



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

Mauro César Santiago Chaves

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA:
A necessária participação de estados e municípios.**

BRASÍLIA
2006

Mauro César Santiago Chaves

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA:
A necessária participação de estados e municípios.**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção do Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação.

Orientador: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

**Brasília
2006**

Mauro César Santiago Chaves

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA:
A necessária participação de estados e municípios.**

Monografia apresentada ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção do Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu*, em Defesa da Concorrência e Direito da Regulação.

Orientador: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

Brasília, _____ de _____ de _____

Banca Examinadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Dedico este trabalho à minha esposa Cátia, pelo incentivo incondicional em todos os momentos, especialmente nos mais difíceis, prova silenciosa de que o amor é paciente. Ao meu filho Vítor e aos que vierem, pelas alegrias trazidas e aquelas por trazer.

Aos meus pais, pelo mais importante legado, modelos de justiça, bondade e retidão.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, orientador desta monografia, e aos demais professores da pós-graduação, pelas preciosas lições transmitidas.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na pessoa da Professora Elizabeth Farina, pelo constante incentivo institucional à capacitação de seus servidores.

Aos colegas da Procuradoria, especialmente, aos Drs. Arthur Badin, Gilvandro Araújo e Sérgio Vidal, cujo apoio e compreensão foram determinantes na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O novo modelo de repartição de competências estabelecido pela Constituição Federal de 1988 representa uma tentativa de superar o federalismo hegemônico que se desenvolveu no Brasil ao longo do século passado. Essa superação indica a busca por um federalismo de equilíbrio, de forma a solucionar problemas políticos fundamentais, como a legitimação social, a intensificação do estado de direito, o fortalecimento da concorrência política e o respeito e favorecimento à diversidade cultural e social. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente (art. 24, inciso I, CF/88), de forma a que à União compete editar normas gerais e aos estados-Membros, as normas específicas sobre direito econômico. Na medida em que a defesa da concorrência encontra-se inserida no âmbito do direito econômico (artigo 173, § 4º CF/88), a competência legislativa a ela inerente também possui natureza concorrente, havendo espaço para atuação legislativa pelos estados-membros. Todavia, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) não deixou margem para a atuação dos demais entes federados. A atual centralização da defesa da concorrência nas mãos da União limita o âmbito de repressão às infrações à ordem econômica. Diante da possibilidade de legislar concorrentemente sobre direito econômico, os estados poderão, observadas as normas gerais da União, desenvolver uma legislação específica, de forma a melhor equacionar problemas econômicos, que se projetam com intensidade distinta nos diferentes entes federados, propiciando um tratamento particular em relação às peculiaridades estaduais. A discussão sobre o novo modelo de defesa da concorrência, no âmbito do Projeto de Lei nº 5.877/2005 torna o momento favorável à criação de um Sistema Nacional de Defesa Econômica, capaz de prever a atuação conjunta da União, estados e municípios na defesa da ordem econômica. A desconcentração de atribuições entre os diferentes entes federados é relevante não apenas para dar eficácia ao princípio federativo, mas também porque racionaliza o trabalho dos órgãos de defesa da concorrência, conforme o âmbito geográfico do mercado afetado. Os estados e municípios, ao atuarem na defesa da concorrência nos mercados geográficos de âmbito estadual e municipal, respectivamente, permitirão à União focar sua atenção na defesa da concorrência nos mercados de âmbito regional e nacional. Além disso, a participação dos demais entes federados na defesa da concorrência permite não apenas a ampliação da repressão ao abuso de poder econômico, mas, principalmente, viabiliza a diversificação dos mecanismos de repressão a esse abuso, o que representa uma das grandes vantagens do modelo federativo. Possibilita-se também a aproximação das instituições públicas dos cidadãos (consumidores e agentes econômicos locais), maiores interessados na cessação das práticas anticoncorrenciais, permitindo a ampliação dos espaços de participação e difundindo a cultura de defesa da concorrência.

Palavras-chave:

Direito Econômico. Defesa da Concorrência. Competência Concorrente. Federação.

ABSTRACT

The new way to share competencies established by the Federal Constitution of 1988 represents an attempt to surpass the hegemonic federalism that developed in Brazil in the pervious century. This overcoming is a search for a balanced federalism, in order to solve the main political problems such as the social legitimacy, the intensification of the state of rights, the policy competition strengthen and the respect and favoring the cultural and social diversity. The Federal Constitution of 1988 established that it's the Union duty to edict general rules and it's the state members' duty the specific ones related to the economic rights. The defense of the competition is part of the economic rights, as well as, the legislative competence inherent to it is also concurrent, in a way that there is space for the legislative action by the state members. However, the Competition Law didn't allow the federate members to act. The fact that the Union centralizes the defense of competition lessens the repression to the economic order. If there is a possibility of legislation by the Union as well as the states, the states will be able to develop all the specific legislation for a better solution to the economic problems that are projecting with different intensity in the different states of the federation, so that they receive a particular treatment, taking into consideration the states peculiarities. The discussion about the new defense model concerned to # 5877/2005 Law Project states that this is the right time for the creation of a National System of Economic Defense that can preview a joint action by the Union, states and districts for defending the economic order. The decentralization of the attributions among the different states of the federation is important, not only for given effectiveness to the federative principle, but also because it rationalizes the work of the competition defense institutions, in accordance to the geographic market involved. As the states and the districts act in favor of the state and district geographic markets, they will permit the Union to focus its action over the defense of competition of the regional and national markets. Besides that, the participation of the other members of the federation in the defense of competition permits not only an expansion of methods for preventing acts of economic abuse, but also makes it possible the creation of mechanisms to reduce it, which represents a great advantage of the federative model. It also makes possible a closer relation of the public institutions and the citizens (clients and local economic agents), the most interested ones in eliminating the anti-competition practices, spreading the culture of competition.

Key words: Economic Rights, Competition Defense, Concurrent Competency, Federation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
DESENVOLVIMENTO.....	14
CAPÍTULO I – O FEDERALISMO.....	14
1.1 - Acepção e características.....	14
1.2 - Antecedentes históricos.....	20
CAPÍTULO II – O FEDERALISMO NO BRASIL.....	25
2.1 – Breves considerações históricas.....	25
2.2 – A Federação na Constituição de 1988.....	30
2.3 - Das Competências comuns e concorrentes.....	36
2.4 – A defesa da concorrência e a competência concorrente.....	40
CAPÍTULO III – A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	45
3.1 – Breves considerações históricas.....	45
3.2 – Desconcentração e difusão da defesa da concorrência.....	57
3.3 – Alguns dados estatísticos.....	60
CONCLUSÃO.....	69
BIBLIOGRAFIA.....	73

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a defesa da concorrência pressupõe a compreensão das circunstâncias que tornam tal política pública tão necessária a relevante. Cada ordenamento jurídico tem seus princípios fundamentais, distintos de outros sistemas, em razão da realidade histórica, econômica e social de determinada sociedade.

Desta forma, não há como se estabelecer, *a priori*, um rol de funções e objetivos a serem alcançados pela defesa da concorrência. Isso só se torna possível diante da realidade de cada país, de forma que não se pode afirmar a existência de um objetivo único para toda e qualquer norma de defesa da concorrência.

Nos países que optaram por uma economia de mercado, a defesa da concorrência tem se destacado, na medida em que se torna fator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura. Nessas economias, a concorrência também possibilita um aumento na variedade e na qualidade dos produtos, bem como favorece a diminuição dos preços.

Pode-se afirmar que a concorrência é um instrumento existente em benefício dos cidadãos, uma vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes da concorrência. Ademais, a disputa entre as empresas ocasionada pelo ambiente concorrencial propicia-lhes melhor estrutura para atuação no mercado externo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, estabelece que a defesa da concorrência é um meio para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nesse contexto, a defesa da concorrência

não se presta apenas à eliminação das práticas nefastas à economia de mercado, mas também constitui instrumento de implementação de políticas públicas.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹, criado pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, encontra-se em fase de reestruturação, conforme proposta constante do Projeto de Lei nº 5.877/2005, do Poder Executivo Federal, encaminhado ao Congresso Nacional em 12 de setembro de 2005.

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 oportuno também para trazer novas possibilidades de arranjo institucional, sem apegos a paradigmas jurídicos sedimentados em antigos modelos de defesa da concorrência².

Nessa concepção, convém que o modelo proposto seja concebido de forma a atender aos objetivos da República Federativa do Brasil, constantes do artigo 3º de nossa Carta Magna, bem como daqueles constantes do título relativo à ordem econômica e financeira (art. 170 e seguintes da Constituição Federal). Não se pode esquecer que a Constituição brasileira de 1988, em seu Título I (Dos Princípios Fundamentais), estabeleceu que a República Federativa do Brasil é

¹ Em que pese a presente expressão não decorrer de expressa definição legal, sua referência evoca a reunião dos três órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no Brasil:
a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE;
b) Secretaria de Direito Econômico – SDE;
c) Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

² 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 (KUHN, 1975, p. 218-219).

formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, conforme nossa tradição republicana³.

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

Assim, a primeira grande originalidade da Federação está no surgimento de um Estado soberano composto de estados autônomos, mediante uma institucionalização vertical dos laços associativos, de forma a constituir diferentes níveis de poder (central e periféricos). O segundo traço característico encontra-se em sua base jurídica, que será sempre uma Constituição comum a todas as entidades federadas, na qual estão fixados os fundamentos essenciais de suas relações recíprocas (ALMEIDA, 2005, p. 25-26)⁴.

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

³ Artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁴ Neste ponto, convém destacar que, ao contrário da Federação, a Confederação tem por fundamento um tratado, instituto jurídico por meio do qual estados soberanos oficializam acordos de vontade a que se vinculam, os quais podem ser rompidos a qualquer momento.

Constituição Federal de 1988⁵. 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.

A repartição de competências estabelecida na Constituição Federal de 1988, 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 suplementar. Na lição de HORTA (1993, p. 9-10) a respeito de legislação concorrente:

É conceitualmente uma legislação incompleta de forma que a legislação suplementar 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.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente (art. 24, inciso I). Todavia, no que concerne à defesa da concorrência, a Lei nº 8.884/94, que veio em cumprimento ao disposto no artigo 173, § 4º da Constituição Federal, 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, todo o trabalho de instrução e julgamento de infrações contra a ordem econômica é realizado por órgãos ou

⁵ 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.

entidades da União, como tem sido ao longo de toda a nossa tradição legislativa relativa à defesa da concorrência.

O presente trabalho pugna por uma participação efetiva dos demais entes federados na defesa da concorrência no Brasil, dentro dos parâmetros federativos estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Tal reflexão pretende ser feita não apenas com fundamento em preceitos normativos, mas sobretudo, enfatizando a conveniência dessa participação federativa para a difusão da defesa da concorrência no Brasil e para uma atuação mais eficiente dos entes governamentais responsáveis pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Para isso, realizar-se-á uma breve retrospectiva histórica do federalismo brasileiro, bem como da defesa da concorrência no Brasil, com ênfase no grau de participação dos entes federados, para então apresentarem-se as razões de fato e de direito que determinam essa participação.

DESENVOLVIMENTO

CAPÍTULO I – O FEDERALISMO

1.1 - Acepção e características

As expressões federalismo e federação têm origem na expressão latina *foedus*, que significa tratado, convenção ou aliança⁶. As diversas tentativas de se definir juridicamente federação, em termos estritamente conceituais, 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 Estado Federal decorre da dinâmica de sua própria natureza, de fatores extrajurídicos (sociais, econômicos, políticos, históricos, geográficos e culturais) que concorrem para a formação e para o funcionamento dos diversos estados federais. 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 Wheare (1946), que distingue os estados federais dos quase-federais, ou ainda, a

⁶ '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. *foedífràgus, a, um*). (HOUAISS, 2001, p. 1319).

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 Kinsky, estabelecem-se cinco requisitos abrangentes, porém determinantes para caracterização do federalismo:

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 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 American Founding Fathers called check 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. (KINSKY, 1997, p. 15).

Constata-se, assim, segundo o autor a existência dos seguintes elementos essenciais:

- 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.

Tais elementos constam de uma forma ou de outra da Constituição de cada país, de forma 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 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 a Constituição Federal 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.

Nos ensinamentos de Silva:

os limites da repartição regional e local de poderes depende 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. Noutras a área de competência da União é mais dilatada, restando limitado campo de atuação aos Estados-membros, como tem sido no Brasil, onde a existência de competências exclusivas dos Municípios comprime ainda mais a área estadual. (SILVA, 1996, p. 103).

Como destaca Laufer (1995), 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, 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 numa democracia federativa o domínio público encontra-se mais próximo do cidadão, facilitando o acesso às instituições estatais e a seus representantes. Segundo 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. (LAUFER, 1995, p. 35).

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 transparência e controle. A União e os estados têm competências limitadas, o que restringe a concentração de poder. Sobre esse assunto, Laufer (1995, p. 36) diz:

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. (LAUFER, 1995, p. 36).

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, Laufer (1995, p. 38) 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, num cenário cultural cada vez mais marcado pela generalização dos meios de comunicação de massa, há sempre o risco de maior uniformidade e monotonia cultural.

Como se observa, independente da origem dos diferentes estados federados, o federalismo possui elementos característicos comuns, determinantes para a solução de problemas políticos relevantes dos estados modernos. No caso brasileiro, o modelo federativo adotado na Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações que se encontram em processo de concretização. O direito econômico e a defesa da concorrência, nele inserida, são casos que requerem maior concretização, considerados seus antecedentes históricos.

1.2 - 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 XVIII⁷, sendo sua origem oriunda do processo de elaboração da Constituição Norte-Americana⁸.

Diferenciando-se da confederação das treze colônias da América, que a precedeu, a federação norte-americana teve seus princípios básicos enunciados numa coletânea de artigos – *The Federalist*. A elaboração desses artigos por Madison, Hamilton e Jay tem sido cunhada como a concepção originária deste modelo de organização do estado moderno⁹.

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.

⁷ Nesse sentido 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. (DALLARI, 1986, p. 7)

⁸ A Constituição Norte-Americana originou-se da Convenção de Federal de Filadélfia, que se reuniu entre maio e setembro de 1787 com o objetivo de substituir os Artigos da Confederação firmados em 1781, logo após a independência.

⁹ 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 (1745-1859), os artigos eram assinados por *Publius*.

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 constitucional¹⁰.

Assim, os adeptos da transformação da Confederação em Federação propuseram que todos os estados adotassem uma Constituição comum e se submetessem, em determinados assuntos, a um governo central cujas atribuições seriam definidas na própria Constituição. Para desempenhar suas 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. Para ilustrar, transcreve-se a seguir uma passagem constante de um dos artigos escritos por Hamilton, o de número 15, que trata dos defeitos da Confederação:

¹⁰ 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 Limongi:

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 europeia.

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. (LIMONGI, 2000, pp. 246-247, grifo nosso).

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. Pressentimos 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 bem relata Katz (1983, p. 98), 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:

- 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 frequentemente ameaçavam direitos individuais, especialmente o de propriedade.

Assim, o governo eficiente teria duas dimensões: por 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 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 estadual. Conforme 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". (KATZ, 1983, p. 99)

O novo modelo federativo apresentado possuía uma proposta inédita, fundada numa soberania compartilhada, garantida pela Constituição. Distinguiu-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 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 implementadores 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.

CAPÍTULO II

O FEDERALISMO NO BRASIL

2.1 – Breves considerações históricas

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 Dallari:

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 descentralizador. (DALLARI, 1986. p. 52).

O caráter descentralizador presente na fundação da federação brasileira fincou raízes profundas no léxico político brasileiro, como percebeu 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 capitanias. Como afirma Torres:

Vimos que, desde o Império, existia, no Brasil, uma luta pela Federação e que, depois de alguns debates, que estudaremos mais adiante, tornou-se idéia vencedora e incluída entre aquelas instituições da Carta constitucional que não admitem reforma ou abolição. (TORRES, 1961, p. 42).

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”¹¹.

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 federativo¹², 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 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 estaduais¹³.

¹¹ Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889.

¹² 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. (grifo nosso).

¹³ Neste sentido:

Todavia, após a reforma à Constituição Federal de 1891, acontecida 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 processual¹⁴. 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 art. 7º, inciso III¹⁵.

A Constituição de 1934 estabeleceu também uma área de competência concorrente não legislativa, conforme dispunha seu artigo 10. De toda a forma, o novo federalismo de 1934 teve seu funcionamento prejudicado, em razão da curta

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. (FERRERI, 1995, p. 28).

¹⁴ 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. (HORTA, 1958, p. 27).

¹⁵ 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. (grifo nosso).

Art. 7º - Compete privativamente aos Estados:

(...)

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

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 de 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”¹⁶, tal dispositivo era meramente formal. Na vigência da mencionada Constituição, o Decreto-Lei nº 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 enfraquecer o papel dos estados membros e dos municípios¹⁷.

¹⁶ 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.

¹⁷ A esse respeito Horta destaca:

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).

Com o advento da Constituição Federal de 1967, em decorrência do regime militar de 1964, houve uma ênfase ainda maior da concentração de poderes nas mãos da União. Apesar de o texto ter mantido o federalismo cooperativo, expandiram-se os poderes da União e, com a versão conferida pela Emenda Constitucional nº 01/69, restou comprometida a autonomia dos estados membros.

Sobre esse tema Grotti 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. (GROTTI, 1995, p. 32).

Verifica-se na evolução do modelo federativo brasileiro que predominou a tendência centralizadora, em escala muito superior àquela ocorrida em países de longa tradição federativa como os Estados Unidos da América, por exemplo. 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.

2.2 – 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.

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 municipais¹⁸.

Na medida em que abriu 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 municípios. Nesse sentido, observa Almeida:

(...) 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. (ALMEIDA, 2005, p. 76-77).

¹⁸

Essa visão, contudo, é polêmica, como se observa em Bastos: 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. (BASTOS, 2002, p. 487).

Nesse aspecto 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. Seguindo a orientação de Silva, no Brasil:

a Constituição de 88 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiologicamente com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica. (SILVA, 1996, p. 453).

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.

A Constituição de 1988 distribui a competência em seis planos, da seguinte forma¹⁹:

- 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)²⁰;

¹⁹ 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 nesta oportunidade por não se relacionar ao caso em análise.

²⁰ ALMEIDA (2005, p. 75):
(...) 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 complementar a legislação federal e estadual no que couber.

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 com ente federado (arts. 1º e 18), tendo o artigo 32, § 1º, atribuído ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos estados e aos municípios.

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 amplíssimo 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 legislarem sobre questões específicas relacionadas à competência privativa, conforme dispõe o parágrafo único deste artigo²¹.

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 doze incisos, obrigações e deveres aos entes federados, que constituem objeto de preocupação comum dos diferentes níveis de governo, conforme suas peculiaridades²².

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

²¹ 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).

²² 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.

elabore normas gerais e os estados, normas específicas²³. 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 Brasil²⁴.

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 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.

²³ ALMEIDA (2005, p. 141):
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.

²⁴ Comentando a competência concorrente, Horta destaca:
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 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).

Constata-se da análise da distribuição de competências estabelecidas pela Constituição Federal de 1988 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.

Espera-se agora que esse abrandamento hegemônico permita que seja alcançado um federalismo de equilíbrio, de forma a atingir-se maior descentralização e o efetivo respeito da diversidade na unidade. Por este caminho, poder-se-ão solucionar, ao menos em parte, alguns problemas políticos importantes nos estados modernos, em especial no brasileiro, como a legitimação social, a intensificação do Estado de direito, o respeito e favorecimento à diversidade cultural e social e o fortalecimento da concorrência política.

Ainda nesta seara, e no intuito de ingressar no cerne deste trabalho, convém adentrar brevemente no tema das competências comum e concorrente, especialmente no que concerne ao direito econômico.

2.3 - Das Competências comuns e concorrentes

Como anteriormente destacado, o constituinte de 1988, além de partilhar entre os diversos entes federativos determinadas competências exclusivas, cujo exercício se dá sem a atuação dos demais membros da federação, demarcou também competências exercitáveis em parceria.

Tais competências, exercitáveis 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 efeitos, tanto as competências do artigo 23, como as do artigo 24, tratam de concorrência de atuação federada. “O que o constituinte deseja é exatamente que os Poderes Públicos em geral cooperem na execução das tarefas e objetivos enunciados” (ALMEIDA, 2005, p. 130)²⁵.

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.

²⁵ 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.

Dessa forma, mesmo a Lei Complementar mencionada no parágrafo único, do artigo 23²⁶, 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 secundárias²⁷, 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 Federal²⁸. Como se sabe, 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 Almeida (2005, p. 142). Novas competências, porém, anteriormente não relacionadas foram trazidas diretamente à esfera da competência

²⁶ 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.

²⁷ 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 expreso na Constituição, mas decorrentes da necessidade de atuar competências materiais comuns. (ALMEIDA, 2005, p. 140).

²⁸ CF/88 – Art. 22, parágrafo único: Lei complementar poderá autorizar os estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

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 mencionados por Almeida (2005, p. 143).

O que necessita ser destacado é que, nos termos do § 1º do artigo 24, se limitará a União estabelecer apenas normas gerais, sobre os mencionados temas, sendo que tal competência não exclui a competência suplementar dos estados:

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 a 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. As normas gerais, por sua vez, além de uma faculdade encerram uma limitação, pois não podem ser exaustivas:

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:

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. (Moreira Neto, 1988, p. 159).

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.

2.4 – 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 e §§ 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 recente decisão do STF, no julgamento da ADIN nº 1950/SP²⁹, proferida em novembro de 2005, em que o Plenário do Tribunal julgou improcedente a ação que questionava a Lei Paulista nº 7.844/92, que autorizava o pagamento de meia-entrada aos estudantes em eventos esportivos, culturais e de lazer.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950/SP, Relator Ministro Eros Roberto Grau, publicada no Diário de Justiça nº 218, de 14/11/2005.

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 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 que 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 concorrente. Assim, no que concerne à defesa da concorrência, duas observações precisam ser feitas em relação ao nosso modelo federativo. Primeiro, torna-se fundamental a identificação das normas gerais constantes da Lei Federal nº 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 nº 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 trataram do assunto, como é o caso da saúde³⁰, cuja Lei nº 8.080/90, também 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 a 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 consumidor³¹.

Neste sentido, pode-se afirmar que a Lei de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) 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 (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.

³⁰ Artigo 24, inciso XII da Constituição Federal de 1988.

³¹ Deve-se destacar que a defesa do consumidor também constitui matéria de competência concorrente, a teor do artigo 24, inciso V, da Constituição.

Importa destacar que o próprio *site* do Ministério da Justiça, na página do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, destaca 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 entes ³²:

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 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).

³²

Ministério da Justiça, página do Departamento de Proteção do Consumidor – DPDC, Disponível em <<http://www.mj.gov.br/DPDC/index.htm>>. Acesso em 09/04/2006.

Como se vê, a estrutura do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor encontra perfeita conformação ao espírito federativo constante de nossa Constituição, ao contrário do que se verifica no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, constante da Lei nº 8.884/94, bem como do Projeto de Lei nº 5.877/2005 que o estrutura, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Convém, nesta oportunidade, tecer algumas considerações sobre a defesa da concorrência no Brasil, a fim de compreender os paradigmas que influenciaram a legislação hoje existente e o modelo por ela concebido.

CAPÍTULO III

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.1 – Breves considerações históricas

Em que pese já existirem regras de concorrência direcionadas aos “agentes econômicos” muito antes do surgimento de um conceito de livre mercado³³, 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 período, impulsionando o surgimento de tais normas, denominadas *antitrust*³⁴.

O surgimento de tais normas se dá num contexto em que a intervenção do estado na economia se torna cada vez mais necessária para a defesa dos interesses do próprio mercado, em especial dos comerciantes, pois a própria existência do princípio da liberdade de acesso ao mercado depende da existência e do respeito a determinadas regras de conduta³⁵.

³³ Entendida concorrência, neste contexto, como “fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a um terceiro um mesmo bem ou bens intercambiáveis.” (FORGIONI, 1998, p. 26-27).

³⁴ Neste ponto convém destacar a passagem de Gomes:
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).

³⁵ Venâncio Filho explica o fenômeno:
As implicações cada vez mais intensas das descobertas científicas e de suas aplicações, que se processam com maior celeridade, a partir da Revolução Industrial, o aparecimento das gigantescas empresas fabris, trazendo, em consequência, a formação de grandes aglomerados urbanos, representam mudanças profundas na vida social e política dos países, acarretando alterações acentuadas nas relações sociais, o que exigirá que paulatinamente,

Forgioni destaca:

A eliminação das distorções conjunturais, decorrentes do mercado ou do modo de produção, visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir – livremente. (FORGIONI, 1998, p. 64)

Nesse contexto, foi editado, nos Estados Unidos da América, em 1890, o *Sherman Act*³⁶, reconhecido como o mais importante diploma legal contra a concentração de poder econômico nas mãos de poucos agentes privados³⁷. 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 mercados³⁸.

sem nenhuma posição doutrinária preestabelecida, o Estado vá, cada vez mais, abarcando maior número de atribuições, intervindo mais assiduamente na vida econômica e social, para compor os conflitos de interesses de grupos ou de indivíduos.” (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 8).

Grau destaca que tal intervenção é necessária não para atender aos interesses sociais, propriamente ditos, mas como “*exigência do processo de acumulação de capital*”: Evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado, cuja penetração na esfera econômica já se manifestara na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda – poder emissor -, na consagração do poder de polícia e, após, nas codificações, bem assim na ampliação do escopo dos serviços públicos, assume o papel de agente regulador da economia.

(...)

No correr do século, no entanto, a extensão de suas funções manifesta-se como exigência do processo de acumulação de capital, redobrada quando a realização do desenvolvimento é erigida à condição de ideal social.

(...)

A ampliação do Estado-aparato e do Estado-ordenamento germina nesse clima, no qual reconstrói a vocação do direito para a defesa da propriedade: o espírito das leis, como observa Linguet, é a propriedade. (GRAU, 2003, pp. 19-22).

³⁶

Gomes destaca:

Entre as circunstâncias apontadas como a causa da edição do Sherman Act, ressalte-se: (a) a inaptidão do sistema da Common Law para lidar com o controle do então emergente fenômeno das corporations. (b) a reação dos agricultores ao poder industrial, os quais se reuniram no ‘Grander Movement’ para queixar-se dos cartéis realizados entre a indústria e as companhias proprietárias das estradas de ferro, (c) a defesa dos valores da liberdade econômica e da proteção ao pequeno comércio e (d) a proteção do consumidor contra os monopólios. (GOMES, 2004, p. 56).

³⁷

Destaque-se, contudo, para efeito histórico, a existência de uma lei antitruste no Canadá desde 1889.

³⁸

Sobre o tema, Forgioni destaca:

Assim, as mencionadas normas, destinadas a regular os mercados e a concorrência entre os agentes econômicos, são instrumentos estatais para implementar determinada política pública, de forma a organizar o(s) mercado(s).

No Brasil, a legislação antitruste surge de forma distinta daquela ocorrida nos Estados Unidos da América. No caso norte-americano, a economia até então 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*.

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 diploma legal de cunho antitruste foi o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938.

Da leitura do disposto no mencionado Decreto-Lei³⁹, verifica-se que seu escopo é nitidamente penal, sendo que, ao contrário da proteção e manutenção da

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. (FORGIONI, 1998, p. 74).

³⁹

BRASIL, Decreto-Lei nº 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.

concorrência, buscou proteger o interesse popular, conforme dispunha o artigo 141 daquela Constituição⁴⁰ (SHIEBER, 1966, p. 3-4).

Importa esclarecer, para fins do presente trabalho, que o Decreto-Lei nº 869 não abriu espaço para a atuação 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 limitada⁴¹. Sob sua égide não 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 nº 7.666, de 22 de junho de 1945, também conhecido como Lei Malaia⁴². Tal disposição normativa mantém a competência exclusiva da União para atuação na defesa da

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

⁴² Ver entrevista Magalhães (1988, p. 11).

concorrência, pois somente a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE – criada pelo mencionado Decreto-Lei⁴³, 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 federativos⁴⁴

O Decreto-Lei nº 7.666 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 nº 8.167, de 09 de novembro de 1945, editado exclusivamente para esse fim.

Com o advento da Constituição de 1946, foram editadas as Leis nº 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 nº 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,

⁴³ Decreto-Lei nº 7666/46:
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.

⁴⁴ Como anteriormente mencionado, na vigência da Constituição de 1937, a autonomia dos entes federados foi suprimida pelo Decreto-Lei nº 1.202/1939.

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 nº 1.522/51 não tratava propriamente de repressão às práticas infringentes à ordem econômica, seu conteúdo era nitidamente voltado ao controle de preços. Todavia, constata-se que seu artigo 14 tratava de algumas infrações semelhantes às hoje existentes na Lei nº 8.884/94 (Art. 14, incisos “d” e “i”). Seu rol de condutas infrativas, contudo, mistura preceitos de defesa da concorrência, do consumidor e da ordem tributária⁴⁵.

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.

⁴⁵ Sob o aspecto federativo, apesar da Lei nº 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 COAP (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 flagrante. A própria lei estabelecia em sua ementa: “Autoriza o **Govêrno Federal** a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.” (grifo nosso).
A 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 regular os serviços por eles concedidos.
Apenas por curiosidade, a Lei, em seu artigo 17, previa que as multas seriam aplicadas pelo Juízo da Fazenda Pública nas capitais e, no interior, pelo Juiz de Direito local. A multa, por sua vez, era inscrita como dívida ativa da União (Artigo 18, parágrafo único).

Todavia, as leis nº 1.521/51 e 1.522/51⁴⁶ não atendiam plenamente o preceito constitucional em comento. Apenas em 1962, surge o diploma legal com esse específico fim, a Lei nº 4.137, de 10 de setembro daquele ano.

Essa lei restabeleceu o CADE, agora sob a denominação de Conselho Administrativo de Defesa Econômica, não mais Comissão, 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 União⁴⁷, 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 qualquer destaque, pois poderia também ser feito por qualquer pessoa física ou jurídica (artigo 28)⁴⁸.

⁴⁶ A Lei nº 1.522/51 foi revogada expressamente pelo artigo 25 da Lei Delegada nº 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 nº 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.

⁴⁷ Pela lei, o CADE era órgão da Administração Direta, subordinado ao Ministério da Justiça, sem autonomia administrativa ou financeira.

⁴⁸ 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 nº 4.137/62 manteve a tradição de concentrar a repressão ao abuso do poder econômico nas mãos da União. Essa tradição não foi alterada com a Constituição de 1967, muito menos com o advento da Emenda Constitucional nº 01 de 1969. Como destacado, tal Emenda Constitucional concentrou ainda mais poderes nas mãos da União.

A Constituição de 1988 alterou profundamente o modelo federativo brasileiro, em especial o direito econômico, que passou a integrar a Constituição como competência concorrente (art. 24, inciso I). 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 cenário, houve outra alteração legislativa na defesa da concorrência, com o advento da Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991.

Esta lei corresponde à conversão da Medida Provisória nº 204, de 02 de agosto de 1990 e, apesar de manter as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei nº 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 do disposto no artigo 24, inciso I, do novo texto constitucional.

b5 - de órgão da administração pública federal, estadual, municipal, autárquica e de economia mista;
b6 - de pessoa física ou jurídica.

Finalmente, em 1994, foi editada a Lei nº 8.884/94, que sistematizou 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 inovação. 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).

Ao contrário do disposto em outras leis do mesmo período, de natureza concorrente, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90)⁴⁹, a defesa da concorrência não se estruturou em moldes federalistas. Não se criou de um Sistema Nacional de Defesa Econômica, ao contrário do que ocorreu com a Defesa do Consumidor (artigo 105 da Lei nº 8.078/90), quanto mais um Sistema Único, como ocorreu na área da Saúde (Art. 4º da Lei nº 8.080/90).

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. 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 do Plenário do CADE (art. 7º, inciso II).

Enfim, apesar das 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 a tais mudanças. Apesar

⁴⁹ Artigo 24, incisos V e XII da Constituição Federal.

de a Lei nº 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 nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990)⁵⁰ é da Justiça Estadual. 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 Magna⁵¹.

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 a Lei nº 8.137/90 tratou dos crimes contra a ordem econômica e das relações de consumo no mesmo capítulo (II). Já no que concerne à apuração administrativa, o legislador optou por disciplinar de forma

⁵⁰ Observe-se que a mencionada lei é anterior à própria Lei nº 8.158/91.

⁵¹ Neste sentido, ver decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Conflitos de Competência nº 22.895/SP; 37.226/SP; 38.989/RJ; 40.165/PR; 42.957/PR. Convém aqui destacar que o Projeto de Lei nº 5.877/2005, que estrutura o SBDC, buscou em seu artigo 121 reverter tal cenário, em detrimento da competência da Justiça Estadual, ao estabelecer:
"Art. 121. Fica acrescido à Lei nº 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."

distinta as infrações contra a ordem econômica daquelas referentes às relações de consumo.

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 nº 8.078/90). Todo o capítulo VII da Lei nº 8.078/90, que trata das sanções administrativas, prevê a atuação conjunta da União e dos estados, um belo exemplo de federalismo cooperativo. Nesse sentido, 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)⁵². Sobre tal dispositivo Denari (1995, p. 398) destaca:

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 nº 8.884/94, em seu artigo 84, e a Lei nº 9.008/95, em seu artigo 1º, § 2º, inciso V, dispõe que todos os valores arrecadados em razão da aplicação de multas pelo CADE serão revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, independente do âmbito geográfico da infração.

⁵² 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 nº 7.347/85).

Observa-se que a edição da Lei nº 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 centralizou a repressão administrativa ao abuso do poder econômico nas mãos da União, em oposição à natureza concorrente da mencionada norma.

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 CADE⁵³.

⁵³ Neste ponto, deve ser feita uma breve observação quanto ao disposto no artigo 29 da Lei nº 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.

Ademais, há uma margem para atuação dos estados e municípios na esfera judicial, a teor do disposto nos artigos 1º, V e 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), c/c o artigo 82 da Lei nº 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:

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

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. Nossa Constituição Federal, contudo, prevê espaço para a atuação de tais entes na defesa da concorrência. Mais que isso, tal participação não só é um permissivo constitucional, como também uma determinação (Art. 24, inciso I e §§ 1º e 2º), com relevantes reflexos na difusão da defesa da concorrência no Brasil.

3.2 - Desconcentração e difusão da defesa da concorrência

Um ponto bastante enfatizado na defesa da concorrência no Brasil diz respeito à sua difusão. A própria Lei nº 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 participação⁵⁴. O próprio o conceito de cidadão estava intimamente ligado à sua forma de agir e viver na cidade, de forma que cidadão era aquele que morava na cidade e participava de

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.

⁵⁴

DEMO destaca:

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).

seus negócios. Cidadania seria assim a qualidade de o indivíduo pertencer a uma comunidade e dela participar.

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 ressaltada 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 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 a participação social.

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

- 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 defesa da concorrência no Brasil aos demais entes federados poderia favorecer a difusão da concorrência, na medida em que viabilizaria a criação de órgãos estaduais e locais de defesa da concorrência. Tais órgãos facilitariam o acesso da população e dos demais agentes de mercado aos mecanismos de proteção da ordem econômica, na medida em que hoje se faz necessário encaminhar quaisquer reclamações para os órgãos sediados em Brasília.

Da mesma forma como os PROCONS auxiliaram na difusão dos direitos do consumidor, ao aproximarem os consumidores dos mecanismos de solução de litígios, a descentralização da defesa da concorrência com estados e municípios poderia favorecer a difusão da defesa da concorrência pelo país. A centralização da defesa da concorrência na esfera da União⁵⁵ 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, que poderiam focar sua

⁵⁵ 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 Judiciário Estadual na defesa da concorrência, nos casos do artigo 29 da Lei nº 8.884/94. As ações ajuizadas com fundamento neste dispositivo legal independem do processo administrativo que porventura tramite ante o 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).

atuação nos casos de maior relevância, em especial aqueles de abrangência nacional e regional.

Em que pesem tais razões, o Projeto de Lei nº 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 na defesa da concorrência. Ao contrário, em seu artigo 121, manifesta nítida pretensão de suprimir da competência da Justiça Estadual o julgamento dos crimes contra a ordem econômica, estabelecidos nos artigos 5º e 6º da Lei nº 8.137/90⁵⁶.

3.3 – Alguns dados estatísticos

Para ilustrar as dificuldades de se realizar a defesa da concorrência, em âmbito nacional, num país de dimensões continentais como o Brasil, convém confrontar alguns dados do Sistema de Defesa da Concorrência e compará-los com o cenário nacional.

O Brasil é hoje a 11ª economia mundial (SPITZ, 2006), possuindo mais de 5.500 municípios segundo o Relatório de Indicadores Sociais Municipais do IBGE (2005). Para fiscalizar, instruir, julgar, punir e executar todas as infrações à ordem econômica constantes dos 24 incisos elencados no artigo 21 da Lei nº 8.884/94⁵⁷, o

⁵⁶ Aproveita-se para destacar o equívoco constante da redação do artigo 121 que acresce o artigo 16-A à Lei nº 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.

⁵⁷ 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

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 abaixo (OCDE, 2005, p. 85 e p. 32, respectivamente), ainda é muito pequeno o número de casos de condutas enviados para o CADE, especialmente para um país com a 11ª economia mundial e que conta com mais de 5.500 municípios. Ademais, a quantidade de atos de concentração analisados é excessiva, considerando o número aprovações sem restrições. Evidentemente, o sistema deveria reduzir a apreciação de 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.

incisos. O que não é possível é a imputação de infração à ordem econômica por mera infração do artigo 21. As infrações do artigo 21 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 ¹	Aprovação com condições	Aprovação com condição				Reprovação
			Estimular	Porcentagem de Atos de Concentração Analisados	Compensar os danos	Porcentagem de Atos de Concentração Analisados	
2004	618	574	2	0,32	41	6,63	² (0,16%)
2003	491	484	1	0,20	6	1,22	0
2002	485	474	0	0,0	11	2,27	0
2001	571	559	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	² (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 em 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 no Brasil.

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:

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’.

Curiosamente, no que concerne ao problema da difusão da defesa da concorrência, o relatório faz uma sugestão que sinaliza bem para uma solução federativa (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 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 e à própria proposta de advocacia da concorrência, 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 competiria a análise das infrações de âmbito nacional ou regional⁵⁸.

O modelo federativo cooperativo constante de nossa Constituição Federal tem mostrado bons resultados na defesa do consumidor, com a participação de estados e municípios. Este caminho, além de uma determinação constitucional, também sugere ganhos de eficiência no combate a infrações à ordem econômica.

Assim, deve-se aproveitar esta oportunidade, em que tramita pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.877/2005, 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 estabelecer as normas gerais de defesa econômica, discriminando a competência de cada um dos entes federados nessa seara, oportunidade em que se poderia inclusive prever a existência e atuação conjugada de órgãos estaduais e municipais de defesa econômica.

É evidente que tal proposta não está isenta de problemas. Certamente, há muitos. Apenas para ilustrar, questiona-se: Quem definirá o mercado relevante geográfico de determinada conduta? Como solucionar os eventuais conflitos de competência entre os entes federal, estadual e municipal? Este trabalho não se propõe a apresentar um modelo pronto, nem poderia, nos limites a ele inerentes. Busca-se, primeiramente, apresentar fundamentos para uma mudança de paradigma de defesa da concorrência concentrada nas mãos da União. Em segundo lugar,

⁵⁸ Entenda-se o termo “regional” como a área que abrange mais de um estado.

expor razões de fato e de direito que recomendam a descentralização da defesa da concorrência com estados e municípios.

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, da saúde e do meio-ambiente. Por fim, pode-se também contar também com as experiências de outras federações, as quais já implantaram modelos de defesa da concorrência com efetiva participação dos estados membros, como é o caso da Espanha e Alemanha.

Na Espanha existem órgãos autônomos de defesa da concorrência na Galícia, bem como nas comunidades autônomas da Catalunha, País Basco, Madrid e Aragão. No início, o modelo espanhol também era centralizado, mas a origem da descentralização decorreu dos recursos de inconstitucionalidade nº 2.009/1989 e 2.027 de 1989, contra determinados preceitos da Lei nº 16, de 17 de julho de 1989, de Defesa da Concorrência. No julgamento dos recursos de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da atribuição exclusiva à Administração Geral do Estado⁵⁹ de aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, conforme decisão proferida na Sentença nº 208/1999⁶⁰.

⁵⁹ A expressão Estado deve ser aqui entendida como Estado Espanhol, em oposição às comunidades autônomas que o formam.

⁶⁰ 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

Na Alemanha a situação é semelhante⁶¹, pois também há autoridades locais de defesa da concorrência (Landeskartellbehörde), como é o caso da Autoridade de Concorrência da Baviera⁶², as quais interagem com a autoridade federal de defesa da concorrência⁶³. Por fim, a própria Comunidade Européia adota

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 nº 16/1989, aprovou-se a Lei nº 01, 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/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0208> Acesso em 21 de maio de 2006).

⁶¹ A República Federal da Alemanha está dividida em 16 estados federados ou “Laender”. Os onze estados da velha República Federal da Alemanha foram criados depois de 1945. Após a revolução pacífica na RDA ressurgiram também aí os estados; estes pertencem à República Federal da Alemanha desde o dia 03 de outubro de 1990. 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 destaca Arndt:

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 (sic) dos estados.

Pontos principais:

(...)

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

(...)

- A legislação sobre cartéis (ARNDT, 1995, p. 72).

⁶² Ver site da autoridade de defesa da concorrência do Estado Federado da Baviera: <<http://www.bayerische-landeskartellbehoerde.de>>, acessado em 14/05/2006.

⁶³ 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_7_e.pdf>, acessado em 14/05/2006.

um sistema descentralizado de defesa concorrencial⁶⁴. Vê-se assim que não faltam modelos descentralizados de defesa da concorrência a servirem como referência.

Ademais, se uma das intenções do Poder Executivo Federal, ao elaborar o Projeto de Lei nº 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”⁶⁵, parece que a descentralização também poderá contribuir para tal mister.

Assim, este momento, em que se discute o novo modelo de defesa da concorrência, parece ser apropriado também para se prever um sistema nacional de defesa da economia, de forma a estabelecer a atuação conjunta da União, estados e municípios, bem como definir a competência de cada um dos entes federados nesse sistema. Com isso, poder-se-á cumprir os preceitos insculpidos na Constituição

⁶⁴ “A aplicação do direito comunitário é assegurada pela Comissão e pelas autoridades nacionais responsáveis pela concorrência, por um lado, e pelos tribunais nacionais, por outro, em conformidade com os princípios desenvolvidos pela legislação comunitária e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades. Desde a adopção, em Abril de 1999, do seu Livro Branco consagrado à modernização do regime anti-trust, a Comissão deu início a um processo de modernização do procedimento de aplicação do regime anti-trust. Esse processo prosseguiu através da adopção do Regulamento nº 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, destinado a substituir, a partir de 1 de Maio de 2004, o Regulamento nº 17. O Regulamento (CEE) nº 17/62 criava um sistema de controlo centralizado, segundo o qual os acordos susceptíveis de restringir e de afectar o comércio entre Estados-Membros deviam, para beneficiar de uma isenção, ser notificados à Comissão. Esta competência exclusiva da Comissão para a autorização de acordos restritivos da concorrência que preenchiam as condições do nº 3 do artigo 81º (nº 3 do ex-artigo 85º) do Tratado CE, levou as empresas a notificarem uma multitude de acordos, o que minou os esforços envidados para promover uma aplicação rigorosa e descentralizada das regras de concorrência. Esta reforma procede à passagem de um sistema de autorização centralizado de notificação prévia (Regulamento (CEE) nº 17/62) para um sistema de excepção legal (Regulamento (CE) nº 1/2003) que, ao basear-se numa aplicação descentralizada das regras de concorrência e no reforço do controlo *a posteriori*, permite, 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 uniforme.” (grifo nosso) Disponível em <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l26055.htm>> Acessado em 14/05/2006.

⁶⁵ Item 22 da Exposição de Motivos nº 00107-A – MJ/MF/MP, de 01 de setembro de 2005, do Projeto de Lei que estrutura o SBDC.

Federal de 1988, objetivando concretizar a natureza federativa de nossa República e, principalmente, difundir a concorrência no Brasil, aproximando as instituições da sociedade civil.

CONCLUSÃO

O novo modelo de repartição de competências estabelecido pela Constituição Federal de 1988 representa uma tentativa de superar o federalismo hegemônico que se desenvolveu no Brasil ao longo do século XX. Essa superação indica a busca por um federalismo de equilíbrio, de forma a solucionar problemas políticos fundamentais, como a legitimação social, a intensificação do estado de direito, o fortalecimento da concorrência política e o respeito e favorecimento à diversidade cultural e social.

O modelo federativo adotado na Constituição Federal de 1988 trouxe grandes inovações que se encontram em processo de concretização. O direito econômico e a defesa da concorrência, nele inserida, estão no rol de direitos que requerem maior concretização, considerados seus antecedentes históricos.

Nos termos do artigo 24, inciso I, e seu § 1º, limitar-se-á a União a estabelecer apenas normas gerais sobre direito econômico e não poderá excluir a competência suplementar dos estados:

“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)

A Constituição de 1988 traçou a repartição de competência concorrente de forma a que à União compete editar normas gerais e aos estados membros, as

normas específicas sobre direito econômico. Desta maneira, abre-se aos estados membros um grande campo para a legislação específica, delimitado pelos princípios e pressupostos das normas gerais.

As normas gerais, por sua vez, além de uma faculdade encerram uma limitação, pois não podem ser exaustivas, sob pena de inconstitucionalidade. 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.

Na medida em que a defesa da concorrência encontra-se inserida no âmbito do direito econômico (artigo 173, § 4º CF/88), a competência legislativa a ela inerente também possui natureza concorrente, de forma que há espaço de atuação legislativa dos estados membros.

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, com o objetivo de receber tratamento particular, em atenção às peculiaridades estaduais.

Quanto à participação federativa na implementação de políticas públicas, diversas leis federais já trataram do assunto, como é o caso da saúde⁶⁶, cuja Lei Orgânica prevê a atuação conjunta dos entes federados, disciplinando, inclusive de forma detalhada, a competência de cada ente federado no Sistema Único de Saúde. A Lei de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) também estabeleceu o

⁶⁶ Artigo 24, inciso XII da Constituição Federal de 1988.

Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), integrado pelos órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor⁶⁷.

Assim, a discussão sobre o novo modelo de defesa da concorrência, no âmbito do PL 5.877/2005, torna o momento oportuno para se criar um Sistema Nacional de Defesa Econômica, de forma a prever a atuação conjunta da União, estados e municípios na defesa da ordem econômica. Estamos diante de um contexto histórico favorável ao estabelecimento de normas gerais de defesa econômica, discriminando a competência de cada um dos entes federados nessa seara. Nesta oportunidade, poder-se-ia, inclusive, prever a criação e atuação conjugada de órgãos estaduais e municipais de defesa econômica.

É evidente que tal proposta não está isenta de problemas. Certamente, há muitos. Porém, mesmo ciente das dificuldades, importa buscar soluções para implementação de modelo mais adequado ao princípio federativo estabelecido por nossa Constituição Federal. Para isso, além das experiências de outras políticas públicas, como a defesa do consumidor, saúde e meio-ambiente, pode-se contar também com as experiências de outras federações, que já implantaram modelos de defesa da concorrência com caráter eminentemente federativo, como é o caso da Espanha e Alemanha.

A desconcentração de atribuições entre os diferentes entes federados é relevante não apenas para dar eficácia ao princípio federativo, mas também porque racionaliza o trabalho dos órgãos de defesa da concorrência, conforme o âmbito geográfico do mercado afetado. Os estados e municípios, ao atuarem na defesa da concorrência nos mercados geográficos em seus respectivos âmbitos de atuação,

⁶⁷ Deve-se destacar que a defesa do consumidor também constitui matéria de competência concorrente, a teor do artigo 24, inciso V, da Constituição.

permitirão à União focar sua atuação na defesa da concorrência nos mercados de âmbito regional e nacional.

A atual centralização da defesa da concorrência nas mãos da União limita o âmbito de repressão às infrações à ordem econômica, pois todo o trabalho de instrução e julgamento é realizado apenas por órgãos da União situados em Brasília, cujas limitações de recursos materiais e humanos são por demais conhecidas.

Não bastasse o exposto, a participação dos demais entes federados na defesa da concorrência permite não apenas a ampliação da repressão ao abuso de poder econômico, mas, principalmente, viabiliza a diversificação dos mecanismos de repressão a esse abuso, o que traduz uma das grandes vantagens do modelo federativo. Essa possibilidade de participação de estados e municípios na defesa da concorrência permite ainda, a aproximação das instituições públicas dos cidadãos (consumidores e agentes econômicos locais), maiores interessados na cessação das práticas anticoncorrenciais, difundindo a cultura de defesa da concorrência.

Assim, a adoção no Brasil de um sistema federativo de defesa da concorrência, mais do que descentralização de atividades, cria oportunidade de aproximação do usuário das instituições, democratizando o acesso do cidadão aos canais institucionais de controle. Assim, além de uma diretriz constitucional, tal sistema ampliaria os benefícios à coletividade.

BIBLIOGRAFIA

1. Sem autor. *Perfil da Alemanha*. Societäts-Verlag. Frankfurt am Main. 1992.
2. ABREU, César A. M. R. *Sistema Federativo Brasileiro: degeneração e reestruturação*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 2004.
3. ABRUCIO, Fernando Luiz. Descentralização e coordenação federativa no Brasil: Lições dos anos FHC. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita Garcia (Orgs.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2*. Brasília, 2002. Disponível em <http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fTextoFernandoAbrucio1Descentraliza.pdf>> Acesso em 21 de maio de 2006.
4. AFFONSO, Rui de B; e SILVA, Pedro L. B. *A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995.
5. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
6. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*. 2ª edição, actualizada e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
7. ARNDT, Klaus Friedrich; HEYDER, Wolfgang; ZILLER, Gebhard. A divisão de tarefas e a interdependência entre a União e os estados. In: JUNG, Winfried (Org.) *O Federalismo na Alemanha*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 1995. p. 61 a 70.
8. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
9. _____. *O princípio de Subsidiaridade: Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

10. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
11. BRASIL, Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
12. _____, Constituição Federal de 1934. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
13. _____, Constituição Federal de 1937. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
14. _____, Constituição Federal de 1946. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
15. _____, Constituição Federal de 1967. Brasília, 20 de outubro de 1967. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
16. _____, Constituição Federal de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
17. _____, Decreto-Lei nº 869. Brasília, 18 de novembro de 1938. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
18. _____, Decreto-Lei nº 7.666. Brasília, 22 de junho de 1945. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
19. _____, Decreto-Lei nº 8.167. Brasília, 09 de novembro de 1945. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
20. _____, Lei nº 1.521. Brasília, 26 de dezembro de 1951. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
21. _____, Lei nº 1.522. Brasília, 26 de dezembro de 1951. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.

- 22._____, Lei nº 4.137, Brasília, 10 de setembro de 1962. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 23._____, Lei nº 7.347. Brasília de 24 de julho de 1985. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 24._____, Lei nº 8.078. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 25._____, Lei nº 8.080. Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 26._____, Lei nº 8.137. Brasília, 27 de dezembro de 1990. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 27._____, Lei nº 8.158. Brasília, 08 de janeiro de 1991. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 28._____, Lei nº 9.021. Brasília, 30 de março de 1995. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 29._____, Lei nº 10.149/2000. Brasília, 21 de dezembro de 2000. Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 30._____, Lei nº 8.884. Brasília, 11 de junho de 1994. Disponível em www.datalegis.inf.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 31._____, Exposição de Motivos nº107 – A –MJ/MF/MP, de 01 de setembro de 2005. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 32._____, Projeto de Lei nº 5.877. Brasília, 12 de setembro de 2005. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 15 de maio de 2006.
- 33._____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950/SP, Relator Ministro Eros Roberto Grau, publicada no Diário de Justiça nº 218, de 14/11/2005.

34. BUZAID, Alfredo. *O estado federal brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1971.
35. 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.
36. CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na federação brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo, Vol. 23, nº 92. p. 244-261. out/dez. 1998.
37. CORWIN, Edward Samuel. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.
38. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Editora Ática, 1986.
39. DEMO, Pedro. *Participação é Conquista: noções de política social participativa*. São Paulo: Cortez, 1993.
40. 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.
41. ESPANHA. Tribunal Constitucional. Jurisprudência. Disponível em http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0208> Acesso em 21 de maio de 2006.
42. _____. Compendio de legislación española de defensa de la competencia. Madrid. Ministerio de Economía. 2003.
43. FERRERI, Janice Helena. A Federação. *In: BASTOS, Celso (Coord.). Por uma nova federação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-38.
44. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

45. _____. *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à legislação antitruste*. 2ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
46. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
47. GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
48. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
49. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 1995.
50. 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.
51. HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
52. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
53. _____. Perspectivas do federalismo brasileiro. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1958.
54. _____. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988, *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 2. p. 5-19. 1993.
55. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello Franco. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

56. 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 15 de maio de 2006.
57. 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. 237-265.
58. KATZ, Ellis. Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. *Revista de Direito Público*. Vol. 16, nº 65, pp. 97-101. jan/mar. 1983.
59. KINSKY, Ferdinand. The fundamental principles of federalism. It's methodology and philosophy. In: *O federalismo mundial e perspectivas do federalismo no Brasil*. Seminário Internacional. São Paulo, Conselho Brasileiro de Relações Internacionais. 1997.
60. KUGELMAS, Eduardo. A evolução recente do regime federativo no Brasil. In: HOFMEISTER, Wilhelm; CARNEIRO, José Mário Brasiliense (Orgs.). *Federalismo na Alemanha e no Brasil*. Série Debates, nº 22. Vol. I. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
61. KUHN, Thomas S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1975.
62. 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.
63. LIMONGI, Fernando Pappaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (Org.) *Os Clássicos da Política*. São Paulo. Vol. 01. São Paulo: Editora Ática, 2000. p. 243 a 287.
64. LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência Legislativa Concorrente dos Estados-membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 26, nº 101, p. 87-104. jan./mar.1989.
65. MACIEL, Omar Serva. *Princípio de Subsidiariedade e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

66. MAGALHÃES, Paulo Germano. As origens do nome 'Lei Malaia'. *Revista do CADE*, ano 2, nº 4, p. 11-13. 1988.
67. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 25, nº 100, p. 127-162. out/dez. 1988.
68. Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Banco Interamericano de Desenvolvimento Econômico – (BID). *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Brasília. 2005.
69. RAMIN, Áurea R. S. de Queiroz. *As Instituições Brasileiras de Defesa da Concorrência*. Brasília: Editora Fortium, 2005.
70. RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. São Paulo: Editora Plêiade, 1998.
71. SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
72. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12º Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
73. SOUZA, Washington P. A. de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2003.
74. _____. O federalismo sobre o prisma econômico. In: HORTA, Raul Machado. *Perspectivas do federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1958.
75. SPITZ, Clarice. Veja o ranking das maiores economias do mundo. *Folha Online*. Rio de Janeiro, 30.03.2006. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u106421.shtml>> Acesso em 14 de maio de 2006.
76. TORRES, João Camilo de Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

- 77._____. O Federalismo, formação histórica, constitucional. *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro. FGV, vol. 3, nº 2, p. 21-51, abr./jun. 1969.
- 78.VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 79.WHEARE, Kenneth Clinton. *Federal government*. London: Oxford University Press, 1946.
- 80.ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 1999.