incompatível. Essa tendência à concentração de poder de mercado decorreu de diversos fatores, dentre os quais convém destacar a desigualdade de desempenho dos agentes econômicos e a percepção de que as economias de escala exigiam a concentração cada vez maior de capital produtivo. Na segunda metade do século XIX e ao longo do século XX as concentrações de empresas aumentaram intensamente em razão da redução de custos dela decorrentes, permitindo assim o aumento da lucratividade das empresas¹⁶.

A intensa concentração econômica, especialmente no final do século XIX¹⁷, levou à constatação de que a teoria econômica clássica era falha, o que

¹⁵ Quanto à remuneração obtida pelos diversos agentes existentes no mercado, Nusdeo (2001, p. 120) ilustra de forma didática o critério adotado pelo sistema capitalista:

“A riqueza ou a pobreza numa economia como a acima descrita não tem nada a ver com a relevância ou a contribuição de cada membro da comunidade ao bem estar da mesma, se essa relevância for medida por critérios outros que não os de mercado. Um grande artista, cientista ou empresário, cuja arte ou a ciência ou os produtos não tiverem tido boa receptividade pelo mercado poderão morrer miseráveis num asilo de indigentes. Contrariamente, um medíocre *clown* ou um produtor de bugigangas, desde que aceitos pelo mercado, chegarão rapidamente à fortuna.

O titular apenas de sua força de trabalho, destituído deste trabalho de maior qualificação, fará jus apenas a um salário mínimo ou até menos. O técnico especializado em qualquer área, inclusive no esporte profissional, ganhará dezenas ou centenas de vezes mais. O mesmo se diga dos bens integrantes do patrimônio de qualquer pessoa ou entidade. O seu valor pode variar conforme sejam reputados os produtos ou serviços que eles permitem gerar, como por exemplo, prédios, terras, equipamentos, fábricas ou mesmo bens imateriais, como patentes de invenção ou direitos autorais”.

¹⁶ Sobre o processo de concentração ocorrido no final do século XIX, nos EUA, HEILBRONER (1988, p. 119) destaca que “enquanto em 1897 houvera 20 trustes, o censo de 1900 relacionava 185 ‘consolidações’, com uma capitalização total de 1,4 bilhão de dólares e, quatro anos mais tarde, esse número crescera para 445, com uma capitalização superior a 20 bilhões.”

¹⁷ Conforme destaca Calixto Salomão Filho (1998, p. 58):
“Na segunda metade do século passado, época do início do movimento antitruste, que levou à promulgação do Sherman Act, três fatores influenciavam decisivamente a vida econômico-social norte-americana. Em primeiro lugar, como conseqüência direta da guerra civil, tinha-se verificado um grande fortalecimento e uma grande concentração industrial, sobretudo no nordeste dos Estados Unidos. A maior tolerância dos Estados em aceitar tarifas altas por parte de todas as indústrias direta ou indiretamente relacionadas ao esforço bélico foi, sem dúvida, um fator de grande estímulo às concentrações. Em especial, dois setores foram objeto de fortíssima concentração: telégrafos e estradas de ferro. No setor telegráfico, a famosa Western Union, já em 1886 tinha adquirido quase a totalidade dos concorrentes. O monopólio das estradas de ferro, por outro lado, vincula-se diretamente ao segundo dos fatores acima

chamou a atenção para o papel que a cultura e as instituições sociais tinham na integração social, seja em relação às questões morais, éticas ou sociais. Essa mudança de foco permitiu a constatação de que as leis econômicas, longe de serem naturais e imutáveis, eram construídas na história e na sociedade¹⁸. Com isso a racionalidade econômica foi colocada em cheque, especialmente com o advento da sociologia, que demonstrou que as ações humanas são motivadas por razões muito mais complexas que supunha a economia clássica¹⁹.

Essa constatação de que algumas premissas da teoria econômica clássica eram equivocadas exigiu novos estudos econômicos, especialmente voltados para a intervenção do Estado na economia. Ademais, ela também foi ocasionada pela importância econômica, social e política que o papel do Estado passa a ter na promoção do desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, a intervenção estatal ocorre em dois níveis: político e econômico. No nível político, com a criação de instrumentos legais que permitissem a exploração da atividade econômica em setores considerados essenciais para a economia nacional e que por diversas razões não atraíam o capital privado, bem como pela introdução de limitações ao direito de propriedade, a fim de impor um desempenho compatível com os objetivos estabelecidos politicamente pela Constituição e pelas leis. No nível econômico, a intervenção buscou adequar o mercado para que corrigisse certas falhas, sem a necessidade de intervenção direta do Estado nos padrões de desempenho industrial (NUSDEO, 1995, p. 22).

mencionados. É ele o descontentamento do setor agrário. O setor rural americano é tido como um dos principais responsáveis pela promulgação do Sherman Act.”

¹⁸ Sobre o tema bem resumiu Ana Frazão de A. Lopes (2006, p. 151): “A atenção crescente pelo papel da cultura e das instituições sociais começou a evidenciar que as leis econômicas, longe de serem naturais, eternas e imutáveis, eram leis construídas na história e na sociedade. Sobre o tema, é imperiosa a referência à obra de VEBLEN (1970), que rechaçava a teoria econômica baseada na racionalidade do homo economicus, entendendo que a mesma, ao desconhecer o papel das instituições sociais nas leis econômicas, buscava, sob uma falsa aparência de neutralidade, esconder deliberadamente a natureza do antagonismo entre patrões e empregados e as injustiças daí decorrentes. Assim, abriu-se espaço para que as ciências sociais e os assuntos do homem fossem vistos como construções sociais e culturais. A antropologia também trouxe importantes subsídios para mostrar que a cultura é fruto de um determinado arranjo e organização e que isso que determina o comportamento humano”.

¹⁹ Nesse aspecto, deve-se mencionar a especial importância decorrente da obra de Max Weber, (2004), “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, que demonstra como a racionalização da vida econômica moderna possui mais relações com compromissos não racionais do que supunham os economistas clássicos.

Outra razão que levou o Estado a intervir no domínio econômico foi a relevância social adquirida por determinados produtos e serviços ofertados pelas grandes empresas, que em alguns casos tornaram-se de importância fundamental para a sociedade, especialmente nas áreas de transporte, energia e alimentos. Assim, a intervenção do Estado na economia tornou-se necessária para contrabalancear o excessivo poder econômico adquirido pelo setor privado, bem como para evitar a adoção de práticas anticompetitivas, como os cartéis²⁰.

Essa intervenção econômica estatal, por sua vez, realiza-se de forma a garantir a própria manutenção dos preceitos do liberalismo, quais sejam a propriedade privada e a livre iniciativa. Ademais, a intervenção também passou a ser necessária para os próprios capitalistas, pois, para garantir o desenvolvimento econômico, o estado passou a criar instrumentos legais que lhe permitissem explorar a atividade econômica em setores que considerava necessários à economia da nação e que por razões diversas não atraía capitais privados. Assim, de forma a garantir sua própria posteridade, o sistema capitalista adaptou-se, como bem destaca Eros R. Grau (2003, p. 191)²¹.

²⁰ Outra razão especialmente importante para a necessidade de intervenção estatal na economia é bem destacada por Alberto Venâncio Filho (1998, p. 8):

“O funcionamento do regime liberal exigiria, no entanto, como demonstrou ANDRÉ PIETTE, uma moral de homens honestos e teria como pressuposto uma certa igualdade, requerendo, ademais, uma competição equilibrada. Como esses pressupostos não foram alcançados, surge a crise de liberdade, caracterizada pela crise social do século XIX, a crise econômica do período entre as duas grandes guerras e os desequilíbrios internacionais do presente”.

²¹ Eros Grau (2003, p. 191), com fundamento na obra de Jurgen Habermas (1980), destaca que o Direito Econômico – e nele se insere o antitruste – presta-se a defender o capitalismo dos capitalistas:

“Habermas, em especial no *Legitimationsprobleme im Spatkapitalismus*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1973 (há tradução publicada pela Edições Tempo Brasileiro: *A crise de legitimação no capitalismo tardio*, trad. De Vamireh Chacon, Rio de Janeiro, 1980) observa que, diante das crises – transtornos que se produzem na integração do sistema, colocando em risco a sua contínua existência, isto é, a integração social – o Estado passa a perseguir o fim declarado de conduzi-lo (isto é, ao sistema), para evitá-las. Assim, o Estado tem de cumprir funções que não se pode explicar mediante a invocação das premissas da existência contínua do modo de produção, nem deduzir-se do movimento imanente do capital (p. 77) Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal. A fim de constituir e preservar o modo de produção, certas premissas de existência contínua hão de ser realizadas (o Estado garante o sistema de Direito Civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário, etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como a educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – política comercial e aduaneira, v.g. – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema). [...] A legislação antitruste, ao contrário, faz exemplo bem marcado da medida de constituição e preservação do modo de produção capitalista, ainda que seja,

No que concerne especificamente à concorrência, observa-se que em razão da alta concentração econômica em determinados mercados desponta a necessidade de sua disciplina, a fim de que a liberdade de iniciativa dos empresários não se degenerasse em prejuízo da própria concorrência. Assim, surgem as normas de direito concorrencial, com o intuito de defender os interesses não só dos consumidores, mas dos próprios agentes de mercado. Nesse contexto, os Estados Unidos da América serviram de principal referência na luta contra os monopólios, de forma a reagir contra a concentração de poder econômico, disciplinando-o.

No final do século XIX, os agricultores norte-americanos, preocupados em escoar sua safra, organizaram um movimento que tinha por finalidade conseguir regulamentar o transporte ferroviário. Isso ocorreu porque as estradas de ferro norte-americanas haviam celebrado acordos que disciplinavam sua forma de atuar no mercado com o objetivo de neutralizar a concorrência existente entre elas, garantindo não só mútua proteção contra a competição predatória, mas também a manutenção de cobrança de tarifas a um determinado preço²².

também, instrumento de política pública. Insisto, no entanto, em que a Lei n.º 8.884/94 não é, meramente, uma nova lei antitruste”.

²² Os cartéis podem ser caracterizados como acordos entre agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, com o intuito de elevar preços e lucros mediante a combinação de preços, divisão de mercado ou de cotas de produção, bem como o controle das quantidades produzidas ou distribuídas do (s) mencionado (s) produto (s). O cartel também ocorrerá se houver a divisão territorial do mercado com o mesmo fim. Segundo o “Glosario de términos utilizados em el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea” (Dirección General de Competencia, 2002, p. 8), a prática de cartel possui a seguinte definição:

“Acuerdo entre empresas competidoras destinado a limitar o eliminar la competencia entre ellas, con objeto de aumentar los precios y los beneficios de las empresas participantes, sin producir ninguna ventaja compensatoria objetiva. En la práctica, esto suele hacerse fijando los precios, limitando la producción, repartiendo los mercados, asignando clientes o territorios, coludiendo en los procedimientos de licitación o combinando varias de estas restricciones específicas. Los carteles son perjudiciales para los consumidores y la sociedad en su conjunto debido a que las empresas participantes aplican precios más altos (y obtienen mayores beneficios) que en un mercado competitivo”.

Deve-se destacar que nem todos os acordos entre concorrentes correspondem a cartéis, de forma a prejudicar a concorrência. Diversas atividades conjuntas podem inclusive beneficiar a própria concorrência, na medida em que aperfeiçoam o fluxo de informação, criam novos produtos ou mesmo novos métodos de distribuição. A característica diferenciadora entre acordos horizontais que prejudicam a concorrência e os que não o fazem é o objetivo almejado: se apenas tornar os participantes melhores concorrentes ou eliminar a concorrência. Nem sempre a distinção é simples e faz-se necessária uma análise detalhada do acordo. Para um estudo mais detalhado sobre acordos horizontais e práticas restritivas à concorrência no sistema brasileiro, recomenda-se a leitura da obra de Calixto Salomão Filho (2003): “Direito Concorrencial: As condutas”. Para uma análise mais abrangente dos mencionados acordos, recomenda-se a leitura do capítulo 3 de “*A framework for the design and implementation of competition law and policy*”. (OCDE; WORLD BANK, 1999)

A celebração dos mencionados acordos ocorreu após um processo de competição predatória que havia ocorrido nos idos de 1870, com o fim de disputar a clientela. A prática de cartel, contudo, não se resumiu às estradas de ferro, mas a outros setores econômicos, que passaram a se organizar sob a forma de trustes. Os trustes surgiram devido à impossibilidade jurídica de obrigar os participantes do acordo a cumprirem o pactuado, uma vez que em determinadas circunstâncias havia grande interesse de algum dos partícipes do acordo em quebrá-lo quando se sentisse prejudicado ou vislumbrasse a perspectiva de auferir mais lucros fora do cartel.

Assim, ante a possibilidade de descumprimento dos acordos, os empresários passaram a utilizar o instituto do *trust*²³. Tal instituto consiste na entrega de um bem ou um valor a uma pessoa (fiduciário) para que seja administrado em favor do depositante ou de outra pessoa por ele indicada (beneficiário), de forma que se transfere a um terceiro (*trustee*) o poder decorrente do direito de propriedade das ações. Com essa conduta a administração das diversas empresas que atuavam em um mesmo mercado centraliza-se e, ao invés de competirem entre si, as empresas passavam a atuar como uma única entidade, de forma que se elimina o risco de restabelecer-se a concorrência entre elas.

O mais notório exemplo da utilização desse instituto foi o que ocorreu com a *Standard Oil Company*, administrada pelo empresário John Davidson Rockefeller, que controlou a indústria norte-americana do petróleo. Os trustes espalharam-se por vários setores econômicos e, em face das pressões de diversos segmentos sociais, obrigou o Congresso norte-americano a apresentar uma solução para o

²³ *Trust* é um importante instituto do direito anglo-saxônico de origem feudal, cuja função era regular direitos imobiliários e que com o tempo passou a influenciar o Direito das Obrigações, o Direito Comercial e o Direito Bancário dos países da “Common Law”. Esse instituto influenciou também sistemas jurídicos romanísticos. Segundo Salomão Neto (1996, p. 09), essa influência não se deu diretamente, mas foram adotados institutos derivados do *trust*, como no caso do Direito Empresarial brasileiro, cujo *trust* influenciou a criação da sociedade anônima. Quanto à caracterização do instituto, o autor destaca:

“Implica o ‘trust’ a transferência de propriedade ou titularidade sobre um bem corpóreo, móvel ou imóvel, ou incorpóreo, como os direitos, a um terceiro denominado “trustee”, a quem incumbe exercer os direitos adquiridos em benefício de pessoas designadas expressamente no instrumento criador do ‘trust’, ou indicadas pela lei ou jurisprudência na falta de tal instrumento, chamadas de beneficiários ou ‘cestui que trust’. Alternativamente, podem se constituir ‘trusts’ não em benefício de pessoas determinadas, mas com vistas à perseguição de determinados objetivos. Por outro lado, estaremos diante de um ‘trust’ ainda quando uma pessoa se declare ‘trustee’ em benefício de terceiro de bens que já detenha, em tal hipótese não sendo necessária a transferência de propriedade” (SALOMÃO NETO, 1996, p. 20).

problema. Assim, após grande pressão da sociedade contra a concentração de poder econômico, especialmente, dos agricultores, consumidores e pequenos empresários, em 1890, o projeto de lei de autoria do Senador John Sherman foi promulgado, sob a designação *Sherman Act*²⁴. Esse diploma foi seguido por outros como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act* (ambos de 1914), cuja finalidade era o controle da concentração indiscriminada dos mercados²⁵.

Assim, apesar da existência de regras de concorrência direcionadas aos “agentes econômicos” muito antes do surgimento de um conceito de livre mercado²⁶, as normas antitruste originam-se com o crescimento do poder econômico privado e sua concentração nas mãos de poucos. O surgimento do *trust* nos Estados Unidos da América e seus efeitos sobre o mercado simbolizaram o ápice deste processo, impulsionando o surgimento de tais normas²⁷.

²⁴ Ao analisar o mencionado período histórico, Gomes (2004) relata que:
“A percepção de que o *trust* produz diversos efeitos perniciosos sobre as esferas social, econômica e política de uma dada comunidade, criou no seio desta os fundamentos para a concepção de uma legislação protetiva das diversas classes sociais atingidas (pelo *trust*), em especial os pequenos e médios empresários, os consumidores, os trabalhadores e até mesmo a classe política, tolhida em diversas oportunidades pelas pressões causadas pelos detentores de um poder privado, de extensões política e social, mas não legitimado pelo sufrágio ou qualquer outra instância democrática, chamado poder econômico” (GOMES, 2004, p. 55-56).

²⁵ Sobre o tema, Forgioni (1998, p. 74) destaca:
“Desde janeiro do mesmo ano de 1888, o Congresso norte-americano já estava tratando da questão, discutindo o projeto trazido pelo Senador John Sherman. Em 1890, finalmente, o *Sherman Act* é promulgado. Apenas esse diploma, entretanto, mostrou-se insuficiente para propiciar aos agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejam. Ressentia-se, no texto do *Sherman Act*, da vagueza de suas previsões. Não se pode olvidar que o *Sherman Act* não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando à margem da regulamentação uma prática geralmente condenada pela opinião pública. [...] Nesse contexto, no ano de 1914, é promulgado o *Clayton Act*, que exemplifica e condena algumas práticas restritivas da concorrência, tais como vendas casadas, aquisição de controle de outras companhias etc”.

²⁶ Aos interessados em obter exemplos de regras de restrição à concorrência na antiguidade grega, convém conferir o artigo de Lambros E. Kotsiris (1988), “*An Antitrust Case in Ancient Greek Law*”.

²⁷ Apesar da denominação dada a tais normas como sendo Leis Antitruste, elas não proíbem o uso do instituto jurídico do *trust*. O que os juristas norte-americanos denominam legislação antitruste deve ser entendido como legislação de defesa da concorrência. Isso ocorre porque a finalidade da denominada legislação antitruste é proibir o conluio entre empresas que pode prejudicar a concorrência. À época em que tais normas foram aprovadas, no final do século XIX e início do século XX, o *trust* era tido como sinônimo de práticas monopolísticas. Essa vinculação decorreu do fato de que as empresas utilizavam-se desse instituto jurídico para gerir seus negócios e principalmente como forma de os participantes de um cartel darem eficácia jurídica aos acordos por ele firmados (LETWIN, 1956). Por essa razão, do ponto de vista da defesa da concorrência, menos importa o instituto pelo qual os acordos são celebrados e mais sua finalidade.

Apesar de alguns autores considerarem a utilização da expressão “direito antitruste” mais adequada que “direito da concorrência” para definir as políticas públicas relacionadas à repressão ao

Do ponto de vista histórico, o que importa destacar é que o surgimento de tais normas se dá em um contexto em que a intervenção do Estado na economia se torna cada vez mais necessária para a defesa dos interesses da sociedade, em especial dos pequenos empresários e consumidores, contra a concentração de poder econômico por poucos agentes privados.

Do ponto de vista da teoria econômica, o que se observa é que as teorias clássicas de mercado não previram a possibilidade de abuso de poder de mercado. Isso porque, ao contrário do que pode parecer a um observador menos atento, a concorrência entre as empresas não é algo inerente a uma economia de mercado. O desenvolvimento do capitalismo demonstrou que as empresas possuem incentivos a adquirir poder de mercado²⁸, de forma a possuir controle discricionário sobre preços e outros fatores a eles relacionados de conteúdo determinante nas transações comerciais. Aqueles que possuem poder de mercado tendem a obter e manter esse poder à custa daqueles que não o possuem²⁹.

Nesse contexto, com o advento do “poder de mercado” as mencionadas práticas anti-competitivas passaram a ser estudadas e os economistas convencionaram denominá-las de imperfeições de mercado, ou falhas de mercado, as quais ocasionam a existência de um mercado onde a concorrência se realiza de forma imperfeita³⁰. As falhas de mercado resultam em ineficiência alocativa de

abuso do poder econômico, como é o caso de GOMES (2004, p. 67-68), tal expressão possui suas limitações semânticas, conforme destaca LETWIN (1956). Para evitar equívocos de interpretação, este trabalho utiliza as expressões “defesa da concorrência”, “regras antitruste” e “repressão ao abuso do poder econômico”, como sinônimos de uma mesma política pública, que no caso brasileiro encontra-se estabelecida no artigo 173, § 4º de nossa Constituição Federal e na Lei n.º 8.884/94.

²⁸ Sobre o conceito de poder de mercado, ver nota de rodapé nº 11.

²⁹ Heilbroner (1988, p. 27 a 30), ao tratar da relação social entre os donos do dinheiro e seus bens destaca um importante aspecto legal dessa relação a qual denomina de direito de exclusão: “Um sentido fundamental, ainda que muitas vezes ignorado, de ‘propriedade’ é o de que seus donos podem recusar-se legalmente a permitir que o que possuem seja utilizado por outras pessoas. [...] É esse direito que torna possível ao capitalista dominar a esfera do comércio e da produção abrangida por sua autoridade. [...] Desse modo, a dominação do comerciante, por exemplo, está em seu direito legal de não vender aos que não paguem o preço fixado por ele – direito que pode implicar em grande privação social como no caso de uma escassez de víveres”.

³⁰ Deve-se destacar aqui que a concorrência imperfeita é a regra do mercado. Não há mercado com concorrência perfeita. A concorrência perfeita ou modelo de competição total, como bem destacado por Sérgio Varella Bruna (1997, p. 26) corresponde a um modelo meramente teórico, impossível de ser encontrado de forma integral nos mercados reais. Há apenas mercados que dele se aproximam, mas esses são exceções. A maioria dos mercados distancia-se muito desse modelo. O estudo de mercados competitivos tem por finalidade servir de parâmetro de comparação com os

recursos em prejuízo da performance industrial e do bem estar econômico. Tais falhas permitem às empresas reduzir a oferta de produtos, bem como extrair preços maiores do consumidor e da sociedade em geral.

Na ausência de regras de conduta, como as normas de defesa da concorrência, tem-se observado que a busca por poder de mercado acaba ocorrendo mediante a limitação da concorrência, o levantamento de barreiras ao comércio, a celebração de acordos anticompetitivos para restringir a produção e os preços, bem como por meio de outras práticas empresariais que limitam a competição. O poder de mercado tende a ser nefasto socialmente, pois permite ao seu detentor reduzir a produção com o fim de obter preços mais elevados em prejuízo especialmente dos consumidores, como demonstrou a experiência norte-americana.

No Brasil, a preocupação com o abuso do poder de mercado existe desde a primeira metade do século passado, como se observa do artigo 141 da Constituição Federal de 1937, a ser analisado nos tópicos seguintes. Previamente, à análise da defesa da concorrência no sistema jurídico brasileiro, convém analisar os objetivos da defesa da concorrência, a fim de compreender seu papel enquanto política pública. Para isto, porém, precisa-se esclarecer se há um escopo unívoco a ser desempenhado pela legislação antitruste.

mercados. Tais estudos são objeto de vasta bibliografia. O mencionado autor destaca cinco elementos característicos do modelo de concorrência perfeita, os quais demonstram a inaptidão do mercado para solucioná-los de forma autônoma, quando seus pressupostos deixam de estar presentes (BRUNA, 1997, p. 27):

“Perfeita mobilidade dos fatores de produção, a fim de que todos os produtores tenham acesso às tecnologias e aos insumos necessários à produção;

Perfeito acesso às informações concernentes ao mercado, ou seja, pleno conhecimento do produto e do preço de mercado;

Custos marginais crescentes, com a inexistência, portanto, do fenômeno das economias de escala, ou outras possíveis barreiras à entrada de novos competidores;

Instantaneidade dos ajustes que, nos mercados reais, requerem algum tempo até se concretizarem, fazendo com que, mesmo em mercados intensamente competitivos, uma eventual situação de desequilíbrio possa perdurar durante algum tempo; e

Ausência do fenômeno das externalidades, que geram custos e benefícios sociais, que resultam incompensados e, por isso, deixam de sinalizar adequadamente a escassez, do que é exemplo a poluição ambiental”.

Quanto mais um mercado se distanciar do modelo de concorrência perfeita, mais imperfeito ele o será.

1.3 – Há um escopo unívoco a ser desempenhado pela política de defesa da concorrência?

A adoção de um sistema de defesa da concorrência pressupõe o controle sobre a formação de estruturas de empresas com poder sobre os demais agentes de mercado, bem como a adoção de regras que garantam o comportamento leal dos mesmos agentes, de forma a evitar que a concorrência leve a sua própria destruição³¹. Como se observou, no caso norte-americano, as distorções ao processo competitivo geralmente ocorrem pela concentração de mercado pelos agentes economicamente mais fortes, bem como pela celebração de acordos entre empresas concorrentes com o fim de tabelar preços e restringir a produção e o fornecimento de bens ou serviços³². Tais acordos são flagrantemente perniciosos, pois tendem a fazer com que as empresas atuem como uma única entidade³³, de

³¹ João Bosco Leopoldino da Fonseca (2003, p. 15) destaca: “Foi justamente o surgimento da concentração econômica que fez surgir uma nova disciplina jurídica das relações, quer pela necessidade de conter aquela força, para impedir que ela sufocasse os outros elementos do mercado, quer pela necessidade de preservar aquela nova feição econômica, para impedir que o seu desaparecimento destruísse o próprio mercado. A concentração econômica gerou problemas no relacionamento econômico e social dentro do mercado, o que exigiu que uma nova força entrasse em cena. A concentração econômica fez surgir o poder econômico privado que, de um lado, procurou dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas, e, de outro lado, gerou uma situação de violenta dominação sobre os trabalhadores, que Marx e Engels detectaram no meado do século, e Leão XIII também analisou na Encíclica Rerum Novarum”.

³² Tais acordos podem ser de natureza horizontal, quando celebrados entre concorrentes de um mesmo mercado, ou vertical, quando celebrados entre empresas que atuam em mercados diversos, geralmente, complementares. Importa destacar ainda que nem todos os acordos horizontais são anti-competitivos, pois há ações conjuntas ou parcerias entre concorrentes que podem beneficiar a concorrência, na medida em que reduzem riscos, criam produtos novos ou aperfeiçoam produtos antigos.

³³ Para ilustrar um exemplo clássico de comportamento anticompetitivo, PINDYCK; RUBINFELD (2005, p. 360-361) relatam um caso norte-americano tipicamente violador da legislação de defesa da concorrência:

“No final de 1981 e início de 1982, as empresas aéreas American Airlines e Braniff Airways encontravam-se competindo ferozmente entre si por passageiros. Ocorreu então uma guerra de preços de passagens aéreas, uma vez que cada uma procurava praticar valores mais baixos do que a outra com a finalidade de obter uma fatia do mercado. Em 21 de fevereiro de 1982, Robert Crandall, presidente e CEO da American Airlines, telefonou a Howard Putnam, presidente e principal executivo da Braniff. Posteriormente, o Sr. Crandall ficou surpreso ao saber que o telefonema havia sido grampeado. O diálogo mantido foi o seguinte:

Crandall: Sabe, acho uma grande tolice estarmos sentados aqui nos batendo feitos @\$%&! sem ganhar centavo algum por essa !#\$%&.

Putnam: Bem ...

Crandall: O que quero dizer, você sabe, é qual é o objetivo de tudo isto?

Putnam: Mas se você está ‘cobrindo’ cada rota que a Braniff detém com cada uma das rotas da American – eu não posso apenas ficar sentado aqui e permitir que nos enterre sem darmos o troco.

forma que a eliminar a concorrência, seja mediante a restrição da produção, a elevação dos preços ou mesmo fraudes licitatórias³⁴.

A conformação jurídica da concorrência tem buscado, especialmente, evitar as perdas sociais causadas pelo abuso do poder econômico, cujos monopólios correspondem à maneira mais evidente de maximização de lucro. Na medida em que reduz a produção e aumenta os preços dos produtos, tal abuso ocasiona a transferência de renda do consumidor para o produtor. Nesse contexto, uma das finalidades precípua da legislação de defesa da concorrência é evitar que agentes econômicos distorçam o processo competitivo.

Todavia, como destaca Jürgen Habermas (1980), a atuação conjuntural do Estado no século XIX não foi suficiente para solucionar as crises do capitalismo, o que ocasionou a necessidade de maior intervenção estatal na economia, especialmente após a crise dos mercados de 1929, com a influência da teoria econômica de Maynard Keynes (1936). Assim, embora a atuação estatal na economia, em maior ou menor grau, tenha sido constante ao longo da história, a partir do século XX ela se intensifica de forma a ganhar um caráter sistêmico e organizado, cujas expressões jurídicas mais evidentes são as constituições do

Crandall: Certamente, mas a Eastern e a Delta fazem a mesma coisa em Atlanta, e tem sido assim há anos.

Putnam: Você tem alguma sugestão para mim?

Crandall: Sim, tenho. Aumente em 20% o preço de suas malditas passagens e que eu aumentarei as minhas no dia seguinte.

Putnam: Robert, nós ...

Crandall: Você vai ganhar dinheiro e eu também.

Putnam: Nós não podemos conversar a respeito de preços!

Crandall: Oh @#\$%&!*, Howard. Nós podemos conversar a respeito de qualquer coisa que quisermos.

O mencionado telefonema ilustra bem casos em que concorrentes buscam praticar acordos anticompetitivos em prejuízo dos consumidores, o que é uma violação ao parágrafo 1 da Lei Sherman, no caso norte-americano”.

No Brasil, o CADE tem condenado diversos cartéis de preços, como se pode observar, por exemplo, do cartel de combustíveis praticados por postos revendedores de combustíveis em Florianópolis-SC (Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18), em que mediante gravações de interceptações telefônicas, realizadas pelo Ministério Público de Santa Catarina, o CADE condenou as empresas participantes do acordo, por violação ao artigo 20, inciso I, em conjunto com o artigo 21, incisos I, II e XXIV do artigo 21 da Lei n.º 8.884/94 (CIEE, 2003, p. 41).

Um caso clássico de prática de cartel condenado pelo CADE foi proferido no Processo Administrativo n.º 08012.002127/2002-14, conhecido como Cartel das Britas (CIEE, 2007, p. 65-69).

³⁴ No Brasil, um dos casos de investigação por cartel em licitação, em análise na Secretaria de Direito Econômico, refere-se ao Processo Administrativo n.º 08012.003321/2004-71, instaurado em 29/04/2004, que apura a prática de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para a compra de hemoderivados.

México (1917) e de Weimar (1919)³⁵. Nesse novo contexto surge o direito econômico como um ramo do direito, destinado a reger as relações entre o poder público e o poder econômico privado, no que concerne à política econômica.

As regras de defesa da concorrência surgem e se desenvolvem quando o Estado é chamado a impulsionar a máquina econômica, mediante a intervenção em diversos setores da economia, de forma a não apenas resguardar os agentes de mercado uns dos outros, mas também de forma a conduzir e preservar o próprio mercado. Como a experiência histórica demonstrou, o modelo teórico dos economistas clássicos, pelo qual o Estado não deveria intervir no domínio econômico, mostrou-se impraticável para sustentar a própria economia de mercado.

As regras de defesa da concorrência surgem como normas e princípios voltados precipuamente para regular as relações microeconômicas, considerando seus efeitos sobre a macroeconomia³⁶. O direito antitruste constitui, dessa forma,

³⁵

A esse respeito João Bosco Leopoldino da Fonseca (2003, p. 10) destaca: “As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram uma resposta no plano do Direito positivo às novas exigências de um Direito novo, de um novo instrumento, que fosse eficaz e eficiente nas mãos do Estado, para dirigir a nova realidade econômica e social. A Segunda Guerra Mundial foi um novo marco à evolução do Direito. Surgem realidades que exigem a cada passo que o Estado se dedique a dirigir a economia. Essa nova tarefa do Estado exige que tenha ele um instrumento jurídico adequado. Assim é que, quer no bloco socialista, quer no ocidente, surge e se impõe cada vez mais um conjunto de normas que tem por finalidade conduzir, reger, disciplinar o fenômeno econômico”.

³⁶

Convém ressaltar que a distinção entre microeconomia e macroeconomia passou a ser estabelecida após a publicação da obra “Teoria Geral do Emprego, Juro e Moeda”, por John Maynard Keynes (1936). Anteriormente ao pensamento keynesiano, os economistas clássicos estudavam apenas as relações entre os agentes econômicos, o que hoje se convencionou denominar de microeconomia.

Pindyk; Rubinfeld (2005, p. 3) esclarecem de forma didática os conceitos de micro e macroeconomia e como eles se interrelacionam:

“A microeconomia trata do comportamento das unidades econômicas individuais. Tais unidades abrangem consumidores, trabalhadores, investidores, proprietários de terra, empresas – na realidade, quaisquer indivíduos ou entidades que tenham participação no funcionamento de nossa comunidade. A microeconomia explica como e por que essas unidades tomam decisões econômicas. Por exemplo, ela esclarece como os consumidores tomam decisões de compra e de que forma suas escolhas são influenciadas pelas variações de preços e rendas [...] Outra importante preocupação da microeconomia é saber como as unidades econômicas (as empresas) interagem para formar unidades maiores – mercados e indústrias. [...] Por meio do estudo do comportamento e da interação entre cada empresa e os consumidores, a microeconomia revela como os setores e os mercados operam e se desenvolvem, por que são diferentes entre si e como são influenciados por políticas governamentais e condições econômicas globais.

Em contraste, a macroeconomia trata das quantidades econômicas agregadas, tais como o nível e a taxa de crescimento do produto nacional, taxas de juros, desemprego e inflação. Porém, a fronteira entre a macroeconomia e a microeconomia tem-se tornado cada vez menos definida nos últimos anos. Isso ocorre porque a macroeconomia também envolve análise de mercados – por exemplo, mercados agregados de bens e serviços, mão-de-obra e títulos de empresas. Para entender como operam tais mercados agregados, é necessário

verdadeiro instrumento de intervenção estatal no mercado para implementar políticas públicas.

A própria existência do princípio da liberdade depende da existência e do respeito a determinadas regras de conduta. Para que a concorrência ocorra de forma justa e livre de abusos, faz-se necessário que ela esteja pautada por regras que restrinjam excessos³⁷. Assim, as normas destinadas a regular os mercados e a competição entre os agentes econômicos são instrumentos estatais para implementar determinada política pública, de forma a organizar o(s) mercado(s)³⁸.

Nesse sentido, as diferentes escolas de direito concorrencial têm tentado encontrar um objetivo precípua para as normas antitruste. Esse objetivo esteve geralmente associado ao bem estar do consumidor, mas decorrente de fundamentos distintos. Para alguns o fundamento estaria no combate ao poder de mercado (Escola de Harvard), para outros, seria a eficiência econômica (Escola de Chicago), ou mesmo a liberdade de escolha do consumidor.

A primeira escola antitruste a se destacar nos Estados Unidos da América foi a denominada Escola de Harvard³⁹, cujos teóricos consideravam a estrutura do

que se compreenda o comportamento das empresas, dos consumidores, dos trabalhadores e dos investidores que os compõem. Dessa maneira, os macroeconomistas têm se preocupado cada vez mais com os fundamentos microeconômicos dos fenômenos econômicos agregados, e grande parte da macroeconomia é, na realidade, uma extensão da análise microeconômica”.

³⁷ Calixto Salomão Filho (2002, p. 19) destaca que a idéia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental: todo o agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas. A esse conjunto de regras a doutrina chamou de Constituição Econômica, enquanto o conjunto de regras para o funcionamento do sistema escolhido.

³⁸ A relevância da regulação estatal na esfera econômica é bem esclarecida por Alexandre Gheventer (2005, p. 57-58), na seguinte passagem:

(A regulação estatal) “nada mais é do que o esforço governamental em limitar o leque de escolhas dos indivíduos (MEIER, 1985). Constitui-se em uma atividade cujo objetivo é o de condicionar, corrigir ou de alguma forma alterar resultados naturais e espontâneos de mercado. A regulação pode tomar diversas formas. A área de atuação da regulação antitruste refere-se, exatamente, àqueles setores da economia nos quais a concorrência é considerada o mecanismo fundamental para a produção de bons resultados econômicos. [...] Embora a agência antitruste não realize qualquer controle direto sobre as firmas, suas decisões afetam o padrão de concorrência dos mercados e, portanto, indiretamente, também exercem influência sobre os níveis de preço, lucro, qualidade e entrada e saída de empresas”.

³⁹ Na análise concorrencial, a denominada Escola de Harvard tornou-se também conhecida como Escola Estruturalista. Emerge na década de 1940 com os artigos de John M. Clark (*Toward a*

mercado determinante para o desempenho industrial. Para eles uma indústria concentrada protegeria as firmas da competição pelas barreiras à entrada e pela facilidade de atuação combinada entre os membros daquele mercado. Assim, o modelo por eles adotado é conhecido como E-C-D (Estrutura-Condução-Desempenho), cujo papel era superar as limitações das análises de mercados feitas pelos economistas clássicos, cujo grau de abstração e irrealismo tinha muito pouca utilidade para a análise antitruste.

O modelo sugerido pela Escola de Harvard tinha por objetivo basicamente obter conclusões acerca do desempenho das empresas a partir da estrutura do mercado. Para essa escola, as condutas das empresas eram fortemente condicionadas pelos parâmetros estruturais vigentes. Assim, o objetivo precípua da política antitruste seria o combate ao poder de mercado, decorrente de sua concentração na mão de poucos. Como consequência, a política de defesa da concorrência deveria garantir a presença de concorrentes no mercado⁴⁰.

Essa teoria foi combatida pela Escola Econômica Neoclássica, também conhecida como Escola de Chicago⁴¹, por entender que o poder de mercado em si não representa um mal. Essa escola encontrou seu apogeu nos Estados Unidos da América no final da década de 1970, com os trabalhos de Richard Posner⁴² e Robert Heron Bork⁴³, e sustenta que o único objetivo legítimo da legislação antitruste deve

concept of workable competition) e Edward S. Mason (*Price and Production Policies of Large-Scale Enterprise*). A política antitruste relacionada a essa escola continuou sendo representada, entre outros, por Philippe Areeda, Donald Turner e Edward T. Sullivan. Todavia, a partir do final da década de 1970, sua linha teórica se torna muito comprometida em razão da grande predominância da Escola de Chicago, que passou a dominar a doutrina antitruste norte-americana.

⁴⁰ Para os teóricos da Escola de Harvard a defesa dos interesses dos consumidores dependeria da presença de uma pluralidade de agentes no mercado, de forma que indiretamente tal política defenderia os interesses não só dos consumidores, mas também dos próprios concorrentes, mesmo que menos eficientes, em geral as pequenas empresas.

⁴¹ O termo "Escola de Chicago" foi concebido na década de 1950 e se refere a um grupo de professores que lecionavam no Departamento de Economia da Universidade de Chicago, bem como em áreas acadêmicas relacionadas como a Escola Superior de Administração e a Faculdade de Direito. Tais teorias tiveram forte reflexo nas políticas do Banco Mundial e de outras instituições financeiras como o FMI.

⁴² Richard Posner é um autor que escreveu sobre diversos temas, como filosofia jurídica, democracia e direito econômico. Sobre o tema da concorrência, suas obras mais importantes são "*Economic Analysis of Law*" e "*Antitrust Law, An Economic Perspective*".

⁴³ A obra de destaque de Robert Bork foi *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: Free Press. 1978, tendo havido uma 2ª edição em 1993, atualizada em razão das substanciais mudanças ocorridas na legislação de defesa da concorrência dos EUA.

ser o bem-estar do consumidor, no sentido de proteção da competição ao invés da proteção do competidor⁴⁴. Para essa escola o bem estar do consumidor confunde-se com a própria eficiência econômica na medida em que a redução de preços ao consumidor decorreria simplesmente da eficiência econômica. Assim, qualquer intervenção estatal no mercado aumentaria artificialmente os preços, na medida em que protegeria os competidores ineficientes da concorrência⁴⁵.

O paradoxo da defesa da concorrência, ou o “Paradoxo Antitruste”, residiria na adoção de objetivos outros na aplicação de normas concorrenciais, que não o bem estar do consumidor decorrente da eficiência econômica. Esses outros objetivos gerariam soluções antagônicas, na medida em que comprometeriam a redução de preços conseguida com a eficiência⁴⁶. Para essa corrente, a eficiência corresponderia à possibilidade de produzir a custos menores com a conseqüente redução de preços ao consumidor (BORK, 1993, p. 90-91)⁴⁷.

Já a Escola Ordo-liberal, também denominada Escola de Freiburg, concorda que o bem-estar do consumidor deve ser o objetivo das normas de defesa

⁴⁴ Nesse sentido destaca o autor (BORK, 1993, p. 405):

“(1) The only goal that should guide interpretation of the antitrust laws is the welfare of consumers. Departures from that standard destroy the consistency and predictability of the law; [...] (2) In judging consumer welfare, productive efficiency, the single most important factor contributing to that welfare, must be given due weight along with allocative efficiency”.

⁴⁵ Dworkin (2000, p. 351 e s. e p. 411 e s.) critica o argumento de Richard Posner de que os órgãos de governo, particularmente os tribunais, deveriam tomar decisões políticas com o fim de maximizar a riqueza social. No Brasil, Calixto Salomão Filho (2002, p. 23-24) também critica essa concepção de eficiência, formulada pela escola neoclássica por entender que não há garantia de que o aumento dos lucros decorrentes do aumento da eficiência pelo produtor será repassado ao consumidor. Entende também que a teoria neoclássica aplicada ao direito pretende atribuir valor absoluto às premissas econômicas, capazes de indicar diretamente o sentido das regras jurídicas, sem que isso possa ser contestado com base em considerações valorativas ou distributivas. Isso é feito através da utilização de conceitos econômicos aos quais se pretende atribuir certeza matemática (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 29).

⁴⁶ Para ilustrar o problema formulado por essa corrente, pode-se afirmar que enquanto seria apropriado, do ponto de vista da defesa da concorrência, proibir cartéis que fixam preços e dividem mercados, bem como fusões que criam monopólios, acaso essas práticas não prejudiquem os consumidores, elas não deveriam ser proibidas, apesar de serem anticompetitivas. O paradoxo reside no fato de que muitas vezes a defesa da concorrência e o bem-estar do consumidor indicam soluções divergentes.

⁴⁷ Robert H. Lande (1982) critica o argumento de Bork, no sentido de que o objetivo primordial da defesa da concorrência deveria ser a eficiência econômica. Após uma análise da história legislativa do antitruste, o autor constatou que o objetivo primordial do Congresso norte-americano ao elaborar tais leis era proteger o consumidor de pagar mais em razão das atividades anticompetitivas e não garantir eficiência econômica.

da concorrência, mas diverge da escola neoclássica quanto à concepção de bem estar do consumidor. Na perspectiva dessa escola, o bem estar do consumidor não se resume à eficiência econômica, mas principalmente à liberdade de escolha, que assegura efetivamente a repartição dos ganhos com os consumidores.

Os ordo-liberais, ao contrário da escola neoclássica, não acreditam que mera eficiência econômica seja condição suficiente para que os ganhos dos empresários sejam compartilhados com os consumidores, ao invés de simplesmente apropriados por aqueles. Na medida em que se assegura a opção de escolha (real ou potencial) por diferentes produtos e serviços pelos consumidores é que haverá garantia de repartição de ganhos decorrentes da eficiência com toda a sociedade⁴⁸.

Na mesma linha da Escola Ordo-liberal, muitos teóricos norte-americanos têm apontado a liberdade de escolha como o novo paradigma antitruste, com especial destaque para Robert H. Lande. O mencionado autor critica os fundamentos da escola de Chicago quanto à eficiência econômica como parâmetro para obtenção do bem estar do consumidor e destaca que as leis antitruste norte-americanas foram aprovadas para proteger o consumidor e não apenas para aumentar a eficiência econômica (LANDE, 1999). Segundo Lande, as leis de defesa da concorrência e de defesa do consumidor possuem um propósito comum, no sentido de que ambas têm por finalidade facilitar o exercício da soberania e a escolha efetiva do consumidor. Essa escolha do consumidor existe quando duas condições fundamentais estão presentes: (1) deve haver uma gama de opções possíveis de escolha para o consumidor por meio da competição e (2) os consumidores devem ter condições de escolher livremente entre essas opções (AVERITT; LANDE, 1998)⁴⁹.

⁴⁸ Ao comentar a teoria antitruste Ordo-liberal, Calixto Salomão Filho destaca:
“Para os ordo-liberais, a grande vantagem do sistema concorrencial está, exatamente, no fato de que, através da transmissão de informação e da existência de liberdade de escolha o sistema de mercado permite descobrir as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a adotar. [...] Ora, fundamental para a existência de um preço não alterado por condições artificiais de oferta e de demanda, que, portanto, represente a utilidade marginal do produto (como querem os neoclássicos), mas, também que exista efetiva pluralidade real ou potencial de escolha entre produtos, com base em preço, qualidade, preferências regionais, etc. A possibilidade de escolha assume, portanto, um valor em si mesmo” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 27 e 28).

⁴⁹ Averitt e Lande (1998) buscam fornecer uma teoria unificadora entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, porque consideram que ambos os ramos do direito ao agirem em conjunto fornecem ao consumidor as ferramentas necessárias para que ele exerça efetivamente sua soberania. Em suas palavras:

Ante as diferentes concepções teóricas no sentido de estabelecer um objetivo precípuo a ser perseguido pelas normas de defesa da concorrência, surge o seguinte questionamento: Há efetivamente um único escopo a ser desempenhado pela legislação antitruste? Durante o último século, foram identificados diferentes propósitos para a política da concorrência, muito além da eficiência econômica ou do bem estar do consumidor. Rughvir Shyam Khemani (1999, p. 4) destaca dentre os diferentes propósitos para a defesa da concorrência a proteção às pequenas empresas, a preservação do sistema de livre iniciativa e a manutenção da justiça e da honestidade, bem como a eliminação da inflação em alguns casos. Destaca, contudo, que há algumas áreas de aparente consenso entre as diversas jurisdições, como a repressão às práticas restritivas por parte das empresas que interfiram no processo competitivo e que tal política deve atingir outros objetivos além da concorrência em si.

Dessa forma, não parece possível estabelecer um objetivo unívoco a ser alcançado pelas normas de defesa da concorrência, enquanto política pública. Isso só pode ser feito considerando cada caso, no contexto histórico em que se encontram inseridas tais normas e ante os conflitos de interesse existentes na sociedade⁵⁰. Por essa razão, faz-se necessário analisar o contexto em que se encontram as normas de defesa da concorrência no sistema jurídico brasileiro.

“Trade regulation law is ultimately about choice, and choice is ultimately about options—getting them, keeping them, and selecting among them. The disciplines of antitrust and consumer protection law are best defined in terms of their roles in this process. An antitrust violation may be understood as an activity that unreasonably distorts or restricts the options that otherwise would be available to consumers. A consumer protection violation may be understood as activity that unreasonably interferes with consumer selection among the options provided in the marketplace. These two fields of law, acting together, give consumers the tools they need to effectively exercise consumer sovereignty”.

⁵⁰ Nesse sentido Paula FORGIONI (1998, p. 150 e s) destaca que qualquer discussão excessivamente abrangente sobre os objetivos das normas de defesa da concorrência, sem contextualizá-la no tempo e no espaço levarão a resultados pouco confiáveis. Isso porque tais normas correspondem a instrumentos de implementação de determinadas políticas públicas, que devem ser entendidas no contexto social, histórico e jurídico a que se referem.

1.4 – O Direito da concorrência no atual sistema jurídico brasileiro

A economia brasileira está submetida a disposições constitucionais que estabelecem as finalidades e os princípios gerais da “ordem econômica”, sob o título “A Ordem Econômica e Financeira”⁵¹. Nesse título nossa Constituição delimitou o princípio da livre iniciativa econômica e da própria intervenção do Estado no domínio econômico.

O artigo 170⁵² do texto constitucional traçou a estrutura do ordenamento jurídico econômico, tendo por fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, cuja finalidade é assegurar a todos existência digna e justiça social⁵³. Dentre os princípios consagrados no mesmo texto, destaca-se o da livre concorrência. Assim, dentro do modelo econômico capitalista adotado pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, nosso texto constitucional também contemplou a livre concorrência como um de seus princípios básicos, conforme dispôs o artigo 170, inciso IV.

⁵¹ Ao contrário da constituição anterior, o texto atual disciplinou a ordem econômica no mesmo título da ordem financeira (Título VII) e não mais com a ordem social, que ganhou título próprio (Título VIII).

⁵² A Constituição Federal dispõe em seu artigo 170:
“Art. 170 – A Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I – soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV – livre concorrência;
V – defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente;
VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII – busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

⁵³ João Bosco Leopoldino da Fonseca (2003, p. 87), destaca que o artigo 170 da Constituição Federal deve ser apreciado em conexão com o conteúdo dos incisos II e IV do artigo 1º, e com os constantes do artigo 3º, em que especificamente está consagrado o elemento teleológico do estado democrático de direito. Nesse sentido importa destacar que inúmeros outros princípios constantes de nossa Constituição Federal têm repercussão econômica, o que reforça a notória expressão do professor Eros Grau (2003, p. 175) de que “a Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços”.

Apesar de o artigo 170 separar a livre concorrência da livre iniciativa, só se pode conceber a livre concorrência onde houver livre iniciativa⁵⁴. Assim, a livre concorrência constitui um princípio da ordem econômica decorrente da livre iniciativa, cuja garantia foi assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 173, § 4º, com o seguinte teor: “a lei reprimirá o abuso de poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁵⁵.

Dessa forma, como destaca José Afonso da Silva (1999, p. 769), os dois dispositivos se complementam no intuito de tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. Nossa Constituição reconhece a existência do poder econômico, que não é condenado por si. O que o texto constitucional condena é a prática abusiva do poder de mercado, o que exige a intervenção estatal no domínio econômico para coibi-lo.

Ao não condenar o poder de mercado em si, mas apenas quando objeto de abuso, nosso sistema jurídico delimita a noção de mercado competitivo no Brasil, não como um mercado necessariamente fragmentado, em que o poder econômico encontra-se dividido entre várias empresas. O mercado competitivo, em nosso sistema constitucional, deve ser concebido como aquele em que os agentes econômicos encontram-se em situação de equilíbrio, sem que haja dominação ou submissão de um (s) em relação a outro (s). Nesse sentido, a verdadeira competição econômica deve ser compreendida como aquela em que as empresas não possam tomar decisões de forma independente, mas sempre considerando a eventual e provável reação de seus concorrentes e seus efeitos sobre a sociedade, especialmente os consumidores.

De fato, quando um mercado funciona de forma competitiva, a rivalidade existente entre concorrentes tende a beneficiar os consumidores, pois os agentes

⁵⁴ Nesse mesmo sentido entende Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 132).

⁵⁵ A inclusão da livre concorrência como princípio constitucional foi uma inovação importante, pois nunca esteve previsto expressamente nas constituições anteriores, que apenas previam a repressão ao abuso do poder econômico. Essa mudança de perspectiva jurídica da ordem econômica resta evidente no artigo 1º da Lei n. 8884/94, que destaca o caráter preventivo e não apenas repressivo às infrações contra a ordem econômica. Apesar de o texto constitucional ter consagrado uma economia descentralizada, também autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com o fim de fiscalizar o setor privado.

econômicos buscam oferecer melhores bens e serviços ao mercado, a fim de ampliar suas vendas e, conseqüentemente, seus lucros. Não por acaso, o artigo 1º da Lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, claramente destaca a coletividade como a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei e ressalta a defesa do consumidor dentre os ditames constitucionais orientadores da norma⁵⁶.

Ao se destacar que a legislação de defesa da concorrência tem por finalidade beneficiar os consumidores, não se quer ignorar os demais valores protegidos pela Constituição, como a busca do pleno emprego, a proteção à empresa de pequeno porte e a redução das desigualdades regionais e sociais. O que se destaca aqui é que a defesa dos interesses do consumidor recebeu um tratamento prioritário pela mencionada lei, considerando os efeitos imediatos sobre os consumidores decorrentes das práticas anticompetitivas⁵⁷.

Não por acaso, em cumprimento a este preceito constitucional, a Lei n.º 8.884/94 possui diversos dispositivos que fazem referência expressa aos consumidores, como os artigos 1º, 27, V, 29, 54 § 1º, II e § 2º e 83. Tais dispositivos destacam:

- a) a necessidade de considerar o grau de lesão aos consumidores na aplicação de penalidades por infração à lei antitruste (art. 27, V);
- b) o direito dos consumidores de ingressar em juízo para cessar práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como indenização pelos danos sofridos (art. 29);

⁵⁶ Lei nº 8.884/94:

“Art. 1º - Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

⁵⁷ Outra questão que merece destaque é que o Estado capitalista, ao implantar políticas públicas, busca renovar e legitimar o próprio sistema capitalista (HABERMAS, 1980). Dessa forma, as regras de defesa da concorrência, como outras políticas públicas, também têm por finalidade proteger o sistema de mercado contra seus próprios efeitos autodestrutíveis. Essa característica do sistema capitalista, por sua vez, não desqualifica o benefício auferido pelas políticas públicas, pois o atendimento das demandas sociais pelo sistema capitalista, mesmo que no intuito de preservá-lo, não deixa de trazer benefícios sociais que têm seu valor reconhecido.

- c) a distribuição equitativa dos benefícios decorrentes de uma determinada concentração empresarial, com os consumidores, como uma das condições de sua aprovação (art. 54, § 1º, II);
- d) a impossibilidade de aprovação de fusões empresariais que prejudiquem os consumidores (art. 54, § 2º);
- e) a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor à Lei de Defesa da Concorrência, o que reforça a relação entre as políticas de defesa da concorrência e a defesa do consumidor.

Por outro lado, não são apenas esses dispositivos legais que reforçam a relação entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor. Os benefícios aos consumidores, decorrentes de um mercado competitivo, originam-se na tentativa dos empresários de atraí-los, seja pela redução de preços, seja pelo incremento de qualidade dos produtos e serviços. Tanto a concorrência, como as oportunidades de lucros dela decorrentes, estimulam as empresas a encontrar métodos novos e mais eficientes de produção.

Conforme destaca Rughvir Shyam Khemani (1999), a concorrência entre as empresas força a eficiência produtiva das mesmas, de forma a oferecerem produtos e serviços mais variados, por preços mais baixos. Em uma economia de mercado competitiva, os sinais de preço tendem a ser livres de distorções, criando incentivos para as empresas redirecionarem recursos de utilização menos valiosa para a de maior valor agregado. Ao tomarem decisões de maneira descentralizada, as empresas promovem a alocação eficiente de recursos sociais, de forma a aumentar o bem-estar do consumidor, estimulando a eficiência com inovações, progresso tecnológico e econômico de uma maneira geral.

No mesmo sentido, John Vickers (2002) ressalta que, quando um mercado funciona de forma competitiva, o interesse de cada produtor é servir melhor os consumidores que seus rivais. Esta rivalidade beneficia os consumidores, seja diretamente, em termos de melhores negócios, seja com o passar do tempo, com novos e melhores métodos de produção, pois aqueles que atendem melhor às necessidades dos consumidores ganham mercado dos demais. A política de concorrência protege esse processo contra duas grandes ameaças: a) primeiro,

contra a tentativa das empresas atuantes no mercado de reduzir a concorrência, seja por meio de acordos anticompetitivos, seja pela compra e fusão dos concorrentes; b) em segundo lugar, contra as restrições à entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente em razão de condutas praticadas por agentes com poder de mercado.

Dessa forma, a função da política de concorrência é atacar as circunstâncias que facilitam acordos colusivos e promover condições que conduzam à competição, de forma a assegurar que o mercado permaneça competitivo, a fim de que um significativo leque de opções esteja disponível aos consumidores. As infrações antitruste prejudicam as possibilidades de escolha dos consumidores na medida em que distorcem as variedades de produtos e preços que um mercado livre ofereceria. Embora a legislação antitruste permita fusões de empresas em um mesmo mercado, o que em tese reduz as opções de compra pelos consumidores, tal permissão somente é autorizada se os benefícios da fusão forem superiores aos prejuízos, devendo ser compartilhados com os consumidores, como destaca o artigo 54, § 2º da Lei n.º 8.884/94.

Da leitura da Constituição Federal, observa-se que a concorrência no Brasil não é um fim em si, mas uma política pública que visa resguardar o bem-estar econômico da sociedade. As normas de defesa da concorrência, apesar de estarem permeadas de valores sociais e políticos, têm um papel fundamental em relação aos consumidores.

Até o advento da Lei n.º 8.884/94, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) - Lei n.º 8.078/90 - constituía-se como a principal norma pela qual o cidadão poderia resguardar seus interesses e sua posição no mercado de consumo. Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor que ele passou a ser tratado como agente econômico titular de garantias asseguradas pela ordem jurídica, conforme os princípios constitucionais. Ao reconhecer a condição de hipossuficiente do consumidor, o CDC buscou alcançar a igualdade substancial entre os partícipes da relação de consumo. A análise das questões de concorrência também pressupõe

tratar de mercado de consumo e, conseqüentemente, de seu ator principal, o consumidor (CARPENA, 2006, p. 114)⁵⁸.

1.5 – Do direito da concorrência como ramo do direito econômico

Na medida em que a defesa da concorrência no Brasil corresponde a uma política pública voltada à defesa da coletividade, faz-se necessário identificar o ramo do direito em que ela se situa, de forma a caracterizar a competência federativa a ela aplicável. Tal caracterização é relevante na medida em que a defesa da concorrência não se constitui expressão jurídica apta a explicitar, por si, sua competência federativa, seja ela comum, concorrente ou privativa da União.

O problema de enquadramento origina-se da divergência quanto ao ramo do direito em que se situa a defesa da concorrência. Seria ela um ramo do Direito Econômico ou Penal-Econômico? Essa polêmica, contudo, encontra-se superada no Brasil, posto que nos últimos anos praticamente todos os autores têm enquadrado a defesa da concorrência no âmbito do direito econômico⁵⁹, com exceção de José Inácio Gonzaga Franceschini (1996), que a considera direito penal-econômico.

⁵⁸ A mencionada autora busca articular a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, de forma a identificar seus pontos de convergência e viabilizar uma interlocução entre ambas. Assim pode ser resumido o entendimento da autora, em suas próprias palavras:

“Como afirmamos em outra oportunidade, os dois ramos do direito econômico – consumidor e concorrência – se definem e se distinguem pelos seus objetos e pelas suas funções. O primeiro tem por objeto imediato a proteção do sujeito de direitos, e o segundo, a concorrência no mercado. Nas suas finalidades, contudo – objetivos axiológicos – se aproximam e até mesmo se confundem, ambos dirigidos à realização da justiça no mercado de consumo. A ética no mercado, este transcendente e indefinido espaço onde se encontram a oferta e a procura, é possível, embora não seja naturalmente alcançada pelo jogo das forças econômicas, o qual consagra o predomínio do mais forte. Esta realidade reclama, portanto, a intervenção do Estado, guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cujo reflexo no plano da ordem econômica é a soberania do consumidor” (CARPENA, 2006, p. 120).

⁵⁹ Nesse sentido, convém destacar Washington Peluso Albino de Souza (2003, p. 265), ao comentar a Lei n.º 8.884/94: “Trata-se claramente de procedimentos político-econômicos direcionados para o Poder Econômico dentro do âmbito do Direito Econômico, sem que atinja a área do Direito Penal”. Concordam nesse entendimento Isabel Vaz (1993, p. 09 e s.); Sérgio Varela Bruna (1997, p. 168 e s.); João Bosco Leopoldino da Fonseca (2003, p. 90); Carlos Jacques Vieira Gomes (2004, p. 64 e s.), entre outros.

A origem da polêmica é bem exposta por Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 265 e s) em uma breve reconstrução histórica da regras de defesa da concorrência no Brasil. Segundo o autor, a divergência decorre das diferentes conotações jurídicas dadas às normas de defesa da concorrência e ao abuso do poder econômico, desde o Decreto-Lei n.º 869/38, que possuía conotação eminentemente criminal, até a atual Lei n.º 8.884/94, que manteve uma conotação político-econômica, comprometida com o sentido harmônico do Direito Econômico, pelo qual a matéria antitruste é tratada no Brasil⁶⁰.

O enquadramento do Direito da Concorrência no Direito Econômico pressupõe-no como o direito de intervenção do Estado na economia, sem confundilo com o direito relativo a toda a economia. Isto porque, como bem destaca Luís Cabral de Moncada (1988, p. 07), tal noção alargaria demais o âmbito do direito econômico, na medida em que se torna demasiada extensa e incapaz de exprimir a sua especificidade, reduzindo-o ao ponto de encontro de todas as regras de direito privado e direito público atinentes à atividade econômica⁶¹.

Assim, seguindo o entendimento do mencionado autor, considera-se que o Direito Econômico tem como um de seus elementos constitutivos e determinantes a análise das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica. Desta forma, o cerne do direito econômico passa a ser constituído por normas jurídicas de direito público.

Na medida em que a defesa da concorrência corresponde à intervenção estatal sobre a economia, com vista ao controle e repressão ao abuso do poder

⁶⁰ Como conclui o autor (SOUZA, 2005, p. 277):
“Como se procurou demonstrar em rápidas e desconexas pinceladas, o problema da repressão ao abuso do poder econômico vem produzindo a sequência de diferentes ângulos que se vão tornando novas disciplinas jurídicas, em verdade comprometendo o sentido harmônico do Direito Econômico, pelo qual, e somente por este, deveriam ser tratadas”.

⁶¹ Moncada (1988, p 6-7) destaca quatro razões fundamentais pelas quais o direito econômico não deve ser confundido com o direito da economia: (i) a noção acaba por abranger todos os aspectos econômicos do direito privado, como os direitos reais de gozo, o direito de propriedade, etc., os quais sendo direito da atividade econômica privada caem sobre a alçada do direito privado patrimonial ou comercial; (ii) a noção abrangeria de igual modo as zonas do direito público que têm incidência econômica, mas que devem estar fora de seu âmbito, como a disciplina jurídica das obras públicas, o direito de expropriação, etc.; (iii) estender-se-ia a matérias contíguas ao direito econômico *stricto sensu* como o direito social, como o direito da segurança social que se concretiza nas prestações sociais que o Estado realiza em benefício e proteção dos cidadãos, regime do emprego e da promoção profissional, etc.; (iv) uma noção demasiado extensiva do direito econômico dificulta a identificação da fronteira que separa o econômico do financeiro.

econômico e não apenas como mero instrumento de correção das falhas de mercado, ela se encontra dentro do campo de estudo do Direito Econômico (BRUNA, 1997, p. 168)⁶². Assim, não procede o argumento de que o direito da concorrência corresponde a um ramo do direito penal, sob o fundamento de que algumas normas imputam penas restritivas de liberdade aos responsáveis pelo abuso de poder econômico⁶³. Não é razoável sustentar que a natureza da sanção determine a natureza da norma.

As eventuais implicações de caráter penal previstas para o abuso de poder econômico não prevalecem sobre o conjunto de preceitos da defesa da concorrência⁶⁴. Nesse sentido, é ilustrativa a analogia feita pela professora Izabel Vaz (1993, p. 435), ao afastar o enquadramento do direito antitruste do âmbito do direito penal com base no argumento de que:

A pena prevista para o depositário infiel e para o alimentante que descumpre o dever de prestar alimentos pode ser a prisão. Nem por isso vai-se propor, em razão da natureza da sanção prevista para aquelas infrações, a localização daqueles institutos no âmbito do Direito Penal.

⁶² No mesmo sentido, Eros Grau no prefácio da obra de Paula Forgioni (1998, p. 08) escreve que: “O fato é que, segundo e de acordo com a Constituição do Brasil, a concorrência, no Brasil, não é um fim em si mesmo, mas um instrumento que deve ser utilizado tendo-se em vista a realização dos objetivos do Brasil (art. 3º) e da ordem econômica (art. 170). Daí porque não se cuida, neste passo, de preferência ideológica: no Brasil, na vigência da Constituição de 1998, o antitruste é instrumento de implementação de políticas públicas”.

⁶³ A título de ilustração a Lei n.º 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências, estabelece em seus artigos 4º, 5º e 6º os crimes contra a ordem econômica.

⁶⁴ No mesmo sentido Gomes (2004, p. 64): “Por certo modo, uma lei do tipo proibitivo, como a que tabela preços máximos ou mínimos, recorre à pena no sentido tradicional e define as íntimas relações entre o Direito Penal e a sua aplicação. [...] A identificação dos atos e fatos econômicos capazes de constituir uso ou abuso do poder econômico e a oportunidade em que o mesmo ato ou o mesmo fato possa ser incluído numa ou noutra dessas posições inserem-se no campo específico do Direito Econômico. [...] Ao serem autorizados ou interditados pelo Direito, podem constituir objeto de normas de Direito Comercial, Direito Penal, e assim por diante. Mas, quando examinados do ponto de vista dos seus efeitos na política econômica, então incluem-se no âmbito do Direito Econômico. [...] Na relação jurídica de Direito Econômico é que se situa o sujeito em face da política econômica. Daí decorre a condição de licitude ou ilicitude do ato, quando, e só então, o assunto passa a ocupar também as áreas dos demais ramos do Direito, em cada circunstância”.

Assim, na medida em que as regras de defesa da concorrência visam a implementação de intervenção estatal no domínio econômico, por meio do controle e repressão ao seu abuso, e sendo esta intervenção o cerne do direito econômico, a defesa da concorrência no Brasil enquadra-se no âmbito do direito econômico.

Delimitados o escopo e o ramo do direito no qual a defesa da concorrência se insere, convém fazer uma breve digressão histórica, com o fim de verificar o paradigma⁶⁵ federativo em que se encontra a defesa da concorrência no Brasil.

⁶⁵ Sobre o conceito de paradigma, reporta-se aqui ao trabalho de Thomas Kuhn, “Estrutura das Revoluções Científicas”, (1975, p. 218 - 219):

“A noção de paradigma vem da constatação de que as teorias e as explicações científicas não são construídas ao acaso, mas decorrem de um determinado conjunto de crenças, valores e técnicas partilhados pelos integrantes de uma determinada comunidade em um determinado momento histórico”.

CAPÍTULO II

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL EM PERSPECTIVA FEDERATIVA

No capítulo anterior, o resgate do desenvolvimento histórico da defesa da concorrência permite demonstrar sua relevância para a defesa do consumidor e do próprio mercado, especialmente em economias capitalistas como a do Brasil. Outro aspecto relevante apontado, refere-se à inserção da defesa da concorrência no sistema jurídico brasileiro, como ramo do direito econômico, cujo enquadramento é determinante para identificar a esfera de competência federativa a que ela está vinculada.

Este capítulo traz uma análise da defesa da concorrência no Brasil, em sua perspectiva federativa, com o fim de compreender as razões da atual centralização dessa política pública no âmbito da União, bem a necessidade de sua adequação ao modelo federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

2.1 – Retrospectiva histórica⁶⁶

No Brasil, a legislação antitruste surge de forma distinta daquela ocorrida nos Estados Unidos da América. No caso norte-americano, a economia incipiente até metade do século 19 passou por um processo de grande aumento de produção, que ocasionou o surgimento de grandes corporações, cuja concentração de mercado deu origem ao *Sherman Act*⁶⁷.

No Brasil, o processo de industrialização foi bem mais tardio, não tendo sido o processo de concentração de capital nacional o grande responsável para o surgimento das primeiras normas de repressão ao poder econômico. O primeiro

⁶⁶ Para uma análise detalhada da origem da defesa da concorrência no Brasil, conferir as obras de Benjamin M. Shieber (1966); Alberto Venâncio Filho (1998) e Rogério Terra de Oliveira (1996).

⁶⁷ Sobre o surgimento das regras de defesa da concorrência no ocidente, ver tópico 1.2 do presente trabalho.

diploma legal de cunho antitruste foi o Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938.

Da leitura do disposto no mencionado Decreto-Lei⁶⁸, verifica-se que seu escopo é nitidamente penal, sendo que, ao contrário da proteção e manutenção da concorrência, buscou proteger o interesse popular, conforme dispunha o artigo 141 daquela Constituição⁶⁹ (SHIEBER, 1966, p. 3-4). Sendo norma de caráter penal, a competência legislativa para sua edição era privativa da União, nos termos do artigo 16, inciso XVI, da Constituição Federal de 1937⁷⁰.

Na perspectiva federativa, não bastasse a competência legislativa privativa da União, prevista na Constituição Federal de 1937, o Decreto-Lei n.º 869/38 não abriu espaço para a participação de outros entes federados, além da União. Os crimes ali definidos seriam processados e julgados exclusivamente pelo Tribunal de Segurança Nacional (art. 6º) e a única providência administrativa a ser adotada era de competência do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, que poderia interditar a pessoa jurídica após a sentença transitar em julgado (art. 5º).

Para registro constitucional, convém destacar que, antes da Carta de 1937, a Carta de 1934 foi a primeira a elevar a patamar constitucional a liberdade econômica, prevendo o fomento à economia popular, em seu artigo 117. Da leitura do artigo 115, verifica-se que a liberdade econômica é limitada⁷¹. Sob sua égide não

⁶⁸ BRASIL, Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938:
“Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego.
Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra economia popular, sua guarda e seu emprego”.

⁶⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1937:
“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”.

⁷⁰ Para uma análise sobre o ramo do direito em que está inserida a defesa da concorrência na Constituição de 1988, ver tópico 1.5 deste trabalho.

⁷¹ Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

[...]

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

houve a edição de lei que tratasse do processo competitivo, na perspectiva antitruste, o que só veio a ocorrer na vigência da Constituição de 1937.

Em 1945, ao final da “Era Vargas”, entra em vigor o Decreto-Lei n.º 7.666, de 22 de junho de 1945, também conhecido como Lei Malaia⁷². Tal disposição normativa, apesar de não mais possuir caráter penal, foi editada com base no poder conferido ao Presidente da República de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, nos termos do artigo 180 da Constituição Federal de 1937. Essa norma manteve a competência exclusiva da União para atuação na defesa da concorrência, pois somente a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE – criada pelo mencionado Decreto-Lei⁷³ possuía competência para adoção das medidas necessárias ao seu cumprimento (ver artigos 2º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 11, 16, 17, 21 e 24). É de se destacar, contudo, que seu artigo 15 previa a colaboração de entes estaduais e municipais à CADE, mas em um caráter nitidamente hierárquico, o que conflita com o modelo tradicional dos regimes federativos⁷⁴.

O Decreto-Lei n.º 7.666/45 teve vigência muito reduzida, pois, com a queda de Getúlio em 29 de outubro de 1945, o presidente provisório José Linhares revogou-o expressamente mediante o Decreto-Lei n.º 8.167, de 9 de novembro de 1945, editado exclusivamente para esse fim.

Com o advento da Constituição de 1946, foram editadas as Leis n.º 1.521 e 1.522, ambas de 26 de dezembro de 1951, novamente no governo Vargas. A primeira reforçou a repressão penal às práticas constantes do Decreto-Lei n.º

⁷² Ver a entrevista Paulo Germano Magalhães (1988, p. 11), “As origens da Lei Malaia”.

⁷³ Decreto-Lei n.º 7666/45:
“Art. 19. A fim de dar cumprimento ao disposto neste decreto-lei, fica criada a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao Presidente da República.
Parágrafo único. A C.A.D.E. terá sede e fôro/foro na Capital da República e será representada, nos atos judiciais ou extra-judiciais, pelo seu Presidente.
Art. 20. A C.A.D.E. será presidida pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores e compor-se-á:
a) do Procurador Geral da República;
b) do Diretor Geral da C.A.D.E.;
c) de um representante do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio;
d) de um representante do Ministério da Fazenda;
e) de um representante das classes produtora e distribuidora;
f) de um técnico em economia de comprovada idoneidade e competência”.

⁷⁴ Recorde-se que na vigência da Constituição de 1937, a autonomia dos entes federados foi suprimida pelo Decreto-Lei n.º 1.202/1939.

869/38. A segunda autorizava o Poder Executivo a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo (art. 1º). A intervenção constante desta Lei consistia basicamente na compra, distribuição e venda de determinados produtos, relacionados no artigo 2º, inciso I, bem como a fixação de preços, controle de abastecimento (art. 2º, II) e desapropriação de bens de interesse social e requisição de serviços (artigo 2º, III).

Observa-se que a Lei n.º 1.522/51 não tratava propriamente de repressão às práticas infringentes à ordem econômica. Seu conteúdo era nitidamente voltado ao controle de preços. Todavia, seu artigo 14 tratava de algumas infrações semelhantes às hoje existentes na Lei n.º 8.884/94 (art. 14, incisos “d” e “i”). Seu rol de condutas infratoras, contudo, mistura preceitos de defesa da concorrência, do consumidor e da ordem tributária⁷⁵.

Importa destacar que a Constituição de 1946 instituiu o princípio da repressão aos abusos do poder econômico em seu artigo 148:

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

⁷⁵ Sob o aspecto federativo, apesar de a Lei n.º 1.522/51 prever atuação conjunta da Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP) com as Comissões de Abastecimento e Preços (COAP), instituídas nas capitais dos estados, e Comissões Municipais de Abastecimento e Preços (COMAP), instituídas nos municípios (art. 5º), não há que se falar em coordenação federativa. Todas as Comissões eram órgãos da União, sendo que o artigo 6º explicitava que os Presidentes e os membros da COFAP e das COAP eram nomeados pelo Presidente da República. Os membros das COMAP eram designados pelos Presidentes das COAPs (art. 6º, § 1º).

Apenas o § 2º do artigo 6º previa que na constituição das COMAP deveriam figurar o Prefeito, ou seu representante, de forma que, em alguma medida, era observado o interesse local. De toda forma, a própria criação de Comissões Municipais dependia de deliberação da COFAP. Assim, a concentração de poderes nas mãos da União é evidente. A própria lei estabelecia em sua ementa: “Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.”

Ao reforçar a submissão dos estados e municípios, o artigo 9º, parágrafo único, indicava que os aumentos das tarifas dos serviços de utilidade pública explorados por concessão, autorização ou permissão pela União, estados, municípios ou entidades autárquicas, ficavam condicionados à prévia aprovação (a) da COFAP quando o serviço fosse federal ou interestadual; (b) da COAP quando o serviço fosse estadual ou intermunicipal e (c) da COMAP quando o serviço fosse municipal ou local. Constata-se, assim, que os estados e municípios não tinham competência sequer para definir as tarifas dos serviços por eles concedidos.

Na perspectiva federativa, o artigo 5º, inciso XV, alínea “c”, e o artigo 6º da Constituição de 1946 estabeleciam como competência privativa da União legislar sobre produção e consumo. Já seu artigo 146 autorizava a União a intervir no domínio econômico para monopolizar determinada indústria ou atividade. Nesse sentido, e em cumprimento ao disposto em seu artigo 148, foram editadas as leis n.º 1.521/51 e 1.522/51⁷⁶, que não atendiam plenamente o preceito constitucional. Apenas em 1962 surge o diploma legal com esse específico fim, a Lei n.º 4.137, de 10 de setembro daquele ano.

Essa lei restabeleceu a CADE, agora sob a denominação de Conselho Administrativo de Defesa Econômica, não mais Comissão, e vinculado diretamente à Presidência do Conselho de Ministros, composto por um Presidente e mais quatro membros, nomeados diretamente pelo Presidente da República (artigos 8º e 9º).

No plano federativo, tal lei manteve a competência para apuração de infrações à ordem econômica, prevista no artigo 148, nas mãos da União⁷⁷, na medida em que competia ao CADE apurar e reprimir os abusos do poder econômico (artigos 8º e 17). Não havia qualquer participação cooperativa dos entes federados.

A menção aos estados e municípios existente na Lei trata apenas da competência do CADE para requisitar dos estados ou municípios as providências necessárias ao cumprimento da lei (artigo 17, “g”). Outro ponto diz respeito à possibilidade de oferecimento de representação ao CADE por parte dos governadores e prefeitos, o que, todavia, não tinha maior relevância, pois poderia também ser feito por qualquer pessoa física ou jurídica (artigo 28)⁷⁸.

⁷⁶ A Lei n.º 1.522/51 foi revogada expressamente pelo artigo 25 da Lei Delegada n.º 4, de 26/09/1962:

“Art. 25. Esta lei entrará em vigor 30 (trinta) dias após a sua publicação, revogadas, na mesma data, a Lei n.º 1.522, de 26 de dezembro de 1951, suas alterações e outras disposições em contrário, ressalvando-se a continuação dos serviços por ela criados, os quais serão extintos à medida que forem substituídos pelos novos serviços”.

⁷⁷ Pela lei, o CADE era órgão da Administração Direta, subordinado ao Ministério da Justiça, sem autonomia administrativa ou financeira.

⁷⁸ Art. 28. As averiguações preliminares serão realizadas:

- a) *ex officio* pelo CADE;
- b) em virtude de representação:
 - b1 - de Governador de Estado;
 - b2 - de Assembléia Legislativa;
 - b3 - de Prefeito Municipal;
 - b4 - de Câmara Municipal;

Como se observa, a Lei n.º 4.137/62 manteve a repressão ao abuso do poder econômico exclusivamente nas mãos da União. Essa tradição não foi alterada com a Constituição de 1967, pois, apesar de o artigo 157, inciso VI, estabelecer a repressão ao abuso do poder econômico, como princípio da ordem econômica, o parágrafo 8º facultava a intervenção no domínio econômico mediante lei da União. Tal intervenção, contudo, dar-se-ia somente quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa⁷⁹. Com o advento da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, não houve modificação de tais dispositivos, posto que foram mantidos nos artigos 160, inciso V, e artigo 163 do novo texto, respectivamente.

Observa-se, dessa retrospectiva histórica, que toda a legislação brasileira de repressão ao abuso de poder econômico esteve concentrada na competência privativa da União, em razão da estrutura federativa estabelecida pelas constituições federais do período. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma grande modificação na estrutura federativa existente no Brasil.

2.2 – A defesa da concorrência na Constituição Federal de 1988

Apenas com a Constituição de 1988 houve uma alteração consistente no modelo federativo brasileiro, em especial o direito econômico, que passou a constar

b5 - de órgão da administração pública federal, estadual, municipal, autárquica e de economia mista;

b6 - de pessoa física ou jurídica.

⁷⁹ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

[...]

§ 8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

na Constituição como competência concorrente (art. 24, inciso I)⁸⁰. Fernanda Almeida (2005, p. 142-143) leciona que tal direito não estava previsto explicitamente na Constituição anterior, tendo vindo diretamente para a atual Constituição como competência concorrente, assim como o direito do consumidor; as normas de licitação, a proteção do meio ambiente e outros. Neste novo cenário constitucional, houve outra alteração legislativa na defesa da concorrência, com o advento da Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991.

Esta lei corresponde à conversão da Medida Provisória n.º 204, de 2 de agosto de 1990, e, apesar de manter as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei n.º 4.137/62, modificou o procedimento de apuração de infração à ordem econômica. Nos termos do artigo 6º da Medida Provisória, o CADE passa a funcionar perante a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, que lhe daria suporte administrativo e de pessoal.

No que concerne à participação dos entes federados, contudo, não houve maiores modificações, uma vez que a apuração de infrações à ordem econômica manteve-se integralmente no âmbito da União, apesar da competência concorrente constante do artigo 24, inciso I, do novo texto constitucional.

Com a edição da Lei n.º 8.884, em 11 de junho de 1994, sistematizou-se o regime jurídico do controle do exercício abusivo de poder econômico, tanto em sua vertente repressiva (art. 20 e 21) quanto preventiva (art. 54). No campo federativo, contudo, não houve qualquer modificação. A nova lei transformou o CADE em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e lhe deu jurisdição em todo o território nacional (art. 3º), mantendo a política de defesa da concorrência exclusivamente na esfera federal.

⁸⁰ O constitucionalista Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1994, p. 20), ao analisar a competência federativa para edição da lei prevista no artigo 173, § 4º da CF/88, destacou em Parecer anexado à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.094:

“19. Em face dessa repartição, a quem cabe editar a lei prevista no art. 173, § 4º da Constituição?

Depende evidentemente a resposta da natureza que se atribua à sua matéria.

Desde 1946, sempre se entendeu ser ela de intervenção no domínio econômico, cometida pela Constituição à União, e assim enquadrar-se no direito administrativo (econômico) federal. Isto não mudou sob a Lei Magna de 1967 nem sob a Emenda n. 01/69.

Mas hoje reconhece-se a autonomia do direito econômico. Ora, a Constituição vigente inclui este ramo do direito no rol das competências concorrentes, por força do art. 24, I.

[...]

Não poderá, portanto, o legislador federal descer nessa lei a pormenores, sob pena de invadir a competência estadual e assim incidir em inconstitucionalidade”.

Ao contrário do disposto em outras leis do mesmo período, de natureza concorrente, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e a Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/90)⁸¹, a defesa da concorrência não se estruturou em moldes federalistas. Não se criou um sistema nacional de defesa econômica, ao contrário do que ocorreu com a defesa do consumidor (artigo 105 da Lei n.º 8.078/90), quanto mais um sistema único, como instituído na área da Saúde (art. 4º da Lei n.º 8.080/90).

As únicas menções existentes na Lei n.º 8.884/94 relativas aos estados e municípios (art. 7º, X, e art. 24, II) sequer sugerem uma atuação conjunta, o que seria de se esperar em razão da competência concorrente prevista no artigo 24, inciso I, da Constituição. Mais que isso, a lei não deu margem de atuação para os estados e municípios, sendo a competência para apreciação de todas as infrações estabelecidas na lei de competência exclusiva do Plenário do CADE (art. 7º, II).

Mesmo com as mudanças havidas na Constituição Federal de 1988, a fim de modificar a atuação federativa brasileira em muitas de nossas políticas públicas, a defesa da concorrência manteve-se indiferente. Apesar de a Lei n.º 8.884/94 ter dado um grande passo na sistematização do regime jurídico da defesa da concorrência no Brasil, em matéria de cooperação federativa, ela não deu passo algum.

Curiosamente, na esfera penal a situação seguiu caminho distinto. A competência para julgamento dos crimes contra a ordem econômica (Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990)⁸² é da Justiça Estadual, exceto quando demonstrada lesão a bens, serviços ou interesses da União, nos termos do artigo 109 da Constituição Federal. Destaque-se que a mencionada lei não diferenciou a competência dos crimes ali mencionados, como autoriza o disposto no artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Assim, a competência da Justiça Federal depende da demonstração de lesão a bens, serviços ou interesses da União, nos termos do art. 109, inciso IV, da Carta Magna⁸³.

⁸¹ Artigo 24, incisos V e XII da Constituição Federal.

⁸² Observe-se que a mencionada lei é anterior à própria Lei n.º 8.158/91, que instituiu as primeiras normas de defesa da concorrência após a Constituição Federal de 1988.

⁸³ Neste sentido, ver decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Conflitos de Competência n.º 22.895/SP; 37.226/SP; 38.989/RJ; 40.165/PR; 42.957/PR dentre outros.

Vislumbra-se, assim, uma das peculiaridades do atual sistema. As infrações à ordem econômica são todas apreciadas, na esfera administrativa, por entes da União (SDE, SEAE e CADE), mas o julgamento dos mesmos delitos na esfera penal é feito, em regra, pelo Poder Judiciário dos estados, exceto quando demonstrada a lesão aos interesses da União.

Outro ponto interessante é que o legislador pátrio optou, em matéria penal, tratar dos crimes contra a ordem econômica e das relações de consumo no mesmo dispositivo legal (Lei n.º 8.137/90 – Capítulo II), enquanto na matéria administrativa, o legislador optou por disciplinar em leis diversas as infrações contra a ordem econômica e as relacionadas ao consumidor.

As infrações administrativas contra as relações de consumo estão sujeitas à regulamentação, fiscalização e controle, tanto da União quanto dos estados (art. 55, *caput* e § 1º - Lei n.º 8.078/90). Todo o capítulo VII da Lei de Defesa do Consumidor, que trata das sanções administrativas, prevê a atuação conjunta da União e dos estados, um exemplo inequívoco de federalismo cooperativo. Nesse sentido, Zelmo Denari (1995, p. 394) destaca que se trata de reiteração ao disposto no artigo 24, §§ 1º e 2º, ou seja, normas de competência, endereçadas aos legisladores dos três níveis de governo.

Na defesa do consumidor, apenas as multas cujo dano ou infração tenha sido de âmbito nacional deverão ser revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Já as multas cujo dano tenha sido de âmbito estadual ou municipal devem ser revertidas aos fundos estaduais de proteção do consumidor (art. 57)⁸⁴. Sobre tal dispositivo Zelmo Denari destaca:

Convém aqui destacar que o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, que estrutura o SBDC, buscou em seu artigo 121 concentrar ainda mais a competência da União, em detrimento da competência da Justiça Estadual. Tal orientação normativa nitidamente seguiu o entendimento de Denise Abade (2005, p. 37-63), ao adotar a seguinte redação:

“Art. 121. Fica acrescido à Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o seguinte artigo:

“Art. 16-A. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no *caput* e nos arts. 5º e 6º desta Lei”.

⁸⁴ O próprio dispositivo que dispôs sobre a criação do Fundo de Direitos Difusos já previa a existência de Conselhos Estaduais de forma a resguardar o interesse federativo (artigo 13 da Lei n.º 7.347/85).

Por isso, o dispositivo distingue as infrações ou danos de âmbito nacional daqueles de âmbito estadual ou municipal, destinando o resultado financeiro das penalidades aos respectivos fundos. (DENARI, 1995, p. 398).

No caso das infrações à ordem econômica o tratamento federativo foi muito distinto. A Lei n.º 8.884/94, em seu artigo 84, e a Lei n.º 9.008/95, em seu artigo 1º, § 2º, inciso V, dispõem que todos os valores arrecadados em razão da aplicação de multas pelo CADE serão revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, independentemente do âmbito geográfico da infração.

Observa-se que a edição da Lei n.º 8.884/94 veio cumprir a exigência constitucional disposta no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, que determina a edição de lei que reprima o abuso do poder econômico. Todavia, em que pese a União ter redigido a norma, os estados e municípios não tiveram sua participação prevista, o que manteve a centralização da repressão administrativa ao abuso do poder econômico nas mãos da União, em oposição à natureza concorrente da mencionada norma, estabelecida pela nova Constituição.

A Lei 8.884/94 prevê a atuação de três órgãos distintos:

- a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça;
- b) Secretaria de Direito Econômico – SDE, órgão do Ministério da Justiça;
- c) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão do Ministério da Fazenda.

Tal lei estabelece, em seu artigo 3º, que o CADE tem jurisdição em todo o território nacional, de forma que se constitui como o único órgão competente para a aplicação das multas previstas na mencionada lei. Pelo modelo adotado, todas as infrações contra a ordem econômica praticadas no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir seus efeitos são julgadas administrativamente pelo CADE⁸⁵.

⁸⁵ Neste ponto, deve ser feita uma observação quanto ao disposto no artigo 29 da Lei n.º 8.884/94. De sua leitura, verifica-se que não há óbice à busca, por eventual interessado, de tutela judicial para cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica. Tal providência, contudo, não prejudica nem se confunde com a tutela administrativa a ser exercida pelo CADE, em razão de seu poder de polícia. Porém, da leitura do mencionado dispositivo legal constata-se um campo residual de atuação dos estados e municípios na defesa da concorrência. A teor do disposto

Observa-se que a legislação relativa à defesa da concorrência no Brasil não faz menção à participação dos demais entes federados, seja estado ou município, apesar da previsão constitucional para tanto (art. 24, inciso I, e §§ 1º e 2º). Em que pesem as alterações constantes da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto à competência concorrente, o legislador ordinário manteve toda a competência para apuração administrativa das infrações à ordem econômica na esfera da União.

Para melhor explicitar o equívoco dessa opção legislativa, convém tecer breves considerações sobre o sistema federativo, a fim de resgatar seus princípios e buscar compreender a melhor forma de inserir a defesa da concorrência, enquanto política pública, no atual modelo federativo adotado pelo Brasil.

2.3 - Acepção e características da federação

As expressões federalismo e federação têm origem na expressão latina *foedus*, que significa tratado, convenção ou aliança⁸⁶. Conforme destaca Fernando Abrucio (2006, p 90-91), o Estado federal é uma forma inovadora de se lidar com a

nos artigos 1º, V, e 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), c/c o artigo 82 da Lei n.º 8.078/90, que dá legitimidade aos estados e municípios ao ajuizamento de ações para defesa de interesses difusos e coletivos, dentre os quais se enquadram as infrações à ordem econômica, esses entes federados podem agir na esfera judicial para assegurar a aplicação das regras de defesa da concorrência:

“Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

⁸⁶ “*Feder-*”: Elemento antepositivo do lat. *foedus, èris* 'tratado (público ou privado), convenção, aliança'; [...]; der. latinos: *foederátus, a, um* 'aliado, federado; ligado, unido, associado'; de *foederátus* formou-se em baixa época o v. *foedèró, ás, áví, átum, áre* 'unir por aliança; federar-se, fazer-se aliado', sobre o qual se criaram *confoedèro, as* e *confoederatió, ónis*; mesma raiz indo-européia *bheidh- que em *fído* - ver *fi(a)*-; a cognação vern. desenvolve-se desde o Renascimento: confederabilidade, confederação, confederacional, confederacionalismo, confederacionalista, confederacionalístico, confederado, confederador, confederamento, confederante, confederar, confederativo, confederável; federação, federacionismo, federacionista, federacionístico, federado, federal, federalismo, federalista, federalístico, federalização, federalizado, federalizar, federar, federativo, fedífrago (< lat. *foedifrágus, a, um*).” (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2001, p. 1319).

organização político-territorial do poder, decorrente de duas condições: a) a existência de heterogeneidades que dividem uma determinada nação; b) a existência de um discurso e de uma prática defensores da unidade na diversidade, resguardando a autonomia local, procurando formas de manter a integridade territorial em um país marcado por heterogeneidades. Essas são as condições necessárias à realização de um pacto federativo.

Quanto à conceituação de federação, as diversas tentativas de defini-la juridicamente têm sido realizadas sem muito sucesso, consideradas as peculiaridades dos diferentes modelos de estados federados hoje existentes. Não há que se falar em um modelo único de federação. Os estudos políticos modernos dão conta da existência de pelo menos vinte países que se estruturam nos moldes federativos, desde os EUA, Brasil, Alemanha, Canadá e Índia, até México, Argentina e Suíça (KUGELMAS, 2001, p. 29).

A existência de diferentes tipos de Estados Federais decorre da dinâmica de sua própria natureza, de fatores extrajurídicos (sociais, econômicos, políticos, históricos, geográficos e culturais) que concorrem para sua formação e funcionamento. As classificações, entretanto, não são uniformes, diversificando-se quanto à espécie e ao número de variáveis selecionadas. A título exemplificativo, pode-se fazer referência à classificação de Kenneth Clinton Wheare (1946), que distingue os estados federais dos quase-federais, ou ainda a que identifica estados federais por agregação (oriundos de estados soberanos – como a Suíça e os EUA) ou por desagregação (decorrentes de estados inicialmente unitários – como o caso do Brasil). Diante dessas divergências, convém esclarecer alguns requisitos essenciais à caracterização do federalismo, de forma a evitar perder-se em discussões contingenciais.

Seguindo a definição de Ferdinand Kinsky (1997), estabelecem-se cinco elementos abrangentes, porém determinantes para caracterização do federalismo⁸⁷:

⁸⁷ Constata-se, segundo KINSKY (1997, p. 15), a existência dos seguintes elementos essenciais:

1. “political autonomy and self-government of member-states of sub-groups are assured by legal guarantees and adequate financial means;
2. conflicts between autonomous member-states or sub-groups are solved neither by competition without rules, nor by arbitrary decisions of an omnipotent centre, but by mutually accepted rules or covenants between the partners involved. This is the principle of cooperative federalism;
3. the federal institutions of the member-states or non political areas, the global organizations and the grass-roots as well as the intermediate levels control each other. This is what the North

- a) **autonomia política** ou auto-governo;
- b) **cooperação** na solução de impasses;
- c) **mecanismos de freios e contrapesos** para controlar o poder dos entes federados;
- d) **subsidiariedade** dos entes federados nos processos de tomada de decisão, que envolvam questões gerais;
- e) **participação** dos entes federados e da população na solução de conflitos em vez de solução imposta à força.

Quanto à autonomia política, um dos elementos distintivos de maior destaque do estado federal é a distribuição territorial de poder entre o poder central e os governos regionais. Conforme destaca Daniel Elazar (1987, p. 5), um estado federado corresponde a uma parceria estabelecida e regulada por um acordo, que divide poderes entre os parceiros, baseado no reconhecimento mútuo da integridade de cada um e no esforço de favorecer uma unidade especial entre eles.

Essa distribuição de poder decorre da existência de direitos pertencentes aos pactuantes da federação e que não podem ser arbitrariamente suprimidos ou mesmo modificados pela União. Tais direitos são garantidos por uma constituição escrita, que institui e regula o pacto político-territorial, cujos preceitos são resguardados por cortes constitucionais.

As federações também são marcadas por diversidade e conflito, de forma que a cooperação deve reger a interdependência entre os entes federados. O pluralismo típico das federações não pode ser suprimido na solução dos impasses. Não pode haver domínio de uma instância em detrimento das outras. As relações

American Founding Fathers called checks and balances. Any power should be balanced and controlled by the least one counter power;

4. within a federal system, power is divided so that each level – the federal institutions as well as those of the member-states or subgroups – disposes of adequate means to solve its own problems. Federal, central or global institutions are only competent for areas too large for the capacity of member-states or sub-groups to find adequate solutions. The purpose of this principle of subsidiarity is not only greater efficiency but also a higher degree of transparency;

5. federalism tends to increase the democratic principle of participation not only for individuals, but also for member-states or sub-groups to participate in common decisions. Participation becomes effective through the other principles mentioned above. Individual member of autonomous small sub-groups have better knowledge of problems and persons and therefore greater possibilities to participate in decisions than those belong to highly centralized mass organizations. The solution of conflicts by contracts is more participatory than a decision imposed by force”.

intergovernamentais devem ser regidas pelo equilíbrio entre competição e cooperação. Daí a necessidade de mecanismos de freios e contrapesos dos entes federados, presentes nas constituições dos países e garantidos pelas cortes constitucionais.

Já na esfera das políticas públicas, faz-se necessário o compartilhamento de funções entre os níveis de governo, de forma que haja subsidiariedade nos processos de tomada de decisão. Na medida em que o federalismo corresponde a um modelo de organização do Estado, surgido para solucionar conflitos, decorrentes das diversidades regionais, há necessidade de garantir a participação dos entes federados no processo de tomada de decisão. Como destaca Fernando Abrucio (2006, p. 94), não se trata de impor formas de participação conjunta, mas de instaurar mecanismos de parceria que sejam aprovados pelos entes federados.

Assim, tais elementos determinantes da federação, constam de uma forma ou de outra da constituição de cada país, de maneira que a regra básica de coexistência entre os entes que compõem o Estado Federal é a competência atribuída pela Constituição Federal a cada um deles. Conforme afirma Raul Machado Horta (1993, p. 5), “a repartição de competência é exigência da estrutura federal do Estado, para assegurar o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal”.

O ordenamento jurídico e político do Estado Federal repousa na distribuição de competência fixada pela Constituição Federal. É ela que delimita os poderes da União, dos estados e dos municípios, permitindo um convívio harmonioso, uma interdependência construtiva da afirmação e do desenvolvimento nacional. É mediante a repartição de competências que poderemos saber se uma nação se estrutura de forma mais centralizada – acentuando-se as competências atribuídas à União – ou fortalecendo os estados membros, pela ampliação dos poderes estaduais.

Como destaca José Afonso da Silva (1999, p. 105-106),

os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Numa, a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados federados competências mais amplas, como nos Estados Unidos da América do Norte. Noutras, a área de competência da

União é mais dilatada, restando limitado campo de atuação aos Estados-membros, como o Brasil no regime da Constituição de 1967-1969, que constituiu mero federalismo nominal.

A existência de tais elementos nas constituições dos países é importante, pois se tornam determinantes para a solução de problemas políticos fundamentais dos tempos atuais (LAUFER, 1995), dentre os quais se destacam:

- a) legitimação social;
- b) intensificação do estado de direito;
- c) fortalecimento da concorrência política;
- d) respeito e favorecimento à diversidade cultural e social.

Quanto à **legitimação social**, o sistema federativo permite aos cidadãos maiores possibilidades de utilizar seu principal direito democrático, por meio do qual podem exercer alguma influência, o direito de voto. O cidadão elege não apenas os membros do Congresso Nacional, mas também os membros do parlamento local, o que obriga os partidos a atenderem as demandas locais de seus eleitores reais e potenciais.

Não se pode esquecer que em uma democracia federativa o domínio público encontra-se mais próximo do cidadão, facilitando o acesso às instituições estatais e a seus representantes⁸⁸. Outro problema político importante que o federalismo auxilia a solucionar é o favorecimento à separação dos poderes, de forma a **intensificar o Estado de Direito**, pois, na federação, a separação vertical dos poderes possibilita que as decisões políticas sejam tomadas com maior

⁸⁸ Segundo Heinz Laufer (1995, p. 35):
(o cidadão) “não está sujeito de modo tão absoluto às decisões na maioria das vezes anônimas de uma instituição administrativa distante ou às autoridades inacessíveis na capital do Estado central, mas possui pelo menos a possibilidade de compreender a ação política dos representantes do poder público, participando conscientemente dela e influenciando-a no âmbito de seu estado membro. O processo político de decisão e o âmbito da ação estatal podem ser mais facilmente acompanhados, sobretudo pelos envolvidos, que podem reagir com maior eficácia às suas conseqüências quando necessário. Os próprios detentores de funções públicas podem se aproximar mais dos cidadãos no Estado federativo do que no Estado unitário. Eles têm a possibilidade de tomar decisões de acordo com o local e a matéria, adequando-se às pessoas e à situação, de modo que sua atuação pode se tornar mais compreensível e aceitável. Assim, numa época em que a atividade do Estado se encontra num processo contínuo de expansão, o federalismo é capaz de contribuir para tornar o processo político e a ação estatal mais transparentes e para diminuir a rejeição à política e a apatia perante o Estado”.

transparência e controle. A União e os estados têm competências limitadas, o que restringe a concentração de poder⁸⁹.

A terceira solução relevante diz respeito ao **fortalecimento da concorrência política**, pois as composições político-partidárias presentes no Congresso Nacional e nas Assembléias Legislativas dos estados tendem a ser diferenciadas, de modo que os partidos responsáveis pelo governo da União sejam partidos de oposição em alguns estados. Assim, os partidos de oposição ao governo federal têm a possibilidade de realizar, nos estados em que estejam governando, programas alternativos, demonstrando sua capacidade de governo e testando suas concepções teóricas, na prática.

Neste mecanismo, a oposição tende a ter uma inserção mais eficaz no ordenamento democrático e abre-se espaço para a concorrência política entre a União e os estados, uma vez que existem esferas de competências comparáveis. Ao tratar do tema, Heinz Laufer destaca:

As tarefas estatais podem ser superadas com mais força inovadora e disposição para a experimentação. Os estados podem desenvolver novas idéias políticas em suas esferas de competência. Eles podem estimular a Câmara Federal e o Conselho Federal a trilhar novos caminhos em determinadas esferas políticas, ou podem ser estimulados a isso pela própria União (LAUFER, 1995, p. 38).

Por fim, a federação possibilita **a pluralidade cultural e social**, na medida em que fortalece os vínculos internos dos cidadãos residentes de determinada unidade federada. Ademais, em um cenário cultural cada vez mais marcado pela

⁸⁹ No mesmo sentido, Laufer (1995, p. 36) ressalta que: “Na federação, o Estado central e os Estados membros dispõem apenas de poucas competências exclusivas, que possam ser exercidas apenas por eles sem a participação de representantes de outros planos da organização política. A União e os estados, devido às suas atribuições de poder mutuamente limitadas e às possibilidades daí resultantes de impedimento e de suspensão, dependem um do outro se pretendem exercer uma política eficaz. A obrigação de cooperar para exercer o domínio de forma eficaz, ao contrário do Estado unitário, é fortalecida na federação. O Estado central e os Estados membros podem controlar e influenciar um ao outro. Dessa maneira, o sistema do *balance of power* e o *system of checks and balances* são fortalecidos na federação e o Estado de direito é conseqüentemente intensificado.”

generalização dos meios de comunicação de massa, há sempre o risco de maior uniformidade e monotonia cultural.

Como se observa, independentemente da origem dos diferentes estados federados, o federalismo possui elementos característicos comuns, determinantes para a solução de problemas políticos relevantes nos estados modernos. No caso brasileiro, o modelo federativo adotado na Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações que se encontram em processo de concretização.

Com o fim de melhor compreender o modelo federativo hoje existente no Brasil, convém tecer uma breve retrospectiva histórica de seu surgimento, tendo por referência o processo de elaboração da constituição norte-americana e o distinto protagonismo do federalismo brasileiro. Tal distinção é muito ilustrativa para compreensão do alto grau de concentração de competências na esfera da União, no modelo federativo brasileiro.

2.4 - Antecedentes históricos

Apesar de alguns autores mencionarem antecedentes históricos do modelo federativo, o Estado Federal, como concebido hoje, é uma criação norte-americana do século XVIII⁹⁰, sendo sua origem oriunda do processo de elaboração da Constituição Norte-Americana⁹¹.

Diferenciando-se da confederação das treze colônias da América, que a precedeu, a federação norte-americana teve seus princípios básicos enunciados em

⁹⁰ Nesse sentido Dalmo de Abreu Dallari (1986, p. 7) menciona:
“Embora o termo federalismo seja empregado muitas vezes em sentido genérico e impreciso para significar qualquer ‘aliança de Estados’, tecnicamente Estado Federal corresponde a determinada forma de Estado, criada pelos norte-americanos no final do século XVIII. As federações que alguns autores pretendem ver na Antiguidade, na Idade Média ou nos primeiros séculos da Era Moderna foram apenas alianças temporárias, com objetivos limitados, não chegando à submissão total e permanente dos aliados a uma Constituição comum, sob um governo composto por todos e com autoridade plena, máxima e irrecusável sobre todos”.

⁹¹ A Constituição Norte-Americana originou-se da Convenção de Federal de Filadélfia, que se reuniu entre maio e setembro de 1787 e cujo resultado culminou com a substituição dos Artigos da Confederação firmados em 1781.

uma coletânea de artigos – *The Federalist* – cuja elaboração, por Madison, Hamilton e Jay, tem sido cunhada como a concepção originária deste modelo de organização do Estado moderno⁹².

Estes autores tinham como objetivo político fundar uma nova nação, sem prejuízo da liberdade das antigas colônias norte-americanas, ou seja, propunham um modelo para conciliar a autonomia dos estados e a criação de um poder político federal (União), que deveria ser capaz de estabelecer um universo mínimo de regras para todo o território nacional.

Procuravam encontrar uma fórmula de assegurar a autonomia de cada uma das treze ex-colônias britânicas, que pretendiam manter sua independência com a constituição de uma nova nação capaz de proteger todos os pactuantes de eventuais guerras internas e externas. Em seus artigos, os autores de “O Federalista” explicitam não só o modelo de organização federativa, mas a própria teoria política a fundamentar o texto constitucional⁹³.

Assim, os adeptos da transformação da Confederação em Federação propuseram que todos os estados norte-americanos adotassem uma constituição comum e se submetessem, em determinados assuntos, a um governo central cujas atribuições seriam definidas na própria constituição. Para desempenhar suas

⁹² O processo de elaboração dos textos do “Federalista” surgiu da reunião de uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York, em 1788, com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição pelos estados membros. Obra conjunta de três autores, Alexander Hamilton, (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829), os artigos eram assinados por Publius.

⁹³ Convém destacar que a filosofia política da época, em especial a exposta por Montesquieu, era utilizada pelos adversários da ratificação da Constituição norte-americana, como bem recorda Fernando P. Limongi (2000, p. 246-247):

“Montesquieu, membro de uma tradição que se inicia em Maquiavel e culmina em Rousseau, apontava para a incompatibilidade entre governos populares e os tempos modernos. A necessidade de manter grandes exércitos e a predominância das preocupações com o bem-estar material faziam das grandes monarquias a forma de governo mais adequada ao espírito dos tempos. As condições ideais exigidas pelos governos populares, um pequeno território e cidadãos virtuosos, amantes da pátria e surdos aos interesses materiais, não mais existiam. Se, por acaso, se formassem governos desta natureza, seriam presas fáceis de seus vizinhos militarizados, como comprovava a história européia.

O desafio teórico enfrentado por ‘O Federalista’ era o de desmentir os dogmas arraigados de uma longa tradição. Tratava-se de demonstrar que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados. Aumentar o território e o número de interesses são benéficos à sorte desta forma de governo. Pela primeira vez, a teorização sobre os governos populares deixava de se mirar nos exemplos da Antiguidade, iniciando-se assim, sua teorização eminentemente moderna”.

funções, esse governo central teria suas próprias fontes de recursos financeiros, sem depender das contribuições voluntárias dos estados, como ocorria na Confederação.

Um dos grandes temas orientadores de “O Federalista” foi o ataque à fraqueza do governo central instituído pelos “Artigos da Confederação”. Uma passagem ilustrativa do tema consta de um dos artigos escritos por Hamilton, o de número 15, que trata dos defeitos da Confederação:

Na verdade, podemos confessar que chegamos quase ao último estágio da humilhação nacional. Dificilmente haverá qualquer coisa que nos falte experimentar para ferir nosso orgulho ou degradar ainda mais o caráter de uma nação independente. Há compromissos, a cujo atendimento somos obrigados por laços respeitáveis entre os homens? Pois eles têm sido objeto de constante e flagrante violação. Temos dívidas com estrangeiros e com nossos próprios cidadãos, contraídas em momento de perigo iminente para a preservação de nossa existência política? Pois eles continuam sem qualquer provisão satisfatória para seu atendimento. Presentimos que continuam em mãos de potência estrangeira territórios valiosos e postos importantes, que, de acordo com estipulações expressas, de há muito deveriam ter sido devolvidos? Pois eles ainda não o foram, com prejuízo de nossos interesses, não menos do que de nossos direitos. Estamos em condições de ofender-nos e repelir a agressão? Não temos tropa nem governo (HAMILTON, 1984, p. 180).

Como se observa, o dilema presente nas reflexões dos autores do modelo federativo estava em conciliar eficiência e liberdade, pois, sob a vigência dos Artigos da Confederação, o governo central tinha sido ineficiente em dois grandes aspectos, como ressalta Ellis Katz (1983, p. 98):

- a) incapacidade de manutenção de uma economia nacional estável, em razão dos fracassos na regulamentação do comércio interestadual e na formação de reservas para suprir o desenvolvimento da infra-estrutura econômica;
- b) instabilidade das políticas estaduais, que freqüentemente ameaçavam direitos individuais, especialmente o de propriedade.

Assim, o governo eficiente teria duas dimensões: pôr fim às disputas econômicas entre os estados e garantir estabilidade nas relações jurídicas, criando um clima de confiança, de forma a resguardar os direitos de propriedade, ensejando o crescimento econômico.

O dilema estava exatamente em promover essa eficiência sem destruir a liberdade de autogoverno dos estados. Essas duas metas, eficiência e autogoverno, exigiam o delicado balanceamento entre poder federal e estadual. A solução para o dilema foi legal e política. Foi legal na medida em que seus termos foram escritos e oponíveis às partes. E foi política porque as partes deveriam estar providas dos meios que lhes assegurassem que os termos da negociação seriam respeitados. Assim, a Constituição Americana prevê um sistema de múltiplas e superpostas esferas políticas, seja entre Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), seja entre as áreas federal e estadual⁹⁴.

O novo modelo federativo apresentado possuía uma proposta inédita, fundada em uma soberania compartilhada, garantida pela constituição. Distingua-se tanto do modelo confederativo, em que o fundamento de legitimidade está nas nações que o compõem, quanto do modelo unitário, em que o governo central é superior aos governos locais.

Finalmente, em 25 de maio de 1787, o Congresso dos Delegados dos Estados (exceto o de Rhode Island) reuniu-se em Filadélfia, sob a presidência de George Washington, delegado da Virgínia, e em 17 de setembro do mesmo ano foi adotada a Constituição Federal da República Americana. Constituiu-se, assim, pela primeira vez na teoria política moderna, uma forma de organização política em que o princípio da independência deveria conviver com o da interdependência entre as esferas de poder.

Como se observa dessa breve retrospectiva histórica, o sistema federativo surgido nos Estados Unidos da América visou a resguardar a autonomia dos

⁹⁴ Conforme relata Ellis Katz (1983, p. 99):
“Da mesma maneira que a separação de poderes entre Presidente e Congresso não implica completa autonomia e independência, a separação entre governos federal e estaduais não sugere que um possa atuar sem o outro. Realmente, alguma especialização e independência de ação é subentendida, mas geralmente, ambos devem operar de maneira coordenada, a fim de governar eficientemente. Sem um mínimo de mútua dependência, ‘freios e contrapesos’ seriam impossíveis”.

estados, de forma que eles não fossem apenas um conjunto de instâncias subordinadas ao poder central. Os estados constituíram-se como unidades administrativas que tinham um papel determinante na implementação, independente e autônoma, de políticas resguardadas pela constituição.

Ademais, da leitura da própria Constituição Americana, artigo I, seção VIII, verifica-se que seus elaboradores esperavam que os estados membros fossem os principais agentes criadores das ações estatais no sistema federal (CORWIN, 1986, p. 368). Os poderes do governo federal são comparativamente reduzidos em número e seus temas relacionam-se principalmente com matéria de cunho diplomático, militar e assuntos econômicos nacionais. As políticas públicas fundamentais aos indivíduos permaneceram com os estados, os quais deveriam implementá-las conforme as peculiaridades locais.

As idéias da independência americana e as concepções jurídicas estruturantes do novo estado tiveram grande repercussão nas colônias espanholas na América, fomentando suas lutas por independência. O caso brasileiro, contudo, foi distinto, pois a independência do Brasil foi proclamada por um imperador e a primeira Constituição, de 1824, era de regime monárquico, com Estado unitário. Assim, o surgimento do federalismo no Brasil tem razões e circunstâncias distintas das do modelo norte-americano.

2.5 – O surgimento do federalismo brasileiro

A federação brasileira nasceu de uma forma totalmente diferente do federalismo norte-americano, tendo se implantado de forma oposta. Primeiro, porque partiu de um Estado centralizado e unitário para um modelo descentralizador de poder. É neste sentido que Rui Barbosa, comparando nossa realidade com a americana, afirmou: “Não somos uma federação de povos até ontem separados e reunidos de ontem para hoje. Pelo contrário, é da União que partimos. Na União nascemos” (BARBOSA, 1890, p. 146 *apud* TORRES, 1961, p. 22).

A segunda diferença refere-se às motivações que levaram à instalação de um sistema federal. A federação americana teve uma dupla motivação: a primeira, vinculada à necessidade de se unir para trazer segurança a todos (motivação hobbesiana), e a segunda, ligada à defesa do maior grau de autogoverno possível (preocupação madsoniana).

O federalismo brasileiro, entretanto, foi motivado apenas pelo sentimento de autonomia dos estados. A palavra federalismo possui no Brasil um sentido diverso do encontrado no vocabulário norte-americano. Federalismo entre nós quer dizer apego ao espírito de autonomia, nos Estados Unidos, associação de estados para defesa comum.

Um ponto importante, decorrente da diferença anterior, é que no Brasil o federalismo teve um sentido oposto também no que tange ao tema centralização-descentralização. Quando da criação da federação americana, havia treze ex-colônias soberanas, que optaram pelo sistema federativo para criar uma nova unidade, representado por um poder central (União), embora permanecesse a individualidade dos estados e se instituísem controles ao Governo Federal. Houve, nos EUA, portanto, um movimento centralizador. Aliás, esse movimento centralizador esteve igualmente presente no momento de fundação das mais importantes federações do mundo como, por exemplo, a alemã e a canadense.

Já no Brasil, o movimento foi inverso. Como bem nota Dalmo de Abreu Dallari (1986, p. 52):

(no Brasil) partiu-se da existência de uma unidade com poder centralizado e se distribuiu o poder político entre várias unidades, sem eliminar o poder central. Cada uma dessas unidades, que era apenas uma subdivisão administrativa chamada Província, recebeu uma parcela de poder político e a afirmação formal de sua individualidade, passando a denominar-se estado. Aqui portanto o movimento foi descentralizador⁹⁵.

⁹⁵ O caráter descentralizador presente na fundação da federação brasileira fincou raízes profundas no léxico político brasileiro, como percebeu Aspásia Camargo (1992, p. 8). Segundo ela, “o Brasil é o único país de tradição federativa em que o termo Federação, ainda hoje, se identifica com a descentralização, ao invés de significar como ocorreu nos EUA e nos demais, a organização da União”.

Todavia, convém salientar que a idéia de federação, enquanto sentimento federativo, esteve presente em nossa evolução política, desde as capitanias⁹⁶. Como afirma João Camilo de Oliveira Torres (1961, p. 42), desde o Império, existia, no Brasil, uma luta pela Federação que, depois de alguns debates, tornou-se idéia vencedora e incluída entre aquelas instituições da Carta constitucional que não admitem reforma ou abolição.

A consagração da federação deu-se, contudo, com a implantação da República, em 1889. Naquele ano, por ato do governo provisório, chefiado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, proclamou-se provisoriamente e decretou-se como forma de governo da nação a “República Federativa”, nos termos do Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889.

Dispunha o Decreto, em seu artigo 2º, que as Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, constituiriam os Estados Unidos do Brasil (art. 2º) e esclarecia que a República Federativa era “a forma de governo proclamada” (art. 7º). Como se vê, a federação brasileira não surgiu, propriamente, como um pacto entre as províncias, mas como ato da autoridade fundada na titularidade do poder armado.

Posteriormente, o Congresso Constituinte, que se reuniu para instituir um “regime livre e democrático”, como consta do preâmbulo da Constituição de 1891, organizou juridicamente a federação, fixando em seu artigo 1º a indissolubilidade do vínculo federativo⁹⁷, bem como a fixação das competências da União (art. 7º) e a discriminação de rendas (art. 9º a 12). O artigo 34 enumerou as competências privativas do Congresso Nacional, deixando o restante aos estados, com a possibilidade de intervenção federal (art. 6º).

Desta feita, embora o processo de formação do federalismo no Brasil tenha sido fruto de descentralização política do Estado unitário brasileiro à época do

⁹⁶ Conforme destaca Abrucio (2006, p. 95), seria muito difícil estruturar nossas bases nacionais sem a Federação:

“Desde seu nascimento, a federação brasileira teve dificuldades para responder adequadamente aos princípios dessa forma de organização político-territorial de poder. O Brasil é um país caracterizado por duas heterogeneidades constitutivas que justificam a forma federativa: a primeira advém da desigualdade regional e a segunda, da diversidade de formação das elites locais”.

⁹⁷ Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Império, culminou com uma organização de competências muito semelhante à matriz norte-americana. Pode-se afirmar que havia originalmente um federalismo dual, com esferas de competências estanques, enumeradas as da União e remanescentes as dos estados, de forma que a União abstinha-se de interferir nos assuntos estaduais⁹⁸.

Todavia, após a reforma à Constituição Federal de 1891, ocorrida em 1926, explicitou-se o conteúdo material dos princípios constitucionais da União, que os estados deveriam observar. Consta-se assim que o Estado brasileiro não vence a vocação centralista do poder político e, a partir de então, pode-se dizer que a expansão da autoridade federal não cessou mais.

A Constituição Federal de 1934 alargou a competência privativa da União, que deslocou algumas competências dos estados para a União, como foi o caso da competência para legislar sobre direito processual⁹⁹. Foi nesta Constituição que, pela primeira vez, se estabeleceu no Brasil uma esfera de competências legislativas concorrentes, na qual os estados poderiam legislar de forma complementar, conforme dispunham os artigos 5º, § 3º, e 7º, inciso III¹⁰⁰. A Constituição de 1934

⁹⁸ Neste sentido, Janice Helena Ferreri (1995, p. 28) esclarece que: “O federalismo que se instalara em 1891 era dualista, ou centrífugo, pois os Estados membros receberam vasta autonomia, possuindo ampla competência, excetuando-se as matérias que a União reservou para si na Constituição. A ação estatal precisava confinar-se à sua própria esfera, e concomitantemente, existiam as áreas exclusivamente deferidas aos Estados”.

⁹⁹ O federalismo dualista de 1891 não se restaurou posteriormente. Ao contrário, veio a conhecer seu ocaso na Constituição de 1934, que operou a recepção originária do federalismo contemporâneo, como bem destacou Raul Machado Horta (1958, p. 27).

¹⁰⁰ O texto da Constituição de 1934 estabelecia:
Art. 5º - Compete privativamente à União:

[...]

§ 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i, in fine, e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

Art. 7º - Compete privativamente aos Estados:

[...]

III - elaborar leis supletivas ou complementares da legislação federal, nos termos do art. 5º, § 3º;

estabeleceu também uma área de competência concorrente não legislativa, conforme dispunha seu artigo 10.

O novo federalismo de 1934, contudo, teve seu funcionamento prejudicado, em razão da curta duração do texto constitucional, cujas diversas inovações sequer foram implementadas. As constituições posteriores mantiveram a técnica de combinar competências enumeradas, remanescentes e concorrentes, em maior ou menor grau.

A Constituição de 1937, proveniente do golpe do “Estado Novo”, modificou a forma do Estado brasileiro, sendo inclusive denominado de “*interregno unitário de 1937*” (HORTA, 1958, p. 28). Apesar de o artigo 3º da Constituição fazer menção ao Estado brasileiro como um “Estado Federal”¹⁰¹, tal dispositivo era meramente formal. Na vigência da mencionada Constituição, o Decreto-Lei n.º 1.202, de 8 de abril de 1939, normatizou a conversão dos estados membros em coletividades territoriais descentralizadas, submetidas à permanente supervisão, controle e fiscalização do Presidente da República.

Com o fim da ditadura de 1937, a Constituição de 1946 restabeleceu a autonomia estadual e o federalismo cooperativo constantes da Constituição de 1934, porém não enfraqueceu a proeminência econômica da União, o que acabou por fragilizar o papel dos estados membros e dos municípios¹⁰².

Com o advento da Constituição Federal de 1967, em decorrência do regime militar de 1964, houve uma ênfase ainda maior na concentração de poderes nas mãos da União. Apesar de o texto ter mantido o federalismo cooperativo,

¹⁰¹ O artigo 3º da Constituição Federal de 1937 estabelecia:
Art. 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

¹⁰² A esse respeito Horta destaca que:
“A partir de 1937, os órgãos governamentais centrais passaram a ocupar o espaço deixado pelo retraimento dos Estados membros e, por isso, toda tarefa nova que surgisse correspondia a um acréscimo na órbita das dilatadas atribuições do Governo central. Esse processo acumulativo agiganta a administração governamental central, contribuindo para manter vivo contraste entre as dimensões da primeira e a modera inferioridade das administrações estaduais.
A Constituição de 1946, elaborada por constituintes que, na sua maioria, provinham dos quadros governamentais do Estado Novo, não tocou naquela estrutura e, afinal, a incorporou ao Governo Federal.
Pode-se incluir essa assimilação federal de máquina administrativa unitária entre as causas determinantes da atual hipertrofia da administração federal” (HORTA, 1958, p. 29).

expandiram-se os poderes da União e, com a versão conferida pela Emenda Constitucional n.º 1/69, restou comprometida a autonomia dos estados membros¹⁰³. O resultado desse processo foi o descumprimento dos princípios da autonomia política, da cooperação e subsidiariedade, bem como da participação federativa¹⁰⁴.

Verifica-se, assim, na evolução do modelo federativo brasileiro, o predomínio da tendência centralizadora, em escala muito superior àquela ocorrida em países de longa tradição federativa, como os Estados Unidos da América. Foi neste contexto que o constituinte de 1988 teve de trabalhar, de forma a reverter o movimento de excessiva concentração da União, em detrimento dos estados e municípios. Essa tendência centralizadora é certamente a grande responsável pela concentração da defesa da concorrência na alçada do governo federal, até a vigência da Constituição Federal de 1988.

2.6 – A Federação na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 adotou o modelo federativo expressamente em seu artigo 1º, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal. Esse dispositivo é reforçado pelo artigo 18, que estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos.

¹⁰³ Sobre esse tema Grotti (1995, p. 32) destaca:
“Observa-se que a estrutura federativa na Carta de 1967, com a redação dada pela EC/1/69, concedeu à União uma preeminência indiscutível no regime de relações entre o poder federal e os poderes estaduais. Essa fase resultou no fortalecimento da União, em prejuízo das unidades federadas e dos municípios, que, cada vez mais, viam desaparecer suas prerrogativas constitucionais, embora formalmente se mantivesse a forma federativa de Estado”.

¹⁰⁴ Como destaca Abrucio (2006, p. 96):
“Autonomia significou, no mais das vezes, descentralização irresponsável e anti-republicana, uma vez que a independência dos estados foi descolada de sua responsabilidade ou capacidade de controlar os demais entes e que o republicanismo foi suplantado por forma patrimoniais e/ou pela ausência de controle público dos governantes locais. Já a interdependência revelou-se quase sempre uma imposição centralizadora e, por diversas vezes, autoritária de uma força maior e praticamente acima do pacto federativo: governo federal”.

Não se pode negar que a Constituição de 1988 restaurou, em grande medida, o federalismo no Brasil, estabelecendo substanciais modificações no modelo federativo anterior. A clássica distribuição de poderes enumerados à União e de poderes reservados aos estados foi modificada, de forma a admitir a legislação complementar dos estados. Isso ampliou os poderes legislativos estaduais e, subsidiariamente, os poderes legislativos municipais¹⁰⁵.

Na medida em que garantiu aos estados uma esfera de competências legislativas concorrentes, em que lhes é facultado disciplinar diversas matérias que antes escapavam de seu âmbito legislativo, houve uma ampliação de incentivos à criatividade. O mesmo ocorreu no estabelecimento de competências comuns, em que a cooperação de todos os integrantes da federação é que viabiliza o alcance das metas constitucionalmente definidas.

Não se pode esquecer também que a Constituição Federal de 1988 teve como uma de suas principais fontes inspiradoras a Constituição Alemã de 1949, na medida em que adotou a técnica de distribuição de competências, juntamente com a possibilidade de delegações em áreas comuns e atuações paralelas da União, estados, Distrito Federal e municípios¹⁰⁶.

Nesse aspecto Raul Machado Horta (1993, p. 10) destaca que a Constituição Federal de 1988 introduziu o federalismo brasileiro no grupo integrado pelo federalismo alemão, austríaco, canadense e indiano. Assim, a Constituição Federal de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando

¹⁰⁵ Essa visão, contudo, é polêmica, como se observa em Celso Ribeiro (2002, p. 487):
“O Estado brasileiro na nova Constituição ganha níveis de centralização superiores à maioria dos Estados que se consideram unitários e que, pela via de uma descentralização por regiões ou por províncias, consegue um nível de transferência das competências tanto legislativas quanto de execução muito superior àquele alcançado pelo Estado brasileiro”.

¹⁰⁶ Nesse sentido, observa Fernanda Dias Menezes de Almeida (2005, p. 76-77) que:
“[...] o sistema de partilha de competências, como um todo, mais se aproxima do sistema alemão, com a previsão das competências legislativas e não legislativas da União em artigos distintos; com a separação, também, das competências comuns legislativas e não legislativas; com a previsão de delegação de competências legislativas da União aos Estados pelo legislador federal; com a repartição vertical da competência legislativa concorrente, cabendo as normas gerais à União e a legislação suplementar aos Estados”.

reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.

No campo legislativo, a competência conferida a cada ente da federação pode ser definida como competência legislativa privativa ou concorrente. No campo material, ou de execução de atividades administrativas, a competência pode ser privativa ou comum. Diz-se que a competência é comum quando a mesma matéria pode ser tratada indistintamente pelos diversos entes da federação.

Seguindo a lição de Raul Machado Horta (1993), podem-se distribuir as competências federativas da Constituição de 1988 em seis planos, da seguinte forma¹⁰⁷:

- a) Competência material privativa da União (art. 21);
- b) Competência legislativa privativa da União (art. 22);
- c) Competência material comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 23);
- d) Competência legislativa concorrente da União, dos estados, do Distrito Federal (art. 24)¹⁰⁸;
- e) Competência reservada aos estados (art. 25);
- f) Competência material e legislativa do município (art. 30).

Em que pese a análise da repartição de competências ater-se, em regra, à partilha entre União e estados, no caso brasileiro, o município também passou a integrar a federação. Por fim, não se pode esquecer que a Constituição Federal de 1988 fez constar também o Distrito Federal como ente federado (arts. 1º e 18), tendo o artigo 32, § 1º, atribuído ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos estados e aos municípios.

¹⁰⁷ Convém destacar que a Constituição Federal de 1988 também relaciona a competência tributária (artigos 145 e seguintes – Título VI, capítulo I), a qual possui arranjo distinto, que não será apreciado por não se relacionar ao tema objeto deste estudo.

¹⁰⁸ Almeida (2005, p.75) entende que: “no artigo 24 figura a competência legislativa concorrente mediante a qual União, Estados e Distrito Federal podem legislar sobre as matérias que o dispositivo arrola, observado o disposto em seus quatro parágrafos. Embora o artigo 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente, não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta a competência dos Municípios de suplementar a legislação federal e estadual no que couber”.

Pelo que se observa, a Constituição brasileira de 1988 optou por um modelo federativo estruturado na repartição de competências horizontal e vertical (HORTA, 1995, p. 363-367). Mediante a primeira, distribuíram-se competências privativas, materiais e legislativas entre a União, os estados e os municípios, com base na técnica de enumerar as competências da União e dos municípios, reservando aos estados a competência remanescente.

Na repartição vertical, foram atribuídas competências materiais comuns a todos os entes, e legislativas concorrentes para a União e os estados. No que concerne à repartição vertical de competência legislativa, a técnica adotada foi limitada, restringindo à União a edição de normas gerais, aos estados as normas complementares e aos municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

No primeiro plano de repartição de competências, relativo à competência material privativa da União (art. 21), consta um rol amplo de 25 incisos, os quais demonstram as múltiplas dimensões dos poderes do governo federal e a diversidade de matérias que dependem de seu impulso.

Extenso também é o rol de competências legislativas privativas da União (art. 22), que forma o segundo plano da repartição de competências, contando mais de 29 incisos. A peculiaridade do caso brasileiro nesta seara diz respeito à possibilidade de lei complementar autorizar os estados a legislar sobre questões específicas relacionadas à competência privativa da União, conforme disposto no parágrafo único deste artigo¹⁰⁹.

O terceiro plano de repartição de competências da Constituição de 1988 refere-se à competência material comum, que passou a abranger também os municípios (artigo 23). O rol de competências constantes do artigo 23 lista, em seus 12 incisos, obrigações e deveres dos entes federados, que constituem objeto de

¹⁰⁹

Comentando o mencionado dispositivo Horta destaca: “A técnica da transferência legislativa entre a União e os Estados inspira-se em regra da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que autoriza a passagem de matéria da legislação exclusiva da Federação para ser objeto ulterior de legislação estadual, havendo permissão em lei federal. A efetiva adoção desse procedimento representará saudável prática de descentralização legislativa e caracterizará o amadurecimento do federalismo brasileiro” (HORTA, 1993, p. 15).

preocupação comum dos diferentes níveis de governo, conforme suas peculiaridades¹¹⁰.

No quarto plano, encontra-se o rol de competências legislativas concorrentes, distribuído em 26 incisos que prevêm a competência de a União, de os estados e de o Distrito Federal legislarem conjuntamente, em temas considerados relevantes face às peculiaridades dos estados membros, de forma que a União elabore normas gerais e os estados, normas específicas¹¹¹. Tais competências buscam adaptar a legislação federal às realidades locais, diante da diversidade econômica, cultural e social existente em um país de dimensões continentais como o Brasil¹¹².

Pode-se dizer que a competência concorrente estabelece um ordenamento jurídico misto no seio do Estado Federal, na medida em que há participação dos titulares de ordenamentos jurídicos distintos, sendo os da União com normas gerais e os dos estados com normas específicas.

Um quinto plano de repartição de competências refere-se à atribuição dos estados, tanto de organizarem-se autonomamente, como de exercerem seus poderes reservados e não vedados, conforme estabelece o artigo 25 e seu § 1º.

No que concerne às competências dos municípios, o sexto plano, destaca-se que uma parte delas foi enumerada (artigo 30, incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX) e outra parte decorre do conceito chave de interesse local envolvido na matéria (artigo

¹¹⁰ Fernanda Almeida (2005, p. 75):
“No artigo 23 são previstas tarefas cujo cumprimento a todos deve incumbir, por isso que voltadas à defesa de valores que, sem concurso da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o constituinte entendeu que não poderiam ser adequadamente preservados”.

¹¹¹ Fernanda Almeida (2005, p. 141) entende que:
“de fato, a competência concorrente não cumulativa, que na Constituição de 1946 compreendia seis casos, foi ampliada para sete na primeira versão da Constituição de 1967, passando para nove depois da Emenda nº 01/69. Essa tendência agora se acentua enormemente: na órbita dessa competência se incluem mais de trinta temas discriminados nos dezesseis incisos do artigo 24, sem contar os que se encontram deslocados em outros dispositivos da Constituição”.

¹¹² Comentando a competência concorrente, Horta destaca que:
“A lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a afeiçoá-la às peculiaridades locais. É manifesta a importância desse tipo de legislação em uma federação continental como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exportadores e Estados consumidores” (HORTA, 1993, p. 18).

30, inciso I). Desta forma, ao estabelecer suas competências e incluindo expressamente os municípios como entes federados (artigos 1º e 18), a Constituição Federal de 1988 tornou completa a autonomia municipal.

Constata-se da análise da distribuição de competências estabelecidas pelo novo texto constitucional que se buscou superar o federalismo de forte cunho hegemônico nas mãos da União, desenvolvido no Brasil, em especial com a Constituição Federal de 1967 e suas emendas constitucionais.

Esse abrandamento hegemônico permitiu que fosse alcançado um federalismo de equilíbrio, de forma a atingir-se maior descentralização e o efetivo respeito da diversidade na unidade, de forma a solucionar, ao menos em parte, alguns problemas políticos importantes nos estados modernos, especialmente no Brasil, como: a legitimação social, a intensificação do Estado de direito, o respeito e favorecimento à diversidade cultural e social e o fortalecimento da concorrência política¹¹³.

Reconstruídas as bases de estruturação do federalismo brasileiro, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988, faz-se necessário adentrar no tema das competências comum e concorrente, especialmente no que concerne ao direito econômico, enquanto ramo do direito em que está inserida a defesa da concorrência, a fim de identificar sua natureza federativa e a pertinência de sua descentralização.

2.7 - Das competências comuns e concorrentes

A reestruturação do sistema federativo brasileiro, nos moldes da Constituição Federal de 1988, distribuiu competências exclusivas entre os diversos entes federativos, bem como demarcou também competências exercitáveis em parceria. Tais competências, exercíveis por mais de um ente político, denominam-se tradicionalmente competências concorrentes, em que pese a competência material do artigo 23 ser geralmente designada de competência comum. Para todos os

¹¹³ Sobre esses problemas políticos, ver tópico 2.3 desta dissertação.

efeitos, tanto as competências do artigo 23, como as do artigo 24, tratam de concorrência de atuação federada¹¹⁴. Segundo Almeida (2005, p. 130), “o que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados”.

Ademais, o cumprimento das atribuições estabelecidas no artigo 23, por parte dos entes federados, não poderá se concretizar sem a existência de leis dispendo sobre a matéria. Tais leis, por sua vez, encontram-se em regra no campo da competência concorrente constante do artigo 24 da Constituição Federal, conforme se observa nos seguintes dispositivos:

Art. 23, II	Saúde e assistência pública	Art. 24, XII	Previdência social, proteção e defesa da saúde
Art. 23, II	Proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência	Art. 24, XIV	Proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência
Art. 23, III	Proteger documentos, obras e outros bens de valor histórico	Art. 24, VII	Proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico
Art. 23, II	Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência	Art. 24, IX	Educação, cultura, ensino e desporto
Art. 23, VI	Proteger o meio ambiente e combater a poluição	Art. 24, VI	Proteção ao meio ambiente e controle da poluição

Vê-se assim que os casos de competência comum, em regra, terão por fundamento legislação editada concorrentemente entre os diversos entes federados, de forma coordenada e em regime de cooperação. Dessa forma, mesmo a Lei

¹¹⁴ Neste trabalho, contudo, manter-se-á a distinção entre competência comum e concorrente apenas para facilitar a distinção entre as competências materiais do artigo 23 e as competências legislativas previstas no artigo 24 da Constituição Federal de 1988.

Complementar mencionada no parágrafo único, do artigo 23¹¹⁵ não poderia retirar da União o poder de editar normas gerais no campo das competências materiais comuns, especialmente aquelas previstas no artigo 24 da Constituição.

Já no que concerne às competências concorrentes, faz-se a distinção entre competências concorrentes primárias e secundárias¹¹⁶, sendo relevantes para este trabalho as competências concorrentes primárias, em especial as não cumulativas, previstas no artigo 24 da Constituição. As competências concorrentes primárias podem ser divididas em cumulativas e não cumulativas. As primeiras correspondem àqueles casos decorrentes de eventual delegação de competências legislativas previstas no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal¹¹⁷, uma vez que o artigo 22 trata das competências legislativas privativas da União. Já as competências primárias não cumulativas são aquelas previstas no artigo 24, as quais deverão ser conciliadas com o artigo 30, inciso II, da Constituição.

Quanto ao rol de competências previstas no artigo 24, convém destacar que algumas já constavam do rol de competências não cumulativas da Constituição anterior, como destaca Fernanda Almeida (2005, p. 142). Novas competências, porém, anteriormente não relacionadas, foram trazidas diretamente à esfera da competência concorrente, como o direito econômico, urbanístico, responsabilidade por dano ao consumidor, ao meio-ambiente, dentre outros.

Convém destacar que o artigo 22 também prevê hipóteses de competência concorrente, como é o caso do inciso XXVII, que trata de normas gerais de licitações e contratos, além de outros dispositivos constitucionais. O que necessita ser destacado é que, nos termos do § 1º do artigo 24, a União limitar-se-á a estabelecer apenas normas gerais, sobre os mencionados temas, sendo que tal competência não exclui a competência suplementar dos estados, como se pode ver:

¹¹⁵ CF/88: Art. 23, parágrafo único: Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

¹¹⁶ Podem-se identificar no texto constitucional de 1988 competências legislativas concorrentes que chamaríamos de primárias, por encontrarem assento na própria Constituição, e competências legislativas secundárias, não previstas de modo expresse na Constituição, mas decorrentes da necessidade de atuar competências materiais comuns (ALMEIDA, F., 2005, p. 140).

¹¹⁷ CF/88 – Art. 22, parágrafo único: Lei complementar poderá autorizar os estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. (Grifo nosso).

Neste sentido, a Constituição de 1988 traçou a repartição de competência concorrente de forma que à União compete editar normas gerais e aos estados membros, as normas específicas nas matérias comuns. Desta maneira, abre-se aos estados membros um grande campo para a legislação específica, delimitado pelos princípios e pressupostos das normas gerais. Essas, por sua vez, além de uma faculdade encerram uma limitação, pois não podem ser exaustivas. De acordo com Lobo (1989):

As normas gerais estabelecem princípios fundamentais. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados-Membros. Estão contidas pela finalidade de coordenação e uniformização. Transpostos esses limites, as normas gerais são inconstitucionais (LOBO, 1989, p. 98).

Quanto ao significado de normas gerais, leciona Moreira Neto (1988, p. 159):

Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que

possam ser aplicadas direta e indiretamente, às relações e situações concretas a que se destinam em seus respectivos âmbitos políticos.

Pelo exposto, não pode a legislação da União suprimir a competência complementar dos estados, sob pena de inconstitucionalidade. É bom destacar que cabe ao Supremo Tribunal Federal, na condição de árbitro constitucional do federalismo, a interpretação construtiva que delimitará a abrangência normativa de cada ente da federação.

2.8 – A defesa da concorrência e a competência concorrente

Como exposto, o direito econômico encontra-se no rol de matérias de competência concorrente da União e dos estados, nos termos do artigo 24, inciso I, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988. Assim, há nessa seara espaço de atuação legislativa dos estados membros, como efetivamente tem ocorrido em muitos casos.

Nesse sentido, convém citar decisão do STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1950/SP¹¹⁸, proferida em novembro de 2005, em que o Plenário do Tribunal julgou improcedente a ação que questionava a Lei Paulista n.º 7.844/92, que autorizava o pagamento de meia-entrada aos estudantes em eventos esportivos, culturais e de lazer.

O Tribunal afastou, inicialmente, a existência de inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, sob o fundamento de que assim como a União pode intervir na economia, os estados membros e o Distrito Federal também detêm competência concorrente para legislar sobre direito econômico.

Diante da possibilidade de legislar complementarmente sobre direito econômico, os estados poderão, observadas as normas gerais da União, desenvolver toda uma legislação específica, de forma a melhor equacionar

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1950/SP, Relator Ministro Eros Roberto Grau, publicada no Diário de Justiça n.º 218, de 14/11/2005.

problemas econômicos, que se projetam com intensidade distinta nos diferentes entes federados, de forma a receber tratamento particular, em atenção às peculiaridades estaduais.

Neste sentido, Lobo destaca:

Os Estados-Membros poderão editar legislações específicas, inclusive Códigos, observadas as normas gerais (a exemplo das “leis fundamentais” de outras federações), sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico, urbanístico, processual de pequenas causas e previdenciário (LOBO, 1989, p. 100).

Evidentemente, a defesa da concorrência encontra-se inserida no âmbito do direito econômico (artigo 173, § 4º, CF/88), razão pela qual a competência legislativa a ela inerente também possui natureza concorrente¹¹⁹. Assim, no que concerne à defesa da concorrência, duas observações precisam ser feitas em relação ao modelo federativo brasileiro. Primeiro, torna-se fundamental a identificação das normas gerais constantes da Lei Federal n.º 8.884/94, de forma a resguardar a uniformização necessária à garantia da segurança jurídica do jurisdicionado, sem cercear aquilo que seja peculiar às unidades federadas, permitindo que os estados também possam estabelecer leis em matéria concorrencial.

Em segundo lugar, na discussão do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 sobre a nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, deve-se incorporar a participação dos demais entes federados.

Quanto à participação conjunta dos entes federados na implementação de políticas públicas, há que se destacar que o tema não é novo ao legislador pátrio, pois diversas leis federais que tratam de competências comum e concorrente já incorporaram-na, como é o caso da saúde¹²⁰, cuja Lei n.º 8.080/90, também

¹¹⁹ Sobre a caracterização da defesa da concorrência como ramo do direito econômico, ver tópico 1.5 desta dissertação.

¹²⁰ Artigo 24, inciso XII da Constituição Federal de 1988.

conhecida como Lei Orgânica da Saúde, prevê a atuação conjunta dos entes federados, disciplinando inclusive de forma detalhada a competência de cada ente federado no Sistema Único de Saúde, conforme dispõem seus artigos 16, 17 e 18.

É bom recordar que na própria Secretaria de Direito Econômico – SDE – a atuação conjunta com os demais entes federados é uma realidade exigida pelo artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC – daquela Secretaria já atua juntamente com outros órgãos federados de defesa do consumidor¹²¹.

Neste sentido, pode-se afirmar que a Lei de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) atendeu melhor aos preceitos constitucionais constantes do artigo 24, §§ 1º e 2º, ao estabelecer em seu artigo 105 que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) é integrado pelos órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor:

Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Importa destacar que o próprio *site* do Ministério da Justiça, na página do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ressalta a relevância da ação conjugada das entidades dos diversos entes federados na defesa do consumidor, tratando explicitamente da competência concorrente e da ausência de hierarquia entre tais entes¹²²:

O Código de Defesa do Consumidor - CDC prevê a participação de diversos órgãos públicos e entidades privadas, bem como o incremento de vários institutos como instrumentos para a realização da Política de Consumo. Quis o Código que o esforço fosse nacional, integrando os mais diversos

¹²¹ Deve-se destacar que a defesa do consumidor também constitui matéria de competência concorrente, a teor do artigo 24, inciso V, da Constituição.

¹²² Ministério da Justiça, página do Departamento de Proteção do Consumidor. Disponível em < <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJF1FE712CITEMID1A043C3025C44DC6A708013D00747459PTBRIE.htm> >. Acessado em 09/04/2006.

segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

Conforme o CDC, integram o SNDC a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor. O DPDC é o organismo de coordenação da política do SNDC e tem como atribuições principais coordenar a política e ações do SNDC, bem como atuar concretamente naqueles casos de relevância nacional e nos assuntos de maior interesse para a classe consumidora, além de desenvolver ações voltadas ao aperfeiçoamento do sistema, à educação para o consumo e para melhor informação e orientação dos consumidores.

Os PROCONs são órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, criados, na forma da lei, especificamente para este fim, com competências, no âmbito de sua jurisdição, para exercitar as atividades contidas no CDC e no Decreto nº 2.181/97, visando garantir os direitos dos consumidores. Verifica-se, dessa forma, que as competências são concorrentes entre União, Estados e Municípios no que se refere aos direitos dos consumidores, não havendo, portanto, relação hierárquica entre o DPDC e os PROCONs ou entre PROCONs. Os PROCONs são, portanto, os órgãos oficiais locais, que atuam junto a comunidade, prestando atendimento direto aos consumidores, tendo, desta forma, papel fundamental na atuação do SNDC. Outro importante aspecto da atuação dos PROCONs diz respeito ao papel de elaboração, coordenação e execução da política local de defesa do consumidor, concluindo as atribuições de orientar e educar os consumidores, dentre outras.

Em nível estadual tem-se 27 PROCONs no total, um para cada Unidade da Federação. Conforme mencionado, os PROCONs estaduais têm, no âmbito de sua jurisdição competência para planejar, coordenar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, assim para o melhor funcionamento dos sistema estadual de defesa do consumidor, faz-se necessário que exista um estreito relacionamento entre os PROCONs Municipais e o Estadual, bem como entre os próprios órgãos municipais.

Outros dois atores merecem destaque pela sua importante atuação na defesa dos direitos dos consumidores: os Ministérios Públicos e as Entidades Organizadas da Sociedade Civil. (grifo nosso).

Como se vê, a estrutura do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor adequou-se ao espírito federativo constante de nossa Constituição, ao contrário do que se verifica no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constante da Lei n.º 8.884/94 e na própria proposta de reestruturação do sistema, constante do Projeto de Lei n.º 5.877/2005, que nada previram para estados e municípios. Ademais, o projeto em comento é ainda mais restritivo, pois propõe restringir à Justiça Federal o processamento e julgamento dos crimes contra a ordem econômica, nos termos de seu artigo 121, que acresce o novo artigo 16-A à Lei n.º 8.137/90.

Constata-se, assim, que as regras relativas à defesa da concorrência, editadas após a Constituição de 1988, não poderiam limitar tal política pública à atuação exclusiva da União. A estrutura federativa adotada pelo novo texto constitucional incluiu o direito econômico no rol de competências concorrentes, de forma que os demais entes federados também pudessem legislar sobre essa matéria naquilo que lhes fosse específico. O cumprimento a esse preceito federativo, em regra, tem-se realizado pelas leis federais que dispõem sobre as demais políticas públicas de competência legislativa concorrente, como é o caso da defesa do consumidor (art. 24, V), da saúde (art. 24, XII), educação (art. 24, IX), entre outras, mas não tem sido devidamente respeitado na defesa da concorrência.

Mas não é apenas em razão da atual estrutura federativa estabelecida pela Constituição Federal de 1988 que se torna necessária a descentralização da defesa da concorrência no Brasil. Há também razões de caráter sócio-político que recomendam tal descentralização, especialmente aquelas voltadas à ampliação de sua difusão social da política pública.

CAPÍTULO III

DESCENTRALIZAR A DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FORMA DE AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA POLÍTICA PÚBLICA

Identificados os elementos constitutivos do Estado Federal e a estrutura do federalismo brasileiro, constata-se que a legislação de defesa da concorrência existente no Brasil não se adequou às mudanças federativas ocorridas no Brasil com o advento da Constituição de 1988, na medida em que manteve essa política pública centralizada na esfera privativa da União, sem qualquer participação dos demais entes federados. Seria de se esperar que o legislador pátrio previsse, ao menos em alguma medida, a participação de estados e municípios na defesa da concorrência, considerando sua inserção no âmbito do direito econômico, cujo escopo legislativo é de natureza concorrente.

Todavia, além dos fundamentos jurídico-constitucionais há também fundamentos sócio-políticos que recomendam a descentralização da defesa da concorrência, na medida em que pode viabilizar a ampliação social do alcance dessa política pública. Para isso, faz-se necessário compreender como a descentralização de uma política pública pode favorecer o processo de participação social, resguardando mecanismos para evitar sua desorganização e a cooptação dos agentes locais.

3.1 - A participação social na democracia moderna

Democracia é uma palavra de origem grega que significa poder do povo (*demos*, povo; *kratos*, poder). Todavia, poder do povo não equivale a poder pelo povo, pois em um governo democrático pode estar no poder uma só pessoa – como nos regimes presidenciais existentes nos Estados Unidos da América e no Brasil, ou mesmo na monarquia inglesa. A condição democrática é que o povo tenha controle sobre o governante. Essa distinção é importante, pois em Atenas, grande referência

de democracia na Antiguidade, o povo exercia o poder diretamente na praça pública, a *Ágora*¹²³.

Assim, em Atenas e nas outras cidades consideradas democráticas da Grécia não havia assembleia representativa. Todos os homens adultos poderiam tomar parte nas decisões políticas. Essa é a grande diferença entre a democracia antiga e a moderna, pois nos dias atuais o povo elege quem governará por ele, mesmo em pequenas localidades.

Passados mais de dois mil anos desde o fim da democracia ateniense, o retorno do regime democrático deu-se somente em fins do século 18, de forma distinta do passado. As democracias diretas da Grécia foram substituídas por democracias representativas, com uma novidade importante, o controle do poder do governante¹²⁴. Contudo, a participação social nos países considerados democráticos, até o final do século XIX, reduzia-se à representação por meio de partidos políticos. A representação era a forma de participação política conhecida, sempre controlada pelas oligarquias políticas. As manifestações populares de caráter político eram reprimidas e consideradas não legítimas, uma vez que o voto era o único instrumento legitimador da restrita participação via representação.

A partir de estudos de Carl Schmitt, Chantal Mouffe (1994) destaca que a democracia representativa, ao contrário do que se afirmava, “não foi instituída por razões de práticas de dimensões que teriam tornado impossível o exercício da democracia direta”, uma vez que esse entendimento é próprio do liberalismo e não do pensamento democrático. De acordo com Mouffe (1994, p. 88), “A *ratio* do

¹²³ Deve-se fazer uma ressalva à democracia ateniense, cujo apogeu ocorreu durante o século 5 a.C.. Nela não era permitida a participação das mulheres, crianças, escravos e estrangeiros.

¹²⁴ Bobbio (1992, p. 323-324) destaca que essa nova concepção de democracia representativa foi se afirmando, através dos escritores liberais (Benjamin Constant, Tocqueville e John Stuart Mill). Para esses autores a única forma de democracia compatível com o estado liberal seria em um estado que reconhecesse e garantisse alguns direitos fundamentais, como os direitos de liberdade de pensamento, de religião, de imprensa, de reunião, etc. Nesse modelo de democracia, o dever de fazer leis diz respeito não a todo o povo reunido em assembleia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos, como se depreende do trecho a seguir:

“Nessa concepção liberal da Democracia, a participação do poder político, que sempre foi considerada o elemento caracterizante do regime democrático, é resolvida através de uma das muitas liberdades individuais que o cidadão reivindicou e conquistou contra o Estado absoluto. A participação é também redefinida como manifestação daquela liberdade particular que indo além do direito de exprimir a própria opinião, de reunir-se ou de associar-se para influir na política do país, compreende ainda o direito de eleger representantes para o Parlamento e de ser eleito”. (BOBBIO, 1992, p. 324).

sistema parlamentar não reside no âmbito do princípio democrático da identidade, mas no liberalismo, no qual se busca apreender a coerência enquanto sistema metafísico global”.

Todavia, essa conexão própria do liberalismo, entre seu universo intelectual e o princípio representativo, cai por terra com a democracia de massas do século XX que percebe o “caráter ilusório dos pretensos fundamentos intelectuais da democracia parlamentar” (MOUFFE, 1994, p. 89).

A complexidade das sociedades contemporâneas revelou que o sistema partidário constitui uma forma insuficiente de participação. Apesar de a representação continuar centralizada nos partidos políticos, a participação possui conotações mais amplas, não se limitando à representação partidária. O déficit de representatividade entre cidadãos e partidos políticos tem ensejado a busca de novas formas de exercício da democracia nos dias atuais.

A nova dimensão da democracia moderna está fundada na participação na esfera pública, que significa ativa participação não apenas nas atividades públicas, mas também nos aspectos éticos e políticos que asseguram um sentido de identidade, de comunidade. A participação está na ordem do dia devido ao descontentamento com a marginalização do povo dos assuntos que interessam a todos e que são decididos por poucos (BORDENAVE, 1995, p. 12).

A participação cidadã é uma das formas de se alcançar não apenas o princípio da igualdade, mas também o da liberdade dos sujeitos sociais para participarem das ações públicas, em decorrência da percepção do espaço público e da própria política como espaço dos cidadãos. Nuria Cunill Grau, resume bem essa dimensão da democracia moderna, como participação cidadã, na seguinte passagem:

A construção da cidadania, como entidade política, adquire assim um nível de especificação maior: não se resolve automaticamente no estabelecimento de oportunidades para a participação em deliberações democráticas e na tomada de decisões público-estatais, nem fica restrita a seu âmbito. Supõe, sim, um contexto institucional que realize o princípio da autonomia, permitindo, por sua vez, o exercício da cidadania em relação à subjetividade. A concretização das condições para a aplicação deste

princípio equivale ao estabelecimento das condições para a participação dos cidadãos nas decisões sobre questões que são importantes para eles (Held, 1993: 333), assim como para a expressão de novas formas de cidadania, que sem ter uma expressão direta na política são relevantes para sua ancoragem cultural (GRAU, N., 1998, p. 132-133).

Observa-se, assim, que a participação cidadã nas políticas públicas tornou-se uma das condições fundamentais para a caracterização da democracia na atualidade. Isso se deve a diversos fatores, dentre os quais se destaca a noção de que a participação é um meio fundamental para o estabelecimento de relações mais transparentes, na busca por uma cidadania ativa que assegure instrumentos para o questionamento permanente da ordem estabelecida. Esse questionamento, contudo, exige da sociedade civil atores sociais motivados, com participação ativa e representativa, sem dependência financeira ou administrativa do Estado.

Essas são condições estruturantes para o rompimento com práticas populistas e clientelistas que privatizam as políticas públicas em suas diversas acepções. A participação na gestão da coisa pública permite corrigir as limitações da democracia representativa e favorece o engajamento da sociedade civil na formulação de políticas públicas e no controle das ações governamentais¹²⁵.

Para isso, a quebra do distanciamento e a aproximação das instituições públicas do cidadão favorecem o contato entre ambos, de forma a permitir que os interesses e concepções político-sociais sejam levados em consideração no processo decisório. Essa aproximação também permite reduzir uma questão que afeta a participação social e política: a marcada divisão existente em nossa sociedade entre o setor oficial e o setor civil. Tradicionalmente supõe-se que o setor oficial é o iniciador e promotor do desenvolvimento, sendo o setor civil apenas seu beneficiário. Esta dicotomia tem tido como saldo a existência de um verdadeiro abismo entre os dois setores. De um lado estão os tecnocratas e burocratas que planejam, decidem e executam. Do outro lado, uma enorme massa de pessoas

¹²⁵ Com relação ao papel da sociedade civil no controle governamental e a relação estado e sociedade é bastante ilustrativo o seguinte trecho de Ana Maria Bejarano (1992, p. 66):

“Lo que conduce a la democracia es la existencia simultánea de una sociedad civil fuerte y un Estado fuerte, enfrentados el uno al otro, en una relación caracterizada por la tensión permanente, pero también por el mutuo control, la negociación y el acomodamiento permanentes”.

somente dedicadas a seus próprios interesses e negócios. A comunicação entre os dois setores é precária e não raramente conflitante, o que felizmente está mudando¹²⁶.

Com o aprimoramento dos canais de comunicação entre os indivíduos e as instituições, mais as questões públicas são compreendidas e mais sentido elas passam a ter no mundo da vida. É nesse sentido que se faz necessário ampliar os canais de comunicação entre os cidadãos e as políticas públicas, de forma a ampliar o jogo democrático.

Essa aproximação institucional torna-se especialmente importante nos dias atuais diante da degradação do espaço público por que passa a sociedade moderna. Nesse sentido, Zygmunt Bauman (1999, p. 19) realça a degradação dos espaços públicos antigamente existentes e de grande relevância para o debate e formação de opinião do cidadão. Esses espaços públicos mudaram para além do alcance da capacidade comunicativa da localidade e de seus habitantes.

Para Bauman (1999), na medida em que a distância física tornou-se um produto social, sua extensão varia conforme a velocidade com a qual pode ser vencida. Todos os demais fatores socialmente produzidos de manutenção de identidades coletivas, como fronteiras estatais ou barreiras culturais, são meros efeitos secundários dessa velocidade. Com o tempo de comunicação encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os seus delimitadores deixam de importar. Hoje, os meios de comunicação como televisão e internet suprimiram as distâncias e as informações circulam em tempo real.

¹²⁶ Ao analisar os processos de gestão democrática da coisa pública e a relação entre sociedade civil e Estado, Jacobi (2000, p. 12) ressalta:

“Na análise dos processos existentes destacam-se os condicionantes da cultura política, tanto do Brasil quanto do resto dos países da América Latina, marcados por tradições estatistas, centralizadoras, patrimonialistas e, logo, por relações clientelistas, meritocráticas e de interesses entre sociedade e Estado. Entretanto, esses condicionantes não têm sido necessariamente um fator impeditivo para o surgimento de diversas formas de participação dos setores populares, e embora muitas delas se enquadrem no contexto das tradições anteriormente descritas, outras o contradizem abertamente.

Ao identificarmos a participação cidadina como uma forma diferenciada da democracia representativa – a que passa por partidos políticos, eleições e integração formal dos governos (Merino; 1994) –, pensamos o tema a partir de sua dimensão cotidiana e de seu impacto societal. Entendemos que a participação pode assumir seu próprio fortalecimento e seu desenvolvimento autônomo. O que está efetivamente em pauta é o alcance da democratização do aparelho estatal, notadamente no que diz respeito à sua publicização. Em outras palavras, trata-se de pensar sobre a participação popular e sua relação com fortalecimento de práticas políticas e de constituição de direitos que transcendem os processos eleitorais e seus impactos frequentemente ambíguos e/ou contraditórios sobre a cidadania”.

A disponibilidade de meios de transporte mais rápidos desencadeou o processo tipicamente moderno de erosão e solapamento das totalidades sociais e culturais localmente arraigadas¹²⁷. Com o surgimento dos meios de comunicação de massa e seu papel desempenhado pelo transporte da informação, desenvolveram-se meios técnicos que permitiram à informação viajar independente dos seus portadores físicos. A separação dos movimentos da informação em relação aos movimentos dos seus portadores e objetos permitiu a diferenciação de suas velocidades. O movimento da informação ganhava velocidade em um ritmo muito maior do que a viagem dos corpos que se informavam, o que teve enorme impacto sobre a capacidade comunicativa da localidade¹²⁸.

Assim, ao contrário dos meios de transporte, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais, em vez de homogeneizar a condição humana, tende a polarizá-la. Com as distâncias não significando mais nada, as localidades separadas por distâncias também perderam significado, pois enquanto alguns podem mover-se para fora da localidade, quando quiserem, outros observam impotentes a única localidade que habitam movendo-se sob seus pés.

Os espaços públicos antigamente existentes para debate e formação de opinião também perderam território, mudando para bem além do alcance da capacidade comunicativa da localidade e de seus habitantes (BAUMAN, 1999, p. 31). O antigo papel dos líderes locais, de filtrar a opinião que chegava de fora,

127

Conforme destaca Bauman (1999, p. 20):
“A história moderna foi marcada pelo progresso constante dos meios de transporte. Os transportes e as viagens foram campos de mudança particularmente rápida e radical; como Schumpeter assinalou há muito tempo, o progresso aí não resultou apenas da multiplicação do número de diligências, mas da invenção e produção em massa de meios de transporte inteiramente novos – trens, automóveis e aviões. Foi antes de mais nada a disponibilidade de meios de viagens rápidos que desencadeou o processo tipicamente moderno de erosão e solapamento das ‘totalidades’ sociais e culturais localmente arraigadas; foi o processo captado pela primeira vez na famosa fórmula de Tönnies sobre a modernidade como passagem da *Gemeinschaft* [comunidade] para a *Gesellschaft* [associação]”.

128

Segundo Bauman (1999, p. 22):
“As chamadas ‘comunidades intimamente ligadas’ de outrora foram produzidas e mantidas como agora podemos ver, pela defasagem entre a comunicação quase instantânea dentro da pequena comunidade e a enormidade de tempo e despesas necessários para passar informação entre as localidades. Por outro lado, a atual fragilidade e curta duração das comunidades parece ser sobretudo resultado da redução ou completo desaparecimento daquela defasagem: a comunicação intracomunitária não leva vantagem sobre o intercâmbio entre comunidades, uma vez que ambos são instantâneos”.

encontra-se degradado. Não há mais espaço para a opinião local, nem para os líderes de opinião local.

Neste contexto é que se torna ainda mais relevante, na sociedade moderna, a aproximação das instituições públicas da sociedade civil local, contribuindo para o resgate do espaço público, de forma a limitar as alianças entre as elites burocráticas do Estado com as classes e setores dominantes da sociedade. Como destaca Juan Bordenave (1983, p. 12), a participação facilita o crescimento da consciência crítica da população, fortalece seu poder de reivindicação e a prepara para adquirir mais poder na sociedade.

Ela também exerce uma função educativa da maior importância, que consiste em preparar o povo para assumir o governo como algo próprio de sua soberania. Por meio da participação, a população aprende a transformar o Estado, de órgão superposto à sociedade e distante dela, em órgão dependente e próximo dela. Assim, a governabilidade democrática exige a construção e desenvolvimento, tanto por parte do Estado, como da sociedade, de identidades e capacidades para a ação política, bem como de responsabilidades para seu exercício.

Essa noção de governabilidade democrática pressupõe a rearticulação das relações entre Estado e sociedade, de forma a ampliar a esfera pública, a fim de que haja maior influência sobre o Estado por parte da sociedade. Busca-se, assim, não apenas limitar o Estado, mas também modificar as relações sociais em busca de uma maior auto-organização da sociedade. Essa também é a proposta de Jürgen Habermas, como destaca Nuria Cunill Grau (1998):

“O projeto habermasiano reivindica estas possibilidades. Sua proposta de um conceito normativo do público remete à criação de associações autônomas, não submetidas à pressão das decisões – informais – que possam levar à formação democrática de opinião e vontade políticas, através da geração e propagação de convicções práticas, de temas relevantes para toda a sociedade. A convicção básica é que, através do enriquecimento do debate público, no âmbito da sociedade, esta pode pressionar o Estado” (GRAU, C.(1998, p. 151).

3.2 – Contribuição de Jürgen Habermas para a teoria democrática

Dentre as modernas propostas de exercício de democracia, adquiriu especial relevância a construção teórica de Jürgen Habermas (1984). Habermas constrói o conceito de democracia por meio de uma dimensão procedimental, fundada no discurso e na deliberação. A legitimidade democrática pressupõe que o processo de tomada de decisão política ocorra após ampla discussão pública, na qual os participantes possam debater racionalmente a respeito dos diversos argumentos apresentados, para somente então decidir. Nesse sentido, o caráter deliberativo corresponde a um processo público e coletivo de ponderação e análise, permeado pelo discurso.

Para Habermas, democracia, direito e discurso estão ligados de forma íntima, sendo que a importância do direito encontra-se no seu potencial de institucionalização jurídica de procedimentos que assegurem os princípios formadores da teoria discursiva. Assim é que:

o conceito de institucionalização refere-se diretamente a um comportamento esperado do ponto de vista normativo, de tal modo que os membros de uma coletividade social sabem qual comportamento eles podem estimular, em que circunstâncias e quando (HABERMAS, 2003a, p. 221).

Ao mediar a relação entre democracia e discurso, o direito tem uma função essencial na ligação entre o mundo da vida e os sistemas. Para Habermas,

a força social e integradora da solidariedade que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social - dinheiro e o poder administrativo – através do *medium* do direito (HABERMAS, 2003b, p. 22).

Nesse modelo, a sociedade torna-se mais um espaço de discussão de questões públicas em que há argumentação e intercâmbio de opiniões e entendimentos entre seus membros. A deliberação é pública, argumentativa, inclusiva e livre de coerções. Todavia, para a formação de um espaço público democrático, faz-se necessário que ele possua autonomia em relação ao sistema político. Nesse sentido, Habermas destaca que o poder legítimo gerado comunicativamente pode atuar sobre o sistema político à medida em que acolhe em sua gestão o rol de fundamentos a partir do qual as decisões administrativas têm de ser racionalizadas. O problema, contudo, reside em tornar autônomo esse processo de formação de opinião e vontade. Para Habermas, “o poder comunicativo só pode gerar à medida que as decisões majoritárias satisfaçam àquilo que em sua época Fröbel chamou de condições, isto é, à medida que essas decisões se dêem de maneira discursiva” (HABERMAS, 1990, p. 109).

Partindo da premissa “habermasiana” de que a formação de um espaço público democrático exige uma relação de autonomia com o sistema político, somos confrontados por um novo desafio: conciliar as demandas por governança¹²⁹ com os ideais da cidadania, em busca de maior eficiência estatal.

Nadya Guimarães e Scott Martin (2001, p. 14) destacam que essa é a razão pela qual a noção de governança tornou-se uma referência central a inúmeras variantes da literatura especializada contemporânea, incluindo as relações entre o governo e a sociedade civil, com noções sobre “governança participativa” ou mesmo “governança através de políticas coordenadas em rede”¹³⁰.

A profusão de estudos contemporâneos relativos aos novos mecanismos de governança em diferentes esferas da vida social converge em alguns elementos de análise, dos quais se destaca a valorização de estruturas descentralizadas e participativas, que integram os que tomam as decisões, os que as implementam e os

¹²⁹ Guimarães; Martin (2001, p. 13) destacam o conceito de governança como sendo endereçado a capturar situações em que está em jogo a coordenação entre atores interdependentes, de forma a lidar com as questões da ação coletiva e da cooperação. Para os autores, “o conceito contém, por assim dizer, um pressuposto substantivo, qual seja, o de que a coordenação de um complexo de atividades, públicas e/ou privadas, se constitui no modo mais fácil de assegurar a execução com eficiência”.

¹³⁰ Sobre o tema, convém conferir o texto do Banco Mundial: “Governance: The World Bank Experience” (WORLD BANK, 1994).

que as acompanham em circuitos unificados por um processo de aprendizagem organizacionalmente dirigida (GUIMARÃES; MARTIN, 2001, p. 14).

O problema exige a criação de uma institucionalidade que torne a gestão pública mais permeável às demandas da sociedade, na medida em que a mera influência indireta da sociedade sobre o Estado não parece ser suficiente para a ampliação da esfera pública. É necessário criar mecanismos institucionais que retirem do Estado e dos agentes sociais privilegiados o monopólio da exclusividade na definição da agenda social. Busca-se um outro modo de se compreender e aplicar a noção da coisa pública, de forma mais plural e descentrada.

Essa noção da coisa pública, por sua vez, não deve ser mítica da sociedade civil, nem maniqueísta sobre o Estado, no sentido de que apenas o que se origina da sociedade civil tem valor e não o contrário. Essa noção deve fundar-se na perspectiva de que não apenas a sociedade produz o Estado, exercendo sobre ele uma função crítica e de controle, mas no trabalho conjunto de ambos (Estado e sociedade civil), que favoreça a liberdade e a igualdade dos sujeitos sociais de participar das ações públicas.

Nuria Cunill Grau (1998, p. 88) remete a reflexão sobre quais os arranjos institucionais podem contribuir para um maior pluralismo no processo político, em favor de interesses usualmente destituídos de expressão, reivindicando tanto o valor da igualdade política, como o da deliberação para a formação da vontade política.

Nesse contexto, a descentralização federativa das políticas públicas, com garantias de participação da sociedade civil, deve ser considerada como uma importante alternativa para o resgate da esfera pública e para a difusão das políticas públicas. A descentralização, ao aproximar as instituições do cidadão, tende a favorecer a conscientização do cidadão de seus direitos e de seu protagonismo na eficácia das políticas públicas, dentre as quais se destaca neste trabalho, a defesa da concorrência.

3.3 – Conceituação e protagonismo do processo de descentralização: breves considerações

A descentralização constitui-se, em sentido político, como um fenômeno recente, cujo impulso ganhou força apenas nas últimas décadas do século XX. Todavia, o debate conceitual existe desde o século XIX, envolvendo autores diversos, de Tocqueville a Proudhon (ABRÚCIO, 2006, p. 79- 80).

Do ponto de vista conceitual, descentralizar corresponde à transferência ou delegação de autoridade legal e política aos poderes locais para planejar, tomar decisões e gerir funções públicas no governo central. Observa-se, assim, que a descentralização corresponde a uma distribuição territorial de poder com delegação de autoridade. Em linhas gerais, descentralizar tem por objetivo obter mais democracia, eficácia e justiça social (JACOBI, 2000, p. 35-36).

Com o fim de explicitar conceitos e para evitar ambigüidades, convém tecer algumas distinções importantes, de forma que o conceito de descentralização não se constitua em proposta de ação político-administrativa que, conforme o enfoque ideológico adotado, venha a atingir objetivos contraditórios de reorganização institucional.

Assim, adotar-se-á a distinção feita por Federico Tobar (1991) entre descentralização e desconcentração. Tal distinção considera o conceito de descentralização como sendo a redistribuição de poder, com transferência na alocação dos recursos, enquanto a desconcentração como mera delegação de competências, sem deslocamento do processo decisório. Tal distinção é útil¹³¹, na

¹³¹ A utilidade é o pressuposto de qualquer processo de classificação ou distinção de conceitos. Sobre o tema, merece ser citada a passagem de Jorge Luis Borges, em seu texto “O idioma analítico de John Wilkins” e os posteriores comentários de Foucault a respeito da mencionada distinção:

“Essas ambigüidades, redundâncias e deficiências lembram aquelas que o doutor Franz Kuhn atribui a certa enciclopédia chinesa intitulada Empório Celestial de Conhecimentos Benévolos. Em suas remotas páginas consta que os animais se dividem em a) pertencentes ao imperador, b) embalsamados, c) amestrados, d) leitões, e) sereias, f) fabulosos, g) cães soltos, h) incluídos nesta classificação, i) que se agitam como loucos, j) inumeráveis, k) desenhados com um finíssimo pincel de pêlo de camelo, l) etcétera, m) que acabam de quebrar o vaso; n) que de longe parecem moscas” (BORGES, 2000, p. 94).

Ao analisar tal classificação FOUCAULT (2002, p. IX a XVI), no prefácio de sua obra: “As palavras e as coisas”, conclui:

medida em que se distingue pelo poder decisório: nível central ou nível regional/local. Ela destaca, ainda, o caráter político da descentralização, de forma a explicitar a existência de projetos de poder hegemônicos e a necessidade de criar alternativas de mudança.

É nesse contexto que o termo descentralização deve ser compreendido no presente trabalho, como um projeto que visa a diluir o poder hegemônico da União e seus agentes na política de defesa da concorrência. Não se deve confundi-lo, porém, com desregulamentação ou mera transferência de atribuições sem a devida viabilização de meios de funcionamento dos poderes locais. Ele deve ser compreendido em uma perspectiva de democratização da política pública, de forma a operar transformações sócio-econômicas, ampliando e difundindo direitos aos cidadãos menos favorecidos e maiores prejudicados com as práticas anticoncorrenciais. A proposta de descentralização, ora em análise, visa não só a revalorização dos poderes locais, mas, principalmente favorecer o acesso e a participação da população na política pública de defesa da concorrência.

Feitas essas breves considerações de cunho conceitual, convém compreender o protagonismo do processo de descentralização por que tem passado a sociedade ocidental moderna.

A experiência política precursora da descentralização na modernidade surgiu na organização política dos Estados Unidos da América, de forma que o federalismo é uma referência obrigatória para os processos de descentralização, ainda que não esgote as possibilidades normativas e institucionais destes últimos (REQUEJO, 2006, p. 272).

Todavia, previamente ao surgimento do processo de descentralização, esteve em curso um processo de centralização de poder e da busca pela construção

“No deslumbramento dessa taxinomia, o que de súbito atingimos, o que, graças ao apólogo, nos é indicado como o encanto exótico de um outro pensamento, é o limite do nosso: a impossibilidade patente de pensar isso.

[...]

Quando instauramos uma classificação refletida, quando dizemos que o gato e o cão se parecem menos que dois galgos, mesmo se ambos estão adestrados ou embalsamados, mesmo se os dois correm como loucos e mesmo se acabam de quebrar a bilha, qual é, pois o solo a partir do qual podemos estabelecê-lo com inteira certeza? [...] Um “sistema de elementos” – uma definição dos segmentos sobre os quais poderão aparecer as semelhanças e as diferenças, os tipos de variação de que esses segmentos poderão ser afetados, o limiar, enfim, acima do qual haverá diferença e abaixo do qual haverá similitude - é indispensável para o estabelecimento da mais simples ordem.”

de uma soberania una e indivisível, que caracterizou a formação dos Estados nacionais, típica dos estados modernos europeus. Como destaca Pierangelo Schiera (1992, p. 425-426), o estado moderno europeu surgiu como uma forma de organização do poder historicamente determinada e caracterizada por peculiaridades que a diferenciam de outras formas de organização de poder. Seu elemento diferenciador central consiste na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas.

A finalidade precípua dos modernos Estados nacionais era estabelecer a ordem mínima de caráter hobbesiano, ou seja, concentrar poder em uma autoridade que pudesse repelir os perigos da fragmentação local e da invasão externa. Assim, toda a política estruturou-se em torno do governo central, cujo poder era praticamente inquestionável.

Essa transição para o fortalecimento do poder nacional, mediante a centralização do poder, não foi imediata. A história do surgimento do Estado moderno corresponde à tensão entre o sistema policêntrico e complexo, de origem feudal, ao Estado territorial concentrado e unitário, decorrente da racionalização da gestão do poder, ocorrida entre os séculos XIII e XIV, na Europa.

Sua finalidade era fortalecer o poder central por meio das monarquias nacionais, refletindo a luta entre forças políticas e sociais renovadoras, como a burguesia, que procuravam seu espaço político ou que lutavam para manter seus poderes e privilégios, como a nobreza. Para a burguesia, as diferentes particularidades das diversas regiões da Europa dificultavam o desenvolvimento das atividades comerciais e financeiras, pois cada região possuía moedas, medidas e pesos diferenciados, sem falar das taxas, leis e tributos. Assim, a unificação de poder, enquanto representasse a unificação de padrões, era de seu interesse¹³².

¹³² Pierangelo Schiera (1992, p. 427), destaca bem as premissas desse processo centralização do Estado moderno na seguinte passagem:

“É fácil entender, neste processo, o papel desenvolvido pelas chamadas premissas necessárias para o nascimento da nova forma de organização do poder. A unidade de comando, a territorialidade do mesmo, o seu exercício através de um corpo qualificado de auxiliares ‘técnico’ são exigências de segurança e de eficiência para os estratos de população que de uma parte não conseguem desenvolver suas relações sociais e econômicas no esquema das antigas estruturas organizacionais e por outra individualizam, com clareza, na persistência do conflito social, o maior obstáculo à própria afirmação. Desde a sua pré-história, o Estado se apresenta precisamente como a rede conectiva do conjunto de tais relações, unificadas no momento político da gestão do poder. Mas é só com a fundação política do poder, que se

Durante o período de centralização de poder estatal, a descentralização de poder era tida como algo negativo, com exceção da experiência política de formação dos Estados Unidos da América. Nesse contexto, a expansão dos poderes do Estado atingiu seu apogeu depois da II Guerra Mundial, com o aumento da intervenção estatal. Tal expansão centralizadora ocorreu sobre três pilares: a) o keynesiano, relativo ao aspecto econômico; b) o *welfare state*, relativo ao aspecto social; c) e o burocrático weberiano, modelo administrativo que dava suporte às ações dos outros dois pilares (ABRUCIO, 2006, p. 80).

Todavia, o avanço da intervenção estatal e da nacionalização da política no pós-guerra impulsionaram, posteriormente, o processo de descentralização, pois a expansão do *welfare state* e da democracia decorrentes da grande nacionalização da política favoreceu a constituição de demandas descentralizadoras. O crescimento e a complexidade da estrutura administrativa do sistema de proteção social ocasionaram dilemas entre eficiência e democratização. Quanto mais o governo central concentrava atribuições, mais perdia o controle sobre o desempenho e a qualidade das políticas públicas. Assim, a ampliação da oferta de serviços públicos por parte do poder nacional tendeu a originar estruturas administrativas no plano local. Paradoxalmente, a nacionalização dos processos democráticos é que ampliou o espaço de participação que, gradativamente, se estabeleceu nos níveis locais de governo (ABRUCIO, 2006, p. 81).

Com a crise financeira do final dos anos 70 e início dos anos 80 é que o modelo centralizador entrou em decadência. Ainda assim, a redução do tamanho do Estado e do poder dos governos centrais não foi significativa, especialmente nos países desenvolvidos. Todavia, houve uma mudança na estrutura centralizada anteriormente existente. A partir da década de 80, as teses de descentralização

seguiu às lutas religiosas, que os novos atributos do Estado – mundaneidade, finalidade e racionalidade – se fundam para dar a este último a imagem moderna de única e unitária estrutura organizativa formal da vida associada, de autêntico aparelho da gestão do poder, operacional em processos cada vez mais próprios e definidos, em função de um escopo concreto: a paz interna do país, a eliminação do conflito social, a normalização das relações de força, através do exercício monopolístico do poder por parte do monarca, definido como *souverain* enquanto é capaz de estabelecer, nos casos controversos, de que parte está o direito, ou, como se disse, de decidir em casos de emergência. Com Bodin, o mais conhecido dos *politiques* e com Hobbes, que meio século depois, nos oferece, em bases ainda mais rigorosas e modernas, uma conclusão análoga, a fundação mundana do poder unitário e concentrado, totalitário e absoluto se completa. É este o caráter essencial do novo Estado incluindo o plano institucional e organizativo”.

começaram a ser defendidas mais enfaticamente por organismos internacionais como a ONU e o Banco Mundial¹³³.

A situação não foi diferente na América Latina, cujos países adotaram medidas sinalizando para uma tendência à descentralização da autoridade política. Embora os resultados raramente correspondam às expectativas propostas pelo processo de descentralização, constata-se uma migração de poder dos estados nacionais para os entes regionais¹³⁴.

Essas mudanças no modelo centralizado de nação ocorreram especialmente nas formas de provisão e atuação do aparato estatal, de forma a repensar o papel do poder nacional¹³⁵. Fernando Abrucio (2006, p. 83) destaca quatro causas que influenciaram o processo de descentralização política dos últimos 30 anos: a) a urbanização acelerada, que tornou os problemas locais e seus governos mais importantes para um maior número de cidadãos; b) a irrupção de conflitos étnicos que demandaram novas relações de poder nacional com grupos regionais; c) o surgimento de democracias de “terceira onda”¹³⁶, nas quais houve uma imbricação entre a democratização e o processo de descentralização; d) a força do discurso político descentralizador, cada vez mais aceito e proposto em larga escala por instituições multilaterais, como o Banco Mundial.

¹³³ Tobar (1991) destaca que nenhuma publicação deve ter sido tão paradigmática nesse sentido como a de G. Shabbir Cheema e Dennis A. Rondinelli (1983): *Decentralization and Development*. Para Tobar (1991),

“Nesse trabalho, os autores enunciam diversas funções da descentralização do poder tais como diminuir os efeitos negativos da burocracia, respeitar prioridade e necessidades locais, facilitar uma maior representatividade na formulação de decisões e uma maior equidade na alocação dos recursos, aumentar a legitimidade e estabilidade institucional, etc”.

¹³⁴ Doner e Hershberg (2001; p. 224) esclarecem esse processo de descentralização latino americana na seguinte passagem:

“Pressionados pelas instituições multilaterais de financiamento e desenvolvimento, e com poucas alternativas – por causa das crises fiscais dos governos centrais -, líderes de governos centrais exibem uma notável confiança no potencial da descentralização para resolver problemas para os quais as soluções de há muito têm sido fugidias”.

¹³⁵ Roversi-Monaco (1992, p. 330) destaca que, na organização do Estado, o problema da centralização e da descentralização está sempre presente, de forma que o importante é avaliar os instrumentos jurídicos por meio dos quais eles podem ser valorizados.

¹³⁶ Ver Huntington (1994).

Assim, o contexto atual pode ser classificado como uma era de descentralização, em face da desconcentração do poder político nacional, em âmbito mundial¹³⁷.

No Brasil a situação não foi diferente. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu substanciais modificações no modelo federativo anteriormente existente. A clássica distribuição de poderes enumerados à União e de poderes reservados aos estados foi modificada, de forma a admitir a legislação complementar estadual. Isso ampliou os poderes legislativos estaduais e, subsidiariamente, os poderes legislativos municipais.

Ao garantir aos estados uma esfera de competências legislativas concorrentes, em que é facultado disciplinar diversas matérias que antes escapavam ao âmbito federativo, a Constituição Federal criou incentivos à criatividade regional. Nessa repartição de competências concorrentes, à União compete editar normas gerais e aos estados membros, as normas específicas nas matérias comuns. As normas gerais estabelecem princípios e regras de cunho geral, mas não podem especificar situações que, por natureza, estão reservadas aos estados-membros. Assim, a União não pode suprimir a competência complementar dos estados, sob pena de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o direito econômico passou a integrar o rol de competências concorrentes da União (art. 24, inciso I, da CF/88), de forma a permitir a atuação legislativa dos estados-membros. Na medida em que a defesa da concorrência encontra-se inserida no âmbito do direito econômico, a competência legislativa a ela inerente também possui natureza concorrente, de forma que há

¹³⁷ Doner e Hershberg (2001, p. 206) destacam esse processo de descentralização da seguinte forma:

“Desde a publicação de *Second Industrial Divide* (PIORE; SABEL; 1984), os estudiosos vêm notando um enfraquecimento numa das instituições cruciais de governança econômica no século XX, o estado nacional. Essa mudança tem sido desigual. O Estado está longe de ter sido desbancado como um ator com influência crucial sobre as atividades econômicas. No entanto, estamos já bem longe de um sistema de liberalismo social, no qual o Estado era o principal provedor de bens públicos para produtores, trabalhadores e consumidores. Fator fundamental para entender esse processo é a disjunção entre a capacidade do Estado de suprir os bens públicos e as características estruturais de uma economia global de escala muito ampliada. Em termos um pouco diferentes, existe uma tensão crescente entre a subestrutura econômica e a superestrutura institucional representada pelo Estado. Ele está sendo minado por cima e por baixo. Um resultado disso pode ser a emergência gradual de um duplo movimento da sua parte para arranjos institucionais supernacionais, de um lado, e, de outro, para economias regionais subnacionais emergentes”.

espaço para legislação estadual sobre a matéria. Assim, o legislador ordinário não só não pode restringir a atuação dos demais entes federados na defesa da concorrência, como deve incentivar a ação coordenada entre União e estados na implementação dessa política pública, mediante um processo de descentralização que respeite a competência concorrente dos estados membros.

Todavia, a descentralização da defesa da concorrência, não garante, por si, uma melhoria na qualidade da política pública. Apesar de a Constituição Federal de 1988 ter configurado uma tendência à descentralização política, fortalecida pela priorização de serviços fundamentais, como saúde, educação, assistência e obras públicas, essa descentralização tem deficiências de coordenação. Falta uma coordenação eficiente no âmbito federativo e a fragmentação institucional agrava esse quadro¹³⁸, sendo conveniente observar os riscos inerentes ao processo de descentralização.

3.4 - Os desafios da descentralização

Existe uma tendência a vincular descentralização e democratização do Estado. O pressuposto que fundamenta essa concepção é o de que a maior proximidade entre o governo e os cidadãos possibilita o aumento do controle sobre o poder político¹³⁹. De fato, há uma possibilidade maior de controle governamental por

¹³⁸ Nesse sentido, JACOBI (2000, p. 45-46) destaca:
“A Constituição de 1988 promoveu uma descentralização que beneficia especialmente os municípios, mas a indefinição de competências e atribuições gera um descompasso entre os avanços possíveis no plano das transferências financeiras, e os entraves à sua ação institucional-administrativa provocam um esvaziamento de sua legitimidade. A assimetria entre os atores (ABRUCIO; COSTA, 1998) estimula um jogo não-cooperativo de relações intergovernamentais cujo resultado final se reflete num modelo predatório de federalismo que ainda se baseia em barganhas políticas.
[...]
A partir da Constituição de 1988, o Brasil se transformou num dos países mais descentralizados, tanto em termos políticos quanto fiscais. Mas os resultados são contraditórios, porquanto é ainda maior a superposição de competências e há uma indefinição de responsabilidades, uma dificuldade de obter respostas nacionais aos problemas nacionais e uma carência generalizada de disciplina fiscal.”

¹³⁹ Sobre o tema é ilustrativa a menção por Roversi-Monaco (1992, p. 332) de que:
“É afirmação constante e generalizada que existe uma estreita conexão entre os conceitos de descentralização e de democracia, também em relação ao fato de que a luta pela

meio da descentralização, na medida em que há maior probabilidade de disseminação de informação, de criação de canais de debates e da criação de mecanismos mais efetivos de fiscalização governamental (ABRÚCIO, 2006, p. 85).

Outra qualidade da descentralização refere-se ao aumento da eficiência das políticas públicas, tendo em conta a proximidade entre seus formuladores e implementadores, bem como entre esses e os cidadãos. Tal proximidade tende a ampliar não só o fluxo de informação, mas também a avaliação de qualidade da gestão pública. Destaca-se ainda o fato de que a centralização absoluta das políticas públicas resultaria na criação de superagências monopolistas, que dificilmente seriam controláveis.

Um aspecto também relevante refere-se à uniformização subjacente ao modelo centralizador, que tende a diminuir os incentivos à inovação, em contraposição ao modelo descentralizado, cujos governos locais teriam maior estímulo para busca de novas soluções administrativas, em razão da necessidade de maior cobrança da população. Essa cobrança, aliada às peculiaridades locais, ampliaria o espaço a inovações nas políticas públicas (ABRÚCIO, 2006, p. 85).

Todavia, a descentralização não possui qualidades intrínsecas e tampouco está isenta de aspectos negativos. Fernando Abrucio (2006, p. 86) destaca cinco questões fundamentais que necessitam ser equacionadas em qualquer modelo de descentralização de políticas públicas:

- a) a constituição de um sólido pacto nacional;
- b) o combate às desigualdades regionais;
- c) a montagem de boas estruturas administrativas no plano subnacional;
- d) a democratização dos governos locais;
- e) a criação de um ambiente intergovernamental positivo.

Dentre as cinco questões fundamentais à descentralização de políticas públicas anteriormente citadas, apenas a constituição de um sólido pacto nacional não afeta sobremaneira a descentralização da defesa da concorrência no Brasil,

descentralização consistiu, principalmente, na luta pelas autonomias locais a fim de perseguir, além da descentralização, objetivos de democratização”.

uma vez que a federação brasileira encontra-se bem consolidada. Já os demais itens precisam ser devidamente avaliados antes da implementação de qualquer processo de descentralização de política pública no Brasil, em especial na área de defesa da concorrência.

O problema das desigualdades regionais é de especial importância para a defesa da concorrência, pois não adianta descentralizar a política pública sem a coordenação do governo central. Se o processo de descentralização resumir-se a uma mera transferência de responsabilidades, a disparidade entre as partes, especialmente quanto ao conhecimento técnico necessário para a realização das análises de fusão de empresas e de condutas anticompetitivas, poderão ser tomadas decisões equivocadas, que acabam por reforçar determinadas práticas anticompetitivas. Nessa hipótese certamente haverá prejuízos à implementação da política pública, em detrimento dos consumidores e dos pequenos empresários, com reflexos no desempenho econômico e na ampliação do conflito distributivo.

Há, assim, a necessidade de desenvolvimento e estruturação das capacidades administrativas dos entes federados, de forma que o processo de descentralização aprimore o desempenho da gestão pública. Os potenciais ganhos de eficiência resultantes da desconcentração das atribuições não são obtidos, exceto com boas estruturas gerenciais dos entes federados. A manutenção de padrões de governança ineficientes, além de reduzir a eficácia da política pública, tira a credibilidade da descentralização, podendo inclusive incentivar propostas centralizadoras.

Quanto à relevância da democratização dos governos locais, destaca-se a relação entre descentralização e democracia, que depende de diversas condições tanto econômicas, como sociais e políticas. Corresponde a uma construção político-institucional que pode tanto viabilizar a concretização de ideais democráticos, como também estruturas oligárquicas. Evidentemente, nenhuma dessas relações é necessária, pois dependem menos do nível de governo encarregado da gestão da política pública e mais da qualidade das instituições que processam tais decisões, independentemente do nível de governo a que estejam vinculadas.

Assim, torna-se de fundamental importância a adoção de mecanismos de supervisão por parte dos órgãos fiscalizadores, como o Ministério Público e as entidades de defesa do consumidor e da concorrência, no sentido de evitar que as

decisões a serem tomadas pelos entes locais decorram de pressões de grupos econômicos locais ou regionais, em detrimento da sociedade. Para esse fim, a via judicial de controle das decisões administrativas certamente é uma alternativa, dentre outras, que poderão ser implementadas durante o processo de descentralização, com eventuais mecanismos de controle das decisões, inclusive por meio de instâncias recursais na esfera administrativa.

Outro ponto que pode prejudicar o processo de descentralização é o eventual acirramento dos conflitos entre os diferentes níveis de governo. Nem sempre os governos centrais estão preparados para a perda de autoridade e a falta de experiência dos governos locais pode dar ensejo a decisões equivocadas. Assim, tornam-se fundamentais a cooperação e a coordenação entre os diferentes níveis de governo para o sucesso do processo de descentralização, de forma que se exige a construção de capacidades político-institucionais tanto do poder central como dos governos locais. Deve haver uma mútua preparação para esse processo.

O governo central deve estar preparado para o repasse de algumas atribuições, adequando-se para a coordenação das ações de caráter mais geral, bem como fornecendo o auxílio técnico aos governos locais. Já os governos locais devem aprimorar-se administrativamente para assunção das novas atribuições em articulação com o governo central.

Como se observa, não se podem ignorar os problemas inerentes aos processos de descentralização. Todavia, esses obstáculos não impedem a sua realização, desde que sejam tratados de forma transparente e responsável. No caso da defesa da concorrência, há ainda, como visto nos capítulos anteriores, fundamentos constitucionais que reforçam a necessidade de descentralização dessa política pública.

Em boa medida, o sucesso do processo de descentralização depende do grau de coordenação intergovernamental e quanto à política de defesa da concorrência não poderia ser diferente¹⁴⁰. O sucesso da descentralização da defesa

¹⁴⁰ Como destaca Abrucio (2006, p. 118-119):
“Nos setores ou questões em que houve maior integração e atividades coordenadoras, os processos descentralizadores foram potencializados em seus efeitos positivos. Isso vale tanto para a área da saúde, a mais bem sucedida municipalização do país, como para as finanças públicas, que se tornaram mais responsáveis no plano subnacional por meio da criação de instituições incumbidas de coordenar e disciplinar os entes federativos. De modo inverso, nos

da concorrência dependerá do grau de integração e coordenação dos agentes federativos envolvidos no processo. Assim, o maior apelo do discurso descentralizador não reside na crise do modelo centralizador, mas nas qualidades associadas à democratização do espaço público e ao aprimoramento do desempenho governamental.

No contexto nacional, a descentralização da política de defesa da concorrência pode, assim como a defesa do consumidor, constituir-se em um mecanismo de democratização das relações econômicas, na medida em que aproxima as instituições de defesa da concorrência dos cidadãos. Com isso, há um espaço privilegiado para a difusão dessa política pública. A consciência dos direitos por parte da sociedade, entretanto, constitui-se no primeiro e mais importante passo para a concretização da cidadania e conseqüente democratização social.

Assim, acredita-se que a descentralização da defesa da concorrência enquanto política pública, além de corresponder a uma previsão constitucional (art. 24, I), favorecerá a difusão dessa política pública ao aproximá-la dos cidadãos. É na experiência diária do cidadão no exercício de seus direitos que se constrói o processo democrático e a inserção social de grupos desfavorecidos. Certamente o processo de descentralização de uma política pública não é tarefa fácil e não há qualquer garantia de sucesso na sua implementação.

O elemento mais importante nessa missão é a consciência das dificuldades existentes. Algumas, porém, já foram expostas, como os problemas de coordenação, suporte técnico e financeiro, bem como a supervisão social e uma boa relação intergovernamental. Há, por sua vez, referências de processos de descentralização bem sucedidos que podem servir de apoio para a defesa da concorrência. A experiência das instituições de defesa do consumidor poderá servir de grande suporte nessa tarefa, na medida em que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) estruturou-se em um Sistema Nacional, com participação dos diversos entes federados e da sociedade civil, de grande

aspectos em que a coordenação é frágil ou ausente, os resultados da descentralização têm sido pífios. Saneamento básico, políticas metropolitanas em geral, desenvolvimento regional, segurança pública, para nos atermos aos principais, não possuem ainda mecanismos que promovam a cooperação e as parcerias federativas. Predomina nestes últimos o federalismo compartimentalizado, incapaz de perceber que só a sinergia entre os níveis de governo pode resolver os dilemas básicos das políticas públicas brasileiras”.

capilaridade, que difundiu amplamente os direitos do consumidor entre a população brasileira.

3.5 – Descentralização e difusão da política de defesa da concorrência: reflexões sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) em face do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)

Um ponto bastante enfatizado na defesa da concorrência no Brasil diz respeito à sua difusão. A própria Lei n.º 8.884/94, em seu artigo 7º, inciso XVIII, estabelece como competência do Plenário do CADE: instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica. Tal dispositivo tem uma função nitidamente democrática, de forma a reforçar a cidadania.

O conceito de cidadania está vinculado à idéia de participação. O que tem mudado ao longo dos anos são as formas e os graus de participação¹⁴¹. O próprio conceito de cidadão estava intimamente ligado à sua forma de agir e viver na cidade, de forma que cidadão era aquele que nela morava e participava de seus negócios. Cidadania seria assim a qualidade de o indivíduo pertencer a uma comunidade e nela interagir.

Ao longo do tempo, tal conceito evoluiu ao ponto de confundir-se com o próprio conceito de democracia e república de forma que não existem cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos (BARACHO, 1995, p. 1). Nesse sentido, a autonomia estadual e municipal presente em nosso modelo federativo constitui-se nítido incentivo à participação do indivíduo na coletividade.

A autonomia administrativa caracteriza-se pela capacidade de auto-organização, autonormatização e auto-administração. Tal forma de organização

¹⁴¹ Demo (1993, p. 70) destaca que:

“O conceito de cidadania possui laivos conservadores históricos, desde a postura grega, que preservava como cidadãos somente um pequeno grupo de elite, a postura liberal, que admite como cidadãos os que possuem capital e poder, até a postura da cidadania consentida, tutelada pelo Estado e seus donos. Esta observação já é suficiente para caracterizar a importância da forma organizada, que significa entender a cidadania a partir dos interessados, dos desiguais, dos excluídos” (DEMO, 1993, p. 70).

política, caracterizada pela administração descentralizada, constitui o estágio democrático mais próximo da vida do cidadão. Sua finalidade visa essencialmente a transferir à esfera local as decisões relativas àqueles temas que lhe dizem mais diretamente respeito, sem que haja necessidade de interferência de outras esferas de governo.

Quanto maiores as chances de participação social nas decisões político-administrativas, maior o engajamento e o interesse popular, em razão de suas responsabilidades no processo de decisão. A democracia torna-se mais ativa quando o cidadão toma parte no processo político e a proximidade das instituições favorece essa participação social.

Neste sentido, Horst Kanitz (1995, p. 239), ao tratar da autonomia administrativa municipal, destaca as seguintes vantagens:

- participação popular no cumprimento das tarefas locais;
- ampliação da base de participação política;
- solução de tarefas administrativas que estejam próximas da localidade;
- reforço da restrição e o controle do poder político, importante para a preservação da democracia.

Além das vantagens mencionadas, a descentralização da política defesa da concorrência no Brasil poderia favorecer sua difusão, na medida em que viabilizaria a criação de órgãos estaduais e locais de fiscalização. Tais órgãos facilitariam o acesso da população e dos demais agentes de mercado aos mecanismos de proteção da ordem econômica, visto que hoje se faz necessário encaminhar todas as reclamações para os órgãos sediados em Brasília.

Como anteriormente exposto¹⁴², o SBDC, ao contrário do SNDC, não possui existência legal, enquanto sistema. Essa denominação decorre de uma convenção adotada para reportar-se aos órgãos encarregados da defesa da concorrência, constantes da Lei n.º 8.884/94¹⁴³. A lei estabelece, ainda, em seu

¹⁴² Ver tópico 2.2 desta dissertação.

¹⁴³ No que se refere à política de concorrência, as atribuições dos três órgãos (CADE; SDE e SEAE) estão estabelecidas pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, alterada pela Lei n.º 9.021, de 30 de março de 1995, e pela Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

artigo 3º, que o CADE tem jurisdição em todo o território nacional, de forma que se constitui como o único órgão competente para a aplicação das multas previstas na mencionada lei. Pelo modelo adotado, todas as infrações contra a ordem econômica praticadas no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir seus efeitos são julgadas administrativamente pelo CADE.

Na atual estrutura do SBDC, o CADE é o órgão responsável pelo julgamento dos processos e, com base na instrução realizada pela SDE e na análise dos pareceres, não vinculativos, emitidos tanto por esta quanto pela SEAE, decide se houve ou não infração à livre concorrência por parte de empresas ou seus administradores nos casos de conduta e também aprecia os atos de concentração submetidos à sua aprovação.

Como se observa, toda competência administrativa relativa à defesa da concorrência ficou restrita à alçada do governo federal. As únicas menções existentes na lei relativas aos estados e municípios (art. 7º, X, e art. 24, II) sequer sugerem uma atuação conjunta, o que seria de se esperar em razão da competência concorrente constante do artigo 24, inciso I, da Constituição Federal. Mais que isso, a lei não deu margem de atuação para os estados e municípios, sendo a competência para apreciação de todas as infrações estabelecidas na lei do Plenário do CADE (art. 7º, inciso II).

Já o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possui duas grandes distinções em relação ao modelo de defesa da concorrência. A primeira delas decorre de sua previsão legal. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em título específico (Título IV), previu expressamente a existência de um sistema, o SNDC, bem como dispôs sobre seus integrantes e suas competências (artigos 105 e 106)¹⁴⁴. Assim, compõem o SNDC não apenas órgãos da esfera da União, mas também dos estados, Distrito Federal e municípios, como os Procons, além das entidades civis de defesa do consumidor. Isso certamente favorece a atuação coordenada dos entes envolvidos, na medida em que se explicita o papel de cada ente dentro do sistema.

¹⁴⁴ Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Para melhor compreensão do SNDC, convém também o teor do Decreto n.º 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Já a Lei de Defesa da Concorrência, como visto, não faz menção a qualquer sistema, mas apenas define competências entre os diferentes entes federais envolvidos na política pública, deixando uma lacuna no papel de coordenação do sistema. Não por acaso, a expressão Sistema Nacional de Defesa da Concorrência foi criada informalmente para referir-se a tais entes constantes da lei, mas jamais houve na lei previsão de se criar um sistema. O mero fato do surgimento dessa expressão demonstra a necessidade de seus agentes de buscar uma atuação coordenada, que restou dificultada por falta de previsão legal para tal fim, especialmente quanto ao papel que cada ente exerceria nesse sistema.

A segunda distinção é que o SNDC é um sistema nacional que engloba todos os entes federados e a sociedade civil¹⁴⁵. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), vinculado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), é para o SNDC um órgão de coordenação, sendo que os Procons, enquanto órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, gozam de autonomia administrativa e financeira, não havendo relação hierárquica em face do DPDC.

A existência dos Procons, que atuam de forma descentralizada na implementação da defesa do consumidor, amplia os canais de comunicação dos cidadãos no acesso à política pública, pois favorece a discussão dos temas em âmbito local, onde as relações jurídicas se realizam. A proximidade desses órgãos nas comunidades locais torna-os atores privilegiados da educação para o consumo¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sodré (2007, p. 155-156) destaca a abrangência do termo nacional no conceito do SNDC: “É imprescindível reconhecer que a abrangência do conceito de nacional deve ser o maior possível. Fazemos estas digressões em memória ao fato de que muitas vezes, por ignorância ou má-fé, são igualados os conceitos de federal e nacional. Isto é inconcebível: as políticas federais são apenas parte das políticas públicas (as do governo federal, apenas) e as políticas nacionais são o “todo”, o conjunto (que inclui todos os entes políticos e as entidades civis). É óbvio, mas vale repetir: os conceitos de federal e nacional são distintos. Este último é muito mais amplo. Estamos frisando esta idéia, pois como se verá à frente deste texto, muitas vezes o governo federal, no tema da defesa do consumidor, age como se fosse o próprio Sistema Nacional, quando apenas é parte dele: existem outros entes políticos da federação e a própria sociedade civil”.

¹⁴⁶ Como destaca Freitas Filho (2001, p. 43) ao tratar da missão da educação para o consumo dos órgãos de defesa do consumidor:

“A descentralização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é, portanto, fundamental para o sucesso da atuação do SNDC, na medida em que a maior proximidade e a identidade dos órgãos locais com consumidores e fornecedores, além dos ganhos em agilidade e legitimidade, possibilitando inclusive pronta interação com os demais órgãos e instituições locais, como entidades civis e Ministério Público, viabiliza canais de comunicação

Essa parece ser, portanto, a razão precípua pela qual a defesa da concorrência não conseguiu difundir-se como a defesa do consumidor, apesar dos esforços de seus dirigentes nesse sentido. Não basta a realização de seminários e debates sobre o tema. É fundamental a participação ativa da sociedade civil na política pública, para que ela seja assimilada pela sociedade. Enquanto o processo decisório estiver distante do cidadão e sua participação não for facilitada, não haverá espaço favorável para a internalização da política pública pela comunidade¹⁴⁷.

A reflexão, o debate e a interação do cidadão na política pública se fortalecem no processo de participação e na percepção de como ela afeta seu cotidiano. Pedro Demo (1988, p. 77), ao abordar o tema da pobreza política, trata da faceta controladora e desmobilizante do Estado, a partir de percepções muito comuns e errôneas da realidade política, dentre as quais se destaca a que imagina que os tecnocratas podem, em nome do Estado, substituir a sociedade civil ou falar por ela. Essa concepção equivoca-se na medida em que busca acabar com as agruras da população, sem a participação do povo. Essa concepção considera a sociedade como mero objeto da política e não seu sujeito¹⁴⁸. Age-se, assim, isoladamente, distante da cidadania popular¹⁴⁹.

No caso da política de defesa da concorrência, a resistência à participação social não é diferente. Nesse aspecto, convém destacar duas referências

especializados e dedicados aos cidadãos e aos consumidores. Esses são, portanto, alguns dos aspectos que demonstram a necessidade da municipalização da defesa do consumidor, ainda que seja coordenada nos níveis estadual e federal”.

¹⁴⁷ Nesse aspecto, convém citar João Batista Almeida (2001, p. 48), quando trata da importância da descentralização da defesa do consumidor:

“Nós sabemos que, se o consumidor sempre encontrar dificuldade em ter acesso ao Procon para fazer sua queixa, ou pedir uma orientação, simplesmente desiste. Se tiver que ir a um Procon que fique a cem quilômetros, ele desiste, ele não procura, ele não vai viajar para fazer sua reclamação. Isso tem um efeito negativo cumulativo. Qual seria ele? O estímulo a fraude. Aquele mau fornecedor que fraudou uma vez, e não aconteceu nada, porque o consumidor não reclamou, vai continuar fraudando. É o fenômeno da reincidência, mas por culpa de quê? De não haver à disposição do consumidor um Procon próximo”.

¹⁴⁸ Sousa Júnior (2002) destaca a relevância dos movimentos sociais nas políticas públicas e a emergência de um novo sujeito: o sujeito coletivo de direito, como ente instaurador de práticas políticas novas, revelando novos atores capazes de se auto-organizarem e de se auto-determinarem:

“O relevante para a utilização da noção de sujeito, na designação dos movimentos sociais, é a conjugação entre o processo das identidades coletivas, como forma do exercício de suas autonomias e a consciência de um projeto coletivo de mudança social a partir das próprias experiências” (SOUSA JÚNIOR, 2002 p. 57).

¹⁴⁹ Para Demo (1998, p. 77), “não é o Estado que melhora a sociedade – ainda que isso pudesse acontecer esporadicamente, como exceção -, mas o contrário. O Estado não funda sua dignidade porque não tem dignidade própria. Se tiver, provém da cidadania que a funda”.

ilustrativas: a) a primeira, que destaca a forma como foi elaborada a legislação de defesa da concorrência, refere-se ao artigo escrito por Gustavo Franco, no *Jornal do Brasil*, em que afirma que a equipe do Ministério da Justiça, que elaborou a legislação de defesa da concorrência em 1993, tinha mais interesse na criação de um braço operacional para combater “preços abusivos” que criar uma legislação moderna de fomento à competição” (FRANCO, 1999); b) a segunda, que destaca o baixo grau de participação social na política de defesa da concorrência, foi a frase proferida em 2004, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, durante palestra em um congresso promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, para discutir os dez anos da Lei n.º 8.884/94. Na oportunidade, o Ministro afirmou que o CADE corresponde a um cartel de advogados: *“Aquilo é um cartel, são sempre os mesmos. Se vocês fizerem uma análise, isso pode até parecer promíscuo”* (BRUM, 2004).

Tais referências são representativas dessa política pública centralizada, distante da participação social: primeiro, no momento de sua elaboração legislativa, centralizada, sem discussão com a sociedade e voltada para resultados imediatos; a segunda, na atualidade, mais de dez anos após a entrada em vigor da lei. Essa tradição centralizadora e tutelada do estado para com a sociedade civil, no âmbito da defesa da concorrência, encontra-se presente desde a elaboração da atual legislação, refletindo-se no distanciamento da sociedade civil. Hoje, quinze anos após a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94, os interlocutores junto ao CADE continuam restritos, sendo praticamente os mesmos, chegando a ser ironicamente denominados de “cartel de advogados”. O que agrava a situação na perspectiva social é que este grupo seleto de advogados representa quase sempre um único setor da sociedade brasileira: o empresarial.

Os exemplos anteriormente expostos ilustram a resistência das instituições governamentais em envolver a sociedade na formulação das políticas públicas. Nuria Cunill Grau (1998) explica bem esse problema na seguinte passagem:

A teoria que sustenta a participação cidadã nas decisões públicas mostra, assim, outra debilidade: coloca sua ênfase na eventual receptividade dos funcionários, sem considerar que, mesmo contando com ela, a participação

cidadã não pode desenvolver-se estavelmente inserida em um contexto que detém objetivos e gera incentivos incompatíveis (Rosenbaum, W., 1978), mas, sobretudo, atende a outra racionalidade.

A compreensão inadequada deste problema é que, por sua vez, gera uma das principais fontes de resistência à participação cidadã: os cidadãos 'são vistos como fracos de informação e experiência profissional' e, portanto, admite-se que sua intervenção nas atividades administrativas 'produz demora, conflitos e custos nas operações' (Checkoway e Van Til, 1978: 33); ou seja, o problema central aparece radicado no déficit de racionalidade instrumental que acarreta seu envolvimento nas atividades de governo. O tema aqui enunciado é de singular importância: sob que condições são convocados os atores sociais? Se a resposta é do paradigma da racionalidade instrumental e o tipo de conhecimento que a sustenta, a tensão entre peritos e cidadãos somente pode resolver-se em favor dos primeiros. Se, ao contrário, se admite que a participação cidadã envolve em si mesma a possibilidade de deliberação, outras fontes de resistência afloram, neste caso, do próprio contexto institucional em que se desenvolve (GRAU, N., p. 105).

Esse contexto institucional em que se desenvolve a participação cidadã é que merece atenção especial no caso da defesa da concorrência, pois hoje ela inexistente. Neste sentido, o protagonismo da política de defesa do consumidor, adotada pelo país no início da década de 90, tem muito a ensinar para a política de defesa da concorrência, a começar por sua gênese. Ao contrário do ocorrido na elaboração do SBDC, criado pela Lei n.º 8.884/94, o anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor que criou o SNDC foi amplamente debatido com a sociedade civil previamente ao seu encaminhamento ao Congresso Nacional¹⁵⁰.

Na elaboração do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que a participação social esteve presente desde o início, envolvendo os mais diferentes atores sociais. Ao contrário, na defesa da concorrência, a elaboração deu-se

¹⁵⁰ Grinover e Benjamim (1995, p. 3) relatam que

“Assim, foi que esse longo e democrático trabalho de gestação, que envolveu pessoas físicas e jurídicas, entes e associações, representantes dos consumidores e dos fornecedores de produtos e serviços, tendo como fonte e raiz o trabalho da comissão, foi por esta acompanhado em todas as suas etapas, resultando finalmente num Código que é de encontro, equilíbrio e consenso e que representa a síntese de um esforço coletivo”.

apenas nos gabinetes da “República”, longe da sociedade civil. Com essa forma de elaborar uma política pública, não seria de se estranhar a dificuldade de difundir a defesa da concorrência no seio da sociedade após a entrada em vigor da lei. Como se pode esperar comprometimento da sociedade civil em uma política pública cuja elaboração não contou com sua participação? Em uma política pública em que o próprio Estado buscou tutelar aos cidadãos sem lhes viabilizar canais de participação no processo de elaboração legislativa ou mesmo no processo de aplicação da política pública?

Direitos não devem ser ofertados à sociedade como concessões do Estado. Não são favores. São conquistas sociais que devem contar com a participação social para que sejam assimilados no seio da sociedade. Isso se faz com debate e participação permanente. Preferencialmente, desde o início, de forma que se possa dar oportunidade aos cidadãos de manifestarem qual a política pública que querem e como a querem implementada. Assim, esse diferencial foi um dos elementos determinantes no sucesso da difusão da defesa do consumidor, pois incorporou, desde o início, a sociedade civil na elaboração e implementação da política pública. Por outro lado, foi determinante também na construção de um sistema nacional que contasse com a participação dos mais diversos atores políticos, incluindo órgãos governamentais das diferentes unidades federativas e entidades da sociedade civil.

Não fosse essa a gênese da legislação da defesa do consumidor, talvez seu destino fosse um sistema centralizado como o existente na defesa da concorrência. A forma descentralizada como foi concebida e implantada a defesa do consumidor, certamente, constitui um dos elementos determinantes no sucesso da difusão da defesa do consumidor em relação à defesa da concorrência. Assim, essa deve ser uma das soluções a serem consideradas para a nova estrutura de defesa da concorrência em discussão no Congresso Nacional.

Da mesma forma como os PROCONS auxiliaram na difusão dos direitos dos consumidores, ao aproximá-los dos mecanismos de solução de litígios, a descentralização da defesa da concorrência com estados e municípios tende a favorecer sua difusão pelo país. A centralização da defesa da concorrência na

esfera da União¹⁵¹ dificulta o acesso do cidadão ao sistema, face aos custos de acompanhamento de suas representações em Brasília.

Ademais, a participação dos demais entes federados na defesa da concorrência permitiria a desoneração dos órgãos da União, ao estabelecer uma distribuição de competências conforme o mercado geográfico definido para a fusão ou a infração concorrencial. Nessa hipótese, os órgãos federais poderiam focar sua atuação nos casos de maior relevância, em especial aqueles de abrangência nacional e interestadual.

Os obstáculos para que a sociedade brasileira conheça seus direitos constantes da Lei n.º 8.884/94 são evidentes. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, com o grande contingente populacional disperso pelas mais diversas regiões, tais obstáculos só podem ser vencidos com instrumentos de educação e comunicação eficazes e ao mesmo tempo abrangentes. Todavia, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Defesa da Concorrência não estabeleceu um Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. O que existe hoje são apenas três órgãos federais, sediados em Brasília (SEAE, SDE e CADE), com atribuições de zelar por toda a defesa da concorrência no Brasil.

Assim como ocorre na Defesa do Consumidor, a legislação de defesa da concorrência deveria prever a participação de outros entes para incrementar a realização de sua política. No caso da defesa do consumidor, seu código previu que a tarefa de implementá-la fosse nacional. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor corresponde à conjugação de esforços do Estado nas diversas unidades da federação e da sociedade civil para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor constitui exemplo inequívoco de modelo de descentralização de política pública, com ampla credibilidade, e poderia muito bem servir de parâmetro e suporte para implantação

¹⁵¹ A rigor, não se pode afirmar que toda a defesa da concorrência encontra-se sob a alçada do Poder Executivo Federal, pois ela se dá de forma mais abrangente, apesar de residual. A título de exemplo, basta citar o papel fundamental exercido pelo Poder Judiciário Estadual na defesa da concorrência, nos casos do artigo 29 da Lei n.º 8.884/94. As ações ajuizadas com fundamento neste dispositivo legal independem de processo administrativo que porventura tramite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, não havendo interesse do CADE ou da União na lide, a competência mantém-se na esfera da Justiça comum (artigo 109, I, CF/88). Todavia, o artigo 121 do projeto de Lei 5.877/2005 busca alterar tal competência para a Justiça Federal.

de um Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. Como destaca Roberto Freitas Filho (2001, p. 41), há pontos fortes no SNDC, dentre os quais podemos considerar a credibilidade dos Procons e a capilaridade do sistema, cuja descentralização a partir das estruturas locais permite abrangência de atuação e diversidade de agentes envolvidos¹⁵².

Outro ponto forte na descentralização da defesa da concorrência está na ampliação da autonomia do sistema em relação ao Poder Executivo Federal. Na medida em que todo o SBDC encontra-se concentrado em órgãos do Poder Executivo Federal, o grau de autonomia do sistema fica reduzido¹⁵³. Ao descentralizar as decisões nas diferentes esferas federadas, compartilha-se o poder decisório e a previsão de um sistema nacional para a defesa da concorrência, composto por diferentes grupos e membros da sociedade civil organizada, favorece a transparência e o processo de prestação de contas ao público e às autoridades competentes¹⁵⁴. Para isso, faz-se necessário que esse sistema constitua-se em instância deliberativa e de mútuo controle.

152

Sobre a diversidade de agentes, Freitas Filho (2001, p. 41) destaca que: “Essa multiplicidade de agentes permite múltiplas visões, que, por sua vez, permitem o diálogo e o aperfeiçoamento das formas de defesa do consumidor, uma evidente mudança, ainda que paulatina, na cultura jurídica – propriamente do juiz, dos nossos julgadores, do Judiciário - no que tange a estarem sensíveis às questões de defesa do consumidor, e um bom instrumento legal, com racionalidade operacional bastante interessante, como foi contemplada no Código de Defesa do Consumidor”.

153

Como destaca Gheventer (2005, p. 187):

“Apesar dos avanços decorrentes da implementação da Lei n.º 8.884/94, a agência antitruste brasileira ainda tem baixo grau de autonomia, principalmente em razão da existência de mandatos curtos, com possibilidade de recondução, como vigora atualmente, o que torna o órgão vulnerável a pressões do Executivo e a outras formas de captura regulatória. Esta falta de autonomia a pressões de grupos específicos ou conjunturas macroeconômicas reduz a eficiência da política antitruste, pois, em primeiro lugar, implica desvios em sua missão regulatória original, o de aumentar o bem-estar social mediante a promoção da concorrência; e, em segundo lugar eleva o nível de incerteza dos agentes econômicos privados sobre os objetivos da política antitruste e da legitimidade de determinadas condutas concorrenciais, podendo, dessa forma, influir negativamente em suas decisões de investimento”.

154

Nas palavras de Nuria Grau (1998, p. 214-215), “A descentralização político-administrativa, por exemplo, não apenas supõe o deslocamento do protagonismo na gestão dos serviços públicos, do âmbito nacional para o âmbito local, mas também leva a uma profunda diversificação dos atores estatais, que obriga a discutir a consistência territorial do poder. [...] Em vez de atuar como um aparelho centralizado que maneja a sociedade por comandos administrativos – que é a imagem do Estado forte no ideal autoritário neoconservador – o Estado deve atuar como coordenador e animador de uma sociedade essencialmente policêntrica e que se caracteriza pela proliferação de movimentos e atores políticos e sociais”.

Trata-se de reconhecer que a política de defesa da concorrência no Brasil deve basear-se no pluralismo cooperativo e na participação, de modo que a autoridade do sistema não seja exercida de modo paternalista, nem contando com a obediência submissa dos súditos, mas articulada com mecanismos pluralistas e participativos, que favoreçam um processo de tomada de decisões mais co-produzido, mais receptivo e mais consensual.

Em oposição aos preceitos ora expostos, o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em setembro de 2005, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em nada amplia a participação federativa ou social na defesa da concorrência. Ao contrário, acaba por centralizar ainda mais a política pública na esfera da União, como ilustra seu artigo 121, que suprime a competência da Justiça Estadual ao julgamento dos crimes contra a ordem econômica, estabelecidos nos artigos 5º e 6º da Lei n.º 8.137/90¹⁵⁵.

3.6 – Alguns dados estatísticos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Demonstrada a relevância de se criar um sistema nacional para a política de defesa da concorrência, originário de um processo democrático e socialmente participativo, convém analisar alguns dados estatísticos do SBDC que reforçam a conveniência de sua descentralização, especialmente em um país de dimensões continentais como o Brasil.

O Brasil é hoje a 10ª economia mundial (WORLD BANK, 2008)¹⁵⁶, possuindo mais de 5.500 municípios¹⁵⁷. Para fiscalizar, instruir, julgar, punir e

¹⁵⁵ Aproveita-se para destacar o equívoco constante da redação do artigo 121 que acresce o artigo 16-A à Lei n.º 8.137/90. Tal artigo faz menção ao *caput* de um artigo não mencionado. Surge também a curiosidade em se saber a razão pela qual somente os crimes previstos nos artigos 5º e 6º daquela Lei seriam de competência da Justiça Federal e não os do artigo 4º, que também se referem à infração contra a ordem econômica.

¹⁵⁶ Disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/HOMEPORTUGUESE/EXTPAISES/EXTLACINPOR/BRAZILINPOREXTN/0,,contentMDK:21592835~menuPK:3817197~pagePK:141137~piPK:141127~theSitePK:3817167,00.html> (Acessado em 11/01/2009).

executar todas as infrações à ordem econômica constantes da Lei n.º 8.884/94¹⁵⁸, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possuía, no ano de 2004, 186 técnicos (OCDE, 2005, p. 80).

Além da análise de condutas, tais servidores são responsáveis também pela análise dos mais de 500 atos de concentração que são apresentados anualmente ao sistema (OCDE, 2005, p. 85). É importante destacar que, além dos atos de concentração e processos administrativos que tramitam no sistema, há também outros tipos de processos, como averiguações preliminares, consultas, além das ações judiciais.

Conforme se observa das tabelas a seguir, transcritas do Relatório da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a concorrência no Brasil (OCDE, 2005, p. 85 e p. 32, respectivamente), ainda é muito pequeno o número de casos de condutas anticoncorrenciais analisados pelo CADE, considerando-se a atividade econômica desenvolvida no país e suas dimensões. Ademais, a quantidade de atos de concentração analisados é excessiva, face ao número de aprovações sem restrições. Evidentemente, o sistema deveria reduzir a apreciação dos atos de concentração apenas àqueles que efetivamente representam risco concorrencial, redirecionando seus recursos à análise de condutas, cujos efeitos deletérios à ordem econômica já estão a afetar o mercado.

¹⁵⁷ Relatório de Indicadores Sociais Municipais do IBGE (2005).

¹⁵⁸ Convém destacar que o rol do artigo 21 é apenas exemplificativo, sendo condição suficiente para caracterização de infração à ordem econômica a mera violação do artigo 20 e seus incisos. O que não é possível é a imputação de infração à ordem econômica por mera infração do artigo 21. As infrações deste artigo necessitam configurar hipótese do artigo 20 (ver art. 21, *caput*), mas é possível, em tese, a existência de infração à ordem econômica apenas com fundamento no artigo 20, não prevista no artigo 21.

Tabela 12. Tendências nas Ações da Política de Defesa da Concorrência 2000 - 2004

	Casos de Conduta ¹	Casos de fusão ²
2004: matérias submetidas ao CADE	37	511
Matérias concluídas	32	651
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	5,6	4,2
2003: matérias submetidas ao CADE	51	511
Matérias concluídas	22	526
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	8,3	2,2
2002: matérias submetidas	31	519
Matérias concluídas	31	518
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	2,8	6,6
2001: matérias submetidas	30	621
Matérias concluídas	34	584
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	Dados indisponíveis	10,1
2000: matérias submetidas	32	668
Matérias concluídas	39	523
Total de sanções impostas (R\$ milhões)	Dados indisponíveis	30,0

1 - Casos de conduta enviados pela SDE ou ANATEL para o CADE, sob os termos do Art. 39, lei 8884.

2 - Casos de fusão enviados pela SDE ou pela ANATEL para o CADE sob os termos do Art. 54 ¶ 6, Lei 8884.

Fonte: SBDC, 2005

Tabela 2. Decisões do CADE em Casos de Concentrações 2000 – 2005

Ano	Atos de Concentração Analisados	Aprovações condições	Aprovações condições			Reprovado	
			Estrutural	Porcentagem Atos de Concentração Analisados	Comportamental		Porcentagem Atos de Concentração Analisados
2004	618	374	2	0,32	41	6,63	¹ (0,16%)
2003	491	484	1	0,20	6	1,22	0
2002	485	474	0	0,0	11	2,27	0
2001	571	539	0	0,0	12	2,10	0
2000	507	490	1	0,20	14	2,76	² (0,39%)
Total	2.672	2.581	4	0,15	84	3,14	³ (0,11%)

Fonte: SBDC, 2005.

1. Este número é o final das documentações que não foram apreciadas pelo CADE porque a transação não atendeu o limite de envio de notificação ou porque as partes desistiram da notificação.

O Relatório destaca que apenas 5% dos casos de conduta foram iniciados, *ex officio*, pela SDE. Do restante, metade foi iniciada por reclamantes privados e metade, por órgão do governo (como a SEAE, promotores públicos, procuradores federais, agências reguladoras, outros ministérios do governo e Procons) (OCDE, 2005, p. 84). Verifica-se, assim, que o sistema tem dificuldade de

exercer sua função fiscalizadora dos mercados, face ao pequeno percentual de casos de conduta iniciados de ofício. Todavia, não é de se estranhar que isso aconteça, em razão do pequeno número de técnicos existentes no sistema para fiscalizar e instruir todas as infrações à ordem econômica existentes em todo o território nacional¹⁵⁹.

Não por acaso, o Relatório de Avaliação do Desenvolvimento e Aplicação da Defesa da Concorrência no Brasil, elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE–, com apoio do Banco Inter-Americano de Desenvolvimento – BID – (2005, p. 111) destacou que:

não se pode esperar que um órgão funcione por uma década com funcionários emprestados e temporários, particularmente quando o desempenho eficiente e eficaz da missão da agência depende bastante do conhecimento institucional acumulado. Sem postos de carreira e posições permanentes, o CADE não pode competir efetivamente com outros órgãos na contratação de pessoal qualificado. O Relatório de 2000 concluiu (p. 200) que prover pessoal para o CADE “deveria ser uma prioridade máxima no governo e no Congresso”, um sentimento que só pode ser repetido aqui com ênfase na palavra ‘máxima’.

No que concerne ao problema da difusão da defesa da concorrência, o relatório sinaliza a importância da descentralização das ações do CADE (OCDE, 2005, p. 112):

Como um ponto final sobre a questão de recursos, é necessário levar em consideração a viabilidade econômica de criar escritórios regionais do CADE em diversos lugares do Brasil. Nenhum outro órgão além do CADE tem autoridade para aplicar a Lei 8884, e muitos casos de conduta que justifiquem processos podem surgir em outros centros populacionais além de Brasília. Manter uma presença local também fortaleceria as relações do CADE com os Ministérios Públicos locais e facilita seus esforços para

¹⁵⁹ Do que se observa do Relatório de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – 2007 (CADE, 2008, p. 216), os problemas ainda persistem, apesar dos consideráveis aprimoramentos especialmente relacionados à redução do tempo médio de análise dos processos e na efetivação de suas decisões na esfera judicial.

promover o entendimento público sobre a política de concorrência e o apoio a ela.

Evidentemente, o relatório propõe uma solução dentro do paradigma hoje existente, o qual concede ao CADE o monopólio da defesa da concorrência. Todavia, parece mais adequado ao nosso modelo federativo fomentar o desenvolvimento de órgãos estaduais e municipais, responsáveis pela defesa da concorrência de âmbito estadual e municipal, respectivamente. Já ao CADE e aos demais órgãos de defesa da concorrência de âmbito federal competiriam a análise das infrações de abrangência nacional ou regional¹⁶⁰, bem como o papel de coordenador do sistema.

Assim, esse momento em que o Congresso Nacional discute a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é propício para se prever um sistema nacional, mais compatível com o princípio federativo estabelecido por nossa Constituição Federal, com a atuação conjunta da União, estados e municípios na defesa da ordem econômica.

Evidentemente que tal proposta não está isenta de problemas, mas mesmo assim é preciso buscar soluções. Para isso, pode-se contar com as experiências federativas em outras políticas públicas, como é o caso da defesa do consumidor, da saúde e do meio-ambiente. Por fim, pode-se também contar com as experiências de outros países, os quais já implantaram modelos de defesa da concorrência com efetiva participação dos estados membros, como é o caso da Espanha e da Alemanha.

Na Espanha existem órgãos autônomos de defesa da concorrência na Galícia, bem como nas comunidades autônomas da Catalunha, País Basco, Madri e Aragão. No início, o modelo espanhol também era centralizado, mas a origem da descentralização decorreu dos recursos de inconstitucionalidade n.º 2.009/1989 e n.º 2.027/1989, contra determinados preceitos da Lei n.º 16, de 17 de julho de 1989, de Defesa da Concorrência. No julgamento dos recursos de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional a atribuição exclusiva à

¹⁶⁰

Entenda-se o termo “regional” como a área que abrange mais de um estado.

Administração Geral do Estado¹⁶¹ de aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, conforme decisão proferida na “Sentença n.º 208/1999”¹⁶².

Na Alemanha a situação é semelhante¹⁶³, pois também há autoridades locais de defesa da concorrência (*Landeskartellbehörde*), como é o caso da Autoridade de Concorrência da Baviera¹⁶⁴, as quais interagem com a autoridade

¹⁶¹ A expressão Estado deve ser aqui entendida como Estado Espanhol, em oposição às comunidades autônomas que o formam.

¹⁶² O Tribunal entendeu que ao não estar expressamente reservada à Administração-Geral do Estado a matéria de defesa da concorrência, as comunidades autônomas que assim o tivessem previsto em seus estatutos possuem competência executiva em relação ao comércio interior e, incluído neste, em defesa da concorrência. Por outro lado, o exercício de tais competências deve harmonizar-se com a necessidade de proteger a unidade da economia nacional e a exigência de um mercado único que permita à Administração-Geral do Estado o desenvolvimento de sua competência constitucional de coordenação do plano geral da atividade econômica. Por esta razão, o Tribunal Constitucional determinou que corresponde à União não só a competência normativa, mas todas as atividades executivas que determinem a configuração real do mercado único de âmbito nacional.

Posteriormente, em atendimento à decisão do Tribunal Constitucional que exigia a revisão da Lei n.º 16/1989, aprovou-se a Lei n.º 1, de 21 de fevereiro de 2002, de coordenação das competências da União e das Comunidades Autônomas em matéria de Defesa da Concorrência. Por tal norma, o princípio de determinação de competência se fundamenta no âmbito territorial em que se produzem os efeitos da conduta. (ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Disponível em <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1999/23950> (Acessado em 14/01/2009).

¹⁶³ “A República Federal da Alemanha está dividida em 16 estados federados ou “*Laender*”. [...] Os estados federados não são simples províncias, e sim estados com poder público próprio. Têm constituições estaduais próprias, que devem corresponder aos princípios de Estado de direito republicano, democrático e social, no sentido da Lei Fundamental. No restante, os estados têm liberdade sobre a configuração de suas próprias constituições.

[...]

Na Lei Fundamental foram estabelecidas as competências da União segundo a necessidade de dar regulamentações uniformes para todos os estados, em determinadas áreas, ou o desejo de deixar aos estados a liberdade de configurar sua própria legislação. Segundo esses critérios, a competência legislativa da União se subdivide em exclusiva, concorrente e básica” (PERFIL DA ALEMANHA, 1992, p. 133-134).

Como destacam Klaus Arndt, Wolfgang Heyder e Gebhard Ziller sobre o modelo federativo alemão,

“Na legislação concorrente, a União possui a competência legislativa na medida em que exista uma necessidade de regulamentação federal, mas os estados podem promulgar leis se a União não fizer uso de suas atribuições (art. 72 da Constituição). Os objetos da legislação concorrente abrangem âmbitos bastante extensos e importantes (ver art. 74, art. 74a, art. 105, alínea 2) para os quais admite-se (sic) uma legislação federal padronizada. A União tem feito um uso bastante abrangente da possibilidade de legislação concorrente. Assim, a cota da União na legislação é muitas vezes superior a dos estados.

Pontos principais:

[...]

- A legislação sobre a economia, o direito do trabalho e a seguridade social;

[...]

- A legislação sobre cartéis” (ARNDT; HEYDER; ZILLER, 1995, p. 72).

¹⁶⁴ Ver site da autoridade de defesa da concorrência do Estado Federado da Baviera: <<http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de>>. Acessado em 14/01/2009.

federal de defesa da concorrência¹⁶⁵. Nesse mesmo sentido, a própria Comunidade Européia passou a adotar um sistema descentralizado de defesa concorrencial, a partir de 2004, com a adoção do Regulamento (CE) n.º 1/2003, destinado a substituir o [Regulamento n.º 17/62](#).

Com a mudança, o regime centralizado de autorização dos acordos foi substituído por um sistema de competências paralelas, por meio do qual a Comissão e as autoridades nacionais passam a ter o poder de aplicar os artigos 81 e 82 na integralidade. Os processos passaram a ser instruídos segundo o princípio da descentralização.

O Regulamento (CEE) n.º 17/62 criava um sistema de controle centralizado, segundo o qual os acordos passíveis de restringir e afetar o comércio entre estados-membros deviam, para beneficiar-se de uma isenção, ser notificados à comissão. Esta competência exclusiva da comissão para a autorização de acordos restritivos da concorrência levou as empresas a notificarem uma grande quantidade de acordos, o que minou os esforços para promover uma aplicação rigorosa das regras de concorrência.

Essa reforma correspondeu, assim, à passagem de um sistema de autorização centralizado de notificação prévia (Regulamento (CEE) n.º 17/62) para um sistema de exceção legal (Regulamento CE n.º 1/2003). Ao basear-se em uma aplicação descentralizada das regras de concorrência e no reforço do controle *a posteriori*, permitiu, por um lado, aliviar o trabalho da comissão e, por outro, reforçar o papel das autoridades e tribunais nacionais na aplicação do direito da concorrência, garantindo simultaneamente a sua aplicação uniforme¹⁶⁶.

¹⁶⁵ O regramento sobre as autoridades de defesa da concorrência na Alemanha, a cooperação com as autoridades européias e internacionais, podem ser encontrados na Parte II, Capítulo I, do ARC (Act Against Restraints of Competition). Disponível em http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/0712_GWB_mitInhaltsverzeichnis_E.pdf (Acessado em 15/01/2009).

¹⁶⁶ “A Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros, reunidas na Rede Europeia de Concorrência (REC), são chamadas a colaborar de forma estreita e complementar para uma aplicação eficaz das regras de concorrência comunitárias na União Europeia. O Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado institui um regime de competências paralelas que permite à Comissão e às autoridades de concorrência dos Estados-Membros (EN) aplicarem estes artigos. Em conjunto, as autoridades nacionais de concorrência (ANC) e a Comissão formam uma rede de autoridades públicas, que agem no interesse geral e cooperam estreitamente para proteger a concorrência. A rede é denominada “Rede Europeia da Concorrência” (REC).

Dos exemplos expostos, constata-se que não faltam, no direito comparado, modelos descentralizados de defesa da concorrência para servir de parâmetro para a federação brasileira. Ademais, se uma das intenções do Poder Executivo Federal, ao elaborar o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, era agilizar o “trâmite dos processos e a priorização de casos que representem maior probabilidade de dano aos consumidores, gerando o aumento da eficiência administrativa, a redução do custo para o administrado e uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência”¹⁶⁷, parece que a descentralização também poderá contribuir para tal mister.

Assim, a despeito dos desafios que uma nova proposta pode trazer, faz-se necessário ampliar o debate relativo à reestruturação do sistema de defesa da concorrência que se quer para o Brasil. Esse debate deve buscar soluções para implementação de um modelo mais adequado à realidade brasileira, de forma a cumprir os preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, objetivando concretizar a natureza federativa de nossa República e, principalmente, difundir a concorrência no Brasil, aproximando as instituições da sociedade civil.

A estrutura das ANC varia de Estado-Membro para Estado-Membro. Nalguns deles, uma mesma entidade procede à instrução do processo e toma todos os tipos de decisões. Noutros Estados-Membros, as funções encontram-se divididas entre duas entidades, uma das quais está incumbida da investigação do processo e a outra, muitas vezes de natureza colegial, é responsável pela decisão. Por último, nalguns Estados-Membros, as decisões de proibição e/ou as decisões de aplicação de uma coima só podem ser tomadas por um tribunal. Sob reserva do princípio geral da eficácia, o artigo 35.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 permite que os Estados-Membros designem a autoridade ou as autoridades nacionais em matéria de concorrência e repartam as funções entre elas”. Disponível em <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l26109.htm>>. (Acessado em 15/01/2009).

¹⁶⁷ Item 22 da Exposição de Motivos n.º 00107-A – MJ/MF/MP, de 1º de setembro de 2005, do Projeto de Lei que estrutura o SBDC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas são as razões que afetam a difusão de determinada política pública no seio da sociedade. Dentre essas razões, merece especial destaque, face à natureza federativa da República brasileira, o arranjo institucional das políticas públicas. No caso da defesa da concorrência, qualquer análise institucional requer prévia delimitação do ramo do direito no qual a política pública encontra-se inserida, a fim de identificar a competência federativa a ela aplicável e a estrutura organizacional que melhor atenda aos objetivos do texto constitucional e ao modelo federativo por ela adotado.

A Constituição Federal de 1988 alterou consideravelmente o modelo federativo brasileiro, em especial no campo do direito econômico, que não tinha previsão expressa nas constituições anteriores. A defesa da concorrência no Brasil, enquanto ramo do direito econômico, insere-se no rol da competência concorrente, constante do artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe ainda sobre a delimitação dos poderes da União, dos estados e municípios, em seus artigos 1º e 18, de forma a resguardar um convívio harmonioso e uma interdependência construtiva entre os entes federados.

Ao contrário de outras leis do mesmo período, cuja competência também é de natureza concorrente, a defesa da concorrência manteve-se centralizada integralmente na esfera da União. A Lei n. 8.884/94 não criou um Sistema Nacional de Defesa Econômica, como na Defesa do Consumidor (artigo 105 da Lei n.º 8.078/90), quanto mais um Sistema Único, como ocorrera na área da Saúde (art. 4º da Lei n.º 8.080/90)¹⁶⁸.

A partir de uma retrospectiva histórica, verifica-se que toda a legislação brasileira de repressão ao abuso de poder econômico sempre esteve concentrada na competência privativa da União, em razão da estrutura federativa estabelecida pelas constituições federais do período. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma grande modificação na estrutura federativa existente no Brasil. Pelo novo texto constitucional, o direito econômico tornou-se expressamente

¹⁶⁸ Artigo 24, incisos V e XII, da Constituição Federal.

competência concorrente, mas a Lei n.º 8.884/94 manteve-se presa ao paradigma da legislação anterior, centralizando a concorrência na esfera da União.

Toda a competência relativa à defesa da concorrência ficou restrita à alçada do governo federal. As únicas menções existentes na lei relativas aos estados e municípios (art. 7º, X, e art. 24, II) sequer sugerem uma atuação conjunta, o que seria de se esperar em razão da competência concorrente prevista no artigo 24, inciso I, da Constituição. A Lei não fez menção à participação dos demais entes federados, seja estado ou município. Em seu artigo 3º, estabelece que o CADE tem jurisdição em todo o território nacional, de forma que se constitui como o único órgão competente para a aplicação das multas previstas na mencionada lei. Pelo modelo adotado, todas as infrações contra a ordem econômica praticadas no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos são julgadas administrativamente pelo Plenário do CADE (art. 7º, II).

Mesmo com as mudanças havidas na Constituição Federal de 1988, a fim de modificar a atuação federativa brasileira em muitas de nossas políticas públicas, a defesa da concorrência manteve-se indiferente. Apesar de a Lei n.º 8.884/94 ter dado um grande passo na sistematização do regime jurídico da defesa da concorrência no Brasil, em matéria de cooperação federativa, ela não deu passo algum.

Ao reestruturar o sistema federativo brasileiro em moldes equilibrados, mediante a repartição de competências vertical e horizontal, a Constituição Federal de 1988, além de partilhar, entre os diversos entes federativos, determinadas competências exclusivas, demarcou também competências exercitáveis em parceria, em busca da cooperação na execução das tarefas e objetivos enunciados. Neste contexto, diante da possibilidade de legislar complementarmente sobre direito econômico, os estados poderão, observadas as normas gerais da União, desenvolver toda uma legislação específica, de forma a melhor equacionar problemas econômicos, que se projetam com intensidade distinta nos diferentes entes federados, tratamento particular, em atenção às peculiaridades estaduais.

Assim, neste momento em que se discute a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e seu substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados (PL 3.937-B/2004), deve-se incorporar a participação dos demais entes federados na execução da política

pública. Ademais, essa atuação conjunta na execução de políticas públicas não constitui novidade na federação brasileira, pois diversas leis federais que tratam de direitos inseridos no rol das competências comuns e concorrentes já trataram do assunto, como as já mencionadas normas referentes à defesa do consumidor, do meio ambiente e da saúde.

Neste sentido, a Lei de Proteção e Defesa do Consumidor atendeu melhor aos preceitos constitucionais constantes dos artigos 24, §§ 1º e 2º, ao estabelecer em seu artigo 105 que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é integrado pelos órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor. O mesmo ocorre com o direito à saúde, constante do artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal, cuja Lei Orgânica (Lei nº 8.080/90) prevê a atuação conjunta dos entes federados, disciplinando inclusive de forma detalhada a competência de cada ente federado no Sistema Único de Saúde, conforme dispõem seus artigos 16, 17 e 18.

Constata-se, assim, que as regras relativas à defesa da concorrência, editadas após a Constituição de 1988, não poderiam limitar tal política pública à atuação exclusiva da União. Seria de se esperar que o legislador pátrio previsse, ao menos em alguma medida, a participação dos demais entes federados na defesa da concorrência. O que se constata é uma trajetória que precisa ser rompida, mas nunca houve propostas no sentido de mudá-la.

Não é apenas em razão da atual estrutura federativa estabelecida pela Constituição Federal de 1988 que se torna necessária a descentralização da defesa da concorrência no Brasil. Há também razões de caráter sócio-político que recomendam tal descentralização, especialmente aquelas voltadas à ampliação de sua difusão social, enquanto política pública.

A participação cidadã nas políticas públicas tornou-se uma das condições fundamentais para a caracterização da democracia na atualidade. Isso se deve a diversos fatores, dentre os quais se destaca a noção de que a participação é um meio fundamental para o estabelecimento de relações mais transparentes, na busca por uma cidadania ativa que assegure instrumentos para o questionamento permanente da ordem estabelecida. Esse questionamento, contudo, exige da sociedade civil atores sociais motivados, com participação ativa e representativa, sem dependência financeira ou administrativa do Estado.

Essas são condições estruturantes para o rompimento com práticas populistas e clientelistas que privatizam as políticas públicas em suas diversas acepções. A participação na gestão pública permite corrigir as limitações da democracia representativa e favorece o engajamento da sociedade civil na formulação de políticas e no controle das ações governamentais.

Para isso, a quebra do distanciamento e a aproximação das instituições públicas do cidadão favorecem o contato entre ambos, de forma a permitir que os interesses e concepções político-sociais sejam levados em consideração no processo decisório. Essa aproximação também permite reduzir uma questão que afeta a participação social e política: a marcada divisão existente em nossa sociedade entre o setor oficial e o setor civil. Tradicionalmente supõe-se que o setor oficial é o iniciador e promotor do desenvolvimento, sendo o setor civil apenas seu beneficiário. Esta dicotomia tem tido como saldo a existência de um verdadeiro abismo entre os dois setores. De um lado estão os tecnocratas e burocratas que planejam, decidem e executam. Do outro, uma enorme massa de pessoas somente dedicadas a seus próprios interesses e negócios.

Com o aprimoramento dos canais de comunicação entre os indivíduos e as instituições, mais as questões públicas são compreendidas e mais sentido elas passam a ter na vida dos cidadãos. Por essa razão, faz-se necessário ampliar os canais de comunicação entre os cidadãos e as políticas públicas, de forma a aprimorar o jogo democrático. Essa aproximação institucional torna-se especialmente importante nos dias atuais, diante da degradação do espaço público por que passa a sociedade moderna. Neste contexto é que se torna ainda mais relevante a aproximação das instituições da sociedade civil local, contribuindo para o resgate do espaço público, de forma que as elites burocráticas do Estado estejam menos aptas a realizar alianças com as classes e setores dominantes da sociedade.

A participação não tem somente uma função instrumental na co-direção do desenvolvimento pelo povo e pelo governo, mas também exerce uma função educativa da maior importância, que consiste em preparar o povo para assumir o governo como algo próprio de sua soberania. Por meio da participação, a população aprende a transformar o Estado, de órgão superposto à sociedade e distante dela, em órgão dependente e próximo dela. Assim, a governabilidade democrática exige a construção e desenvolvimento, tanto por parte do Estado, como da sociedade, de

identidades e capacidades para a ação política, bem como de responsabilidades para seu exercício.

Essa noção de governabilidade democrática pressupõe a rearticulação das relações entre Estado e sociedade, de forma a ampliar a esfera pública, a fim de que haja maior influência sobre o Estado por parte da sociedade. Busca-se, assim, não apenas limitar o Estado, mas também modificar as relações sociais em busca de uma maior auto-organização da sociedade.

O problema exige a criação de uma institucionalidade que torne a gestão pública mais permeável às demandas da sociedade, na medida em que a mera influência indireta desta sobre o Estado não parece ser suficiente para a ampliação da esfera pública. É necessário criar mecanismos institucionais que retirem do Estado e dos agentes sociais privilegiados o monopólio da exclusividade na definição da agenda social. Busca-se um outro modo de se compreender e aplicar a noção da coisa pública, de forma mais plural e descentrada.

Essa noção da coisa pública, por sua vez, não deve ser mítica da sociedade civil, nem maniqueísta sobre o Estado, no sentido de que apenas o que se origina da sociedade civil tem valor e não o contrário. Essa noção deve fundar-se na perspectiva de que não apenas a sociedade produz o Estado, exercendo sobre ele uma função crítica e de controle, mas no trabalho conjunto de ambos (Estado e sociedade civil), que favoreça a liberdade e a igualdade dos sujeitos sociais de participar das ações públicas.

Nesse contexto, a descentralização federativa das políticas públicas, com garantias de participação da sociedade civil, deve ser considerada como uma importante alternativa para o resgate da esfera pública e para a difusão das políticas públicas, dentre as quais a defesa da concorrência. A descentralização, ao aproximar as instituições do cidadão, tende a favorecer a conscientização do cidadão de seus direitos e de seu protagonismo na eficácia das políticas públicas.

Todavia, a descentralização da defesa da concorrência não garante, por si, uma melhoria na qualidade desta política pública. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter configurado uma tendência à descentralização política, fortalecida pela priorização de serviços fundamentais, como saúde, educação, assistência e obras públicas, essa descentralização tem demonstrado deficiências

de coordenação, a despeito das conquistas já alcançadas. Falta uma coordenação eficiente no âmbito federativo e a fragmentação institucional agrava esse quadro.

Grandes são os riscos inerentes ao processo de descentralização. Para que haja sucesso nessa iniciativa, é preciso que os agentes envolvidos tenham consciência e estejam preparados para seus desafios. Todavia, é possível ter sucesso no processo de descentralização da defesa da concorrência, caso se utilize dos modelos existentes em outras políticas públicas descentralizadas. Um bom modelo a ser seguido é o da defesa do consumidor.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor possui duas grandes distinções em relação ao modelo de sistema de defesa da concorrência. A primeira delas decorre de sua previsão legal. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em título específico (Título IV), previu expressamente a existência de um sistema, o SNDC, bem como dispôs sobre seus integrantes e suas competências (artigos 105 e 106). Isso certamente favorece a atuação coordenada dos entes envolvidos, na medida em que se explicita o papel de cada ente dentro do sistema.

A segunda distinção é que o SNDC é um sistema nacional que engloba todos os entes federados e a sociedade civil. Assim, o SNDC é composto não apenas órgãos da esfera da União, mas também dos estados, Distrito Federal e municípios, como os Procons, além das entidades civis de defesa do consumidor. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, vinculado à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça é para o SNDC um órgão de coordenação, sendo que os Procons, enquanto órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, gozam de autonomia administrativa e financeira, não havendo relação hierárquica em face do DPDC.

A existência dos Procons, que atuam de forma descentralizada na implementação da defesa do consumidor, ampliam os canais de comunicação dos cidadãos no acesso à política pública, pois favorece a discussão dos temas em âmbito local, onde as relações jurídicas se realizam. A proximidade desses órgãos nas comunidades locais torna-os atores privilegiados da educação para o consumo.

Essa é a razão fundamental pela qual a defesa da concorrência não conseguiu difundir-se como a defesa do consumidor, apesar dos esforços nesse sentido. Não basta a realização de seminários e debates sobre o tema. É

fundamental a participação ativa da sociedade civil na política pública, para que ela seja assimilada pela sociedade. Enquanto o processo decisório estiver distante do cidadão e sua participação no processo não for facilitada, não haverá espaço favorável para a internalização da política pública pela comunidade. A reflexão, o debate e a interação do cidadão na política pública se fortalecem no processo de participação e na percepção de como ela afeta seu cotidiano.

O grande diferencial existente entre os modelos de sistemas de defesa do consumidor e da concorrência, bem como a difusão social que tais políticas públicas tiveram nas últimas décadas, está em sua gênese. Ao contrário do ocorrido na elaboração do SBDC, criado pela Lei n.º 8.884/94, o anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor que criou o SNDC foi amplamente debatido com a sociedade civil antes de seu encaminhamento ao Congresso Nacional.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor constitui um exemplo de referência à descentralização de política pública, com ampla credibilidade, e que poderia muito bem servir de parâmetro para implantação de um Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. Um aspecto relevante no processo de descentralização da defesa da concorrência está na ampliação da autonomia do sistema em relação ao Poder Executivo Federal. Ao descentralizar as decisões nas diferentes esferas federadas, compartilha-se o poder decisório e a previsão de um sistema nacional, composto por diferentes grupos e membros da sociedade civil organizada, favorece a transparência e o processo de prestação de contas ao público e às autoridades competentes. Para isso, faz-se necessário que esse sistema constitua-se em instância deliberativa e de mútuo controle.

Trata-se, no fundo, de reconhecer que a política de defesa da concorrência no Brasil deve basear-se no pluralismo cooperativo e na participação, de modo que a autoridade do sistema não seja exercida de modo paternalista, mas articulada com mecanismos pluralistas e participativos, que favoreçam um processo de tomada de decisões mais legítimo, receptivo e co-produzido.

Em oposição aos preceitos ora expostos, o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em setembro de 2005, que propõe a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e seu substitutivo (PL 3.937-B/2004) em nada ampliam a participação federativa ou

social na defesa da concorrência. Ao contrário, acabam por centralizar ainda mais a política pública na esfera da União.

Assim, deve-se aproveitar esta oportunidade para se prever um Sistema Nacional de Defesa Econômica, semelhante ao já existente na Defesa do Consumidor, de forma a prever a atuação conjunta da União, estados e municípios na defesa da ordem econômica. Estamos diante de uma excelente oportunidade de prever a atuação conjugada de órgãos estaduais e municipais de defesa econômica.

É evidente que tal proposta de descentralização não está isenta de problemas. Certamente, há muitos. Mas, mesmo ciente das dificuldades, importa buscar soluções para implementação de um modelo mais adequado ao princípio federativo estabelecido por nossa Constituição Federal. Para isso, pode-se contar com as experiências federativas em outras políticas públicas, como é o caso da defesa do consumidor. Constata-se também que não faltam, no direito comparado, modelos descentralizados de defesa da concorrência para servir de parâmetro, como é o caso da Alemanha e da Espanha.

Ademais, se uma das intenções do Poder Executivo Federal, ao elaborar o Projeto de Lei n.º 5.877/2005, era agilizar o “trâmite dos processos e a priorização de casos que representem maior probabilidade de dano aos consumidores, gerando o aumento da eficiência administrativa, a redução do custo para o administrado e uma implementação mais efetiva da defesa da concorrência”¹⁶⁹, parece que a descentralização também poderá contribuir para tal mister.

Assim, este momento, em que se discute o novo modelo de defesa da concorrência para o Brasil, parece apropriado para se discutir e implementar um sistema nacional descentralizado, que estabeleça uma atuação conjunta entre os entes federados e a sociedade civil. Com isso, poder-se-ão cumprir os preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, objetivando concretizar a natureza federativa de nossa República e, principalmente, difundir a concorrência junto à sociedade civil.

¹⁶⁹ Item 22 da Exposição de Motivos n.º 00107-A – MJ/MF/MP, de 1º de setembro de 2005, do Projeto de Lei que estrutura o SBDC.

BIBLIOGRAFIA

Perfil da Alemanha. Societäts-Verlag: Frankfurt am Main, 1992.

ABADE, Denise N. Competência federal nos crimes contra a livre concorrência. In: ROCHA, João Carlos. **Lei Antitruste: 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ABREU, César A. M. R. **Sistema Federativo Brasileiro: degeneração e reestruturação.** Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2004.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Descentralização e coordenação federativa no Brasil: Lições dos anos FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita Garcia (Org.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2.** Brasília, 2002. Disponível em <http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTextoFernandoAbrucio1Descentraliza.pdf>> Acessado em 9 de setembro de 2007.

_____. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sônia. **Democracia, Descentralização e Desenvolvimento: Brasil & Espanha.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

AFFONSO, Rui de B.; SILVA, Pedro L. B. **A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados.** São Paulo: FUNDAP, 1995.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALMEIDA, João Batista. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: estrutura, funcionamento e municipalização. In: **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: avaliação e perspectivas.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

AMARAL, Maria Nazaré de Camargo Pacheco. **Dewey: filosofia e experiência democrática.** São Paulo: Perspectiva, 2007.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da Concorrência nas Comunidades Européias.** 2ª edição, actualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. **Antitrust Analysis: problems, text, cases.** 5ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

ARNDT, Klaus Friedrich et al. A divisão de tarefas e a interdependência entre a União e os estados. In: JUNG, Winfried. **O Federalismo na Alemanha.** São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 61 a 70.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer Choice: The practical reasons for both antitrust and consumer protection law. In: **Loyola Consumer Law Review,** 1998.

_____. Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law. **Antitrust Law Journal**. Spring, 1997.

BACHA, Carlos José Caetano. **Macroeconomia aplicada à análise da economia brasileira**. São Paulo: Edusp, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O princípio de subsidiaridade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

_____. **Direito Econômico Brasileiro**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. (Coord). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BAUMANN, Zygmunt. **Globalização conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BEJARANO, Ana Maria. Democracia y sociedad civil: una introducción teórica. In: **Análisis Políticas**. Bogotá. N. 15. 1992.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BORDENAVE, Juan E. D. **O que é Participação**. São Paulo: Brasiliense, 1983. (Col. Primeiros passos) 8ª Reimpressão 1995.

BORGES, Jorge Luis. **Obras completas**. Vol. 2. São Paulo: Globo, 2000.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao Abuso do Poder Econômico (Lei Antitruste)**. São Paulo: Atlas, 1964.

BRASIL. **Exposição de Motivos n.º107-A –MJ/MF/MP**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2005/107%20A%20-%20MJ%20MF%20MP.htm>. Acessado em 9/01/2009.

_____. **Projeto de Lei n.º 5.877, de 12 de setembro de 2005**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2005/msg572-050901.htm>. Acessado em 9 de janeiro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1950/SP**, Relator Ministro Eros Roberto Grau, publicada no Diário de Justiça, n.º 218, de 14/11/2005.

BRUM, Amanda. Para ministro do STF, CADE é cartel de advogados. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 13 de novembro de 2004, Economia, B5.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BUZAID, Alfredo. **O estado federal brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, 1971.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: avaliação e perspectivas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

CAMARGO, Aspásia. A Federação acorrentada nacionalismo desenvolvimentista e instabilidade democrática. In: **XVI Encontro Anual da ANPOCS**, 20 a 23 de outubro de 1992, Caxambu, Minas Gerais.

CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na federação brasileira. **Revista de Processo**. Curitiba. Vol. 23, n.º 92. p. 244-261. out/dez. 1998.

CARPENA, Heloísa. Tutela unificada da concorrência e do consumidor no Brasil: a caminho de uma ética no mercado. Rio de Janeiro. **Revista Forense**, v. 388, ano 102, p. 109 a 120. nov/dez 2006.

_____. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2005.

CIEE - Centro de Integração Empresa-Escola. **Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: CIEE, 2003.

_____. **Guia Prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil**. 3ª ed. rev. Ampl. e bilingue. São Paulo: CIEE, 2007

Clark, John M. *Toward a concept of a Workable competition*. In: **The American Economic Review**, Vol. 30, No. 2, Part 1 (Jun., 1940), pp. 241-256.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei n.º 8.884/94**. São Paulo.: Editora Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 1976.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Relatório de Gestão - 2007**. Brasília: CADE, 2008.

CONSELHO BRASILEIRO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS. **O federalismo mundial e perspectivas do federalismo no Brasil**. São Paulo, 1997. Seminário.

CORWIN, Edward Samuel. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Editora Ática, 1986.

DENARI, Zelmo. Das Sanções Administrativas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1995, p. 387-401.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DEMO, Pedro. **Pobreza Política**. São Paulo: Cortez Editora/Autores Associados, 1998.

_____. **Participação é Conquista: noções de política social participativa**. São Paulo. Cortez. 1993.

_____. **Cidadania Pequena: fragilidades e desafios do associativismo no Brasil**. Coleção polêmicas do nosso tempo. Campinas: Autores Associados, 2001.

DENNIS, Kenneth G. **Competition in the history of economic thought**. New York: Arno Press, 1977.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA. **Glosario de términos utilizados em el ámbito de La política de competência de la Unión Europea: Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones**. Bruselas: Comisión Europea, 2002.

DONER, Richard F. e HERSHBERG, Eric. Produção flexível e descentralização política nos países em desenvolvimento: afinidades eletivas na busca da competitividade? In: GUIMARÃES, Nadya Araújo e MARTIN, Scott (Org). **Competitividade e Desenvolvimento: atores e instituições locais**. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELAZAR, Daniel. **Exploring federalism**. Alabama: University of Alabama Press, 1987.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Recursos de inconstitucionalidad 2.009/1989 y 2.027/1989 (acumulados). **Sentencia 208 de 11/11/1999**. Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado (BOE) n. 300, 16/12/1999, p. 46-59. Disponível em http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1999/23950>. Acessado em 9 de setembro de 2007.

_____. **Compendio de legislación española de defensa de la competencia**. Madrid. Ministerio de Economía. 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer sobre a constitucionalidade da Lei n.º 8.884/94. In: **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 1.094/94. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1994.

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In. Bastos, Celso (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 15-38.

FLEURY, Sonia (Org.). **Democracia, Descentralização e Desenvolvimento: Brasil e Espanha**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 4ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

_____. **Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à legislação antitruste**. 2ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FONSECA, Júlio Borges da. **Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. 8ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANCESCHINNI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRANCO, Gustavo. O CADE: seu foco seu lugar. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro. 1º de agosto de 1999. Economia. Página 4.

FREITAS FILHO, Roberto. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: estrutura, funcionamento e municipalização. In: **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor: avaliação e perspectivas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

GHEVENTER, Alexandre. **Autonomia versus controle: origens do novo marco regulatório na América Latina e seus efeitos sobre a democracia**. Belo Horizonte: Editora UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. Rio de Janeiro: Revan, Brasília: ENAP, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Perspectivas para o Federalismo. In. Bastos, Celso (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 146-165.

GUESNERIE, Roger. **A Economia de Mercado**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

GUIMARÃES, Nadya Araújo; MARTIN, Scott. Descentralização, equidade e desenvolvimento: atores e instituições locais. In. GUIMARÃES, Nadya Araújo; MARTIN, Scott (Org). **Competitividade e Desenvolvimento: atores e instituições locais**. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. Vol. 1.

_____. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. Vol. 2.

_____. **Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público**. In. Novos Estudos. CEBRAP. São Paulo. nº 26. 1990.

_____. **The Theory of Communicative Action**. Boston: Beacon Press, 1984. Vol. 1.

_____. **A Crise de Legitimação no capitalismo tardio**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HAMILTON, Alexander. **O Federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HEILBRONER, Robert Louis. **A Natureza e a Lógica do Capitalismo**. São Paulo: Editora Ática, 1988.

_____. **Formação sociedade econômica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

_____. **O Capitalismo do Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

HORTA, Raul Machado. Perspectivas do federalismo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Rio de Janeiro, 1958.

_____. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, vol. 2. pp. 5-19. 1993.

_____. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOUAISS, Antônio et al. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

HUNTINGTON, Samuel Phillips. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indicadores Sociais Municipais 2000**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/default.shtm. Acessado em 9 de setembro de 2008.

JACOBI, Pedro. **Políticas sociais e ampliação da cidadania**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

KANITZ, Horst. A autonomia administrativa municipal: a administração pública ao alcance do cidadão. In: JUNG, Winfried. **O Federalismo na Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung. 1995, p. 237 a 265.

KATZ, Ellis. Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. In: **Revista de Direito Público**. São Paulo, vol. 16, n.º 65, pp. 97-101. jan/mar. 1983.

KEYNES, John Maynard. **The General theory of employment, interest and money**. New York: Harcourt, Brace, 1936.

KHEMANI, Rughvir Shyam. Objectives of Competition Policy. In: **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**. Washington, D.C: The World Bank, 1999.

KINSKY, Ferdinand. The fundamental principles of federalism. It's methodology and philosophy. In: **O federalismo mundial e perspectivas do federalismo no Brasil**. São Paulo: Conselho Brasileiro de Relações Internacionais, 1997.

KOTSIRIS, Lambros E. An Antitrust Case in Ancient Greek Law. In: **International Lawyer**, 22: pp. 451-455. 1988.

KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Org.). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. Série Debates, n.º 22. Vol. I. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

KUHN, Thomas Samuel. **Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1975.

LANDE, Robert H. Proving the obvious: the antitrust laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency). In: **Hastings Law Journal**. April, 1999.

LANDE, Robert H. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. 34 In: **Hastings Law Journal**. 65 1982.

LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In: JUNG, Winfried. **O Federalismo na Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 33 a 47.

LETWIN, William L. Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 23, n.º. 2 (Winter, 1956), pp. 221-258.

LIMONGI, Fernando Pappaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: Weffort, Francisco (Org.) **Os Clássicos da Política**. Vol. 01. São Paulo. : Editora Ática, 2000, p. 243 a 287.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência Legislativa Concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 26, n.º 101, p. 87-104. jan./mar.1989.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e Propriedade. Função Social e Abuso de Poder Econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACIEL, Omar Serva. **Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

MAGALHÃES, Paulo Germano. As origens do nome 'Lei Malaia'. In: **Revista do CADE**. Brasília, ano 2, n.º 4, p. 11-13. 1988.

MALARD, Neide Teresinha. **Concentração de Empresas: Livre Concorrência e Limites à Liberdade de Iniciativa**. 1997. (Dissertação de Mestrado), Faculdade de Direito. Brasília. Universidade de Brasília..

MANDEVILLE, Bernard. **The fable of the bees**. London: Penguin, 1989.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, n.º. 52, p. 7-36, out.-dez. 2004.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 2ª ed. Revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1999.

MORAES, José Geraldo. **Caminho das Civilizações**. São Paulo: Atual, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, vol. 25, n.º 100, p. 127-162. out/dez. 1988.

MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia com e contra Carl Schmitt. **Cadernos da Escola Legislativa**. Belo Horizonte, 1(2): 87-108, jul/dez, 1994.

NETTO, José Paulo, BRAZ, Marcelo. **Economia Política: uma introdução crítica**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico; BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Brasília, 2005.

OECD; WORLD BANK. **A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy**. Washington: The World Bank, 1999.

OLIVEIRA, Rogério Terra de. **A Política de Defesa da Concorrência no Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (1901-1984): Um Estudo Preliminar**. 1996. (Dissertação de Mestrado). Instituto de Relações Internacionais. Brasília. Universidade de Brasília.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RAMIN, Áurea Regina Sócio de Queiroz. **As Instituições Brasileiras de Defesa da Concorrência**. Brasília: Editora Fortium, 2005.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. São Paulo: Editora Plêiade, 1998.

REQUEJO, Ferran. Democracia, Descentralização e Pluralismo Cultural: o caso do "Estado das Autonomias Espanholas. In: FLEURY, Sonia (Org.). **Democracia, Descentralização e Desenvolvimento: Brasil e Espanha**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ROSO, Jayme Vita. **Novos Apontamentos à Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: LTr., 1998.

ROVERSI-MONACO, Fabio. Descentralização e Centralização. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial: As condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **O trust e o direito brasileiro**. São Paulo: LTr., 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Congresso da cidade. **Visão**. São Paulo, 31 de maio de 2001. Disponível em <<http://www.ces.fe.uc.pt/opiniao/bss/022.php>> Acessado em 13/07/2008.

_____. **Um Discurso sobre as Ciências**. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

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

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigações sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo.: Editora Nova Cultural Ltda., 1996a. Vol. 1.

_____. **A riqueza das nações: investigações sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo.: Editora Nova Cultural Ltda., 1996b. Vol. 2.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Sociologia Jurídica: Condições sociais e possibilidades teóricas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SOUZA, Marcelo de Lima. **As Instituições da Política de Defesa da Concorrência no Brasil: Uma Visão Comparada**. 2000. (Dissertação de Mestrado). Instituto de Ciência Política. Brasília. UnB..

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Achegas à Lei n. 8.884/94. In: ROCHA, João Carlos. **Lei Antitruste: 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 5ª ed. São Paulo: Editora LTr., 2003.

_____. O federalismo sobre o prisma econômico. In: HORTA, Raul Machado. **Perspectivas do federalismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1958.

SULLIVAN, Lawrence Anthony; GRIMES, Warren S.. **The law of antitrust: an integrated handbook**. 2 ed. Minnesota: Thomson, 2006.

TAVARES. André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003.

TOBAR, Federico. O conceito de descentralização: usos e abusos. **Planejamento e Políticas Públicas**. Brasília, n.º 5. p. 31-35, junho de 1991.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

_____. O Federalismo, formação histórica, constitucional. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro. FGV, vol. 3, n.º 2, p. 21-51, abr./jun., 1969.

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

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VICKERS, John. Competition is for Consumers. In: **Fair Trading Magazine**. Issue 32, May, 2002.

_____. **Concepts of Competition**. Oxford: Clarendon Press., 1994.

WAISBERG, Ivo. **Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WHEARE, Kenneth Clinton. **Federal government**. London: Oxford University Press, 1946.

WORLD BANK. **Global Purchasing Power Parities and Real Expenditures: 2005 International Comparison Program**. Washington: The World Bank, 2008.

_____. **Governance: The World Bank Experience**. Washington: The World Bank, 1994.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.