



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

ROBERTA ALESSANDRA PANTONI

**CONSENSUALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE NO
PROCESSO ANTITRUSTE SANCIONADOR BRASILEIRO:** considerações sobre o
“Acordo de Leniência”

UBERLÂNDIA/MG
2012

ROBERTA ALESSANDRA PANTONI

**CONSENSUALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE NO
PROCESSO ANTITRUSTE SANCIONADOR BRASILEIRO: considerações sobre o
“Acordo de Leniência”**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Uberlândia como
requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito Público.

Área de Concentração: Direitos e Garantias
Fundamentais

Orientadora: Prof^a Dr^a. Shirlei Silmara de Freitas
Mello.

UBERLÂNDIA/MG
2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

- P198c
2012 Pantoni, Roberta Alessandra, 1979-
 Consensualidade como instrumento de legitimidade no processo
 antitruste sancionador brasileiro : considerações sobre o “Acordo de
 Leniência”. / Roberta Alessandra Pantoni. - Uberlândia, 2012.
 126 f.
- Orientadora: Shirlei Silmara de Freitas Mello.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Processo administrativo - Teses. 3. Direito
 antitruste - Brasil - Teses. I. Mello, Shirlei Silmara de Freitas. II.
 Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
 Direito. III. Título.

CDU: 340

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
Roberta Alessandra Pantoni

**CONSENSUALIDADE COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMIDADE NO
PROCESSO ANTITRUSTE SANCIONADOR BRASILEIRO:** considerações sobre o
“Acordo de Leniência”

Esta dissertação foi julgada adequada à obtenção do grau de Mestre em Direito Público e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Curso de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia – CMDIP/FADIR/UFU.

Uberlândia, 18 de abril de 2012.

Prof^ª. Dr^ª. Shirlei Silmara de Freitas Mello
Orientadora
Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Prof^ª. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa
Universidade Federal de Uberlândia – UFU

Prof. Dr. Júlio César de Oliveira
Universidade de Uberaba - UNIUBE

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me dotar da coragem e perseverança para vencer mais esta etapa de minha vida.

A minha mãe Jurema que, sabedora das dificuldades que enfrentei, me cedeu toda sua força e sabedoria e não permitiu que eu desistisse.

Ao meu pai, Alexandre, que pôde, neste plano, compartilhar comigo a felicidade de ingressar no curso de mestrado, e que hoje, em outro plano, olha por mim e me cede sua benção nesta etapa final do curso.

Aos meus irmãos e irmãs Sérgio, Carlos, Rita e Rosa, pessoas e profissionais exemplares, nos quais sempre me espelhei e a quem devo a vontade de buscar incessantemente novos conhecimentos.

Ao meu primo Luis Carlos, que sempre esteve pronto a atender a qualquer pedido de ajuda.

Ao meu companheiro Paulo, que ressurgiu no meu caminho para me brindar com a pequena Lara.

À pequena Lara, dádiva divina, espírito iluminado, que chegou neste mundo para dar um significado novo à minha vida.

A Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, por me haver oportunizado a dedicação integral ao curso de Mestrado.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Uberlândia - UFU, que sempre se mostraram disponíveis a compartilhar seu conhecimento.

Por fim, devo prestar minhas homenagens e agradecimentos especiais a dois professores que sempre terão um lugar singular em minha memória:

Professora Shirlei Silmara de Freitas Mello, que mesmo diante das circunstâncias adversas aceitou me orientar, e cuja competência intelectual imensurável me proporcionou subsídios teórico-críticos indispensáveis para a conclusão deste trabalho.

Professor Alexandre Walmott Borges, cujo conhecimento, esforço, compreensão, paciência e serenidade foram determinantes para que eu chegasse até esta etapa final do curso.

RESUMO

O presente trabalho objetivou fazer um estudo sobre o “Acordo de Leniência”, instituto jurídico utilizado no curso de processos administrativos antitrustes sancionadores, mais especificamente, aqueles que investigam infrações à ordem econômica, relacionadas à formação dos chamados “cartéis”. A análise que aqui se propõe ultrapassa a noção de identificação do instituto como simples mecanismo de obtenção de provas, indo além. Buscou-se travar a investigação sob o prisma da natureza consensual do instituto a fim de inseri-lo no contexto atual de uma maior democratização da Administração Pública. Para tanto, partiu-se, da análise de algumas categorias conceituais, tais como, “processo administrativo”, “interesse público”, “princípio democrático” e “legitimidade”, bem como, do estudo de alguns princípios constitucionais, implícitos e explícitos, da Administração – princípios da legalidade, finalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência – buscando-se reenquadrá-los no contexto da emergência do Estado Interventivo. Assim, dedicou-se a se fazer, de um lado, uma incursão sobre a ordem econômica constitucional e, de outro, uma análise sobre a processualidade administrativa tendo em vista as mutações pelas quais o direito administrativo passou, e ainda tem passado. A partir da utilização do método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental foi possível verificar que o “Acordo de Leniência”, mecanismo processual consensual, figura como autêntico instrumento de legitimidade do processo antitruste sancionador brasileiro, vez que viabiliza uma atuação estatal eficiente na busca pela satisfação do interesse público.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Legitimidade. Processo administrativo. Acordo de Leniência. Consensualidade. Eficiência

ABSTRACT

This work aimed at making a study on the "Leniency Agreement", a legal institute used in the course of administrative sanctioning procedures that investigate violations of the economic order, more specifically those which are linked to the formation of "cartels". The analysis proposed here has surpassed the notion of the institute as a simple mechanism of evidence acquisition, going beyond. The investigation started from the perspective of its consensual nature in order to insert it in the current context of a greater democratization of Public Administration. To do so, it was made an analysis on some conceptual categories such as "administrative procedure", "public interest", "democratic principle" and "legitimacy", as well as, a study of some implicit and explicit constitutional principles of the Public Administration – legality, purpose, morality, impartiality and efficiency principles – looking forward to reframing them in the context of the emerging Interventional State. Therefore, on the one hand, it was done an incursion on the constitutional and economic order, on the other, an analysis of the administrative processuality regarding the changes through which the administrative law has passed and is still passing. By using the deductive method and the documentary and bibliographical research techniques it was possible to verify that the "Leniency Agreement", a consensual procedural mechanism, appears as a genuine legitimacy instrument on sanctioning brazilian antitrust procedure, once it makes practical an efficient state actioning in the pursuit for public interest satisfaction.

Keywords: Constitutional principles. Legitimacy. Administrative process. The Leniency Agreement. Consensuality. Efficiency

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
I – ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E DIREITO ANTITRUSTE	12
1. Contextualizando historicamente o surgimento do direito econômico	12
1.1 O novo papel do Estado: a intervenção estatal no domínio econômico.....	17
2. Constituição econômica e ordem jurídico-econômica.....	19
3. A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras: A Constituição de 1988 e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência	21
3.1 Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.....	25
4. As origens da disciplina jurídica da concorrência.....	28
5. A defesa da concorrência no Brasil	30
5.1 Lei 8.884/1994. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC	33
5.1.1 Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	34
6. Os escopos da Lei 8.884/1994.....	36
7. Lei 8.884/1994: a sistemática adotada.....	38
7.1 A vertente preventiva	38
7.2 A vertente repressiva: a delimitação conceitual de “mercado relevante” e “abuso de posição dominante”	39
7.2.1 Condutas anticompetitivas: práticas horizontais e verticais	45
8. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e a Lei 12.529/2011.....	46.
II – A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA FUNÇÃO LEGITIMADORA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	50
1. A Administração Pública na Contemporaneidade: do ato ao procedimento (processo) administrativo.....	50
1.1 Procedimento e processo administrativo: uma distinção necessária.....	54
2. Função administrativa e finalidades do processo administrativo	57

3. Conceituando “interesse público”: os interesses públicos primários e secundários.....	58
4. O direito administrativo na ordem constitucional: princípios constitucionais administrativos	61
4.1 Princípio da legalidade e a finalidade da lei	63
4.2 Princípio da impessoalidade	64
4.3. Princípio da moralidade	65
4.4 Princípio da eficiência	65
4.5 Princípio da razoabilidade e seu conteúdo de proporcionalidade.....	67
5. Princípio da verdade material e indisponibilidade do interesse público.....	68
6. Os princípios da “supremacia” e indisponibilidade do interesse público na dogmática jurídico-administrativa e o dever de ponderação de interesses envolvidos	69
7. As concepções de Max Weber, Hans Kelsen, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas acerca do conceito de “legitimidade”.....	72
8. Administração Pública democrática: a participação direta dos administrados no processo de tomada de decisões	78
9. A consensualidade como elemento reafirmador do princípio democrático no processo administrativo: a Administração Pública eficiente e de resultados.....	81
9.1 Mecanismos consensuais e processo administrativo: a composição administrativa e os acordos substitutivos	86

III – PROCESSO ANTITRUSTE SANCIONADOR E CONSENSUALIDADE: O ACORDO DE LENIÊNCIA

89

1.Processo administrativo na Lei 8.884/1994, controle de condutas e processo antitruste sancionador.....	89
2. Fases do processo antitruste sancionador	91
2.1 Fase inicial	91
2.2 Fase instrutória	92
2.2.1 A prova econômica: meio de prova específica do direito antitruste sancionador	95
2.2.2. Mecanismos recentes de obtenção de provas pelas autoridades: inspeções, buscas e apreensões e “Acordo de Leniência”.....	95
2.3 Fase decisória	96

3. Processo sancionador antitruste e o combate aos cartéis: o Acordo de Leniência.....	100
4. O Acordo de Leniência na Lei 8.884/1994: conceito, objetivos e efeitos.....	103
4.1 Acordo de Leniência e a Lei 12.529/2011.....	108
4.2 Leniência e experiência estrangeira.....	111
5. Acordo de Leniência e Administração Pública democrática consensual: explicitando seus fundamentos principiológicos	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS	119

INTRODUÇÃO

As transformações sociais iniciadas na segunda metade do século XIX fizeram com que os Estados, já na primeira metade do século XX, no pós-guerra, assumissem novas funções e incursionassem em áreas antes relegadas apenas aos particulares. Os Estados emergentes viram-se obrigados a atuar não apenas de forma abstencionista ou negativa, mas ao contrário, de forma prestacionista ou positiva, evidenciando agora sua nova característica interventiva.

Nesta perspectiva, os Estados passaram a intervir no domínio econômico para fins de preservar o próprio mercado, bem como para implementar as suas finalidades próprias. Em decorrência disto, surge no Brasil a Lei 8.884/1994 (Lei da Concorrência ou Lei Antitruste) visando à prevenção e repressão do domínio econômico, tanto por meio do “controle das estruturas” quanto pelo “controle das condutas”. Esta viabilização se instrumentaliza, pelo processo administrativo respectivo, cujas prescrições são previstas nesta mesma legislação.

De outro lado, esta transformação na configuração estatal, condicionou também as mudanças ocorridas do direito administrativo com vistas a uma maior participação do administrado no processo de tomada das decisões da Administração Pública, visando, assim à democratização da Administração.

No contexto do Estado de Direito Democrático, esta reforma administrativa, significou a passagem da Administração unilateral à Administração consensual, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais, bem como garantir maior eficiência na consecução do interesse público. Assim, a consagração de uma estrutura participativa, em sintonia com a feição principiológica da Constituição Federal, e com os princípios que regem a Administração Pública Democrática, tornou imperativa a busca por métodos que pudessem aproximar administrados e Administração com vistas ao atendimento das finalidades próprias do Estado, quais sejam, a promoção dos direitos fundamentais e a satisfação do interesse público. Esta maior participação veio ser institucionalizada no antitruste, por meio do chamado “Acordo de Leniência”, previsto no art. 35-B da Lei 8.884/1994.

Neste panorama, inclina-se o trabalho a investigar se o “Acordo de Leniência”, instituto do direito processual antitruste sancionador, tido tradicionalmente como meio de obtenção de provas, pode servir aos propósitos de legitimação de uma administração democrática e calcada em resultados sociais positivos. Esta investigação perpassa necessariamente pela ressignificação de conceitos já cristalizados na cultura jurídica, em

especial a noção de interesse público. Para a análise aqui proposta, serão utilizados o método dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

O trabalho encontra-se dividido em três capítulos. Dedicar-se o primeiro à análise da ordem econômica constitucional, a fim de discutir o “econômico” inserto no sistema de normas da constituição, bem como a nova feição interventiva do Estado, que passa a atuar no domínio econômico. Por esta razão, busca-se explicitar as formas pelas quais o Estado intervém ou atua na economia e suas consequências no campo jurídico. Neste sentido, evidencia-se a edição da Lei 8.884/1994 (Lei da Concorrência ou Lei Antitruste) como resultado normativo desta nova postura do Estado.

O segundo capítulo versa sobre as transformações havidas no direito administrativo face à emergência deste Estado Interventivo. Analisa-se neste momento a necessidade de maior participação do administrado na Administração Pública, ou seja, a democratização da “Administração”. Como pressuposto para esta análise, estudam-se os conceitos de “processo administrativo”, “interesse público”, “princípio democrático” e “legitimidade”, utilizando-se para a discussão deste último o pensamento de Max Weber, Hans Kelsen, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Faz-se, ademais, uma análise dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública a fim de que, já aclarados neste segundo capítulo, poderão servir de embasamento à análise da base principiológica em que se funda o Acordo de Leniência, instituto estudado de forma específica no capítulo seguinte.

Por fim, cinge-se o terceiro capítulo ao estudo do papel exercido pelo “Acordo de Leniência” no contexto do processo antitruste sancionador. A consensualidade que, na medida do possível, deve operar na Administração Pública, deverá servir como facilitadora à consecução das finalidades do Estado. O processo administrativo será espaço privilegiado para isso quando contar com mecanismos consensuais adequados. A tônica do capítulo gira em torno de uma análise direcionada a superar a noção, tradicional, de ser o Acordo de Leniência um mero mecanismo de obtenção de prova. Pretende-se, portanto, com base nos desenvolvimentos do primeiro e segundo capítulos, evidenciar que no contexto do atual Estado Democrático de Direito o “Acordo de Leniência” transcende tal objetivo deixando de figurar apenas como meio de obtenção de prova para se conceber como autêntica técnica que confere legitimidade ao poder estatal, ante a sua natureza consensual. Pois, por meio de tal instituto, o administrado participa ativamente da decisão final, ato administrativo conclusivo do processo, fazendo com que a Administração, orientada pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência administrativas, obtenha resultados socialmente positivos e atinja as finalidades que lhe são inerentes.

I – ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E DIREITO ANTITRUSTE

1. Contextualizando historicamente o surgimento do direito econômico

Com o advento da Revolução Industrial, a noção de livre mercado passou a ter um novo significado. Passou-se a se entender por livre mercado a possibilidade de se conquistar novos consumidores, podendo o agente econômico praticar o comércio e a atividade industrial como bem lhe aprouvesse. Assim, a principal função do Estado seria a de harmonizar os conflitos, viabilizando a fluência das relações de mercado, propiciando, com isto, a livre concorrência.

O Liberalismo vem afirmar a concepção ideológica consubstanciada na doutrina de Adam Smith e sintetizada no princípio do “laissez-faire, laissez-passer”. Adam Smith defendia a mais ampla liberdade individual no campo da economia, o direito inalienável à propriedade, a livre iniciativa e a concorrência como princípios básicos capazes de harmonizar os interesses individuais e coletivos e gerar o progresso social. Ele desenvolve uma concepção acerca da “liberdade natural”¹, cuja principal característica é a liberdade individual de cada um de competir com outro, com a mínima intervenção do Estado. Assim,

[...] uma vez eliminados inteiramente todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou de restrições, impõe-se por si mesmo o sistema óbvio e simples da liberdade natural. Deixa-se a cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas. (SMITH, 1996, v. II, p. 169).

A atuação estatal na economia será marcada, portanto, pela ação omissiva, eis que o mercado sendo guiado, segundo a teoria Smithiana pela chamada “mão invisível”, se auto-regularia. Acreditava-se, a partir de então, que a economia estava sujeita a leis naturais que levariam fatalmente a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, propiciando resultados positivos para toda a sociedade. O Estado não deveria, portanto, através da lei,

¹ Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade. (SMITH, 1996, v. II, p. 170).

interferir na economia, ou seja, no funcionamento do mercado, senão apenas de maneira “residual”² (GOMES, 2004, p. 24); ele deveria, apenas, garantir a livre concorrência entre os agentes econômicos e o direito à propriedade privada, quando esta fosse ameaçada por convulsões sociais.

Ao condenar toda e qualquer intervenção do Estado na vida econômica, Adam Smith o faz porque, na sua perspectiva, a vida econômica e a ordem social são consideradas partes integrantes de uma ordem natural, regulada por leis que exprimem princípios eternos e universais da natureza humana. A vida econômica, assim entendida, figura como fundamento da sociedade civil, o princípio da própria existência do Estado, cujas funções devem se restringir ao mínimo compatível com a sua capacidade para garantir, a cada um e a todos, em condições de plena liberdade, o direito de lutar pelos seus interesses como melhor entender. Com isso, cada indivíduo, ao tentar satisfazer o seu próprio interesse, promove o interesse da sociedade de um modo mais eficaz do que quando realmente o pretende fazer. Apesar de cada indivíduo ter na mente o seu próprio interesse e, não, o interesse da sociedade, o juízo da sua própria vantagem leva-o, naturalmente, ao melhor para sociedade.³

Assim, na esfera econômica, a utilidade dos particulares concilia-se com a utilidade da sociedade na medida em que cada um, desde que não viole as leis da justiça, persiga o seu próprio objetivo de obter o máximo lucro e o máximo de segurança com a sua indústria e capital, em concorrência com os de qualquer outro homem.

A concorrência passa a ser encarada como a solução para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público: preservando-se a competição entre os agentes econômicos, atende-se ao interesse público [...] ao mesmo tempo em que se assegura ao industrial ou comerciante a mais ampla liberdade de atuação, com a concorrência evitando qualquer comportamento danoso à sociedade.

² “Tem-se afirmado que ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista [...] estava atribuído, fundamentalmente a função de produção do direito e segurança [...]. Mas isto não deve ser levado em termos absolutos. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas no seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e a *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado.” (GRAU, 2008, p. 16-17). “Mesmo o Estado liberal puro, não obstante seu programa negativo em relação à economia, não pode desinteressar-se inteiramente de alguns aspectos do fenômeno econômico, seja para limitá-lo, seja para favorecê-lo e integrá-lo”. (VENÂNCIO FILHO, 1998, p. 70).

³ “O esforço natural de cada indivíduo para melhorar sua própria condição, quando se permite que ele atue com liberdade e segurança, constitui um princípio tão poderoso que, por si só, e sem qualquer outra ajuda, não somente é capaz de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade, como também de superar uma centena de obstáculos impertinentes com os quais a insensatez das leis humanas com excessiva frequência obstrui seu exercício, embora não se possa negar que o efeito desses obstáculos seja sempre interferir, em grau maior ou menor, na sua liberdade ou diminuir sua segurança.” (SMITH, 1996, v. II, p. 44). “Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo”. (SMITH, 1996, v. I, p.438).

A concorrência é o antídoto natural contra o grande mal dos monopólios, apta a regular o mercado, conduzindo-se ao bem estar social, sem a necessidade de intervenção estatal, ou seja, a existência do livre mercado seria assegurada sem que se precisasse de maior atuação exógena. (FORGIONI, 2008, p. 61-62).

Os princípios do liberalismo econômico começam, portanto, a permear as decisões dos tribunais sobre questões de concorrência e sua regulação passa a atrelar-se a um “discurso técnico econômico”. (FORGIONI, 2008, p. 28).

Contudo, a realidade histórica veio desmentir os postulados da teoria liberal, sobretudo no que tange à auto-regulação dos mercados, caracterizada pela ampla liberdade de atuação dos agentes econômicos. Isso porque o capitalismo se transforma ao longo do século XIX e evidencia o surgimento de um novo poder: o poder econômico das empresas inseridas nos mercados. Ou seja, paralelamente ao poder estatal, surge o poder econômico, filho do novo capitalismo e das novas estratégias comerciais das empresas atuantes nos mercados nacionais, bem como do incremento do comércio internacional.

As unidades industriais passam a se unir, formando grupos, dando origem ao novo Estado industrial e, também, ao fenômeno das concentrações empresariais. A mudança dos padrões de atuação das empresas industriais suscita questionamentos acerca da plena liberdade de comércio e da necessidade de se impor limites tendentes à correção dos abusos eventualmente perpetrados.

As imperfeições do liberalismo e a ineficácia das suas premissas, tais como a auto-regulação dos mercados, a equitativa distribuição dos benefícios econômicos, dentre outras, conduziram à mudança de postura dos Estados frente ao domínio econômico. A idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs às regras de sobrevivência nos mercados, ditadas pelo poder econômico.

A “mão invisível” de Adam Smith é substituída pela mão visível do Estado, que institucionaliza o regime do intervencionismo, sobretudo em regramentos jurídicos para a propriedade e o contrato. O mercado subsiste, preservado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, haja vista ser justamente no clima de mercado que se encontram as condições mais propícias de dinamização da propriedade privada dos bens e da liberdade de comércio, valores fundamentais para a estrutura capitalista.

A concentração empresarial é, pois, elemento decisivo para o surgimento do Estado intervencionista. Ao contrário do que falsamente se sustenta, as normas editadas inicialmente pelos Estados intervencionistas não se prestam a impedir a concentração de empresas, mas sim a garantir efetivamente a liberdade de mercado, com a proteção das classes que poderiam

vir a ser desfavorecidas com a nova feição das empresas. O poderio econômico acumulado nas mãos das empresas através das concentrações econômicas será, portanto, ele mesmo o elemento impulsionador da maior crise do liberalismo⁴, posto chocar-se, ainda que de forma aparente, com a liberdade de iniciativa.

As disfunções geradas pela concentração do capital ocasionaram, por conseguinte, uma remodelagem das funções do Estado, passando este a intervir no domínio econômico⁵ a fim de “perseguir fins econômicos de interesse geral”. (SOUZA, 1980, p. 90).

Entende João Leopoldino da Fonseca que

a concentração econômica veio ocasionar profundas mudanças no sistema jurídico, mudanças que vêm evidenciar que o antigo molde ideológico sustentado no pressuposto da igualdade e da liberdade de todos não pode mais ser aceito sem uma acurada análise crítica. O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência dentro de um quadro em que predominam os valores sociais. (FONSECA, 2010, p. 12-13).

Com isso, o fenômeno concentracionista⁶ ocasionou uma profunda modificação na tipologia das relações sociais, levando a uma nova juridicização do fato econômico. O direito econômico, para impedir que a concentração econômica sufocasse os outros elementos do mercado e pela necessidade de preservar a nova feição econômica do Estado, surge com o objetivo de direcionar aquelas novas relações.

Conforme informa Carlos Jacques Vieira Gomes (2004, p. 40-41), as manifestações doutrinárias são convergentes em identificar o objeto do direito econômico como o conjunto de regras e princípios jurídicos que instrumentalizam a intervenção do Estado sobre a vida econômica em suas diversas modalidades, seja para regular as disfunções endógenas (falhas de mercado) do sistema econômico, seja para imprimir metas e objetivos de valores políticos

⁴ Segundo Jürgen Habermas, a concentração econômica constituiu uma das principais crises cíclicas do capitalismo tardio. (1999, p. 39 e ss.).

⁵ Ressalta Carlos Jacques Vieira Gomes, que diversas críticas à atuação direta do Estado no domínio econômico, providas da conhecida onda neoliberal, apontaram a ineficiência econômica da produção estatal direta, cujos objetivos poderiam ser mais eficazmente alcançados pelo livre jogo de mercado, culminando com o chamado movimento da desregulação e da privatização das empresas estatais. Todavia, lembra o autor que tais fenômenos não reduziram o escopo de atuação do Direito Econômico. (GOMES, 2004, p. 35-37).

⁶ “O termo *concentração* geralmente vem empregado no campo do antitruste para identificar as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação etc.), ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle será compartilhado.” (FORGIONI, 465, 2008). Para Calixto Salomão Filho, a concentração econômica se caracteriza por atos societários que alteram de forma permanente e duradoura a estrutura societária das empresas envolvidas, de forma a provocar a união de dois ou mais concorrentes em um único agente econômico. (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 278).

e sociais conformadores, positivados na ordem econômica constitucional.⁷ O direito econômico seria, portanto, um “sistema normativo informado e delimitado por um conjunto de normas ou sistemas de normas que encontra os seus princípios fundamentais na Constituição, na Ordem Econômica Constitucional.” (BORGES, 2006, p. 218).

A especificidade das normas de direito econômico encontra-se no fato de estarem voltadas ativamente à consecução de fins socioeconômicos definidos dentro da política econômica do Estado. São as normas que cuidam da política econômica como sua matéria central e estão encarregadas da função precípua de sistematizar e garantir a organicidade daquela. (SOUZA, 1980, p. 23).

Assim, direito econômico pode ser definido como sendo o “conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado.”(FONSECA, 2010, p. 18). E, indo mais além, pode-se dizer que o objeto do direito econômico pode ser definido como “o conjunto de regras e princípios jurídicos que visam instrumentar a implementação de políticas públicas, consubstanciadas em políticas econômicas” e “sociais.” (GOMES, 2004, p.43).

A expressão “políticas públicas”⁸ exprime um verdadeiro compromisso público estatal, consubstanciado num conjunto de ações coletivas voltadas à garantia e efetivação de direitos sociais e econômicos. O fundamento mediato e fonte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação na realização dos direitos fundamentais positivos, ou seja, aqueles que exigem uma prestação positiva do Poder Público.

Neste sentido, a intervenção do Estado na atividade econômica justifica-se pela imperiosa necessidade de se recriar o mercado, evidentemente fragilizado no período pós-guerra. O Estado passa a intervir, portanto, criando políticas econômicas para fins de garantir a livre competição no mercado, dando-lhe consistência e reprimindo estruturas perturbadoras, tais como os monopólios e os abusos de posição dominante, viabilizando assim a plena realização dos direitos constitucionais da livre iniciativa e liberdade de concorrência.

⁷ João Bosco Leopoldino da Fonseca ressalta, no entanto, que há, entre os autores que tentam definir o Direito Econômico, duas tendências; há aqueles que se alinham a uma concepção mais ampla, em que uma norma é de Direito Econômico quando rege relações humanas propriamente econômicas e outra mais estrita, em que o Direito Econômico se apresenta como uma disciplina nova, autônoma e original, dirigida ao estudo dos problemas colocados pela intervenção do Estado na Economia. (FONSECA, 2010, p. 10).

⁸ Políticas públicas podem ser definidas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2002, p. 241).

1.1 O novo papel do Estado: a intervenção estatal no domínio econômico

A intervenção estatal no domínio econômico é o instrumento pelo qual o Estado viabiliza a sua ingerência na atividade econômica, visando a persecução dos objetivos e realização dos seus interesses segundo os ditames e princípios previamente delimitados e instituídos na chamada “ordem econômica”.⁹

Eros Roberto Grau (2008, p. 91-92) faz a diferenciação entre “intervenção” e “atuação estatal”, apartando os serviços públicos do campo da atividade econômica em sentido estrito. Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, tem-se que a intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.

Apontando, no entanto, distinção entre intervenção no domínio econômico e intervenção sobre o domínio econômico, Eros Roberto Grau identifica três modalidades de intervenção estatal: (a) intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; e, (c) intervenção por indução.

Segundo o doutrinador, a intervenção por absorção ou participação seria uma espécie de intervenção estatal no domínio econômico, ou seja, no campo da atividade econômica em sentido estrito (donde se encontrariam excetuados os serviços públicos). O Estado, portanto, desenvolveria a ação como agente econômico. Intervindo por absorção, o Estado assumiria integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando, portanto, em regime de monopólio.

⁹ O conceito de ordem econômica possui duas dimensões: a ordem do ser (ordem real ou ordem econômica tal como ela se encontra no mundo dos fatos) e a ordem do dever ser (ordem jurídica, isto é ordem jurídica da economia, que a normatiza como meio de transformar a ordem econômica existente em uma ordem econômica idealizada). Assim, a) em seu primeiro sentido, “ordem econômica” seria o modo de ser de uma determinada economia concreta, conceito que descreve o mundo fático (*conceito de fato* e não de um conceito normativo ou de valor, conceito do mundo do ser), caracterizando-se pela circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, a uma relação entre fatores econômicos concretos. A expressão seria o substrato do ser na qual não estão explicitadas dimensões normativas; em um segundo sentido, “ordem econômica” seria a expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), complexo normativo, qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, ou seja, o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica; e, por fim, em um terceiro, “ordem econômica” significaria todo o complexo de normas jurídicas que regulam a economia, a ordem jurídica da economia (MOREIRA apud GRAU, 2008, p. 64-65; MOREIRA apud BORGES, 2006, p. 217). Para João Leopoldino da Fonseca, ordem econômica seria o “conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela atividade.” (FONSECA, 2007, p. 86).

Intervindo por participação, o Estado assumiria o controle de apenas uma parcela dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atuando em regime de concorrência com as demais empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades neste mesmo setor.

Nas duas últimas modalidades de intervenção, ou seja, na intervenção por direção e intervenção por indução, o Estado intervém sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito, desenvolvendo a ação como ente regulador da mesma. Intervindo por direção, o Estado exerceria pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento para os agentes inseridos numa determinada atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz por indução, o Estado manipularia os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.

A distinção entre a intervenção por direção e intervenção por indução repousa na natureza das normas jurídicas envolvidas. Ao passo que as normas que regulamentam a intervenção por direção são impositivas, dotadas, portanto, de cogência e com comandos imperativos; as normas disciplinadoras da intervenção por indução são dispositivas, ou seja, não dotadas de cogência e com conteúdo prescritivo.

Ressalte-se, no entanto, que os doutrinadores adotam posicionamentos bastante diversificados quanto à conceituação e classificação das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico. A aparente confluência de posições apresenta-se apenas na exclusão do planejamento econômico como modalidade de intervencionismo estatal na economia.

Assim, valendo-se de critérios bem mais simplistas e, portanto, bem mais didáticos, João Leopoldino da Fonseca sintetiza o tema e propõe uma outra classificação quanto às modalidades de intervenção estatal no domínio econômico. Divide-a em intervenção direta e intervenção indireta.

Através da modalidade direta, o Estado passaria a atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública, quer sob a forma de sociedade de economia mista. Sob estas duas formas, pode ele atuar em regime concorrencial, equiparando-se com as empresas privadas ou, então, em regime monopolístico. (FONSECA, 2010, p. 207). A atuação indireta, por sua vez, dar-se-á quando o Estado age através da edição de normas, que têm como finalidade fiscalizar e estimular a atividade econômica empreendida pelos particulares. (FONSECA, 2010, p. 209).

Percebe-se, portanto, que a dinamicidade do conceito e das modalidades de intervenção estatal no domínio econômico se exprime nas próprias causas de sua necessária ocorrência.

2. Constituição econômica e ordem jurídico-econômica

Entende-se por Constituição econômica o sistema ou conjunto de normas jurídicas que têm como “critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia” (BASTOS, 2002, p. 362). Ela se “corporifica precisamente no modo pelo qual o direito pretende relacionar-se com a economia, a forma pela qual o jurídico entra em interação com o econômico.” (FONSECA, 2010, p. 66).¹⁰

Ela pode ser tomada em duas acepções, uma formal e outra material. Em seu aspecto formal compõem-se das normas constitucionais que regem o sistema econômico e os princípios básicos das instituições econômicas; em sua dimensão material, abrange todas as normas jurídicas constitucionais ou não que disciplinam a vida econômica. (GRAU, 2008, p. 204). A “constituição econômica formal é constituída de normas que tratam da economia, previstas dentro da Constituição e a material seria qualquer norma a definir ponto fundante da economia que não precisa necessariamente encontrar-se na Constituição”. (BORGES, 2002, p. 97)

Calixto Salomão Filho define constituição econômica em sentido material como o conjunto de princípios e regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais, capazes de controlar as relações econômicas e, assim, garantir o funcionamento do sistema de mercado escolhido, ou seja, “o conjunto de direitos fundamentais e garantias institucionais que conformam o sistema econômicos” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 21), e tem a função de operar a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica.¹¹

Pode ser definida, portanto, como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, institui uma dada forma de organização e funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas

¹⁰ “O conjunto das instituições e das normas destinadas a reger a atividade econômica sempre renovada, sempre insurgente contra as vinculações jurídicas, se solidifica num contexto significativo a que se dá o nome de constituição econômica” (FONSECA, 2010, p. 37)

¹¹ É possível, portanto, afirmar que a constituição econômica, em seu aspecto material, não é produto do Estado Intervencionista do Pós-Guerra, mas pode ser verificada nas constituições liberais do século XIX onde se encontram normas delimitadoras dos fundamentos do sistema econômico por elas acolhido, tais como a consagração do direito de propriedade e liberdade de comércio e de indústria. (GOMES, 2004, p.73)

que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, garantem e/ou instauram, propiciando a realização de uma determinada ordem econômica concreta¹².

Logo, ela opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica, cuja finalidade será a de estabelecer os princípios e regras informadores das normas que regerão as relações econômicas sob dois prismas¹³: a) a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; b) a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico. (FONSECA, 2010, p. 69)

É, portanto, na ordem econômica que se encontram expressas as ideologias dominantes, previamente eleitas para serem atuadas no sistema econômico, com dupla função: (a) de um lado, para determinar a postura de ingerência ou não do Estado frente ao domínio econômico, ou seja, de que forma se dará ou não a atuação estatal na atividade econômica; e, (b) de outra parte, para instituir as balizas e diretrizes aos agentes econômicos a fim de orientar e regular o exercício da atividade econômica por parte destes.

¹² Todas as sociedades até hoje conhecidas, possuíam, no bojo de suas ordens jurídicas, normas institucionalizadoras das ordens econômicas (mundo do ser) nelas praticadas. Por conseguinte, lembra Eros Roberto Grau que embora a expressão “ordem econômica” tenha sido incorporada à linguagem dos juristas e do direito a partir da primeira metade do século XX, as Constituições escritas sempre contiveram normas que se podem por ela se designar. Todavia, não deixa o autor de ressaltar que constituições liberais não necessitavam apresentar de forma explícita, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional já que o Estado não deveria intervir na economia. Era suficiente estar retratada na Constituição a garantia da propriedade privada e a liberdade contratual (livre iniciativa) de forma ampla e irrestrita, vez que a ordem econômica existente no mundo do ser não precisava ser modificada ou até mesmo reparada, pelo mundo do dever ser. Desta feita, a contemplação nas constituições atuais de um conjunto de normas compreensivas de uma “ordem econômica” é a expressão da transformação pela qual passa o direito como instrumento de implementação de políticas públicas. (GRAU, 2008, p. 71-72).

¹³ Carlos Jacques Vieira Gomes ressalta que esta primeira função (acolhimento do regime econômico existente) é desempenhada pelas normas estatutárias ou de garantia, como por exemplo o princípio da livre iniciativa econômica; já em sua segunda função (criação de um novo regime econômico) a constituição econômica assume o caráter conformador das normas que compõem a ordem jurídica da economia por meio de normas diretivas ou programáticas. (GOMES, 2004, p. 71-72). Eros Roberto Grau relaciona o modelo de Estado Liberal às chamadas constituições econômicas estatutárias ou orgânicas que se bastam em definir um estatuto do poder concebendo-o como mero instrumento de governo de modo a receber a ordem econômica praticada no mundo real; e, o Estado Intervencionista às constituições econômicas diretivas ou programáticas que enunciam diretrizes, programas, e fins a serem pelo Estado e sociedade realizados. A constituição Econômica que nelas se encerra compreende a enunciação dos fins da política econômica, postulando, na sua conformação, a implantação de uma nova ordem econômica. (GRAU, 2008, p. 76).

3. A Ordem Econômica nas Constituições brasileiras: A Constituição de 1988 e os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência

A partir do momento em que a Carta Política de um Estado incorpora regras econômicas, tem-se a conformação de novos parâmetros para a atuação e intervenção estatal na economia. Fazendo eco à ideologia abstencionista do Estado, a Constituição Imperial de 1824 consagrou o direito de propriedade em toda sua plenitude (art. 179, XXII e XXVI) e assegurou a liberdade de iniciativa e concorrência (art. 179, XXIV e XXV). Já na Constituição de 1891, primeira da República, previu por sua vez, de forma expressa, a liberdade de associação (art. 72, § 8º.) e garantiu o livre exercício profissional (art. 72, § 24), conservando a posição de ausência do Estado no âmbito das atividades econômicas.

A mudança de paradigma da estrutura jurídica constitucional deu-se com a promulgação da Constituição de 1934, que refletiu o desenvolvimento de uma ordem econômica e social mais coerente com as novas atividades estatais. Ela foi a primeira Constituição a trazer disposições sobre a organização da economia pela inclusão no texto constitucional de um título dedicado à “Ordem Econômica e Social” (art. 115 a 143). Ela estabelecia que a ordem econômica deveria ser “organizada conforme os princípios da justiça e da necessidade da vida nacional” de modo a possibilitar a todos uma “existência digna”; reconheceu os direitos dos trabalhadores sem abandonar a iniciativa privada como princípio, e; reformulou a clássica abordagem do direito de propriedade na medida em que impôs limites ao seu exercício, tendo enunciado enfaticamente seu cunho estatizante¹⁴. O Estado iniciava, enfim, sua feição interventiva.

A Constituição de 1934 fixou o modelo de organização constitucional da atividade econômica que seria seguido pelas constituições posteriores, com exceção da Constituição de 1937. A eclosão de movimentos revolucionários levou o país à adoção do Estado de Sítio, o

¹⁴ “Art. 113. [...]”

n. 13. É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.[...]

n. 17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. [...]

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 das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que atualmente operam no país.[...]

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país.”

que culminou com a outorga da Constituição de 1937, denominada “Polaca”, que instituiu um regime político de caráter autoritário.

Dedicaram-se inúmeros artigos à ordem econômica¹⁵, evidenciando o texto constitucional o nacionalismo e a tendência de concentração de poderes. Pretendeu-se por ela substituir o capitalismo por uma economia corporativista. (TAVARES, 2006, p. 111; BASTOS, 1998, p. 448). Há que se lembrar, no entanto, que foi a primeira Constituição Federal a trazer a expressão “Intervenção do Estado no domínio econômico” (art. 135).

Na Constituição de 1946 a disciplina da matéria econômica foi consolidada no Título V, restabelecendo o sistema de 1934, da economia capitalista de mercado, sem que, no entanto, afastasse as hipóteses intervencionistas, trazendo ademais norma específica sobre a defesa da ordem econômica.¹⁶

Em 1964 inicia-se a ditadura militar, caracterizada, em termos legislativos pela edição de Atos Institucionais e a promulgação da Constituição de 1967, com a posterior Emenda n.1 de 1969. Seguindo os passos da Constituição de 1946, fixou os princípios fundamentais do ordenamento econômico, explicitando-os ainda mais.

A ordem econômica tinha por finalidade realizar a “justiça social” e “desenvolvimento nacional” instituindo a liberdade de iniciativa e concorrência; impondo a repressão a toda e qualquer forma de abuso e uso ilícito de poder econômico, caracterizado este pelos domínios dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros e; estabelecendo hipóteses de intervenção estatal na economia.¹⁷

¹⁵ “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção do domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo, ou da gestão direta.[...]

Art. 140. A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público.”

¹⁶ “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Art. 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurado nesta Constituição.

Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

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

¹⁷ “Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivos de segurança nacional ou para organizar setor

A atuação ampla do Estado no domínio econômico possibilitada pela Constituição de 1967 culminou com um movimento de “reprivatização da atividade econômica e de redefinição do papel estatal de forma a ajustá-lo às exigências da época.” (VALÉRIO, 2006, p. 63).

A Constituição Federal de 1988, fruto desta necessidade, estabeleceu em suas diretrizes um regime bem mais liberal do que o anteriormente vigente, vez que trouxe de forma ainda mais clara e inequívoca os princípios de cunho liberal¹⁸. Eros Roberto Grau lembra, no entanto, que ela buscou compatibilizar a coexistência entre a ideologia liberal com o princípio da justiça em nítido acolhimento de uma democracia social. É de se dizer, portanto, que a ordem econômica delineada pela Constituição retrata fidedignamente a realidade nacional, a heterogeneidade da sociedade brasileira e seus múltiplos interesses (GRAU, 2008, p. 346), definindo o sistema capitalista como o sistema econômico por ela adotado. (GRAU, 2008, p. 307).

Como bem lembra André Ramos Tavares, a disciplina da atividade econômica na Constituição de 1988 foi abordada de maneira bastante minuciosa pelo constituinte, tendo em vista existirem outras normas de implicações econômicas não inseridas topograficamente no mencionado título. (TAVARES, 2006, p. 121). Pertinente, portanto, a apreciação de Carlos Jacques Vieira Gomes (2004, p. 83-85), que aduz serem duas as categorias¹⁹ de princípios encontradas na Constituição de 1988: os princípios liberais ou estatutários e, os princípios intervencionistas ou conformadores, que juntos compõem a constituição econômica, em sentido formal, e definem a ordem econômica instituída.

Entre os princípios liberais, isto é, aqueles que garantem uma esfera de isenção do particular perante a ação estatal estão: (a) a livre iniciativa econômica como dotada de valor social, reconhecida nos artigos 1º., inc. IV (fundamento do Brasil), 5º., inc. XIII (garantia individual), 8º., *caput* (garantia coletiva à associação sindical) e 170, *caput* (valor fundante da ordem econômica), e (b) o direito à propriedade privada dos meios de

que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.[...]

Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado organizar e explorar as atividades econômicas.[...]

§ 2º. Na exploração pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.”

¹⁸ Eros Roberto Grau afirma que a Constituição de 1988 no seu perfil de constituição dirigente introduz algo novo em relação às nossas anteriores Constituições ao institucionalizar, constitucionalmente, o Direito Econômico. (GRAU, 2008, p.257)

¹⁹ Carlos Jacques Vieira Gomes observa que a tensão entre princípios liberais e intervencionistas decorre da própria lógica da constituição econômica pátria, a qual não se limita a reconhecer a realidade econômica, tais como as puramente liberais, mas busca conformá-la à ordem econômica positivada (mundo do dever ser). Nesta perspectiva, a aparente conflituosidade deve ceder à interpretação harmonizante, operada por meio da análise funcional do direito. (GOMES, 2004, 86).

produção e de consumo, acolhidos nos artigos 5º., inc. XXII (garantia individual), e 170, inc. II (princípio da ordem econômica). Entre os princípios intervencionistas, ou seja, aqueles que demandam a ação estatal positiva e conformadora da realidade econômica e social, mencione-se: (a) a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Brasil (art 1º., inc. III) e objetivo maior da ordem econômica (art. 170, *caput*), (b) o valor social do trabalho, positivado nos artigos 1º., inc. IV (fundamento do Brasil) e, 170, *caput* (valor fundante da ordem econômica), (c) a função social da propriedade de produção e de consumo, tutelada nos artigos 5º., inc. XXIII (garantia individual), e 170, inc. III (princípio da ordem econômica), (d) a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º., inc. I) como objetivo fundamental do Brasil, (e) a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º., inc. II – objetivo fundamental do Brasil, e art. 218 – desenvolvimento tecnológico), (f) erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º., inc. III – objetivo fundamental do Brasil, e art. 170, inc. VII – princípio da ordem econômica) , (g) sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social (objetivo da ordem econômica – artigo 170, *caput*), (h) a soberania nacional (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. I), (i) livre concorrência (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. IV), (j) defesa do consumidor (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. V), (l) a defesa do meio ambiente (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. VI), (m) a busca do pleno emprego (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. VIII), (n) o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte (princípio da ordem econômica – artigo 170, inc. IX), e (o) a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

Nada obstante tais considerações, dedicou-se um título específico às normas atinentes à economia: “VII - Da Ordem Econômica e Financeira” (arts. 170 a 192). Ela enumera em seu art.170²⁰, portanto, vários princípios que devem balizar a condução das atividades econômicas, ocupando dentre eles a livre concorrência e a livre iniciativa papel primordial.

A livre iniciativa e a livre concorrência são princípios que não se confundem, mas estão, todavia, intimamente relacionados e são indiscutivelmente complementares entre si. Assim, a “análise da livre iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre concorrência” (GRAU, 2008, p. 202) e somente nela se completa.

²⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

3.1 Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico

À livre iniciativa, enquanto princípio jurídico, foram atribuídas concepções diversas ao longo da história, influenciadas sempre pelas condicionantes políticas presentes em cada período. Na primeira fase do conteúdo jurídico do princípio da livre iniciativa, evidenciava-se inegável postulado liberal. Com efeito, o princípio da livre iniciativa consagrava a garantia de legalidade da atuação do particular frente à ingerência do Estado no domínio econômico, delimitando-se um verdadeiro campo de vedação à atuação estatal na seara privada²¹. Assegurava-se, assim, a liberdade de exercício da atividade econômica por parte do particular.

Tal concepção, contudo, não perdurou por muito tempo. Com a ascensão do Estado intervencionista o princípio da livre iniciativa começou a assumir novos contornos. A atuação estatal, antes vista como um malefício passou a ser aceita e até mesmo desejada pelo ordenamento jurídico. As normas jurídicas, por sua vez, passaram a orientar e disciplinar as ingerências estatais no domínio econômico. É nesse contexto que o princípio da livre iniciativa assume a representação da necessidade de proteção de um ambiente concorrencial saudável, o que se dá por meio do controle e repressão dos atos e condutas que visem à eliminação da concorrência.

Assim, analisando tal concepção do princípio da livre iniciativa, da perspectiva de seu conteúdo jurídico, com aquela adotada no Estado Liberal, vê-se que não se tratam de conceitos excludentes, mas sim harmônicos e complementares. Conjugam-se, portanto, as duas facetas do conteúdo jurídico do princípio da livre iniciativa, enquanto liberdade pública e liberdade privada: a garantia e o direito de acessar, permanecer e retirar-se dos mercados, mas também, a garantia de disciplina e repressão de atos e comportamentos que resultem em prejuízo ao ambiente concorrencial.

A concorrência tem por finalidade assegurar o regime de economia de mercado, não tolerando o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre. Neste sentido, é correto afirmar que a concorrência significa o ato ou efeito de concorrer, ou seja, traz em si a ideia de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem, em condições

²¹ Todavia, ressalta Eros Roberto Grau que o nem mesmo na ocasião de sua origem se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Para ele “a visão de um Estado inteiramente omissa, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal, pois medidas de polícia já eram neste estágio quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas” (GRAU, 2008, p. 204)

de igualdade. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado.

Assim, livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos atuarem sem embaraços juridicamente plausíveis, em dado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços, isto é, procura garantir que os agentes econômicos tenham oportunidade de competir de forma justa no mercado. (BAGNOLI, 2005, p. 61.). Como bem lembra Celso Ribeiro Bastos, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista, traduzindo-se, portanto, numa das “vigas mestras do êxito da economia de mercado”. (BASTOS, 1998, p. 372).

Assim, considerando a estreita vinculação entre a livre iniciativa e a livre concorrência, parte da doutrina alinha-se pela impropriedade de se tratar distintamente tais princípios.

Eros Roberto Grau ressalta o equívoco na referência do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, defendendo a relação de decorrência havida entre ambos os institutos. Para ele a livre iniciativa compreende a liberdade de comércio e indústria e, também, a liberdade de concorrência²². Em outras palavras, a liberdade de iniciativa implica na liberdade de concorrência, e vice-versa, sendo desnecessária, portanto, a consagração do princípio da livre concorrência, bastando o da livre iniciativa.²³

No entanto, é de se observar que a autonomia do princípio constitucional justifica-se tendo em vista que autonomia concorrencial apresenta fundamental contradição com a autonomia privada vez que, ao contrário do que se supõe, a livre iniciativa não promove a livre concorrência e, de outro modo, a livre concorrência, se entendida como valor absoluto seria até mesmo capaz de provocar a eliminação da livre iniciativa.

Desta feita, relegar a livre concorrência à posição de mera consequência da livre iniciativa é subestimar sua relevância no contexto da sistemática da defesa da concorrência, pois ainda que estreitamente ligados e complementares, os princípios perseguem objetivos distintos em seu campo de tutela. A livre iniciativa abrange (a) a liberdade de atuação do

²² “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A esse critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico) - a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; -- a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: - b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; - b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; - b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.” (GRAU, 2008, p. 204-205).

²³ Entendimento ao qual se alinha também Paula A. Forgioni. (FORGIONI, 2008, p. 271-272).

agente na atividade econômica, (b) a garantia da faculdade de exercício de qualquer atividade econômica lícita, e (c) o acesso e a cessação da atividade, nos termos estabelecidos em lei; o princípio da livre concorrência, por sua vez, diz respeito à forma e aos limites de como deverá se dar a atuação do agente econômico, no uso da livre iniciativa que lhe é conferida.

Logo, a livre concorrência apresenta-se como instrumental à livre iniciativa, na medida em que esta última pressupõe a existência de um ambiente competitivo para seu perfeito exercício, pois, a concorrência livre somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico.

Ocorre, no entanto, que o poder econômico²⁴ não é apenas um “elemento da realidade”, mas sim “um dado constitucionalmente institucionalizado”, previsto no próprio texto constitucional - art. 173, § 4º. - quando este faz referência expressa ao “abuso do poder econômico”. (GRAU, 2008, p. 209). Desta feita, o princípio da livre iniciativa não deve corresponder apenas à abstenção do Estado, mas deve compreender sua intervenção com vistas a coibir práticas em exercício abusivo do poder econômico que venham a prejudicar, por exemplo, a liberdade de concorrência²⁵.

Considera Sérgio Varella Bruna (2001, p. 177) que a questão do abuso do poder econômico é complexa e, por isso, qualquer tentativa de conceituação seria incompleta e insuficiente. Entretanto, o autor conclui que se entende por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação efetiva ou potencial de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial. Não sendo abusiva, no entanto, tal restrição quando ela se justificar por razões de eficiência econômica, não tendo sido expedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e, quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica.

²⁴ “É a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro [...]. Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços [...] não se caracteriza como uma questão de tudo ou nada, mas, sobretudo como uma questão de grau. Pode ocorrer que o poder econômico desfrutado por um determinado agente, apesar de existente, não se revista da magnitude necessária para tornar-se objeto da atividade antitruste do Estado [...]” (BRUNA, 2001, p.105).

²⁵ Conforme Celso Ribeiro Bastos, “a livre iniciativa não significa absoluta ausência de regulamentação estatal da atividade econômica. Na verdade, essa omissão radical é inviável. [...] a própria defesa do mercado, isto é, a existência de diversos ofertantes e adquirentes a competirem entre si, tem de contar com a atuação do Estado para eliminar os fatores que o desnaturam, como os trusts e cartéis.” (BASTOS, 1998, p. 360).

Ante a isso, a Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º dispõe que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A repressão ao abuso do poder econômico consiste, portanto, “no conjunto de estratégias adotadas pelo Estado que, mediante intervenção na ordem econômica, têm o objetivo de neutralizar os comportamentos causadores de distorção nas condições normais de mercado” [...]. (MELLO; et al, 2008, p. 580)

Importante salientar que a ordem jurídica pune o abuso do poder econômico que ameaça ou pode ameaçar a livre concorrência, e não o poder econômico em si. Contudo, a linha que separa o exercício abusivo do poder econômico do seu exercício regular (uso) é muito tênue, não havendo indicativos objetivos e precisos na lei antitruste. Sendo assim, o parâmetro para a caracterização do abuso do poder econômico se dá a partir do momento em que se evidencia o desvio da finalidade, vale dizer, a utilização do poder econômico para fins contrários aos estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal.

Na prática, tal configuração ocorre com a restrição ao princípio da livre iniciativa e ao princípio da livre concorrência. Sendo assim, a importância da livre iniciativa e da livre concorrência é evidente e inegável. Como fundamentos da ordem econômica constitucional, os princípios em questão vinculam toda a aplicação do sistema de defesa da concorrência, atribuindo parâmetro à aplicação da lei antitruste.

4. As origens da disciplina jurídica da concorrência

O início da disciplina jurídica da concorrência não ocorreu concomitantemente ao surgimento do modelo de Estado Liberal, todavia, antes do século XVIII a regulamentação existia apenas por razões práticas sem que se tivesse em vista a manutenção do sistema de produção ou do mercado²⁶.

Tem-se conhecimento que desde a Grécia Antiga já existiam regras que disciplinavam a conduta dos agentes econômicos. Nesta época já havia a regulamentação dos monopólios de forma a gerar receitas ao governo. Os monopólios estatais tinham pouca duração e eram instituídos pelo governo em períodos de dificuldade econômica, não havendo, no entanto, a proibição dos monopólios privados.

²⁶ Conforme Paula A. Forgioni, a evolução do fenômeno da concorrência deu-se em três fases: a) a determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, por razões absolutamente práticas, visando a resultados eficazes e imediatos e eliminando distorções típicas; b) a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como contraponto a um sistema de produção entendido como ótimo, ou seja, correlata à estrutura do próprio sistema de concorrência; c) a regulamentação da concorrência como essencial à manutenção do sistema e como implementação de políticas públicas. (FORGIONI, 2008. p. 28).

Na antiguidade Romana também existia a figura dos monopólios estatais, e da mesma maneira os princípios inspiradores da economia buscavam apenas resultados imediatos, no sentido de coibir comportamentos nocivos *per se* à população.

Na Idade Média, nas cidades de maior desenvolvimento econômico, que, juntamente com os monopólios estatais - ainda que exercidos por agentes privados - observar-se-á a consolidação de autênticos monopólios privados que assumem alguns aspectos característicos das grandes concentrações capitalistas contemporâneas.

É por esta razão que Paula A. Forgioni entende que é neste momento que nascem muitas das regras de concorrência²⁷, positivando princípios que de certa maneira inspiram o legislador até os nossos dias. (FORGIONI, 2008, p. 43).

Foi, no entanto, no Mercantilismo, a partir do estabelecimento da distinção entre monopólios ilícitos e lícitos, que se iniciou o desenvolvimento da ideia de condenação dos monopólios ou das atividades e acordos monopolísticos. Os monopólios lícitos seriam apenas aqueles outorgados pelo soberano tendo em vista o bem comum.

Nada obstante, inicia-se no final do século XVI, a contestação da legalidade da concessão real desses monopólios²⁸, movimento apontado como o início da história do antitruste. Este debate foi objeto das decisões dos tribunais ingleses a respeito da matéria,

²⁷“Percebe-se, daí, que dois eram os tipos de normas que disciplinam a atividade das corporações de ofício, em um óbvio contexto de pluralidade de ordenamentos jurídicos: as primeiras, os *estatutos das corporações*, ordenamentos jurídicos completos, como se verá, e que eram colocados pelos comerciantes ou artesãos para disciplinar sua própria atividade. O outro sistema era aquele da Comuna medieval, que procurava regular a atividade das corporações, fazendo-o, na maioria das vezes, pelo controle dos estatutos e imposição de algumas normas de conduta obrigatórias para seus membros [...]. Algumas regras de controle da atividade das corporações eram postas, ao que tudo indica, no interesse do consumidor. Citemos, à guisa de exemplo, a vedação do açambamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos [...] também em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam postos à venda, para que o consumidor, no dia seguinte soubesse que o produto não era fresco. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preço por parte dos comerciantes [...]. (FORGIONI, 2008, p.43-44).

²⁸ “Costuma-se considerar o chamado ‘caso dos monopólios’, de 1603, como o primeiro pronunciamento judicial sobre os princípios gerais da *common law* acerca dos monopólios (e também o poder real de concedê-los) [...]. A rainha Elizabeth havia concedido, em 1598, a Edward Darcy o monopólio da importação de fabricação de cartas de jogo em seu reino. Discutiu-se, então, a licitude de tais concessões. Darcy argumentou que as cartas de jogo não constituiriam um bem essencial à vida, incitando, ao invés, o ócio e o vício, razão por que sua produção e comercialização deveriam ser controladas. De outra parte, a rainha, no que diz respeito às diversões de seus súditos, teria o poder de editar normas, permitindo-as apenas na medida em que as considerasse adequadas e razoáveis. Ao argumentos da parte contrária, entretanto, prevaleceram. Sustentou-se que o monopólio seria ilegal na *common law*. Concomitantemente, lançou-se mão de argumentos que, de certa forma, poderíamos chamar de ‘econômicos, propugnando que, com o monopólio, os preços das mercadorias tenderiam a aumentar, ao mesmo tempo em que a qualidade do produto diminuiria. Ademais, outras pessoas que desejassem fabricar aqueles bens estariam impedidas de fazê-lo, sendo levadas ao empobrecimento. Condenou-se a concessão do monopólio pela rainha por três principais razões que, modernamente, seriam assim identificadas: (i) prática potencial de preços de monopólio; (ii) estabelecimento de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado.” (FORGIONI, 2008, p. 52-53).

tendo culminado com a aprovação, pelo Parlamento, do *Statute of Monopolies* que viria impedir tais concessões. (FORGIONI, 2008, p. 54).

Em momento posterior, surgiria o chamado *Sherman Act*, o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos procurando discipliná-la. Mostrou-se, todavia, “insuficiente para propiciar aos seus agentes econômicos a segurança e a previsibilidade que sempre almejaram” (FORGIONI, 2008, p. 81). Por conseguinte, sobreveio a promulgação, em 1914, do *Clayton Act*, que exemplificava e condenava algumas práticas restritivas da concorrência, tendo por este motivo inspirado várias legislações antitrustes, inclusive a brasileira.

Todavia, já nos primeiro anos do século XX alguns acontecimentos vieram a modificar a postura do Estado em face da regulamentação e conduta da economia, com vistas não mais à preservação do mercado, mas sim, à sua condução. É neste contexto que se fixa a noção de concorrência-instrumento, instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública²⁹.

5. A defesa da concorrência no Brasil

O direito antitruste não nasce no Brasil como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Surge, no contexto na Constituição Federal de 1937, que como já visto anteriormente, foi a primeira a trazer textualmente, em seu art. 135, a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”. Servindo tal intervenção, todavia, apenas para corrigir as falhas do mercado, com vistas à proteção do consumidor.

Foi a regulamentação da matéria que fez surgir o Decreto-Lei no. 869/1938, com o objetivo de reprimir o abuso do poder econômico buscando a tutela da economia popular. Tal documento inaugurou o controle comportamental e estrutural dos agentes econômicos estabelecendo sanções de natureza penal para as práticas que atentassem contra a economia popular.³⁰

²⁹ A disciplina da concorrência se insere num contexto de dupla instrumentalidade, pois “se por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...], por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas[...]” (GRAU, 2008, p. 33).

³⁰ Esta seria uma das principais diferenças entre o sistema brasileiro e o sistema norte-americano, vez que a legislação americana vem calcada no princípio da proteção e manutenção da concorrência e não na proteção direta do consumidor. (FORGIONI, 2008, p. 114).

Posteriormente, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenom Magalhães, considerado o pioneiro do antitruste nacional, foi aprovado o Decreto-lei nº 7.666/1945, Também conhecido como “Lei Malaia”, que apesar de sua curta vigência (apenas três meses), sistematizou a matéria da defesa da concorrência, inserindo-a no campo administrativo e retirando-a da seara penal. Este diploma legal voltou-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico, representando um avanço incomparável em termos de técnica jurídica e sistematização da matéria. (FORGIONI, 2008, p. 120). Destacou-se, ademais, por introduzir o conceito de abuso do poder econômico, além de utilizar, de forma inovadora, a sigla “CADE” para designar a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, órgão autônomo, porém subordinado ao Presidente da República, criado para dar cumprimento às disposições que acabavam de ser implementadas.

Após a revogação da “Lei Malaia”, pelo Decreto-Lei no. 8.167/1945, o direito concorrencial brasileiro deixou de ter corpo material próprio voltando a ressurgir quase duas décadas depois, com a promulgação da Lei 4.137/1962 que regulamentou o art. 148 da Constituição Federal de 1946³¹ e criou o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o incumbido da apuração e repressão dos abusos do poder econômico. Observa-se, no entanto, que a atuação do Judiciário pela salvaguarda dos direitos constitucionalmente reconhecidos dos cidadãos acabou obstando a produção de efeitos da citada lei.³²

A criação do CADE

ocorreu num contexto em que se objetivava não só o combate à concentração econômica, mas também combater a concorrência desleal, a fraude, o abuso do poder econômico, características que emergiam na economia brasileira à medida que se concretizava o processo de industrialização deflagrado pelo Governo Kubitscheck. (SILVA, 2008, p. 165)

No entanto, a partir da Revolução de 1964, constata-se a existência de um modelo diferente, que objetivava o processo de concentração. A ordem econômica e social passou então a ser direcionada para o desenvolvimento nacional. Com isso, a atuação do CADE ficou prejudicada, face à inexistência de mecanismos eficazes contra a política econômica desenvolvida pelo governo.

³¹ A partir da promulgação da Constituição de 1946, a tônica das normas antitrustes deixou de ser a simples defesa da economia popular, passando à repressão ao abuso do poder econômico. Um fato curioso a ser ressaltado é o de que, diferentemente do previsto na “Lei Malaia”, o diploma legal em comento passou a condenar atos abusivos por sua finalidade e não pelos efeitos. Estavam, assim, sedimentadas as bases para a promulgação de uma lei antitruste, sistematizada e abrangente o suficiente para encampar as condutas nocivas à ordem econômica concorrencial.

³² A grande maioria das decisões do CADE acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa. (FORGIONI, 2008, p. 137).

O anacronismo da Lei 4.137/1962 frente às mudanças ocorridas junto aos mercados reafirmou a necessidade de readequação da sistemática de defesa da concorrência. Visando atender esse reclame, foi editada a Lei 8.158/1991.

Suspeitava-se que o panorama do direito antitruste seria alterado com a promulgação da Lei 8.158/1991, que buscou celerizar o procedimento administrativo de apuração das práticas com a criação da SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico, face ao grande número de privatizações e a queda do regime econômico de controle de preços com a abertura da economia brasileira ao capital estrangeiro. Ela tinha a função de apurar, e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica.

Mas, como a Lei 4.137/1962 ainda continuava vigente, o CADE passou a funcionar junto à SNDE, que lhe dava suporte pessoal e administrativo. Tal diploma, contudo, não atingiu efetividade material, principalmente porque, instalado o novo governo em 1992, iniciou-se a implementação da imagem de que a lei antitruste era um instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.

Assim, visando substituir esse emaranhado de normas esparsas de direito antitruste, surge, no contexto da redemocratização do país a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a então vigente Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste ou Lei da Concorrência). Além de contar com eficácia material na repressão ao abuso do poder econômico, tanto em sua vertente repressiva - contra as condutas anticoncorrenciais capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência - como de forma preventiva - submetendo à aprovação pelo CADE os atos e contratos hábeis a produzir qualquer forma de concentração econômica - a Lei nº 8.884/1994 foi a responsável pela sistematização de toda a matéria relativa à defesa da concorrência, bem como pela transformação do CADE em autarquia federal, afirmando sua condição de órgão judicante e conferindo-lhe independência e autonomia de atuação.

A Lei nº 8.884/1994 é um marco na defesa da concorrência no Brasil. Trata-se, por certo, do melhor diploma legal antitruste que o país já teve, reflexo da conscientização da importância da temática concorrencial por parte da sociedade.

Contudo, embora em alguns aspectos a norma se encontre em sintonia e, em alguns pontos, até mesmo superando as legislações antitrustes alienígenas, por outros aspectos carece

de uma clareza de interpretação e, até mesmo de segurança jurídica quanto à sua aplicabilidade e inserção no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a despeito da criação da Agência Nacional de Defesa dos Consumidores e da Concorrência (ANC), que acabou por transformar o CADE em um verdadeiro Tribunal da Concorrência, as críticas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) persistiram.

A principal delas girava em torno da necessidade de implantação de mecanismos céleres de decisão e procedimentos investigatórios ágeis e eficientes, face ao largo decurso de tempo que transcorria entre a realização da operação e seu julgamento pelo CADE, bem como na demora no julgamento de condutas supostamente anticoncorrenciais. (SILVA, 2008, p.161).

Como resposta a tais críticas foi proposto o Projeto de Lei 3.937/2004 (apensado ao posterior Projeto de Lei no. 5.877/2005), que deu origem à Lei 12.529/2011. A Lei 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, revogando quase que totalmente a Lei 8.884/1994. Sancionada em 30 de novembro de 2011, a “nova Lei da Concorrência” somente entrará em vigor em 180 dias contados da data de sua publicação.

5.1 Lei 8.884/1994. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

Reconhece-se que o direito antitruste ainda é modalidade jurídica relativamente recente no Brasil, pois, somente após a Lei 8.884/1994 - Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste, o governo federal passou a implementar uma política pública voltada à defesa da concorrência³³. Ela transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica³⁴, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

O diploma legal sistematizou a matéria de forma a aperfeiçoar o seu tratamento legislativo. Ela implementou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa

³³ Desde aos anos 90 a atuação do CADE vem se consolidando de forma a já não vislumbrar “surto” de aplicação da lei antitruste, mas sim uma linha contínua de atuação. (FORGIONI, 2008, p.144).

³⁴ “Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

da Concorrência (SBDC), composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça.

A matéria tratada pela atual Lei Antitruste pode ser apartada em dois grandes blocos: a) repressão às práticas anticompetitivas (vedação dos acordos horizontais e verticais – restritivos da concorrência, bem como a repressão ao abuso de posição dominante); e b) disciplina das concentrações entre agentes econômicos. Os primeiros dizem respeito às “condutas” e, quando investigadas, podem dar origem aos processos administrativos, baseados na aplicação dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94. Já as concentrações são analisadas pelas autoridades integrantes do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência com base no disposto no art.54 da mesma Lei, no corpo dos procedimentos administrativos denominados atos de concentração.

5.1.1 Os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A defesa da concorrência no Brasil é efetuada por intermédio de três órgãos, cujo conjunto convencionou-se chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). São eles: (a) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (b) Secretaria de Direito Econômico (SDE); e, (c) Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

Criado pela Lei no. 4.137/1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) parece ser, indubitavelmente, o mais influente dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. No ato de sua criação muito se questionou acerca de sua natureza jurídica. O fato de o referido órgão ter sido inicialmente criado sem personalidade jurídica própria (embora autônomo), como um mero desdobramento da Administração Pública direta, atribuía-lhe a natureza jurídica de simples órgão administrativo.

Foi somente com o advento da Lei 8.884/1994 que o CADE assumiu natureza jurídica de autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Com tal alteração, tornou-se inequívoca a autonomia e competência do órgão para pleitear em juízo a efetivação das decisões adotadas pelo seu Plenário. Atualmente, portanto, segundo redação do art. 3º da Lei no. 8.884/1994 entende-se o CADE como órgão judicante, com jurisdição administrativa em todo o território nacional, sendo composto por um Presidente, seis Conselheiros, com mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução. O CADE integra o Poder Executivo na qualidade de órgão com caráter administrativo de função “quase-judicial”. A

expressão pode até parecer imprópria, porém, exprime a força e a importância dos atos emanados pela referida autarquia.

Desde a entrada em vigor da Lei 8884/1994 houve um claríssimo incremento da atuação “quase judicante” do CADE. Reconhece-se, todavia, que ao CADE, enquanto órgão da Administração Pública, não pode ser atribuído nenhum poder de jurisdição, ainda que sua atuação na prática seja equivalente à de um tribunal, decidindo as questões concorrenciais no em sede final no âmbito administrativo. (GILBERTO, 2010, p. 71).

Discorrendo sobre a função “quase-judicial”, Fábio Ulhoa Coelho aduz que

aos órgãos administrativos “quase-judiciais” correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário. Mas a solenidade com que procura revestir seus julgamentos e o detalhamento legislativo da disciplina de tramitação de seus processos administrativos não são fatores suficientes para alterar a qualidade jurídica dos atos emanados do CADE. A sua natureza é igual à dos atos emanados dos demais órgãos administrativos. (COELHO, 1995, p. 12).

O CADE é a principal autoridade de defesa da concorrência brasileira, com competência legal para decidir sobre aprovação de atos de concentração, reconhecer condutas como violações à concorrência e aplicar as respectivas sanções.

Segundo disposição contida no art. 7º da Lei 8.884/94, compete ao CADE, dentre outras atribuições, julgar os processos administrativos em que se dão o controle de condutas e analisar os atos de concentração econômica. Em suma, por representar a última instância decisória na esfera administrativa em matéria concorrencial, incumbe ao CADE, basicamente, o desempenho das atividades repressivas, preventivas e educacionais. Incumbe ao CADE ainda a promoção da cultura da concorrência no país, o que é conhecido como “função educacional” e consiste na difusão junto à sociedade da importância de se manter um mercado saudável, livre de abusos do poder econômico.

As decisões do referido Conselho serão tomadas em maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros (art. 49), não comportando revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50). Os julgamentos contarão com a participação de membro do Ministério Público Federal, que atuará nas sessões plenárias com direito a voto.

A secretaria de Direito Econômico (SDE), por sua vez, é órgão também vinculado ao Ministério da Justiça e dirigido por um Secretário, indicado pelo Ministro e nomeado pelo Presidente da República. A competência da SDE está disciplinada no art. 14 da Lei 8.884/1994 e prevê, dentre outras atribuições, a instrução dos processos em que se apuram infrações contrárias à ordem econômica, bem como a participação da instrução dos processos,

emitindo parecer, em que se analisam atos de concentração econômica que possam prejudicar a concorrência. A SDE apesar de também possuir a atribuição legal de atuar na instrução dos mencionados ato de concentração, concentra sua atuação na investigação de condutas anticompetitivas.

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) é órgão do Ministério da Fazenda, de importante indicação dos aspectos econômicos na defesa da concorrência. Com o advento das Medidas Provisórias 2.055 e 2.056, a SEAE passou a ter maior poder instrutório, nos mesmos moldes da SDE.

Em sede de controle de condutas, a SEAE é informada da instauração de processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual. Já em sede e controle estrutural, o parecer da SEAE integra a instrução processual, donde sua ausência importa em nulidade do processo administrativo.

O CADE, a SDE e a SEAE, como entidades e órgãos da Administração Pública, para o registro de seus atos, para a apuração de condutas contrárias à ordem econômica, e para o controle de estruturas de mercado, utilizam-se do processo como instrumento indispensável ao exercício de sua função administrativa e deverão conduzir suas atividades com observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

6. Os escopos da Lei 8.884/1994

As regras antitruste, como instrumento de que se serve o Estado para a mitigação de falhas de mercado, devem ser concebidas num contexto de implementação de políticas econômicas destinadas à consecução dos objetivos predefinidos pela legislação constitucional que regula a ordem econômica.

De fato, nenhum instrumento de intervenção estatal no domínio econômico pode ser compreendido sem a consideração de sua maleabilidade aos objetivos e métodos das políticas públicas dentro das quais são aplicados. Porém, no caso das normas antitruste, por se tratar de regulamentação de um dos princípios fundamentais de uma ordem econômica de mercado, essa inter-relação ganha contornos próprios. Com efeito, dentro de uma perspectiva normativo-constitucional, o direito de proteção à concorrência é entendido como legislação que dá concretude aos princípios jurídicos da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios de base da ordem econômica constitucional brasileira. (NUSDEO, 2002, p.63)

Desta feita, tanto o legislador constituinte como o legislador ordinário, reconheceram nas normas concorrenciais uma pluralidade de objetivos, não restringindo o alcance do direito antitruste a uma só finalidade.³⁵

A exegese do art. 173, §4º cumulada com o art. 170, ambos da Constituição Federal de 1988, não deixa dúvidas de que a Lei 8.884/1994 é, entre nós, uma lei que objetiva a repressão ao abuso do poder econômico, visando assegurar a todos uma existência digna, por meio da tutela da livre iniciativa, da tutela livre concorrência e do combate ao aumento arbitrário dos lucros.

Ressalta-se, assim, o caráter instrumental da Lei Antitruste brasileira, possibilitando a conciliação dos interesses dos concorrentes (agentes econômicos) e, também, dos consumidores. Esta gama de objetivos denota o papel das normas concorrenciais como ferramentas para a implementação de políticas públicas³⁶ por parte do Estado, visando atingir a efetividade do mandamento constitucional de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

³⁵ A temática dos objetivos tutelados pelas normas antitruste tem sido objeto de discussão de algumas teorias econômicas. As teorias econômicas em destaque, além de elegerem objetivos distintos para a tutela das normas antitrustes, carregam consigo o embate ideológico de culturas concorrenciais distintas, num determinado momento histórico. Basicamente, são três as teorias econômicas dominantes, que buscam explicar os objetivos das normas concorrenciais: (a) a teoria marginalista ou neoclássica da Escola de Chicago; (b) a teoria estruturalista da Escola de Harvard; e, (c) a teoria ordo-liberal da Escola de Freiburg. A Escola de Chicago nasce nos anos 50 com os trabalhos de um economista chamado Aaron Director e Ronald Coase e tem como principais expoentes R. Bork e R. Posner, com a aplicação da teoria marginalista ao estudo do direito antitruste. Seu trabalho se resume à aplicação simplificada da *price theory* ao direito antitruste, sendo a eficiência produtiva sempre uma justificativa para a obtenção ou manutenção de posições dominantes. A teoria neoclássica dos doutrinadores de Chicago encontra na eficiência produtiva o principal objetivo de tutela da lei antitruste. Segundo os teóricos neoclássicos, até mesmo a concorrência, em si considerada, pode ser sacrificada em prol da eficiência produtiva, assim considerada como sendo a capacidade de se produzir mais a custos menores. Sustentam os marginalistas que a eficiência econômica representaria garantia de redução dos preços aos consumidores, haja vista que, na visão de tais teóricos, a distribuição equitativa dos benefícios resultantes de determinada operação econômica é presumida, derivando, necessariamente, da *ratio* monopolista. Neste diapasão, concluem os doutrinadores de Chicago que a co-existência de outros objetivos dignos de tutela pela lei concorrencial criaria situação paradoxal na aplicação de suas normas, sobretudo na análise das concentrações econômicas. Sustentam a impossibilidade de co-existência da tutela do bem-estar dos consumidores e a tutela da concorrência, como objetivos de tutela da lei antitruste. A teoria marginalista encontra forte oposição dos teóricos da Escola de Harvard, também conhecida como escola estruturalista. Seus defensores postulam pela ênfase ao estudo da estrutura de mercados individuais, sustentando o combate às excessivas concentrações do poder de mercado e estimulando níveis de concorrência praticáveis (*workable competition*). Contudo, com a adesão das cortes americanas aos postulados neoclássicos, a Escola de Harvard perde sua força e praticamente deixa de existir no final dos anos 70 e 80. Por fim, a Escola de Freiburg com sua teoria ordo-liberal surge na Alemanha dos anos 30, fazendo feroz crítica à concepção nazista, que encontrava na ascensão dos monopólios e dos cartéis uma ferramenta de afirmação. Os adeptos da teoria ordo-liberal encontram na possibilidade de escolha, em si considerada, um valor principal para a tutela da norma concorrencial. Assim é que defendem a garantia de competição nos mercados, não necessariamente a concorrência efetiva, bastando a concorrência potencial. Justamente por isso, na análise das posições de poder de mercado, os ordo-liberais preocupam-se sobremaneira com a criação ou reforço de barreiras à entrada. (cf. SALOMÃO FILHO, 2003, p. 22-32).

³⁶ O direito antitruste é a técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, neste particular, as econômicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência. (FORGIONI, 2008, p. 193)

7. Lei 8.884/1994: a sistemática adotada

As disposições da Lei Antitruste englobam tanto a prevenção quanto a repressão às infrações à ordem econômica, duas são as formas estabelecidas para atuação das autoridades de defesa da concorrência no mercado: um sistema de regulação de estruturas de mercado (vertente preventiva) e um sistema de controle de condutas (repressiva).

7.1 A vertente preventiva

O primeiro destes sistemas tem função eminentemente preventiva cuidando das regras (art. 54 e ss.) e determinando as circunstâncias em que os agentes econômicos devem se submeter para análise e aprovação as operações que possam vir a impactar a concorrência; dentre essas operações encontram-se tanto aquelas visando alguma maneira de concentração do poder econômico, como atos societários de natureza associativa (atos de concentração).

A vertente preventiva da Lei 8.884/94 estabelece o controle dos atos de concentração econômica e dos acordos entre empresas que possam resultar em formação de estruturas concentradas, capazes de possibilitar uma atuação com independência e indiferença em relação aos concorrentes e ao próprio Estado, enquanto ente regulador. Trata-se de atividade de regulação de estruturas econômicas que confirmam, aumentem ou de qualquer forma facilitem o exercício do poder de mercado de uma empresa ou grupo de empresas, em prejuízo da concorrência. Por esta razão, na prática concorrencial, a vertente preventiva da Lei Antitruste é conhecida simplesmente como “controle de estruturas” ou “controle de atos de concentração”.

O controle de estruturas encontra fundamento no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que assim determina: “Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”. Trata-se, portanto, de uma norma de polícia administrativa, em que o legislador ordinário, de forma a garantir a existência de um mercado competitivo, condiciona a eficácia da atividade econômica pretendida pelos agentes econômicos à autorização do CADE, que, para expedi-la, deverá tomar em conta a consonância do empreendimento, com o bem jurídico que a lei em questão se propõe a resguardar liminarmente³⁷.

³⁷“Art. 54 [...]”

§ 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

Um ato submetido ao controle antitruste, portanto, que venha a ser entendido pela autoridade antitruste como potencialmente prejudicial à livre concorrência, só poderá ser aprovado ou autorizado uma vez atendidas as condições legais; caso tais condições não se façam presentes, impõe-se a não aprovação do ato.

7.2 A vertente repressiva: a delimitação conceitual de “mercado relevante” e “abuso de posição dominante”

Pela vertente repressiva, dá-se o controle dos comportamentos dos agentes econômicos atuantes nos mercados, visando coibir os abusos do poder econômico, em suas mais variadas formas. Na prática concorrencial, a atuação repressiva é reconhecida simplesmente como “controle de condutas” ou “controle de comportamentos”.

O controle de condutas ou comportamentos é estruturado basicamente nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, nos seguintes termos:

Art. 20 Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III – aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

I – tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

O art. 20 da lei concorrencial define como fórmulas gerais, três³⁸ tipos de ilícitos: a concorrência desleal (inciso I), os atos tendentes à dominação do mercado relevante de bens e serviços (inciso II) e o abuso de posição dominante (inciso IV).

Verifica-se que a definição dos tipos de infração da ordem econômica leva em conta não a estrutura ou a característica do ato, mas o seu objetivo, o seu efeito concreto, independentemente da intenção do agente. O art. 20 se refere às finalidades concretas, que são atingidas pelos atos praticados pelo agente econômico. São essas finalidades que identificam tais atos como infrações.

Assim, para que seja considerado contrário à ordem econômica basta que o ato determine a incidência do art. 20, devendo o julgador verificar se eles são concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes na vida econômica real, não sejam alcançados. (FONSECA, 2007, p. 168). O controle de condutas ou de comportamentos tem por finalidade, portanto, a repressão de práticas comerciais que têm a sua ilicitude definida a partir de seus efeitos, efetivos ou potenciais, sobre o mercado.

Em seguida, o art. 21 enumera de forma exemplificativa as hipóteses em que os ilícitos do art. 20 podem se verificar. Este sistema brasileiro híbrido, que faz uso da caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, bem como da tipificação dos atos, configura-se, portanto, em via

³⁸ A despeito do que dispõe o art. 20 da Lei antitruste, adota-se aqui a classificação de Calixto Salomão Filho vez que como bem explica o autor, o aumento arbitrário dos lucros nada mais é do que uma espécie do gênero “abuso de posição dominante”, que não pode ser caracterizada como ilícito independente. (cf. SALOMÃO FILHO, 2003, p. 99-100).

intermediária entre a “regra da razão” (*rule of reason*)^{39 40}, considerada eficaz e flexível, mas pouco adaptável ao formalismo civilista sob o qual se estrutura direito brasileiro, e a “regra *per se*”, considerada, por outro lado, exageradamente rígida. (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 102; BRUNA, 2001, p. 2).

Assim, uma conduta terá por objeto um efeito anticoncorrencial na medida em que seja apta a prejudicar o mercado, ou seja, na medida em que traga em seu conteúdo a potencialidade de causar efeitos adversos à concorrência, de onde se configure uma relação de reciprocidade entre o objeto da conduta e os efeitos que dela possam advir. A aptidão de uma conduta afetar a concorrência reside no poder de mercado que detém o agente econômico que a adota.

Para se determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20, faz-se necessário delimitar conceitualmente as noções de “mercado relevante”⁴¹ e “abuso de posição dominante”. Mercado relevante pode ser entendido como sendo “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. (FORGIONI, 2008, p.231). A expressão mercado relevante tem o sentido de determinar o mercado pertinente, o mercado que interessa, o mercado sobre o qual se questiona. Aquele que interessa no caso concreto, sob o aspecto de um determinado produto/serviço ou sob o aspecto geográfico.

Assim, o mercado relevante é composto por duas dimensões distintas: a) dimensão produtos/serviços, composta por todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às características, preços e utilização; e, b) dimensão geográfica, que compreende a área em que empresas ofertam e procuram produtos ou serviços

³⁹ A regra da razão é fruto de discussões travadas na jurisprudência norte-americana quando se procurava, no século XIX, abrandar o rigor interpretativo do *Sherman Act* que proibia toda e qualquer prática restritiva da concorrência. A disputa colocou de um lado aqueles que defendiam a análise caso a caso da razoabilidade dos efeitos das práticas restritivas à concorrência e de outro os que pregavam em nome da segurança jurídica a proibição *per se* de qualquer limitação à competição. Mesmo sofrendo resistências iniciais a regra da razão acabou cedo por se firmar restringindo a aplicação da razoabilidade apenas àqueles contratos que causassem uma “desarrazoada restrição ao comércio”, cuja evolução veio a ser a sua aplicação a todo comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 151-152). Para um estudo mais profundo da questão consultar: COHEN, William. *Per se illegality and truncated rule of reason: the search for a forshortened antitrust analysis*. Disponível em <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.shtm>.

⁴⁰ Paula A. Forgioni posiciona a regra da razão como sendo uma “válvula de escape” da lei antitruste. (cf. FORGIONI, 2008, p. 230-261).

⁴¹ Para Paula A. Forgioni, entende ser a noção de mercado relevante também uma “válvula de escape” do direito antitruste dada a elasticidade do termo, na medida em que será delimitado tendo em vista a solução mais adequada à concretização da política econômica atuada. (FORGIONI, 2008, p. 230-261).

em condições de concorrência homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos ou serviços.⁴²

Uma vez identificado o mercado relevante, será possível averiguar a existência ou não do poder de mercado. Utiliza-se a expressão “posição dominante” para o fenômeno do poder de mercado⁴³, implicando aquela

na sujeição (seja dos concorrentes, seja de agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores) àquele que o detém. Ao revés, implica independência, absoluta liberdade de agir sem considerar a existência ou o comportamento de outros sujeitos [...] é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeáveis às leis de mercado. (FORGIONI, 2008, p. 317-318).

A existência da posição dominante presume-se no casos em que a parcela do mercado relevante detida pelo agente seja da ordem de 20% (vinte por cento) -art. 20, § 3º.

Ocorre que nem sempre o percentual de mercado tão somente significa a existência daquela, de modo que, haverá a necessidade da convergência de outras evidências para que se faça tal constatação - as barreiras de entrada, ou seja, o grau de dificuldade de acesso ao mercado por agentes não estabelecidos, comportamento e/ou dependência dos consumidores/ou fornecedores, potência econômica e estrutura da empresa, vantagens tecnológicas, grau de crescimento do setor.

Importante salientar que a simples existência de poder de mercado não constitui per si um abuso de poder econômico ou uma infração contra a ordem econômica. A Lei não reprime o poder de mercado em si, mas o seu desvio, o qual gera efeitos danosos sobre o ambiente competitivo. Uma conduta adotada por um agente econômico que não detenha poder de

⁴²A Resolução no. 15/98 do CADE define mercados relevantes do produto e geográficos: “Um mercado relevante do produto compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento. Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termo de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico. Nesse mesmo sentido, fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada”.

⁴³A lei antitruste emprega terminologia bastante variada e assistemática para identificar as situações de poder no mercado. Ela faz uso de expressões como “posição dominante”, quando se trata de cuidar da sanção aos comportamentos (art. 20, inc. IV) e “dominação dos mercados”, em um caso para sancionar comportamentos (art. 20, inc. II) e em outro para proibir determinado tipo de estrutura empresarial (art. 54, *caput*). (cf.. SALOMÃO FILHO, 2003, p. 150).

mercado é um comportamento que não tem qualquer potencialidade lesiva ao mercado. É por esta razão que o parágrafo 1º do art. 20 exclui a hipótese de dominação de mercado relevante, quando a empresa conquista determinado mercado em razão de sua maior eficiência em confronto com seus competidores⁴⁴.

A lei cuida de investir, portanto, apenas contra o poder de mercado estruturado de forma a prejudicar concorrentes e/ou consumidores.

A norma não define, todavia, de forma clara a fronteira entre o uso e o abuso de posição dominante. Uma tentativa de divisar entre o uso lícito e o uso ilícito da posição dominante foi pela utilização da teoria do abuso de direito.

O abuso de direito dá-se a partir do excesso na consecução da finalidade econômica e social do direito - art. 187 do Código Civil. Neste sentido, a utilização do poder econômico, e do direito à liberdade econômica apresentaria restrições, portanto, se fosse efetuada de forma não adequada, “reprovável”, “ilégítima” ou tida como tal, rompendo o equilíbrio dos interesses em conflito e de forma a exceder a finalidade do direito, da sua destinação social e econômica.

Todavia, ressalta-se na doutrina que é de se notar que o poder econômico não é um direito, não constitui um direito subjetivo, não se podendo dizer que alguém tenha direito ao seu exercício. Trata-se antes de um fato, uma situação fática que proporciona ao agente econômico indiferença e independência em relação aos outros agentes, às leis de mercado. (FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 24; FORGIONI, 2008, p. 324). Logo, tal teoria não se coadunaria ao campo de atuação do antitruste, vez que a este, não toca a disciplina do respeito mútuo às esferas de direitos dos sujeitos, mas sim a regulamentação do mercado – não interessam os concorrentes, mas sim a concorrência.

Nada obstante, a Lei 8.884/94 consagrou o sistema do abuso do poder econômico, devendo a ilegalidade da conduta ser examinada, ou seja, considerando não apenas os custos decorrentes do impacto da conduta sobre o mercado, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor. Condutas, pois, que refletem positivamente sobre o mercado são consideradas razoáveis, enquanto que aquelas em que predominam os efeitos negativos são tidas como ilegais.

⁴⁴Conforme Paula A. Forgioni, a posição dominante resultante de processo natural fundado na maior eficiência em relação aos competidores, ou seja, resultante da vantagem competitiva não caracteriza ilícito. Sendo assim remete à questão de que até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico e da diferenciação da concorrência vigorosa da prática abusiva (FORGIONI, 2008, p. 320).

Nos artigos 23 a 27, a Lei 8.884/94 traz as penas aplicáveis às infrações, que vão desde a aplicação de multa à empresa e ao administrador até a determinação da cisão da sociedade, transferência de controle acionário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

7.2.1 Condutas anticompetitivas: práticas horizontais e verticais

Os atos restritivos à concorrência consubstanciam-se, segundo a relação entre os agentes envolvidos, em práticas horizontais e verticais.

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência, seja, ao estabelecer acordos entre competidores do mesmo mercado relevante, ou seja, que estão em direta relação de concorrência, com respeito a preços ou outras condições, seja ao praticar preços predatórios. Via de regra, a configuração das práticas restritivas horizontais exige a prévia existência de poder econômico sobre o mercado relevante considerado.

Ocasionalmente, tais condutas podem também gerar eficiências econômicas, razão pela qual sugere-se a aplicação do princípio da razoabilidade, mediante a análise caso a caso. São exemplos mais comuns dessa modalidade de condutas anticoncorrenciais os cartéis, os acordos genéricos entre concorrentes e os preços predatórios.

Já as práticas restritivas verticais referem-se às condutas promovidas na tentativa de se restringir a concorrência em mercados verticalmente considerados, em mercados relevantes diferentes, mas geralmente complementares.

A ilicitude das práticas restritivas verticais configura-se quando verificada a potencialidade de eliminação de concorrentes através da imposição de barreiras à entrada, ou quando incrementada a potencialidade de atuação concertada entre produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores (exercício coordenado de poder de mercado).

A exemplo do que ocorre com as práticas restritivas horizontais, as restrições verticais também exigem, via de regra, a prévia existência do poder econômico sobre o mercado relevante de origem para sua configuração. Da mesma forma, também podem promover efeitos líquidos positivos (eficiências econômicas), especialmente a economia de custos de transação para os produtores/ofertantes. Os exemplos mais comuns das práticas restritivas verticais são a fixação de preço de revenda, a venda casada e os acordos de exclusividade.

8. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e a Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 objetivou trazer avanços ao sistema nacional de defesa da concorrência de modo a compatibilizar as normas antitruste com o atual estágio de desenvolvimento das relações econômicas brasileiras. A sistemática adotada pela Lei permaneceu a mesma, pois, suas disposições englobam tanto a prevenção quanto a repressão às infrações à ordem econômica. Observam-se, todavia, que algumas alterações introduzidas pelo novo regime foram primordiais para a celeridade na apreciação dos atos de concentração, bem como nos processos de investigação de supostas condutas anticompetitivas. Dentre elas destacam-se a reorganização das competências dos órgãos do SBDC e a obrigatoriedade de notificar as operações de concentração numa fase prévia à conclusão da transação.

Com a nova Lei 12.529/2011, as funções de investigação, instrução e decisão final administrativa no tocante à matéria objeto de tutela da legislação passam a estar unificadas na figura do CADE, que absorve competências da SEAE e da SDE, aglutinando o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) desta última. O novo regime reforça ainda o papel da SEAE na promoção da concorrência perante os órgãos de governo e a sociedade, podendo intervir nos procedimentos legislativos mediante a elaboração de pareceres, propor alterações nas leis e regulamentos que possam afetar a concorrência, avaliar a situação concorrencial dos diferentes sectores econômicos e elaborar estudos setoriais que instiguem a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas.

Um dos pontos interessante da Lei é a criação de dois novos órgãos no seio do CADE, que passa a apresentar a seguinte estrutura tripartida: (a) A Superintendência-Geral que investigará e instruirá os processos por infrações à lei da concorrência, bem como os relativos às operações de concentrações, funções anteriormente exercidas pela SDE e pela SEAE; (b) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que será responsável pela decisão final administrativa, já competência nuclear do CADE atualmente; o (c) Departamento de Estudos Econômicos que absorve parte das competências da SEAE, assumindo funções de instrução e consultivas, com o objetivo de aperfeiçoar as análises econômicas e fornecer maior segurança e efetividade às decisões do CADE.

No entanto, é no campo do controle das operações de concentração que se registram as alterações, de ordem formal e substantiva, de maior relevância e impacto. Enquanto na Lei 8.884/1994 as especificidades deste procedimento são descritas entre os §§ 4.º e 10.º do art. 54.º, não havendo maior elaboração quanto ao modo de ação do CADE/SDE, a Lei 12.529/2011 cria, delimitando-os, seis modalidades de processos administrativos, entre os

quais se inclui o processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e o procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica (art. 48.º, IV e V).

Sob a égide da nova Lei, os atos de concentração encontram-se regulados no Capítulo I do Título VII (arts. 88 a 91). Nota-se que houve uma alteração no conceito de ato de concentração, que teve por objetivo tornar mais clara sua identificação, bem como, restringir o número de transações submetidas à análise do CADE. O novo conceito restringe ato de concentração àqueles atos que consistem em fusão, aquisição ou celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, ou ainda a aquisição de controle ou partes de uma ou mais empresas anteriormente independentes (art.90). Além disso, foi introduzido um critério objetivo de sujeição dos atos de concentração ao CADE, baseado no faturamento do grupo, e não mais na avaliação dos efeitos da operação sobre a concorrência.

Assim, do ponto de vista substantivo, abandona-se a definição genérica do objeto do procedimento de controle das operações de concentração, incluída no art. 54.º da Lei nº 8.884/1994, elencando-se no art. 88 os dois critérios cumulativos cuja verificação determina a obrigatoriedade de a operação ser notificada ao CADE, a saber: (a) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação deva ter registrado, no último balanço, um faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); (b) pelo menos um outro grupo envolvido na operação deva ter registrado no último balanço, um faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). As empresas passarão, portanto, a ser obrigadas a notificar previamente o CADE acerca de seu interesse em realizar um ato de concentração, cuja concretização fica condicionada à aprovação daquele. A necessidade de autorização prévia é entendida pela doutrina antitruste como um incentivo às empresas para cooperação com a autoridade competente pela análise e tem como efeito primário a rapidez do processo de apreciação.

Outras mudanças a serem consideradas são as que dizem respeito a possibilidade de terceiros titulares de direitos e interesses - que possam ser afetados pela decisão do CADE - intervirem nos processos administrativo e a modificação da literalidade do artigo 36 e seus parágrafos, nos seguintes termos:

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

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

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

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

A Lei passa a fazer referência à posição dominante tratando agora da questão no sentido da capacidade da empresa ou grupo em alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado, diminuindo o percentual do controle do mercado – de 30% para 20% ou mais do mercado relevante – sendo possível tal montante ser alterado pelo próprio CADE.

Altera a literalidade do rol de condutas que se caracterizam como infração da ordem econômica e inclui naquele “o exercício e a exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnológica ou marca” (art. 36, XIX). (RIZZO, 2011, p. 1).

Nota-se na Lei 12.529/2011, todavia, uma diminuição dos percentuais de multa para os casos de infração por parte de empresas - que passaram de 1% e 30% do faturamento total do grupo envolvido para 0,01% e 20% do faturamento do ramo de atividade que foi investigado) e àquela a ser aplicada para o administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida quando comprovada culpa ou dolo – que passou de 10% a 50% a 1% a 20% do valor aplicável à empresa (art. 37, I e III).

Por fim, outros pontos de interesse que merecem ser destacados, já que diretamente relacionados com a temática enfrentada no presente, alterações introduzidas pela Lei n.º 12.529/2011 a abertura da possibilidade de serem celebrados acordos de dispensa e atenuação especial da sanção com quem tenha assumido o papel de líder na infração - proibição prevista no art. 35-B, §1º, da Lei 8.884/1994; e a extensão do Programa de Leniência a outras condutas ilícitas, desde que diretamente relacionadas com a prática de um cartel, tais como fraudes em procedimentos de contratação pública (arts. 86. e 87.º da Lei n.º 12.529/2011 e Lei n.º 8.666/1993 que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública).

II – A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUA FUNÇÃO LEGITIMADORA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL

1. A Administração Pública na Contemporaneidade: do ato ao procedimento (processo) administrativo

A Administração Pública pode ser entendida como o “conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realidade de finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população.” (MEDAUAR, 1996, p. 45).⁴⁵ À ela são conferidos pelo ordenamento jurídico uma gama de poderes e deveres destinados a regular o exercício da autoridade pública e a permitir a organização e funcionamento da máquina estatal.

Forçoso reconhecer, portanto, que a delimitação de suas feições e finalidades acompanhou a evolução própria do Estado, mais especificamente do chamado “Estado de Direito”⁴⁶.

O “Estado de Direito” emerge da formação do chamado Estado Liberal (também denominado Estado abstencionista) e de da necessidade de controlar o uso arbitrário do poder

45 Note-se que a Administração Pública pode ser considerada, sob dois aspectos, um subjetivo, como o conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos a serviço do Estado, no desempenho de suas funções-deveres, e, outro objetivo, a expressão do Estado agindo em concretude para a satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e do progresso social. Conforme Vasco Manuel Pereira da Silva, a “Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo de que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas.” (SILVA, 1995, p. 604).

46 “[...] da concepção do Estado decorrem consequências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração Pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores, repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito. As raízes do direito administrativo e as linhas fundamentais de sua sistematização o vinculam, nas formulações originárias, precipuamente ao Estado do século XIX.” (MEDAUAR, 1992, p. 74). “O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. (MELLO, 2007, p. 46). Dizer que o Direito administrativo teve origem no final do século XVIII e início do Século XIX não significa afirmar a inexistência de normas administrativas em períodos anteriores. A exemplo disto, registra-se no *Digesto* textos regulamentando a organização administrativa e a competência de seus órgãos, dispondo sobre o regime municipal e as prerrogativas de polícia, prescrevendo os poderes do Fisco, dispondo sobre o uso de bens públicos, a execução de obras públicas e sua utilização, o regime da servidão pública, dentre outras. Verifica-se, portanto, a existência de normas esparsas relativas ao funcionamento da Administração Pública e não uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que conferissem autonomia ao direito administrativo. (DI PIETRO, 2010, p. 01).

por parte do Estado. O Estado Liberal, fruto das revoluções liberais ocorridas entre os séculos XVIII e XIX, surge em oposição à configuração do Estado Absolutista tardio (Estado de Polícia)⁴⁷, em que os poderes estavam concentrados na figura do monarca, considerado o representante do direito divino na terra, que exercia o poder político de forma ilimitada.

O Estado Liberal trouxe como postulados fundamentais o princípio da separação dos poderes (pressuposto da formação do direito administrativo)⁴⁸, o princípio da legalidade como fundamento da atividade administrativa e a afirmação dos direitos de liberdade dos indivíduos como limites à atuação estatal, sendo-lhe defeso, portanto, qualquer intervenção em matérias social ou econômica. É com o Estado de Direito, portanto, que começam a se assentar as “bases da Administração Pública contemporânea”. (MOREIRA NETO, 2007, p. 9).

É possível, no entanto, aludir a uma certa continuidade entre os modelos de Estado absoluto e liberal, denotando-se neste uma feição ainda bastante autoritária⁴⁹, vez que se estruturou de forma concentrada e centralizada⁵⁰ a partir da formação de uma grande organização formal e complexa, acionada de um centro para realizar suas funções, e, teve como modo único e exclusivo de agir o ato administrativo⁵¹.

Ante à incapacidade do Estado Liberal de atender às necessidades insurgentes, consubstanciadas na reivindicação de novos direitos e de atuação do Estado para enfrentar os períodos de crise econômica, precipuamente nos períodos da 1ª e 2ª guerras, emerge o que se convencionou chamar de *Estado Social* (também denominado de *Estado-providência*, *Estado*

⁴⁷ No último período do Estado Absoluto parte da Europa conheceu o chamado “Estado de Polícia” cujos pontos fundamentais seriam o grande aumento da atividade administrativa e intromissão profunda e opressiva na vida dos particulares.

⁴⁸ O princípio da separação dos poderes, com antecedentes em Aristóteles e John Locke, consagrou-se e difundiu-se na formulação dada por Montesquieu significando a distinção das três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – atribuídas a três órgãos autônomos, que as exercem com exclusividade, ou ao menos preponderantemente.

⁴⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que, “estranhamente, porém, o *Poder Executivo*, sede da Administração Pública, a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e sociedade, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o *poder de império* do Estado, como a sua *atuação discricionária*, a *exclusão do administrado* na formação do processo decisório, a *executoriedade* e a *autotutela*”. (MOREIRA NETO, 2007, p. 9).

⁵⁰ “A organização administrativa apresentava-se como unitária, uniforme, monocrática, centralizada; a centralização, que acentuava tendência do Estado absolutista, em muitos Estados europeus tinha justificativa na necessidade de consolidação, em âmbito interno, de um processo de unificação política. [...]” (MEDAUAR, 1992, p. 123-124).

⁵¹ “[...] o ato administrativo busca conciliar uma vertente autoritária, de exercício de um poder do Estado, com uma vertente de garantia dos cidadãos”. Apresentava-se, assim, com uma dupla função: como ato de autoridade e instrumento de garantia dos cidadãos. Parece representar uma “fisionomia híbrida”: é visto como um “privilegio da Administração”, uma manifestação de seu poder, de forma unilateral, numa situação concreta, e, por outro lado, apresenta-se como instrumento de garantia dos particulares, possibilitando um maior controle judicial das atuações administrativas.” (SILVA, 1995, p. 40.)

intervencionista, Estado de bem-estar), que se caracteriza pela sua atuação positiva perante a sociedade por meio de prestações materiais à coletividade.

Conforme Paulo Bonavides (1993, p. 182),

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

Com isso, no século XX, a forma de agir da Administração foi se modificando, tendo-lhe sido conferidas novas atribuições; ela foi ampliando e assumindo novos papéis à medida que aumentavam as funções do Estado. A expansão deu-se tanto em termos de estrutura (criação de novos entes administrativos, alguns inclusive com personalidade de direito privado) quanto em termos de atividade (novas atividades econômicas e sociais assumidas pela Administração Pública).

Em consequência, a Administração Pública, agora, tida como representante de um interesse coletivo superior aos interesses privados, passa a se preocupar com novas, e mais democráticas, formas de realização de suas funções e atividades.

A reivindicação de uma democracia administrativa, na qual a “democracia” não seria apenas o modo de escolha dos governantes, mas também uma forma (democrática) de se administrar, de governar para a sociedade, visto que uma maior e efetiva participação da sociedade serviria de garantia ao cidadão ante à tomada de decisão da Administração e, à noção de Estado como garantidor e implementador dos direitos fundamentais constitucionais, ocasionou uma significativa “transformação” no direito administrativo. Transformação esta que perpassa pelo abandono do paradigma do ato administrativo e unilateral como elemento fundante de toda dogmática jurídico-administrativa.

O ato administrativo, tido como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados e a si própria” (MEIRELLES, 2004, p.147), perde seu espaço no interior da dogmática jurídico-administrativa, cedendo espaço ao “procedimento administrativo”, como

exigência da institucionalização de um caminho a ser percorrido na demonstração da “vontade administrativa”.⁵²

O procedimento administrativo passa, com isso, a “ocupar o lugar central da dogmática administrativa, permitindo a compreensão de todos os fenômenos administrativos, quer de tipo tradicional, quer os correspondentes às novas modalidades de atuação administrativa”. (SILVA, 1995, p. 121). A Administração passa a utilizar o processo administrativo como forma de elaboração prévia de atos administrativos, que defluem de uma interação dialética entre os interesses públicos e privados contrapostos⁵³. (MEDAUAR, 1993, p. 67).

Todavia, pondera Marçal Justen Filho (2010, p. 260) que esta mudança de eixo, não implica em considerar o ato administrativo como entidade inexistente ou juridicamente irrelevante, o seu conceito perde a relevância somente para fins de instrumento compreensão e organização do direito administrativo. Esta ressalva é pertinente na medida em que os conceitos de atividade e de procedimento são nucleares no tocante à produção de atos administrativos, pois é impossível configurar hipóteses em que determinado ato administrativo poderia ser produzido de modo desvinculado de um procedimento ou fora do desenvolvimento da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 263).

Nada obstante, verifica-se que a instituição do procedimento administrativo permite fixar num quadro mais amplo a integralidade da atividade administrativa em suas variadas formas, assim como seu relacionamento com os particulares no decurso do tempo e não apenas no momento final da edição do ato administrativo.

⁵² A corrente doutrinária, de matriz italiana (Mario Nigro), que propõe o procedimento administrativo como elemento central do direito administrativo, vem ganhando espaço na doutrina brasileira, possibilitando uma uniformização no tratamento jurídico de toda atividade administrativa, posto que o procedimento seria o elemento comum a todos os setores e formas da atuação administrativa. A Administração Pública atual, em suas relações com os particulares, pode atuar de duas formas básicas: de uma forma unilateral e autoritária, onde lança mão de seus poderes tradicionais, ou de uma forma bilateral ou consensual, lançando mão de “técnicas contratuais”. De outro lado, não se pode deixar de trazer a baila que para parte da doutrina, sobretudo de matriz alemã (Otto Bachof, Peter Häberle), o conceito de “relação jurídica administrativa” deveria ser o novo conceito central do Direito Administrativo. Para esta corrente, a noção de ato administrativo reflete apenas “um momento”, “um instante”, do complexo relacionamento entre a Administração Pública e o particular, relacionamento este que não se esgota numa atuação pontual. O ponto forte desta concepção é considerar a existência de verdadeiras relações jurídicas administrativas entre a Administração e os particulares, e não meras relações de poder, como pretendia a dogmática tradicional. Nestas relações jurídicas, Administração e particulares atuam como sujeitos de direito, titularizando direitos e obrigações recíprocas. Note-se que ambas encontram-se sintonizadas com o princípio democrático, não sendo, portanto, excludentes e incompatíveis vez que a processualidade administrativa funda-se no próprio reconhecimento da relação jurídica administrativa.

⁵³ “[...] a doutrina administrativa passou a se preocupar com a processualidade, movida certamente por alguns dados nucleares. A progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado na fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária[...]”. (MEDAUAR, 1993, p. 16).

Assim, a procedimentalização do agir administrativo pressupõe a colocação deste *iter* como um mecanismo dialógico - um hiato entre a vontade administrativa e o ato administrativo - cujo objetivo é o consenso dos cidadãos e uma atividade administrativa mais bem informada. O procedimento administrativo representaria desta maneira, a efetivação do princípio democrático consagrado e tornado fundamento do Estado de Direito nas democracias modernas (art. 1º. da C. F.) ⁵⁴, vez que figuraria como uma “ponte” entre autoridades públicas e sujeitos particulares, permitindo a estes, participarem direta ou indiretamente das decisões administrativas, concedendo legitimidade⁵⁵ a estas.

1.1 Procedimento e processo administrativo: uma distinção necessária

A procedimentalização do agir administrativo atende a um duplo objetivo: estabelecer controles ‘desde dentro’, na própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade ao invés de relegar-se este controle para um momento posterior, pelo judiciário; e, resguardar os cidadãos, abrindo-se a estes a possibilidade de serem ouvidos antes da decisão que irá afetá-los. (MELLO, 2006, p. 465-466).

Note-se, no entanto, que os termos processo e procedimento administrativo são muitas vezes utilizados como sinônimos pela doutrina. ⁵⁶

⁵⁴“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]”

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁵⁵ Na linguagem jurídica usual utiliza-se indistintamente de legalidade e legitimidade para assinalar a conformidade de determinadas atividades do Estado com as normas vigentes do ordenamento jurídico, como será visto mais adiante. Todavia, cumpre informar que a expressão aqui utilizada está a significar pressuposto de validade da conduta administrativa.

⁵⁶ Alguns autores defendem ainda o uso do termo “procedimento”, dentre eles estão Carlos Ari Sunfeld, Lúcia Valle Figueiredo e Marçal Justen Filho. A este respeito consultar: MOREIRA, 2010, p. 48-63.

Durante muito tempo o termo “processo” vinha associado à função jurisdicional. Não se cogitava de “processo” no âmbito administrativo, de processo atinente às relações entre Administração e cidadãos (isolados ou como pessoas jurídicas). A partir da década de 50, processualistas e administrativistas foram convergindo para a ideia de processo ligado ao exercício do poder estatal. O processo, nesse entendimento, expressa o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo, refletindo a passagem do poder em atos ou decisões. Assim, o processo existe tanto no exercício da função jurisdicional, como na função legislativa e na função executiva. A processualidade que está presente em vários âmbitos da experiência jurídica apresenta um núcleo de elementos comuns [...]. A partir desse núcleo comum, irradiam-se pontos de diversidade entre os vários tipos de processo, em grande parte decorrentes das características da função a que se liga e do ato final a que tende. Portanto, há peculiaridades no processo administrativo que o distingue do processo jurisdicional e do procedimento legislativo. (MEDAUAR, 1996, p. 185-187).

Para Diógenes Gasparini (2005, p. 857), processo administrativo seria, em sentido amplo,

o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

Em sentido análogo, entendem Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari que o processo administrativo seria “uma série de atos lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração” (FERRAZ e DALLARI, 2007, p. 79). Seria uma “sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. (MELLO, 2001, p. 432).

É consenso na doutrina que processo seja também procedimento. Todavia nem toda sucessão de atos para se obter um resultado final configura-se como processualidade; esta é figura mais específica e qualificada que a simples soma de atos.

Cumprido, portanto diferenciá-los quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata uma relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito; o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo. (MOREIRA, p. 2010, p. 43-44).

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o processo não se confunde com procedimento.

O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observados para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo. (DI PIETRO, 2010, p. 623)

O procedimento administrativo nada mais é do que a vestimenta do processo, a forma pela qual ele é exteriorizado, modo de realização do processo, caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades sequenciais para se chegar ao ato final (FIGUEIREDO, 2008, p. 436); ao passo que o processo administrativo, se traduz numa relação jurídica dialógica entre as partes que participam do rito procedimental de formação da decisão final (ato administrativo conclusivo) sob a observância do princípio do contraditório.

O processo administrativo seria, portanto, a

forma de exteriorização da função administrativa qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), capaz de interferir na esfera jurídica das pessoas (BACELLAR FILHO, 2003, p. 45-46).

Conforme Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p.47-49), quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório o procedimento expressa-se como processo.

Certamente o processo se tornará mais presente nos procedimentos externos, especialmente nos restritivos sancionadores, que à semelhança do processo judicial, acentua-se o caráter do contraditório e a noção de lide. Com efeito, “o art. 5º, inciso LV, junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Sem contraditório, nenhum processo – e já é uma determinação constitucional” (BACELLAR FILHO, 2003, p.49).

A Constituição Federal trouxe a expressão processo administrativo em vários de seus dispositivos, consagrando a processualidade no direito administrativo. Assim, tem-se que ela não apenas consagrou a existência do processo administrativo (art. 5º, inc. LXXII e art. 37, inc. XXI), mas também declarou de forma inequívoca que necessariamente existirá processo, e não procedimento administrativo, quando a natureza da atividade administrativa for disciplinar ou sancionatória, ou seja, quando houver litigantes ou acusados, vez que a eles deverão ser assegurados o contraditório e a ampla defesa. (art. 5º, inc. LV e art. 41, § 1º, inc. II)⁵⁷

⁵⁷ Dispõe a Constituição Federal: “Art. 5º. [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.[...]

LXXII – Conceder-se-á *habeas data* [...]

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [...]

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...]

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. [...]

2. Função administrativa e finalidades do processo administrativo

Ao processo administrativo cumpre, portanto, exteriorizar a função administrativa zelando pela preservação dos direitos dos administrados e fins da administração (art. 1º da Lei 9.784/1999)⁵⁸.

A doutrina busca identificar a função administrativa contrastando-a às outras funções estatais, partindo, portanto, de um critério residual. Assim, a função administrativa consistiria nas atividades não enquadradas, pela sua natureza, na legislação ou jurisdição.

Aduz Odete Medauar (1993, p. 53) sobre a inaceitabilidade de se adotar um critério negativo para fixar um conceito. Salienta, ainda, que por outro enfoque, dizer que a função administrativa seria atividade subordinada, não autossuficiente, porque destinada à realização das diretrizes políticas fixadas por autoridades ou pela lei também mostra-se inadequado, visto que esta ideia decorre de uma concepção de Administração como mera executora da lei, o que não se coaduna com o atual modelo de Estado adotado pela Carta Política do Estado.

Por outro lado, dizer que a função administrativa teria caráter de realização de tarefas e atribuições, sendo fundamental para sua identificação a projeção para os fins sociais não é totalmente inexata, porém este critério não serve para diferenciá-la da função legislativa e jurisdicional.

Assim, considerando que as atividades da Administração são desprovidas de unicidade, na medida em que elas se fragmentam em inúmeras, cada qual com suas características e técnicas próprias, Odete Medauar identifica a função administrativa⁵⁹ como sendo a atividade estatal que “coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas impostas pelas

⁵⁸ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. Para Odete Medauar, a processualidade administrativa, inserida neste novo contexto social, político e jurídico, passa a ter finalidades outras para além da perspectiva interna do Estado. São elas: a) garantia dos administrados; b) o correto desempenho da função administrativa; c) a sistematização de atuações administrativas; d) a facilitação do controle da administração; e) a aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa; f) a concretização da justiça na administração; g) melhor conteúdo das decisões pela colheita de provas na fase instrutória; h) a aproximação entre administração e cidadãos; i) a eficácia das decisões pela maior aceitação do seu cumprimento; j) e, por fim a legitimação do poder. (MEDAUAR, 1993, p. 61-69).

⁵⁹ “A função administrativa é o conjunto poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob o regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 39). [...] Ela “se concretiza e se desenvolve como atividade administrativa” [...] “executada de modo satisfatório na medida em que se traduza numa sequência ampla de ações ordenadas de modo a produzir as providências abstratas e as utilidades materiais adequadas.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 260).

instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidades para a população.” (MEDAUAR, 1993, p. 54).

A função administrativa, portanto, traduz a ideia de atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para benefício de um terceiro. Conforme Egon Bockman Moreira (2010, p. 35), o termo “função”, na esfera administrativa, significa vínculo incindível que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto ao alcance de determinado escopo estabelecido.

Como se trata de atividade administrativa pública, o fim ao qual se visa é sempre de interesse público, que assumirá a conformação que lhe for dada por lei. (MOREIRA, 2010, p. 35).

Para o autor a administração pública “concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, titularizados pela coletividade, diferentemente do particular que almeja, em regra, interesses particulares” (MOREIRA, 2010, p. 28). Nesse sentido, emerge a ideia de uma supremacia de um interesse público sobre o particular, noção a ser analisada mais adiante.

Se à função administrativa cumpre o atendimento concreto do interesse público é possível dizer que a finalidade precípua, além das outras já elencadas anteriormente, do processo administrativo como forma de exteriorização daquela, seria, da mesma maneira, a satisfação do interesse público.⁶⁰

3. Conceituando “interesse público”: os interesses públicos primários e secundários

A noção de interesse público, nos quadros do Estado Democrático de Direito, consubstancia-se na medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como princípio legitimador dos atos no âmbito da Administração Pública.

Inicialmente a noção de interesse público estava ligada à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX, de maneira que ao poder público era dado atender interesses públicos, e ao particular cabia o trato dos interesses individuais. Por esta concepção, os interesses públicos e privados sempre seriam opostos.

Com a expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências estatais em diversas áreas, muitas das quais pertencentes ao âmbito privado, resultando no fenômeno

⁶⁰ Nota Odete Medauar que é comum na doutrina a assertiva de que a função administrativa objetiva ao atendimento concreto do interesse público, no entanto, lembra que a acolhida deste critério vincula-se à compreensão de que seja interesse público concreto e interesse público abstrato, o que se faz muito complicado. (MEDAUAR, 1993, p. 52).

chamado por “publicização do privado”; e, concomitantemente, de maneira oposta, grandes grupos privados passaram a colaborar na administração das atividades de interesse geral, gerando a chamada “privatização do público” (MEDAUAR, 1992, p. 113). Todos esses fatores levaram à indeterminação do que se compreende por interesse público.

A expressão “interesse público”, por ser dotada de uma imprecisão conceitual e terminológica, é muitas vezes utilizada como equivalente ao bem comum, interesse geral, interesse coletivo ou interesse social. Não raro, costuma ser caracterizada em oposição ao interesse individual, ou seja, interesse privado de cada pessoa (MELLO, 2001, p. 50), o que pouco ou de nada contribui para a exata compreensão da expressão.

Desta feita, coloca-se mais adequado conceituar interesse público, não pelo que ele é, mas sim pelo não é (conceituação negativa/excludente). (JUSTEN FILHO, 2010, p. 64). Assim, pode-se dizer que o interesse público perseguido pela Administração não é simplesmente um somatório de interesses individuais. Não se identifica, ademais, com o interesse dos agentes públicos.

A atividade administrativa pauta-se na impessoalidade, de modo a imunizar o ato praticado de qualquer cunho individualista. E não é por razão outra que, pela especialidade de sua atuação, apresenta nítida distinção com a administração da coisa privada. (BACELLAR FILHO, 2003, p.188). Logo, a noção de interesse público não se confunde com o interesse do agente público, pois decorre diretamente da dimensão normativa do princípio da impessoalidade.

O interesse público não configura, tampouco interesse próprio do Estado ou da Administração Pública. A identificação do interesse público utilizando-se como critério a sua titularidade por si só não se justifica, pois há interesses públicos que não são necessariamente estatais, como por exemplo, os das organizações não governamentais. Tal critério conduziria ao raciocínio de que o interesse seria público porque atribuído ao Estado; e, se atribuído ao Estado, seria necessariamente público.

Com efeito, o Estado, tal como o particular, é também ele uma pessoa (jurídica), que existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. (MELLO, 2001, p. 55). Isso faz com que tenha interesses que lhe são inerentes como tal (pessoa ou como parte numa dada relação jurídica). Esses não seriam interesses públicos propriamente ditos, mas interesses “particulares” do aparelho estatal ainda que tenham como escopo, mediatamente, o atingimento de interesses públicos. Tais interesses assemelham-se aos interesses de qualquer outro sujeito.

Esta distinção permite verificar a existência de interesses com características diversas, ou seja, aquilo que a doutrina classifica de “interesse público primário” (originário) e “interesse público secundário” (instrumentais ou derivados)⁶¹.

De acordo com essa classificação, os interesses públicos primários são indisponíveis e os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, com características patrimoniais e que, por esse motivo, disponíveis, existindo para operacionalizar os primeiros.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 225-226), para que o Estado possa servir de forma adequada à sociedade é necessário identificar quais “interesses” deverão ser por ele satisfeitos. Tais interesses são qualificados como interesses públicos que passam a ser denominados de interesses públicos primários ou interesses públicos secundários e que podem ser diferenciados por meio da função desempenhada pelo Estado.

Nesse sentido, de acordo com o entendimento do autor, as funções desempenhadas pelo Estado podem ser classificadas de “atividades-fim” e “atividades-meio”, sendo que as primeiras se referem às funções desempenhadas pelo Estado com vistas à satisfação dos interesses públicos primários e que dizem respeito às próprias necessidades da sociedade.

Assim, o Estado para atingir as suas atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, sendo por esta razão, considerados supremos e indisponíveis. Consoante o autor, pelo fato de estarem relacionadas aos administrados, referem-se ao que denomina de Administração Pública externa.

Já as “atividades-meio” servem para operacionalizar os interesses institucionais do Estado, referentes aos seus atos, pessoas, serviços, entre outros, destinando-se, portanto, à satisfação dos interesses públicos secundários ou instrumentais e conformam-se ao que denomina de Administração Pública Interna. Por outro lado, para executar as atividades-meio, a indisponibilidade, em regra, é relativa, admitindo negociação e recaindo sobre os “interesses públicos derivados”. (MOREIRA NETO, 2007, p. 225-226).

Ante a isto, tanto a definição do interesse público, sua respectiva (in)disponibilidade, quanto a eventual “supremacia” sobre quaisquer outros interesses, igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico constitucionalizado, tais como as liberdades, os direitos e garantias fundamentais, passam a depender de análise fundamentada e ponderada em cada caso

⁶¹ Conforme Diogo Figueiredo de Moreira Neto, deve-se à doutrina alemã o desenvolvimento da teoria do duplo grau que parte da distinção entre categorias ou níveis de poder: a categoria primária (*primäre Stufe*) e a categoria secundária (*sekundäre Stufe*), cabendo à esfera do público a decisão primária de poder, que se compreende em sua competência de agir, e à esfera do privado, a decisão secundária de poder, perfeitamente negociável, de escolher a melhor solução para atuar. Na doutrina italiana a teoria prosperou sob a denominação de *teoria del doppio grado*. (MOREIRA NETO, 2003, p.139).

concreto, afirmando-se, desde logo, a impossibilidade jurídica de qualquer ação estatal desvinculada do fundamento constitucional e legal que possa lhe dar sustentação.

4. O direito administrativo na ordem constitucional: princípios constitucionais administrativos

A configuração Estatal atual impõe uma necessária abordagem principiológica na caracterização do direito administrativo, enquanto conjunto sistemático de normas direcionadas para o disciplinamento da função administrativa. (OLIVEIRA, 2006, p. 28).

O regime jurídico-administrativo constitucional consubstancia-se pelo conjunto de princípios de matriz constitucional que regem e orientam a compreensão do Direito Administrativo.

Para Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p.23-25), princípios constitucionais são:

os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. [...] são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. [...] São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.

Neste mesmo sentido, segue Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 40), que entende que princípio é

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

A violação de um princípio implicaria, portanto, numa ofensa não apenas a um “comando específico, mas a todo o sistema de comandos”, representando assim, “insurgência contra todo o sistema e subversão de seus valores fundamentais”. (MELLO, 2001, p. 40).

Dada sua carga axiológica, os princípios acabam por apresentar duas funções específicas no ordenamento jurídico: uma função hermenêutica, de modo a servirem de parâmetros de interpretação das demais normas jurídicas; e uma função integrativa, suprimindo os espaços normativos em que não se verificam normas expressas para uma dada situação.

Como baliza de interpretação, são

normas que ordenam algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] são mandamentos de

otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas[...]” (ALEXY, 2011, p.90).

Uma das características primordiais dos princípios atualmente é o reconhecimento de sua força vinculante, de sua normatividade.

Como normas aglutinadoras dos valores fundamentais de um sistema, são dotadas, portanto, de normatividade⁶² e imperatividade, possuindo força normativa plena e sendo capazes de influenciar diretamente os destinatários de seus comandos, condicionando, assim, na esfera administrativa, toda a atividade da Administração.

O texto constitucional, ao dispor de forma expressa, no *caput* do art. 37, os princípios a serem observados por toda a Administração Pública no exercício da função administrativa, modifica a perspectiva de um Direito Administrativo respaldado na lei e amplia o alcance e o sentido da legalidade, bem como a consciência da inserção do Direito Administrativo no sistema constitucional.

Neste sentido, é pacífico na doutrina e jurisprudência, a existência de outros princípios implícitos do texto constitucional, ou da própria legislação infraconstitucional que integram o arcabouço principiológico do direito administrativo. Isto porque a Constituição deve ser entendida como um sistema aberto de normas e princípios, que se irradiam por todo o sistema normativo.

Rege o art. 37 da Constituição Federal:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

Não é o objetivo do trabalho o aprofundamento no exame de todos eles, mas sim e tão somente aqueles que terão pertinência para a análise que aqui se propõe. Neste sentido, restringir-se-á à análise apenas dos princípios que servem de fundamento para se defender a função legitimadora do Acordo de Leniência enquanto instrumento de participação direta na Administração Pública.

Serão analisados, portanto, além do princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público, alguns princípios dispostos no art. 37, caput da Constituição Federal, mais especificamente, o da legalidade em conjunto com o da finalidade, impessoalidade,

⁶²Cf. HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

moralidade, eficiência; e outros que podem deles decorrer ou que a eles se relacionam, quais sejam, os princípios da razoabilidade e verdade material.

4.1 Princípio da legalidade e a finalidade da lei

Referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade vem definido no inciso II do art. 5.º da Constituição Federal quando nele se faz declarar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No campo da Administração Pública, como unanimemente reconhecem os constitucionalistas e os administrativistas, sua incidência implica em que o administrador "só pode atuar nos termos estabelecidos pela lei". Não pode este por atos administrativos de qualquer espécie (decreto, portaria, resolução, instrução, circular etc.) proibir ou impor comportamento a terceiro, se ato legislativo não fornecer, em boa dimensão jurídica, amparo a essa pretensão.

O limite negativo do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública é o aspecto diferencial em relação à legalidade que reage as atividades privadas, pois nessa seara o particular está juridicamente autorizado a fazer tudo o que a lei não proíbe, restando-lhe uma ampla margem de liberdade para agir.

A Administração Pública, ao contrário, está adstrita aos estritos limites da legalidade, e assim o é porque exerce função, ou seja, competência em nome de outrem, e como tal os interesses que tutela são indisponíveis, devendo ter prévia autorização legal para agir. (MOREIRA, 2010, p. 126).

Deste modo, a afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a noção de que a atividade administrativa é a desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições da lei.

Em outras palavras, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão somente a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

O objetivo do princípio seria o de definir os limites da atuação administrativa. A legalidade, como limite positivo e negativo à atuação administrativa, condiciona a validade dos atos expedidos pela Administração à prévia regulação legal, de forma que serão inválidos aos atos praticados em contradição ou desconformidade com a ordem normativa imposta.

A legalidade que aqui se coloca é aquela vista tanto pelo seu aspecto formal, quanto pelo seu aspecto substancial - daí “princípio da juridicidade” (ROCHA, 1994, p. 68), de modo que apenas a entendendo desta maneira é possível atender à satisfação dos interesses públicos, com conteúdo também redefinido.

Os princípios jurídicos se inter-relacionam, de modo que é permitido reconhecer que um tem seu nascedouro noutro, É isso que ocorre como princípio da finalidade, decorrência direta do princípio da legalidade. Ao prescrever um mandamento, a norma contida em uma regra ou em um princípio, sinaliza para o fim perseguido. Toda competência prescrita traz consigo a finalidade da atuação administrativa exigida ou permitida. Por isso, atendida a norma em todos os seus elementos, restará cumprida a finalidade legal, daí a impossibilidade de dissociar legalidade e finalidade.

O princípio da finalidade impõe que o administrador atue com rigorosa observância à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, e à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. De modo que, pensar o direito administrativo exclusivamente como um conjunto de normas seria subestimar, de forma danosa, a complexidade e a riqueza do fenômeno jurídico administrativo. Assim, a submissão da “Administração Pública não é apenas à lei, deve haver respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que qualificam como razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teologia constitucional” (MELLO, 2001, p. 207).

4.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade da Administração Pública pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados por aquela, ou por ela delegados, devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento ou da imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em síntese, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

Trata-se de norma proibitiva que impede o exercente da função administrativa de titularizar os interesses e bens públicos, deles fazendo uso pessoal e indevido. É proibido, pelo princípio da impessoalidade, que os agentes públicos levem para dentro da

Administração impressões pessoais que possam conduzir suas ações em direção oposta ao interesse público.

No princípio da impessoalidade se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimementosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (MELLO, p. 2001, 207).

Por esta razão é que tende a doutrina a identificar o princípio da impessoalidade com o princípio da igualdade, sem reserva-lhe mais do que uma repetição de conteúdo.

4.3. Princípio da moralidade

A positivação do princípio da moralidade impõe aos agentes públicos a observância e o cumprimento dos valores acobertados pela ordem normativa, exigindo que sua atuação tenha em vista a finalidade insculpada na lei.

Não se pode reduzir, contudo o princípio da moralidade às prescrições legais em sentido formal. Ainda que não haja lei que vede tal ou qual conduta, esta poderá ser tida como ofensiva à moralidade administrativa, como norma de superior estatura, porque princípio constitucional.

Assim, ao administrador público brasileiro, por conseguinte, não bastará cumprir os estritos termos da lei. Tem-se por necessário que seus atos estejam verdadeiramente adequados à moralidade administrativa, ou seja, a padrões éticos de conduta que orientem e balizem sua realização.

Se assim não for, inexoravelmente, haverão de ser considerados não apenas como imorais, mas também como inválidos para todos os fins de direito. Assim, a ofensa a tal princípio pode implicar à invalidade do ato administrativo. Guarda o princípio da moralidade, relação direta com os princípios da boa-fé imparcialidade.

4.4 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência, outrora implícito em nosso sistema constitucional, tornou-se expresso no caput do art. 37, em virtude de alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98. Diz-se que a Emenda n. 19/98 não trouxe alterações no regime constitucional da

Administração Pública, mas, apenas explicitou um comando até então implícito, pois, é evidente que um sistema balizado pelos princípios da moralidade de um lado, e da finalidade, de outro, não poderia admitir a ineficiência administrativa.

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico. Não qualifica normas, qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado.

Assim, o princípio da eficiência, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Discorrendo sobre o tema, esclarece Hely Lopes Meirelles (2004, p.96):

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que se considera correta, também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada.

Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

Tem-se, pois, que a ideia de eficiência administrativa não deve ser apenas limitada ao razoável aproveitamento dos meios e recursos colocados à disposição dos agentes públicos. Deve ser construída também pela adequação lógica desses meios razoavelmente utilizados aos resultados efetivamente obtidos, e pela relação apropriada desses resultados com as necessidades públicas existentes.

Estará, portanto, uma Administração buscando agir de modo eficiente sempre que, exercendo as funções que lhe são próprias, vier a aproveitar da forma mais adequada o que se encontra disponível (ação instrumental eficiente), visando chegar ao melhor resultado possível em relação aos fins que almeja alcançar (resultado final eficiente).

4.5 Princípio da razoabilidade e seu conteúdo de proporcionalidade

O princípio da razoabilidade não reforça o rol dos princípios constitucionais explícitos na Administração Pública, mas se encontra nas suas entrelinhas, sendo por essa razão considerado um princípio implícito.

Ele confere elasticidade à norma, permitindo que o agente competente dela se utilize com os devidos temperamentos exigidos em face da necessidade havida, sempre com vistas à satisfação da finalidade genérica e específica da norma com a qual esteja lidando.

O princípio da razoabilidade é de especial valia quando lei confere ao administrador público certa margem de descrição, dando-lhe liberdade para escolher, dentre as opções por ela antecipadas, aquela que melhor satisfaça o interesse público.

Face a uma delimitação precisa do que significa o princípio da razoabilidade, nota-se na doutrina uma divergência bastante grande sobre ele. Assim, tem-se a “razoabilidade como vedação da arbitrariedade” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro), “razoabilidade como exigência de justiça” (Luis Roberto Barroso), “razoabilidade como um ‘*standard* jurídico’” (Lúcia Valle Figueiredo, José dos Santos Carvalho Filho, Fábio Medina Osório, Maria Paula Bucci), “razoabilidade como requerimento de bom senso e sensatez” (Diógenes Gasparini), “razoabilidade como dever de racionalidade” (Celso Ribeiro Bastos). E, para parte da doutrina, a “razoabilidade como imposição de proporcionalidade”, entendendo-a como “um mandamento de ponderação” (Marçal Justen Filho, Juarez Freitas, Cármen Lúcia Antunes Rocha). (OLIVEIRA, 2006, p.150-160)

De toda forma, ele terá uma inexorável relação de imbricação com o princípio da proporcionalidade, face à sua identificação a este, a partir de três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido escrito. Neste sentido José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p.191) aduz que seria ele “princípio conformador dos atos do poder público [...] de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idônea e necessária para atingir os fins legítimos concretos e cada um daqueles atos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins.”

De toda forma é certo que a razoabilidade é princípio regente da atividade administrativa que impõe padrões da racionalidade a serem seguidos por quem exerce função administrativa.

Significa adequação do ato com as razões de ordem lógica que o justificam. A razoabilidade não é apenas um critério de interpretação, mas um princípio constitucional com

densidade normativa. E por esta razão, relaciona-se com todos os princípios que regem a Administração Pública. (OLVEIRA, 2006, 235-284)

5. Princípio da verdade material e indisponibilidade do interesse público

Ao processo administrativo aplicam-se os princípios processuais gerais tais como o devido processo legal e seus “subprincípios”, quais sejam, o da ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV), o do juiz natural (art. 5º, XXXVII), da celeridade (art. 5º, LXXVIII), para além daqueles previstos na Lei no. 9.784/99, que expressamente traz, em seu art. 2º, que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, os quais, em sua maioria, já tiveram seu conteúdo explicitado no tópico acima ou referido em outro.

Todavia, existem todos em função apenas de um mesmo objetivo, servir de meios para Administração na sua busca de satisfação do interesse público. Satisfação esta que muitas vezes só se implementa por meio de outros princípios. Refere-se aqui, de forma particular, ao princípio da verdade material ou real que consiste em buscar a “verdade de fato, realmente a verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado” (MELLO, 2001, p. 450).

A autoridade competente, para instruir o processo não está limitada aos elementos colacionados pelo interessado aos autos; tem, outrossim, competência para determinar a realização de provas e buscar, por si, todos os dados que possam influir no seu convencimento. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las (MEDAUAR, 1993, p.121).

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos

A busca da verdade real é dever-poder da Administração Pública, e está intimamente ligada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, a ponto de determinar que mesmo diante do desinteresse daquele que requereu a instauração do processo em provar os fatos ou apresentar argumentos que sustentem seu pleito, “estará ela compelida a agir de

forma a assegurar a produção da decisão mais adequada para o interesse público”. (PETIAN, 2011, p. 196), respeitados obviamente, no que tange aos direitos e garantias individuais, os limites constitucionais impostos.

6. Os princípios da “supremacia” e indisponibilidade do interesse público na dogmática jurídico-administrativa e o dever de ponderação de interesses envolvidos

Foi em função da finalidade da função administrativa de satisfação do interesse público, pelo Poder Público, que a doutrina administrativista construiu, dentre outros, o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público⁶³, tendo irradiado todas as consequências de sua incidência no regime jurídico administrativo (BINNENBOJM, 2005, p. 117).

A *práxis* administrativa tem erigido o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, possibilitando a emergência de uma política autoritária na qual os direitos e garantias individuais devem sempre ceder aos interesses estatais. (SCHIER, 2005, p. 217-218).

Todavia, face às transformações por que passa o Estado, diante da emergência do Estado Democrático de Direito, torna-se necessário investigar a compatibilidade da prevalência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público com a ordem constitucional que reconhece a centralidade do sistema de direitos fundamentais. Marçal Justen Filho registra que, frequentemente, os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público são utilizados, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática.

Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação de arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. (...) Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos. (2010, p. 59)

⁶³ A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 59)

Observa Paulo Ricardo Schier (2005, p. 218) que a Constituição em algumas situações reconhece previamente a prevalência de alguns interesses públicos; em outras ponderando *in abstracto*, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como regra. Mas isto não autorizaria a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado e nem, como se poderia suscitar, da supremacia do interesse privado sobre o público. Diz que quando a Constituição pretende fazer com que os interesses do Estado (primários ou secundários) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso, dado que o Estado carece de autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional.

Com efeito, interesses públicos e privados são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, sendo a regra a da unidade: a realização de um importa na realização do outro, sendo excepcionais as situações de exclusão mútua. Os interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem; ao contrário harmonizam-se.

Nas palavras de Humberto Ávila, há uma “conexão estrutural” entre público e privado na medida em que “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins” (ÁVILA, 2004, p. 111).

Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). O que se verifica aqui é, conforme aponta Gustavo Binnerbojm, que “a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público” (2005, p 142).

A Administração Pública, no cumprimento de suas atribuições, deve perseguir a proteção dos interesses dos cidadãos e o melhor cumprimento de seus fins. Isto significa afirmar que o interesse público é melhor atendido quando também se consideram os interesses dos particulares.⁶⁴

Não há, portanto, um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular, não podendo a Administração exigir do particular um comportamento ou manejar seu poder com base neste; o que há é a unidade da reciprocidade – o não sacrifício *a priori* de nenhum

⁶⁴ “[...] não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses[...]” (MELLO, 2001, p. 51-52)

interesse - o que implica a uma ponderação entre interesses correlacionados (MEDAUAR, 1992, p. 183).

Deve-se realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados.

Nesta seara, importante se faz a contribuição de Robert Alexy (2011, p. 110-113) no tocante à ponderação dos interesses numa dada situação concreta. Segundo o autor, a ponderação, há de ser feita em três planos: a) definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; b) definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto; c) realizar a ponderação em sentido específico, ou seja, verificar se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

Percebe-se que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente. Logo, a dimensão do peso é apenas uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.

Deste modo, a prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios “colidentes”. “Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada”. (ÁVILA, 2004, p.273).

A assertiva não pressupõe o abandono do interesse público, mas sim da noção de supremacia absoluta, em qualquer situação de conflito em face de interesses privados. O interesse público, portanto, continua sendo esteio e baliza do regime jurídico-administrativo, refundado, todavia, pela constitucionalização do Direito Administrativo e na conexão estrutural-dialógica Sociedade/Estado.

Com efeito, observa Gustavo Binnenbojm (2006, p. 86) que a partir de parâmetros substantivos erigidos pela Constituição, a identificação do interesse que haverá de prevalecer deverá ser feita mediante uma “ponderação proporcional” dos interesses em conflito, elegíveis no caso concreto. E enfatiza:

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais. (BINNEMBOJM, 2006, p. 86).

Consoante o autor, “como resultado de tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de ‘melhor interesse público’, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”. (BINNEMBOJM, 2006, p. 86).

7. As concepções de Max Weber, Hans Kelsen, Niklas Luhmann e Jürgen Habermas acerca do conceito de “legitimidade”

A questão da legitimidade, por estar intimamente ligada à justificação do “poder”,⁶⁵ localiza-se na intersecção entre o campo da política e do direito. Por esta razão, tem sido objeto de discussão tanto no âmbito da Ciência Política e Filosofia Política, quanto na Teoria Geral do Direito, e em certa medida da Sociologia.

O conceito de legitimidade sofreu variações no tempo e espaço, tendo ganhado impulso a partir das contribuições de Max Weber, cuja sistematização conceitual de legitimidade diz respeito tanto às convenções sociais, quanto ao sistema jurídico, em razão de sua coerção.

Para Max Weber, legitimidade seria a “probabilidade de os atores sociais se orientarem positivamente ou se conformarem, pela predisposição, crença ou representação, com uma dada ordem social, que consideram válida, mesmo quando o seu comportamento concreto se desvie das prescrições dessa ordem”. (WEBER, 1991, p. 170).

Max Weber utiliza o conceito de legitimidade com o objetivo de diferenciar os tipos puros de dominação, ou seja, a probabilidade de obediência a um determinado mandato. Logo, para ele, o que mantém um processo de dominação é a crença na sua legitimidade, o que proporciona, por sua vez, certa estabilidade, seja ela jurídica, política ou mesmo

⁶⁵ Foram diversos os autores que trataram da questão do poder, dentre eles: Max Weber para quem o poder “significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. (WEBER, 1991, p. 33); Michel Foucault que aduz: “Não vejo quem – na direita ou na esquerda – poderia ter colocado este problema do poder. Pela direita, estava somente colocado em termos de constituição, de soberania etc., portanto em termos jurídicos; e, pelo marxismo, em termos de aparelho do Estado. Ninguém se preocupava com a forma como ele se exercia concretamente e em detalhe, com sua especificidade, suas técnicas e suas táticas. Contentavam-se em denunciá-los no “outro”, no adversário, de uma maneira ao mesmo tempo polêmica e global: o poder no socialismo soviético era chamado por seus adversários de totalitarismo; no capitalismo ocidental, era denunciado pelos marxistas como dominação de classe; mas a mecânica do poder nunca era analisada. [...] quais são, em sem seus mecanismos, em seus efeitos, em suas relações, os diversos mecanismos de poder que se exercem a níveis diferentes da sociedade, em domínios e com extensões tão variados? [...] a análise do poder ou dos poderes pode ser, de uma maneira ou de outra, deduzida da economia?(FOUCAULT, 1981, p. 6 e 174); Hannah Arendt que diz que “o poder corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em uníssono, em comum acordo. O poder jamais é propriedade de um indivíduo; pertence ele a um grupo e existe apenas enquanto o grupo se mantiver unido [...]”. “À violência sempre é dado destruir o poder; do cano de uma arma desponta o domínio mais eficaz, que resulta na mais perfeita e imediata obediência. O que jamais poderá florescer da violência é o poder” (ARENDT, 1985. p. 24; p. 29).

econômica. No desenvolvimento dos tipos de dominação Max Weber identifica três possíveis fundamentos para a legitimação política, são eles: a) o “fundamento tradicional”, que se desdobra em três características fundamentais: o caráter extrínseco configurado sob os mandamentos divinos ou ditames da razão prática; na forma de um conteúdo ético fundado, por sua vez, em ideais tais como: justiça, amor, verdade, revelação, etc. e; a noção de legitimidade utilizada para limitar o exercício do poder de fato e evitar tendências de auto-perpetuação; b) o “fundamento carismático”, que se funda, por sua vez, nas qualidades especiais de uma pessoa e; c) o “fundamento racional” que se ancora na crença da legalidade.

Max Weber, ao fundar a legitimidade da dominação legal na crença na legalidade desloca a discussão para outro nível do processo de compreensão da legitimidade, o do procedimento, ou seja, o procedimento formal pelo qual as normas legais são produzidas. É o procedimento formal concreto que vai permitir uma identificação do que é ou não legal e, sendo, por conseguinte, na crença naquilo identificado como legal que residirá a legitimidade desse tipo de dominação. Portanto, em última análise, a pedra fundamental da legitimidade do edifício jurídico moderno, no pensamento Weberiano, passa a ser a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do direito.

Justamente essa transformação do problema da legitimidade em um problema de procedimento, e a consequente absorção da legitimidade pela legalidade⁶⁶, é que vão permear toda a construção teórica de Hans Kelsen em sua “Teoria Pura do Direito”.

Hans Kelsen (2000, p. 233) define o “princípio da legitimidade” como aquele segundo o qual “uma ordem jurídica é validada até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída por uma outra norma desta ordem jurídica”.

Nota-se novamente que o problema da legitimidade de um ordenamento jurídico se coloca na questão do procedimento. Mais ainda, na definição de Hans Kelsen, o procedimento se encontra claramente no interior da ordem jurídica, pois ele deve necessariamente ser determinando por ela própria. Observa-se que a legitimidade fica equiparada à legalidade:

⁶⁶ “Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário” (BOBBIO, 1995, p. 674).

tudo que é legal, isto é, que cumpre o procedimento determinado pela ordem jurídica, é também legítimo.

Tem-se, todavia, que "o princípio da legitimidade" será limitado pelo princípio da efetividade" do governo, que "com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes" (KELSEN, 2000, p. 234). Logo, a dominação legítima, nessa concepção, passa então a ser aquela efetiva e, conseqüentemente, o procedimento só vai exercer o seu papel legitimador da ordem jurídica a partir do momento em que estiver fundado em um poder efetivo (legítimo e eficaz).

O que se pode constatar da construção Kelseniana do conceito de legitimidade é uma inversão do problema proposto por Max Weber. Este propunha uma tipologia da dominação que utilizava como critério básico as diferentes classes de legitimidade, sendo essa a probabilidade de manutenção de um determinado tipo de dominação. No caso da dominação legal, o fundamento da legitimidade é apontado como sendo de ordem racional e identificado como a crença na legalidade. Para que exista essa crença é necessário, por sua vez, um procedimento que identifique o que é e o que não é legal. A partir de então o problema do que é legítimo é deslocado para a questão do procedimento que permite fazer essa identificação.

Hans Kelsen parte dessa noção para poder afirmar a legitimidade de um sistema jurídico autônomo. Contudo, quando leva esse raciocínio a uma situação limite, o procedimento não serve mais como fator de legitimação. Nesta ocasião, o fator de legitimação passa a ser a efetividade do poder instituidor e é dessa efetividade que decorre a legitimidade do novo poder e a posterior restauração da legalidade.

Das concepções de Max Weber e Hans Kelsen, decorre que tudo que é legal é necessariamente legítimo. Ao apontar as contradições havidas na concepção de Max Weber, Jürgen Habermas questiona a legitimidade do próprio procedimento.

Assentar a legitimidade do direito no procedimento não resolve o problema, apenas o desloca para o próprio procedimento. Jürgen Habermas passa então, a questionar de onde emana a legitimidade conferida ao "procedimento legitimador". Desenvolve, assim, seu conceito de legitimidade, que permeará suas seguintes obras: "A crise de legitimação do capitalismo tardio" e "Democracia e Direito: entre a facticidade e validade" (v.1 e 2).

Para Jürgen Habermas a legitimidade do direito só pode ser obtida por meio de procedimentos que assegurem a imparcialidade dos juízos (no caso da aplicação das normas) e da vontade (no caso da sua produção) por via de uma argumentação que justifique e fundamente as normas.

O Estado tem centralidade na argumentação Habermasiana sobre o direito, principalmente porque o autor visa fundar as premissas da democracia primariamente nos próprios princípios do sistema constitucional. O argumento é explícito no sentido de enfatizar que há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito.

O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção, de modo que: a) toda produção de direito englobe, implicitamente, a presença de um Estado; b) e que toda atuação do Estado esteja respaldada por um ordenamento jurídico legítimo. Assim, não é a forma legal como tal que legitima o exercício do poder estatal, mas somente a ligação com o direito legitimamente constituído, que é racionalmente aceito por todos os cidadãos num processo discursivo de formação de opinião e vontade.

Mas como mais precisamente, seria possível caracterizar um direito legítimo nos termos Habermasianos?

Na visão de Jürgen Habermas, o direito legítimo será tanto o resultado da produção democrática das normas quanto o mecanismo que define o poder administrativo. Assim, o direito seria o mecanismo de efetivação e regulação daquilo que Jürgen Habermas denomina de conversão do poder comunicativo em poder administrativo, ou seja, entre o poder que emerge das dinâmicas societárias e o poder estatal. A discussão, então, é direcionada agora para a reflexão sobre o percurso da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, e o meio através do qual ocorre esta conversão, ou seja, o procedimento. Jürgen Habermas sustenta que o direito é legítimo somente se cidadãos engajados saírem do papel de sujeitos jurídicos privados e tomarem a perspectiva de participantes que estão engajados no processo de alcance de entendimento sobre as regras de sua vida em comum. O esforço normativo da teoria Habermasiana consiste justamente em aproximar ao máximo ambas os espaços público e privado.

Diante desse hiato na participação e deliberação, Jürgen Habermas foi criticado por Niklas Luhmann⁶⁷. Para Niklas Luhmann (1980, p. 30)⁶⁸, a legitimidade traduz-se em uma

⁶⁷ Ainda que se aproximem acerca do entendimento de que a “coerção” não serve para legitimar o poder estatal, afastam-se na medida em que, ao contrário de Niklas Luhmann, Jürgen Habermas acredita que é no consenso que reside toda a fonte de legitimidade do poder estatal.

⁶⁸ Não raro encontrar-se na doutrina autores que fazem menção ao pensamento de Niklas Luhmann quando da discussão acerca do processo como instrumento de legitimação do poder. Odete Medauar faz menção a Niklas Luhmann ao discorrer sobre a função de garantia do processo administrativo (MEDAUAR, 1993, p. 63)

“disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”. Conforme o autor, deve-se fazer a distinção no conceito de legitimidade, entre a aceitação de premissas de decisão e a aceitação da própria decisão. É necessário que o indivíduo aceite as decisões enquanto premissas do seu próprio comportamento e que estruture as suas expectativas nesse sentido.

A legitimidade é para Niklas Luhmann, pois, a chave deste problema relativo à aceitação de decisões. Para ele, a legitimidade como função sistêmica não está associada a necessidade de justificação normativa, nem depende das motivações individuais, reporta antes, primordialmente, ao processo decisório, em especial a necessidade de regularidade deste mesmo processo (tomada de decisões e aceitação das mesmas).

A garantia que a legitimidade oferece à decisão inscreve-se na lógica de funcionamento dos sistemas. Neste sentido, quando se refere à importância para os processos de decisão de normas que apresentem um caráter flutuante e ajustável, definidas em termos negociais e de cooperação, de acordo com os interesses dos próprios participantes na interação, Niklas Luhmann apenas aparentemente parece querer abrir à legitimação pelo procedimento a uma maior liberdade dos indivíduos. Isto porque a democracia dos processos serve à mobilização “cooperante” dos participantes – enquanto estímulo à sua própria participação e a aceitação das decisões – mas mantem-se à margem do conteúdo propriamente dito das decisões que virão a ser tomadas.

Daí Niklas Luhmann não conceder ao consenso sequer o estatuto de princípio formal do procedimento. Consoante, o que define propriamente a legitimação pelo procedimento não é um princípio democrático primacial, nem qualquer tipo de valor substancial – liberdade, igualdade, consenso ou cooperação. E sim a estrita performatividade da decisão, perante a qual todos os valores e princípios tomam um caráter meramente instrumental – para o fim, a certeza da decisão (independente do conteúdo) e rapidez da sua execução.

Em Niklas Luhmann, a legitimação pelo procedimento não se destina a servir a democracia nem se serve – obrigatoriamente – da democracia; pode quanto muito recorrer a ela circunstancialmente, mas só na medida em que esta lhe seja útil como garantia da certeza da decisão, isto é, quando os seus princípios puderem ser incorporados pelo sistema como informação. Principalmente quando se refere aos atos decisórios da Administração, vez que, na visão de Niklas Luhmann (1980, p. 170), não cabe a esta a reponsabilidade de atingir fins determinados, podendo ela manter-se objetiva e neutra.

Diante de todo o exposto, nota-se que, por óbvio, as noções de legitimidade propostas por Max Weber e Hans Kelsen não mais prosperam na atualidade. Nada obstante o

brilhanismo com que tais autores desenvolvem suas teorias, é de se dizer que não é mais possível, num Estado “Democrático” de Direito, atrelar-se legitimidade a uma noção de dominação legal pela via procedimental, como proposto por Max Weber, nem tampouco pela regularidade do procedimento (formal) com que as normas são produzidas, como suscita Hans Kelsen, mesmo sendo tais normas determinadas por uma norma superior que figura no topo da pirâmide normativa.

Todavia, ainda que se admitisse a legitimidade pela via do procedimento, de modo a equiparar legitimidade à legalidade, noção necessariamente resultante das concepções de tais autores, ela não se coadunaria com um sistema aberto, tendente ao acompanhamento das transformações sociais; um sistema normativamente fechado, mas, cognitivamente aberto, e por isto apto a receber os conceitos provenientes de outros ramos do saber e assim, renovar-se permanentemente.

Não se pode, outrossim, aceitar a concepção de Niklas Luhmann, nada obstante suas teorizações sobre os “sistemas” ⁶⁹, vez que relaciona legitimidade a uma função meramente sistêmica, deixando de situá-la no contexto da justificação normativa. Para ele, como com todos os sistemas sociais, a legitimação da atuação do sistema jurídico é dada pelo próprio sistema (toda legitimação é auto-legitimação); em outras palavras: a legalidade é a única legitimidade.

A auto-legitimação do sistema jurídico não é informada pela existência de valores a respeito do convencimento da vigência das normas, nem pela verdade ou justiça, nem pela existência de um consenso efetivo; o que legitima o direito é a necessidade de decisão capaz de reestruturar as expectativas de comportamento. Isso faz com que a legitimação seja alcançada através da observância das regras estatuídas para operação funcional do próprio sistema (a verdade não é o fim, mas pode ser um meio de legitimação).

Trata-se, assim, de uma legitimação pelo procedimento, ou seja, de uma legitimação através de processos decisórios jurídicos (procedimentos juridicamente organizados). Retoma, portanto, a correlação entre legitimação e procedimento dissociando, portanto, legitimidade da noção de democracia.

Diante disto, a concepção de legitimidade de Jürgen Habermas mostra-se, indubitavelmente a mais adequada, ao menos ao propósito do presente trabalho, vez que, ainda que a “legitimidade” tenha um conteúdo de aquiescência, esta deverá, necessariamente,

⁶⁹ Niklas Luhmann formulou uma “Teoria dos Sistemas” voltada às Ciências Sociais situando o direito como um subsistema estruturalmente fechado, autopoietico – que se auto-produz e é, do ponto de vista normativo, suficiente em si - do sistema social.

provir de um “sentimento” de participação por parte do envolvidos. É por esta razão que Jürgen Habermas questiona a legitimidade do próprio procedimento, pois entende que este também deverá estar imbuído de um elemento participativo.

No entanto, a fim de se atribuir concretude à concepção de Jürgen Habermas, alguns questionamentos devem ser respondidos, a saber: como englobar todos os envolvidos pela via da participação? Caso os cidadãos decidam abster-se de participar e, por isso, de construir conjuntamente o direito, como é possível a constituição de uma legitimidade a partir de uma esfera pública que não comporta todos os públicos? Sob esse enfoque cabe então a seguinte questão: até que ponto o procedimento democrático moderno, fundado em pilares como a regra da maioria e a representação política, consegue cumprir o pressuposto de legitimidade apresentado por Jürgen Habermas?

Nada obstante tais questionamentos, que incorporam, por sua vez, a crítica de Niklas Luhmann à teoria Habermasiana sobre a legitimidade do direito, a concepção de Jürgen Habermas ainda se apresenta a mais viável dentre todas aqui analisadas. Todavia, sua concretização perpassará necessariamente um processo de ressignificação do próprio princípio democrático, para que enfim possam-se pensar formas de participação (direta) em todas as funções atuadas pelo Poder Estatal. Participação esta que venha garantir a formação discursiva da vontade coletiva a fim de se efetivamente atingir o consenso nos quadros do atual Estado Democrático de Direito. É sobre o que se pretende dissertar daqui em diante.

8. Administração Pública democrática: a participação direta dos administrados no processo de tomada de decisões

Num Estado Democrático de Direito, o princípio democrático vem atrelado à noção de que do povo emana todo poder, preceito enunciado pelo texto constitucional de quase todas as constituições modernas.

Friedrich Müller quando escreve a obra “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia” aborda a questão da legitimidade do sistema democrático, por meio da investigação dos modos de utilização da palavra “povo” nos textos normativos constitucionais. Para o autor, o emprego da expressão “povo” nas Constituições modernas possui a função de legitimar o sistema político-jurídico de um Estado.

Nota que o termo é marcado por uma forte ambiguidade, pois representa por um lado, a superação de um modelo de Estado no qual o exercício do poder se legitimava por razões

teológicas (Estado Absolutista) e por outro persiste em ser forma de legitimar grupos determinados no poder.

Desta feita, propõe que a legitimação do Estado Democrático se dê a partir de etapas que iniciam pela inclusão de tal pretensão no texto normativo e culmine com a efetiva investidura do povo em seus direitos.⁷⁰ Assim, para o autor, uma democracia somente se legitima quando os cidadãos ativos passam a ser dotados de competências de decisão e, conseqüentemente, pelo modo mediante o qual o “povo destinatário de prestações civilizatórias do Estado” (MÜLLER, 2003, p. 75), a população, são tratados por tais decisões e seu modo de implementação.

Com isso, pondera o autor (MÜLLER, 2003, p.107-115) pela necessidade de deixar de se tratar da democracia meramente em termos de técnica de representação, o que implicaria na redefinição e reavaliação do ser sujeito do poder decisório e do exercício deste poder (“*kratein*”).

Assim, dada a existência de um “déficit democrático” ou de uma “perda de vitalidade” (COELHO; NOBRE, 2004, p.7) da democracia no mundo contemporâneo, é que se situam os debates na atualidade acerca da busca por métodos de superação da chamada “crise da democracia representativa”⁷¹; métodos estes que perpassam necessariamente pela participação ativa e direta administrado nas decisões estatais⁷².

⁷⁰ “A legitimação do Estado Democrático deveria tanto oferecer alternativas distinguíveis como também exibir gradações manuseáveis. Assim, a espécie de legitimidade, que se venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em gradações: a *incorporação* desta pretensão ao texto [*Vertextung*] da constituição tem por interlocutor [*Gegenüber*] o povo enquanto instância de atribuição; o procedimento *democrático* de pôr em vigor a constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um *cerne constitucional* (que sempre é também democrático) na duração do tempo investe o povo-destinatário em seus direitos. Lá, onde esses aspectos da pretensão de legitimação permanecem apenas fictícios, o discurso se torna *icônico* [...]”. (MÜLLER, 2003, p. 107-108). “A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de ‘demos’ de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo-destinatário) e graus distintos. A distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial; ela é relevante com vistas ao sistema. Não somente as liberdades civis, mas também os direitos *humanos* enquanto *realizados* são imprescindíveis para a uma democracia legítima” [...].(MÜLLER, 2003, p. 76).

⁷¹ “[...]a vontade popular não se impôs à representação como um todo, qual seria de desejar e como ocorreria com a vontade da nação, pelo seu órgão – o representante, nos melhores tempos do liberalismo. A imperatividade do mandato entrou nos seus efeitos em paradoxal contradição com o sufrágio universal. A vontade una e soberana do povo, que deveria resultar de um sistema representativo de índole e inspiração popular, se decompôs em nossos dias na vontade antagônica e disputante de partidos e grupos de pressão. Na sociedade de massas abala-se de maneira violenta a acomodação dos interesses econômicos, políticos e sociais, cada vez menos os interesses globais do povo e cada vez mais interesses parcelados de grupos e classes conflitantes. Por isso mesmo tradutores de um antagonismo que vai se tornando irremediável, sujeitos a um equilíbrio precário e que jamais poderá ser adequadamente atendido pelas velhas estruturas do sistema representativo” [...] “Com a presença inarredável dos grupos, o antigo sistema representativo padeceu severo e profundo golpe. Golpe que fere de morte também o coração dos sentimentos democráticos, volvidos para o anseio de uma ‘vontade geral’, cada vez mais distante e fugaz. Daqui poderá resultar, pois o colapso total e frustração inevitável de todas as instituições representativas da velha tradição ocidental. [...] A representação e os

Como aduz Paulo Bonavides (2004, p. 571), a insuficiência da democracia representativa conduz à ideia de que a democracia como direito fundamental deve ser, necessariamente, uma democracia participativa⁷³. Segundo o autor, a democracia participativa transladaria um centro de gravidade do regime, que repousaria sobre as formas representativas oligarquizadas, desagregadas, corrompidas e degradadas, para as formas políticas de maior intervenção, presença e participação direta do elemento popular, o qual imprime, assim, um grau superior de legitimidade às decisões fundamentais de governo (BONAVIDES, 2003, p.2).

O acolhimento do princípio democrático pela Constituição Federal de 1988 deu-se de forme híbrida, conjugando elementos de democracia representativa com elementos da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único), de modo que estando prevista pela própria Constituição, deve servir de norte à legislação infraconstitucional para a elaboração de novos mecanismos, além dos já tradicionalmente conhecidos (plebiscito, *referendum* e iniciativa popular) e daqueles previstos no §3º. do art. 37 da Constituição Federal⁷⁴.

Uma Administração Pública democrática assenta-se na garantia de acesso a qualquer indivíduo em pleno gozo de seus direitos políticos de exercer, em todos os graus, a sua liberdade de participar das discussões e resoluções dos problemas atinentes à sociedade em que está inserido. Com efeito, a democracia participativa demanda para a sua efetiva concretude, a ação de soberania popular pelo instrumento dialógico. Sendo assim, o Estado

governos são apenas a superfície que oculta as forças vivas e condicionantes do processo governativo, forças que jazem quase sempre invisíveis ao observador desatento. (BONAVIDES, 2003, p. 234-235).

⁷²“A questão da democracia não pode ser posta apenas em termos de representatividade. Não há dúvida que em Estados como os modernos não há lugar para a prescindibilidade da representação política. Os Estados modernos, quando democráticos, reclamam pela técnica da representação popular. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos. Mas a cidadania não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta ou indiretamente, no território estatal”. (CLÈVE, 1993, p. 16-17).

⁷³ Para BONAVIDES (2004, p. 571), a democracia é um direito de quarta dimensão, juntamente com o direito à informação e direito ao pluralismo, dos quais dependem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade.

⁷⁴“ Art. 37 (...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.”

Democrático de Direito autoriza a participação da sociedade na tomada de decisões do Estado, uma vez que não há outra razão de ser do próprio Estado se não a consecução do interesse público.

9. A consensualidade como elemento reafirmador do princípio democrático no processo administrativo: a Administração Pública eficiente e de resultados

A consensualidade, não propiciada pelos modelos políticos antigos, vez que fundados estes na concepção da necessária existência de um pólo de poder único dotado de suficiente autoridade para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção (MOREIRA NETO, 2003, p. 132-133), veio tornar-se possível apenas no contexto do atual Estado Democrático de Direito, a partir da recuperação dos valores humanísticos e democráticos no segundo Pós-Guerra.

Com as novas democracias que se formam a partir de então se consolidam os chamados direitos fundamentais, fatores determinantes na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado, com a consequente redistribuição dos papéis dos indivíduos, dos grupos sociais secundários e das instituições políticas.

Conforme informa Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 135), ocorre uma reorganização não apenas das relações entre sociedade e Estado, mas também de “todas as relações internas entre entidades e órgãos que dele se vão desdobrando em um processo contínuo de desmonopolização do poder”.

Com isso, o órgão administrativo passa a dever considerar sempre em suas decisões: a) que sejam respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; b) que qualquer intervenção administrativa só se produza em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social; d) que neste caso, a intervenção só se dê na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e, d) que outros entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência. (MOREIRA NETO, 2003, p. 135-136)

A conjugação entre a busca pela eficiência, e não apenas eficácia⁷⁵ dos atos do Poder Público, e satisfação do interesse público, por parte da Administração Pública, redundam no chamado “constitucionalismo de resultado”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 140).

⁷⁵ “Na dogmática clássica, a característica jurídica de *eficácia* dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao *resultado* concretizado pela ação mas, apenas, a de sua *aptidão* para produzi-lo em abstrato. É evidente que tal característica, tão importante quanto as de *existência* e da *validade*, que logicamente

A consequência da preocupação, não apenas com o processo de decisão, como era da tradição administrativa, mas ainda além, com o *resultado do decidido*, pode ser bem apreciada na evolução da técnica do controle, pois além dos tradicionais controles de *existência*, de *validade*, de *eficácia* e de *eficiência* dos atos públicos, acrescentou-se um quinto, o de efetividade, destinado a verificar se a ordem dos fatos reproduz, enfim, a contento, o que foi disposto na ordem jurídica.

Frise-se, portanto, que é este quinto modo de controle que ganha especial relevância para a valorização da *cidadania*, pois é, através dele que a *legitimidade* ganha visibilidade na ação do Estado, sendo precisamente essa qualidade que permite confrontar a ação administrativa com o seu resultado prático [...] (MOREIRA NETO, 2003, p. 141-142)

Com isso, numa Administração Pública, fundada no princípio democrático, voltada à proteção e promoção dos direitos fundamentais, e, com vistas à obtenção de resultados, ter-se-á presente a cogência do chamado direito fundamental à boa Administração Pública.

Juarez Freitas (2007, p. 19) destaca que no exercício das competências administrativas (discricionárias e vinculadas), o agente público, em última análise, precisa zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, sob pena de responsabilização do Estado.

Entende-se por direito à boa Administração Pública aquela que se mostre eficaz e eficiente, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2007, p. 19). A tal direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. Dessa forma, o direito fundamental à boa Administração Pública é “lídimo plexo de direitos, regras e princípios”, ou seja, “o somatório de direitos subjetivos públicos” (FREITAS, 2007, p. 20-21).

Nesse conceito, Juarez Freitas (2007, p. 20-21) acredita que estão abrigados outros direitos, dentre eles: a) o direito à Administração Pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial ênfase para o direito a informação intelegíveis sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos; b) o direito à Administração dialógica, com garantia do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), que também implica o dever de motivação consistente; c) o direito à Administração Pública imparcial, isto é, aquela que não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer

a preedem, é insuficiente para a adequada descrição desses atos no atual contexto de um Direito ampliado por uma juridicidade de três dimensões: legalidade, legitimidade e licitude. (MOREIRA NETO, 2003, p. 141).

natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzidoras das desigualdades injustas); d) o direito à Administração Pública proba, que veda condutas éticas não universalizáveis, sem implicar moralismo ou confusão entre o legal e o moral, uma vez que tais esferas se vinculam, mas são distintas; e) o direito à Administração Pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja sem a “absolutização” irrefletida das regras; f) o direito à Administração Pública preventiva, precavida e eficiente (não apenas eficaz), pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição, além de redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.

Portanto, o novo papel do Estado atrela-se à observância do somatório dos princípios constitucionais e o respeito ao direito fundamental à boa Administração Pública, indispensáveis à uma atividade administrativa processualizada.

O processo administrativo apresenta-se como o espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas e legitimação da decisão, uma vez que os dados que emergem no curso do procedimento (e a própria participação das partes) permitem saber se a decisão é correta e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades apontadas na lei.

Assim, do debate dialético havido no processo emerge uma nova imperatividade, aquela que se apresenta como o resultado do confronto de diversos interesses, direitos e deveres, em clara superação à ideia pura e simples de imperatividade unilateral.

A evolução recente do processo administrativo, provocada pelo tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 e alavancada pela edição da Lei no. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, transformou-o em uma efetiva forma de relacionamento entre administrado e Administração Pública, garantindo a participação daquele no processo de tomada da decisão a ser proferida.

Sendo assim, tem-se que a atividade processual é a maneira mais democrática de se chegar à prolação de um ato administrativo, vez que ao administrado não será apenas dado o dever de se submeter aos atos estatais, ao contrário, poderá contribuir com a formação da “vontade” estatal.

A processualidade passa a figurar como instrumento inafastável da participação. (MOREIRA NETO, 2003, p. 144).

Essa processualidade participativa, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido.

Sendo assim, o processo administrativo passa, assim, a ser concebido como um instrumento de participação, proteção e garantia dos direitos individuais (MOREIRA, 2010, p. 70; MELLO, 2001, p. 430), podendo ser entendido como o “modo de exercício legítimo das funções estatais, instrumento mediante o qual o Estado realiza o direito em quantidade e qualidade, assegurando ao seu titular o exercício do interesse juridicamente protegido, na exata medida dessa proteção”. (MELLO, 2010, p.1)

Conforme preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 9-10,),

na organização administrativa democrática o processo surge como forma de superação da atuação estatal autoritária. É por ele, fundamentalmente, que o princípio da legitimidade do poder desempenhado por meio da atividade administrativa ganha densidade e foros de eficiência social e política. Mas ainda, é por meio do processo administrativo – em suas diferentes concepções, aplicações e demonstrações – que a legitimidade administrativa democrática concretiza e estampa os princípios da responsabilidade e da moralidade administrativas.

Assim, somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático no âmbito da Administração Pública quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva” (FERRAZ e DALLARI, 2007, p. 21-22). Com isso, será a participação do administrado no curso dos atos que ensejará a legitimidade da decisão final.

A dogmática jurídico-administrativa, transformada, para fins de adequação às novas relações travadas entre administrado e Administração, consentâneas ao Estado democrático de Direito, viu-se obrigada à criação de espaços não só de participação do administrado, mas também de efetiva ‘negociação sob a ótica da reciprocidade de concessões’, de forma a favorecer a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.

Consoante Diogo Figueiredo Moreira Neto (2003, p. 144), é sob os fundamentos da busca pela eficiência das políticas públicas e o rigor no atendimento da processualidade que se ergue a “arquitetura juspolítica” na nova Administração Pública, viabilizando-se uma nova forma de gestão pública, em que o processo de determinação do “interesse público”, se desenvolve sob uma perspectiva consensual.

Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2003, p.133) observa que o consenso é princípio⁷⁶ em construção e pode ser sumariamente definido como “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e o Estado”.

⁷⁶ Para o autor, enquanto princípio, a inferência constitucional do consenso encontra-se nos princípios fundamentais constitucionais expressos, mas especificamente de três dos arrolados no art. 1º. – a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor da livre iniciativa, aduzindo, ainda, que se a solução pacífica dos conflitos

Odete Medauar (1992, p. 214-221) destaca a importância do consensualismo no âmbito da administração contemporânea dizendo que a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenuando-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões.

A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Assevera MOREIRA NETO (2007, p. 156) que pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento. A promoção do “consenso” dos “administrados” significa desenvolvimento da sua ativa e consciente “participação”, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo.

Assim,

é inegável que o *consenso* como forma alternativa de ação estatal representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). (MOREIRA NETO, 2003, p. 145; Idem, 2007, p.58).

O consenso no agir administrativo contribui, ademais, para o fomento da segurança jurídica dos cidadãos frente ao Estado, vez garante consequências normativas estáveis e previsíveis, favoráveis ao desenvolvimento das atividades de exercício da função administrativa em consonância com princípios de legalidade ampla, de isonomia e de proteção ao interesse público.

é princípio internacional a prevalecer nas relações internacionais, com idêntica razão haverá de sê-lo nas relações intranacionais. (art. 4º., III). (MOREIRA NETO, 2003, p. 156)

Resta claro, que a consensualidade implica na observância de alguns princípios constitucionais específicos, pois, a observância do princípio da eficiência na condução dos interesses públicos deve ser interpretada como mandamento constitucional inafastável para a efetiva realização dos resultados. Resulta claro, ademais, que a adoção da consensualidade, presente no agir administrativo, também atende o princípio da proporcionalidade, pois sempre que se puder realizar o interesse público, mediante atuação consensual do particular, os mecanismos coercitivos deverão ser evitados, uma vez que se apresentariam, neste caso, flagrantemente desproporcionais.

9.1 Mecanismos consensuais e processo administrativo: a composição administrativa e os acordos substitutivos

A administração concertada, fórmula designativa sintética para os “novos modelos de ação administrativa, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade ‘consensual’ e “negocial”” (FERRARA, 1993, p. 3 apud, MOREIRA NETO, 2003, p. 146).

Para as variadas modalidades de Administração concertada, adota-se o método de classificação pelo critério das finalidades administrativas imediatas: a promoção do interesse público, a realização do interesse público e a recuperação do interesse público. A cada uma destas finalidades correspondem funções administrativas legalmente postas.

A promoção do interesse público se dá pela função decisória administrativa em abstrato ou concreto; a função de satisfação do interesse público se dá pela função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas e a função de recuperação do interesse público, se dá pela função judicativa, em que se reaprecia da juridicidade das decisões judicativas, das execuções e mesmo das decisões de que caibam recursos.

São em suma: a função decisória administrativa abstrata ou concreta, como manifestação de vontade primária da Administração Pública; a função executiva administrativa, como transformação do ato em fato; e a função judicativa administrativa, como técnica de superação de conflitos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 147).

Distinguem-se, ainda, pelo critério conteudístico dois graus de atuação consensual, conforme a atuação do particular em relação à do Poder Público, seja ela coadjuvante – quando ele é ouvido pela Administração e com ela negocia, deixando a esta a plenitude da decisão - ou determinante – em que ele é ouvido pela Administração e com ela negocia as melhores soluções em termos de atendimento de todos os interesses envolvidos, estando esta vinculada à decisão que vier a prevalecer.

No tocante à função judicativa administrativa⁷⁷, destinada à superação dos conflitos, importando, por esta razão mais de perto ao presente trabalho, o consenso se aplica tanto pela via preventiva quanto na composição daqueles.

Conforme Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2003, p. 153), essas novas possibilidades são analisadas doutrinariamente sob dois aspectos: de um lado, quanto à substituição da decisão administrativa tradicional (ato administrativo) e de outro, a substituição do processo administrativo imperativo ou de parte dele, para incluir procedimento de contraditório, ampliado ou pelo menos ampliável, e de negociação.

Diversamente do que se pode grosseiramente pensar, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos que envolvam a Administração Pública, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas sim de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência. Pois, coexiste com o interesse público deduzido do conflito, o interesse público em compô-lo.

Conforme denota Diogo Figueiredo de Moreira Neto (2003, p.154), o interesse em dirimir o conflito e retornar à normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é sem dúvida nenhuma, de maior importância, tanto na esfera social quanto na esfera econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.

Destacam-se, no processo administrativo preventivo, dois instrumentos consensuais: a) a comissão de conflitos⁷⁸ - mais praticada no âmbito do Direito Regulatório e, b) o acordo substitutivo.

Já na composição consensual, destacam-se: a) os institutos da conciliação; b) mediação; c) arbitragem⁷⁹; e, d) o acordo substitutivo.

⁷⁷ Exemplos de mecanismos consensuais no âmbito da função decisória administrativa com a participação coadjuvante do particular seriam a coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa; e, neste mesmo âmbito, com a participação determinante do particular, seriam o plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação pública. Nota-se que a audiência pública permite duas modalidades quanto à vinculação da Administração, cabendo a lei definir entre uma ou outra ou optar por uma solução conciliadora; no tocante à função executiva administrativa, exemplos de mecanismos consensuais seriam os contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação. (MOREIRA NETO, p. 148-152)

⁷⁸ “As comissões de conflitos são um instrumento administrativo permanente que, de ofício ou por provocação de interessados, detem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência. Sua atuação exige um processo contraditório amplo e aberto a quaisquer interessados, uma vez que a decisão deverá ter latitude suficiente para cobrir as situações análogas porventura existentes, dando-lhes, a todas, tratamento homogêneo, como, por exemplo, através de normas regulatórias específicas, no âmbito das atividades deslegalizadas”. (MOREIRA NETO, p. 153)

⁷⁹ “Os institutos da conciliação, mediação e da arbitragem são três graus e que se apresenta a composição consensual de conflitos: no primeiro, as partes devem, emendar esforços para promover um acordo que ponha fim ao conflito, centrando-se na figura de um conciliador que teria a tarefa de conduzir as partes na negociação e

Nota-se que os acordos substitutivos podem ser travados tanto no âmbito preventivo, quanto no âmbito da composição dos conflitos.

Os acordos substitutivos são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um *acordo* em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mas célere ou com menores custos. (MOREIRA NETO, 2003, p. 153)

Verificam-se no direito administrativo concorrencial, previstos na Lei 8.884/1994 e outras, alguns instrumentos consensuais com características típicas de acordos substitutivos. São eles: a) Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta (art. 5º, § 6º. da Lei 7.347/1985 e art. 29, § 1º. da Lei 9.656/1998) b) Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (art. 14, X, da Lei 8.884/1994); c) Termo de Compromisso de Desempenho (art. 58, da Lei 8.884/1994); e, d) Acordo de Leniência (art. 35-B da Lei 8.884/1994).

oferecer-lhes alternativas; no segundo instituto, a condução das negociações por um mediador dar-se-á de modo a reduzir as divergência identificadas e a ampliar as convergências, levantando os inconvenientes de prolongar-se o conflito, de modo a que seja encontrada uma solução satisfatória para as partes. (MOREIRA NETO, p. 2003, . 155).

III – PROCESSO ANTITRUSTE SANCIONADOR E CONSENSUALIDADE: O ACORDO DE LENIÊNCIA

1. Processo administrativo na Lei 8.884/1994, controle de condutas e processo antitruste sancionador

A lei 8.884/94 dispõe sobre o processo administrativo que visa prevenir e reprimir as chamadas infrações à ordem econômica. O Regimento Interno do CADE disciplina uma série de procedimentos que são espécies do processo administrativo antitruste. Os procedimentos descritos, de acordo com seu objeto, podem ser agrupados em dois grupos, quais sejam: (a) aqueles para apuração de condutas e (b) aqueles para análise de atos de concentração e por fim (c) os procedimentos incidentais, que dotam a autoridade de meios para agir em situações de urgência.

O controle de condutas no direito antitruste tem clara natureza repressiva e sancionadora, desenrolando-se, portanto, no bojo do chamado processo antitruste sancionador⁸⁰. É pela possibilidade de imposição de sanção, portanto, que se caracterizam os processos administrativos sancionadores, vez que objetivam estes impor uma consequência negativa atribuída pelo ordenamento jurídico ao sujeito que não cumprir o comportamento por ele previamente determinado. (PETIAN, 2011, p. 108).

A sanção administrativa é uma sanção jurídica que se traduz numa consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser imposta pelos órgãos competentes e, se necessário, com a utilização de meios coercitivos, tal qual previsto no ordenamento jurídico.

O conceito de sanção administrativa apresenta três elementos que a caracteriza dentre as demais sanções jurídicas, quais sejam: a) trata-se de medida imposta pela Administração

⁸⁰ Os processos administrativos podem ser divididos em internos, que se desenrolam circunscritos à relações travadas no interior da Administração; e externos, dos quais participam os administrados. Os externos dividem-se, por sua vez, em ampliativos e restritivos. (MELLO, 2001, p. 445). Os ampliativos são aqueles que alargam a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe um efeito favorável, seja porque autorizam o exercício de um novo direito, seja porque ampliam direito já existente, ou ainda, restringem ou extinguem limitações a direitos dos destinatários. Eles podem ser subdivididos em função de vários critérios: quanto ao sujeito (de iniciativa do próprio interessado ou de iniciativa da Administração); quanto à existência ou não do caráter competitivo (concorrenciais ou não concorrenciais). Os restritivos, por sua vez, são aqueles que diminuem a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõem um novo dever ou restrição, seja porque estendem dever já existente, ou, ainda, suprimem direito existente. Eles se subdividem em meramente ablativos e sancionadores, sendo este último os que preordenam, como o próprio termo deixa subentendido, uma sanção.

Pública; b) trata-se de medida afliitiva, com caráter negativo; c) trata-se de resposta a comportamento ilícito⁸¹. (MELLO, 2011, p. 62-63).

Com isso, entende-se por processo administrativo sancionador antitruste o instrumento por meio do qual os órgãos antitrustes investigam, processam e, quando necessário, punem a prática de atos potencialmente nocivos à economia, conforme forma previamente estabelecida apta a tornar o processo previsível, a fim de respeitar as garantias do administrado. Logo, ele pode ser definido como sendo “o conjunto de procedimentos - estabelecidos pela Lei Antitruste, bem como pela legislação direta e subsidiariamente aplicável à matéria – a serem seguidos fielmente pelas autoridades antitrustes nas atividades de repressão, investigação e punição de condutas contrárias à ordem econômica.” (GILBERTO, 2010, p.80).

A autoridade antitruste na condução dos processos administrativos sob sua competência há de aplicar as normas relativas a esses processos previstas na Lei 8.884/1994, devendo, apenas de forma subsidiária, utilizar-se das disposições da Lei 9.784/99.

Aplicam-se ao processo antitruste sancionador todos os princípios, constitucionais ou não, implícitos e explícitos, do procedimento administrativo geral. Saliente-se, no entanto, que é nestes, que pela semelhança reconhecida com os trâmites do processo judicial, se acentua o caráter contraditório⁸². Sendo, assim, na apuração no antitruste realizada em contraditório, pré-requisito para sua legitimação, deverá a autoridade antitruste ouvir todos os envolvidos na fase investigatória, inclusive os concorrentes (exceto as informações confidenciais que fazem parte da intimidade da empresa e por isso devem ser mantidos em autos apartados).

O processo antitruste sancionador tal como é conhecido hoje tem origem nas disposições da Lei 4.137/62⁸³, posteriormente regulamentada pelo Decreto no. 92.323/86.⁸⁴

⁸¹ Entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 67-68) que por serem as sanções administrativas objeto do direito administrativo justamente por serem impostas no exercício da função administrativa, o conceito atribuído por Fábio Medina Osório àquelas conduz a uma noção indesejável das mesmas, vez que para ele, sanção administrativa consiste em um “mal ou castigo com alcance geral e potencialmente pro futuro imposto pela Administração Pública materialmente considerada pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo” (OSÓRIO, 2000, p. 80), podendo o juiz, portanto, impor tais sanções ainda que no desempenho de atividade jurisdicional, desde que habilitados pelo legislador.

⁸² “O processo administrativo sancionador, por sua essência restritiva, guarda certa semelhança com o processo judicial penal e por isso, empresta esse ramo da Dogmática Jurídica alguns princípios que lhe são próprios e que passam a delinear o regime jurídico dessa espécie de processos restritivos de direito.” (PETIAN, 2011, p. 110)

⁸³ Lembra, todavia, Lúcia Helena Salgado que os seus principais problemas, são os de conciliar uma série de aspectos a) a tradição do direito brasileiro de antecipar a norma ao fato vez que no início da década de 60 ainda não se poderia pensar em um padrão de concorrência fundada no capitalismo consolidado no Brasil para ser disciplinado; b) a presença de um Estado historicamente intervencionista e estruturador do mercado; c) o modelo norte-americano que inspirou todas as legislações da defesa da concorrência no mundo era um espelho da vontade da sociedade norte-americana de preservar as bases de sua democracia, fundadas, por sua vez, no

A Lei 8.884/94 (Lei Antitruste ou Lei da Concorrência), que regula o processo antitruste na atualidade, prevê três tipos de processos administrativos voltados à apuração de condutas contrárias à livre concorrência: as “averiguações preliminares” (arts. 30 e 31), os “processos administrativos” propriamente ditos (arts. 32 a 51) e ainda um “procedimento” administrativo, de competência exclusiva da SEAE, introduzido pela Lei no. 10.149/2000.⁸⁵

O processo antitruste sancionador divide-se em três fases: a) fase inicial (compostas pelos atos que desencadeiam o início do procedimento); b) fase preparatória ou instrutória (na qual são escolhidos os elementos de fato e de direito que permitem a tomada de decisão); b) fase decisória (em que autoridade formaliza sua decisão final).

2. Fases do processo antitruste sancionador

2.1 Fase inicial

A SDE promoverá averiguações preliminares quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração de processo administrativo – de ofício ou tendo em vista a submissão, por qualquer interessado, de representações escrita e fundamentadas (art. 30), afastando-se a hipótese de denúncias anônimas e/ou desfundamentadas. Esta fase consiste em se fazer apenas um levantamento dos fatos, semelhante à “chamada sindicância administrativa” (FONSECA, 2007, p. 294)⁸⁶, em que a Administração apura a existência de irregularidades.

trinômio liberdade individual, propriedade privada e igualdade de oportunidades. O que a fizeram não produzir efeitos na prática (SALGADO, 1997, p. 177 apud GILBERTO, 2010, p. 91)

⁸⁴ O processo antitruste sancionador mencionado pela lei apresentava uma série de peculiaridades, tais como sindicância precedendo à instauração de averiguações preliminares e processos administrativos. Essa sindicância era instaurada e conduzida pela figura (hoje inexistente no processo antitruste sancionador) da Secretaria-Executiva do CADE; deveria ser processada em sigilo e podendo envolver a notificação da empresa investigada para prestar os esclarecimentos cabíveis. Encerrada a instrução e após manifestação da Procuradoria-Geral do CADE, a Secretaria Executiva emitiria parecer recomendando o arquivamento da sindicância e, caso entendesse necessário, realizava diligências adicionais, ao final das quais novamente solicitava a emissão de parecer da Procuradoria-Geral. A seguir, o caso era levado a julgamento do plenário do CADE para decisão quanto à instauração ou não de processo administrativo (GILBERTO, 2010, p. 89)

⁸⁵ A Portaria n. 4/06 do Ministério da Justiça (no que é seguida pela minuta de portaria anexada à Consulta Pública no. 16/09) prevê duas modalidades adicionais de processos administrativos relacionados à atuação sancionadora do SBDC: os “processos administrativos para imposição de sanções processuais eventuais” e “os procedimentos administrativos preparatórios”.

⁸⁶ André Marques Gilberto ressalta que parte considerável da doutrina entende que as averiguações preliminares correspondem basicamente a uma modalidade de sindicância administrativa, na qual a Administração Pública somente apura se existem ou não irregularidades, não correspondendo, portanto, a uma forma de atuação processualizada da Administração. Todavia, entende o autor consistirem as “investigações preliminares” também em processos administrativos posto estarem presentes os elementos essenciais a caracterizá-lo. (GILBERTO, 2010, p. 97)

Discute-se se existe a necessidade de, no trâmite da averiguação preliminar, que o sujeito investigado possa exercer o contraditório. João Leopoldino da Fonseca (2007, p. 294) entende que é dispensável nesta fase a apresentação de defesa por parte do investigado e nem requer publicidade e que somente após a instauração do processo administrativo as formalidades do devido processo legal e os princípios do contraditório e ampla defesa deverão ser observadas.

Todavia, André Marques Gilberto (2010, p. 118), embora reconhecendo ser tal posicionamento o adotado pelas autoridades antitruste, entende que se as averiguações preliminares também constituem processos administrativos. Assim sendo, mesmo nesta fase preparatória de investigação, os órgãos antitruste estão obrigados a respeitar o princípio da ampla defesa. A segunda orientação, é indubitavelmente a mais acertada sob pena de que, entendendo-se em contrário, estar-se-ia de forma flagrante ofendendo o disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal.

Encerradas as investigações preliminares e tomando a SDE ciência dos fatos investigados, ocorrerá a instauração do processo administrativo, no prazo de 8 (oito) dias e por meio de despacho fundamentado do titular da SDE (art. 32). Instauração do processo administrativo seria, portanto, a apresentação escrita dos fatos, bem como a indicação do direito a ensejar a existência do processo, de modo que sejam suficientemente específicos para delimitar o objeto da controvérsia e possibilitar a plenitude da defesa (FONSECA, 2007, 302).

Instaurado o processo administrativo, o representado deverá ser notificado para apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias (art. 33). A notificação deverá conter na íntegra o despacho que instaurou o processo antitruste sancionador (bem como da representação, quando o processo tiver sido iniciado a partir de denúncia formulada por terceiro). A defesa é o momento em que o representado, após avaliar a acusação formulada, apresenta as explicações cabíveis, sob pena de ser considerado revel, incorrendo em confissão quanto às questões de fato, transcorrendo contra ele os demais prazos independentemente de notificação (art. 34).

2.2 Fase instrutória

Um dos papéis essenciais a ser desempenhado pela SDE no decorrer do processo antitruste sancionador é presidir a instrução probatória. Assim após a apresentação da defesa,

a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse. (art. 35).

Não existem limites às fontes de prova utilizáveis para formação do convencimento dos órgãos antitruste, com exceção das provas ilícitas. Nos termos do artigo 5º, LVI, da CF, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, nesse mesmo sentido, o artigo 30 da lei nº 9.784/99 determina a impossibilidade de utilização nos processos administrativos em geral das provas colhidas por meios ilícitos.

Do ponto de vista da legislação, não resta dúvidas, portanto, quanto a inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas no processo antitruste sancionador. Todavia, tanto em termos práticos, no interior do SBDC, quanto em termos doutrinários, o tema não é tratado de maneira uniforme, de modo que existem, de um lado, autores que negam qualquer possibilidade de aproveitamento da prova ilícita, e de outro, autores que defendem a relativização desta vedação com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, para fins de aferir se a utilização da prova ilícita poderá levar o melhor entendimento do interesse público em questão. (MOREIRA, 2010, p. 368)⁸⁷

A prova documental é a mais comumente utilizada em sede de processo antitruste sancionador e engloba todas as formas possíveis de documentos. André Marques Gilberto destaca a “requisição de informação pelas autoridades” como modalidade de prova documental, dizendo que a lei antitruste atribuiu poderes expressos ao CADE, SDE e SEAE para exigirem a apresentação de documento e informações em geral; esta competência vem prevista nos artigos 7º. , IX, 9º. , III, 14, II e 35-A, §1º. Essas informações podem ser requeridas a quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades públicas e privadas. No caso de recusa, omissão, enganiosidade ou retardamento injustificado da prestação de informação ou apresentação dos documentos a lei prevê a imposição de sanções. (GILBERTO, 2010, p. 186)

A prova testemunhal também é utilizada com frequência, sendo possível a oitiva de no máximo 3 (três) testemunhas.

O depoimento pessoal, ainda que não mencionado nem na Lei Antitruste e nem tampouco na Lei 9.784/99 surge com frequência no processo antitruste sancionador, podendo

⁸⁷ O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que são inaproveitáveis não só as provas obtidas ilícitamente, bem como aquela oriundas das lícitas conforme a doutrina norte-americana, doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, ou “fruits of the poisonous tree doctrine” (Cf. MOREIRA, 2010, p.369)

ser determinado de ofício ou requerido pela parte, havendo a possibilidade de se recorrer ao direito constitucional de permanecer em silêncio e não produzir prova contra si próprio.⁸⁸

A prova pericial também não se encontra prevista em nenhum dos diplomas legais mencionados anteriormente, mas também é admitida. Note-se, no entanto, que o art. 53 da Portaria n. 04/06 previa regras procedimentais aplicáveis à perícia.

É habitual no processo antitruste sancionador a utilização da “prova emprestada”, evidências colhidas originalmente em outro processo de natureza cível, criminal ou mesmo administrativa, mesmo diante da ausência de dispositivos na Lei antitruste ou na Lei n 9.784/99 pertinente às provas emprestadas.

Tema importante para à instrução probatória é a tensão por vezes existente entre, de um lado, a necessidade de atribuir confidencialidade às informações comerciais acerca de um determinado agente econômico (tenham essas informações sido espontaneamente submetidas pelo investigado, sejam elas fruto de buscas e apreensões e medidas correlatas), e, de outro, o respeito ao princípio da publicidade.

Conforme André Marques Gilberto (2010, p. 221), a confidencialidade, em geral, tem sido tema pouco analisado na jurisprudência do CADE e nos tribunais, restando poucas manifestações sobre a questão nada, obstante tratamento abrangente dado à questão pela Portaria 4/06 (art. 23, 26 e 28) do Ministério da Justiça.

Concluída a instrução probatória na SDE, prevê o artigo 39 da Lei antitruste que o representado será notificado para apresentar alegações finais no prazo de cinco dias. Vale lembrar que o *caput* do artigo 37 da Lei Antitruste veda a apresentação de novos documentos pelo representado após o termino da instrução processual; entretanto, “em razão do princípio do formalismo mitigado, não se encontram óbices à juntada de novas evidências desconhecidas para o representado, ou cuja utilização lhe era anteriormente vedada, até o momento de protocolizar suas alegações finais” (GILBERTO, 2010, p. 231).

Após o termino do prazo para apresentação de alegações finais (tenham elas sido submetidas ou não, a SDE emitira decisão reconhecendo: a) a existência de elementos de prova suficientes para caracterizar a existência de conduta anticoncorrencial investigada; ou b) a ausência dos mesmos, recomendando então o arquivamento do processo. Em ambas as hipóteses, os autos serão remetidos ao CADE para julgamento final.

⁸⁸ “Essa garantia normalmente vem atrelada à prática do processo penal, mas por uma questão principiológica” [...] também no processo antitruste sancionador pode o representado fazer uso do direito de não produzir provas que possam incriminá-lo.”(GILBERTO, 2010, p. 182)

2.2.1 A prova econômica: meio de prova específica do direito antitruste sancionador

É natural que nas decisões dos órgãos antitruste haja a utilização da chamada “prova econômica” (GILBERTO, P. 187-191), sendo, portanto, usual a apresentação de pareceres técnicos pelos representados e a realização de análises econômicas pelas autoridades.

Primeiramente a autoridade deve delimitar o mercado relevante afetado pela investigação, em seguida, verificar as participações de mercado detidas pelos agentes investigados e, por fim, analisar as condições de concorrência em cada um dos mercados relevantes identificados (Anexo II, Parte A, da Resolução no. 20/99).

Em termos procedimentais, não existem diferenças substanciais na produção da prova econômica se comparada às demais espécies de provas documentais. Sendo assim, juntado aos autos do processo um parecer econômico, deve a autoridade, em atenção ao princípio do contraditório, franquear aos demais representados o acesso aos termos de uma versão pública do documento para que estes, querendo, ofereçam manifestação.

Conforme André Marques Gilberto (2010, p. 188), uma análise da jurisprudência do CADE aponta que a esmagadora maioria das decisões proferidas em processos sancionadores inclui, em algum grau, a análise de questões econômicas tais como: a estrutura geral do mercado relevante - pelo ponto de vista do produto ou geográfico – envolvido na investigação; se os representados possuíam poder de mercado; se as condições do mercado incentivariam ou dificultariam a realização de práticas anticoncorrenciais pelos agentes econômicos; se as práticas investigadas produziram efeitos concretos, dentre outras.

2.2.2. Mecanismos recentes de obtenção de provas pelas autoridades: inspeções, buscas e apreensões e “Acordo de Leniência”

Conforme preleciona André Marques Gilberto (2010, p. 202), no Brasil a obtenção de provas⁸⁹ quanto à prática de violações à ordem econômica não é, ou ao menos era, tarefa simples.

O CADE passou a ter acesso a evidências diretas quanto à realização de práticas puníveis apenas recentemente com a introdução de métodos modernos investigação, que foram instituídos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei n 10.149/2000.

⁸⁹ Conforme Andre Marques Gilberto, “ainda que não possam ser considerados exatamente instrumentos de investigação, os convênios firmados pela SDE com diversas instituições no Brasil e no exterior vêm sendo fundamentais, ao logo dos anos, para aumentar ainda mais a abrangência da atuação das autoridades brasileiras antitrustes”. (GILBERTO, 2010, p. 215)

Dentre as várias mudanças realizadas no texto da lei antitruste, três delas interessam de forma mais particular a este estudo:

- a) a introdução do §2º ao artigo 35, instituindo a possibilidade de realização de inspeções, anunciadas com antecedência de 24 horas, pela SDE em estabelecimentos empresariais. A inspeção de sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada pode ser utilizada no decorrer de quaisquer espécies de processos antitrustes sancionados, e deve ser autorizada pelo titular da SDE por meio de despacho fundamentado; a empresa deve ser notificada com ao menos 24 horas de antecedência, e a diligência não poderá ter início antes das seis ou depois das 18 horas. Durante o procedimento, poderão ser inspecionados estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, incluindo-se aí livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos, podendo autoridade extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;
- b) a introdução do artigo 35-A, prevendo mecanismos para a SDE requerer realização de operações de busca e apreensões. Conforme André Marques Gilberto (2010, p. 210), o instituto de buscas e apreensão tem sido utilizado com bastante frequência pelos órgãos antitruste. Sua utilidade prática para as autoridades consiste em coletar quaisquer tipos de documentos diretamente, na sede e instalações das empresas, informações passíveis de comprovar a existência de prática contrária à livre concorrência;
- c) a introdução do artigo 35-B, que criou no Brasil a figura do “Acordo de Leniência”, instituto a ser detalhado mais adiante.

2.3 Fase decisória

Conforme o artigo 48 da Lei nº 9.784/99, a Administração Pública tem o dever de emitir decisão explícita nos processos administrativos de sua competência.

No âmbito da Lei Antitruste, tal dever é outorgado ao CADE por meio dos incisos II e III do artigo 7º, que deveriam, respectivamente, caber ao Plenário do CADE decidir sobre a existência de infração a ordem econômica, aplicar as respectivas penalidades, e decidir os processos instaurados pela SDE.

Uma vez recebidos os autos do processo antitruste sancionador no CADE, deve ocorrer sua distribuição mediante sorteio, pelo Presidente, para relatoria de algum dos seis conselheiros (art. 42). É o relator, portanto, quem efetua a primeira análise do caso, verificando as conclusões alcançadas pela SDE, determinando a realização de instrução

probatória complementar (se necessário) e atuando como interface do CADE com o representado até a inclusão do processo na pauta de julgamento do órgão.

Distribuído o processo, os autos serão enviados para exame e elaboração de manifestação da Procuradoria Geral do órgão, pelo prazo de 20 dias (art. 42).

Conforme os termos do artigo 45 da Lei Antitruste, os representados devem ser intimados com antecedência mínima de cinco dias quanto à data designada para julgamento do processo; na sessão de julgamento, o Procurador Geral e o representado (ou seu advogado) têm o direito a proferir sustentação oral antes da leitura do voto do conselheiro relator, com direito à palavra por quinze minutos cada um. A sessão de julgamento será, em regra, pública; apenas em situações excepcionais (se o “interesse público exigir”), poderá o Plenário do CADE limitar o acesso às dependências do órgão às partes e respectivos advogados (artigo 69). Após a leitura do voto do conselheiro relator será aberta a discussão entre os conselheiros, caso exista necessidade de esclarecimentos do próprio relator, dos representados ou de seus advogados, podendo os demais conselheiros pedir vista dos autos.

Concluídos os debates, o Presidente do CADE deverá tomar os votos do relator e dos demais conselheiros que o seguirem na ordem decrescente de antiguidade; ao final da votação, o Presidente proclamará o resultado (artigo 80), não podendo, a partir daí, ocorrer mudanças nos votos proferidos pelos conselheiros (artigo 87).

Havendo apenas cinco membros aptos a votar, a maioria absoluta será atingida pela convergência de três votos. Havendo, no Plenário, seis ou sete membros aptos a participar do julgamento, a maioria absoluta demandará a convergência de quatro votos (artigo 81). O Presidente do CADE terá direito a proferir seu voto e, caso ocorra empate depois de tomados todos os demais votos, emitirá voto de qualidade.

Existe a possibilidade de realização de instrução complementar (art. 43 e 44), atribuindo-se ao conselheiro relator discricionariedade – se entender não existirem nos autos elementos suficientes para formar sua convicção – para determinar diligências complementares, solicitar novas informações dos envolvidos ou facultar à parte a produção de novas provas.

Por outro lado, a discricionariedade da qual é dotado o conselheiro relator nessa fase encontra limitações; primeiramente, a decisão indeferindo a produção de prova requerida pela parte deverá ser motivada; e, ainda, haverá a exigência de respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Segundo Fábio Medina Osório (2000, p. 406), a motivação assume particular importância no direito administrativo sancionador, pois o ato da Administração tem o condão

de privar alguém de seus direitos e restringir liberdades; caso não sejam motivados, tais atos configurarão arbitrariedade intolerável. Ademais, todas as questões relacionadas ao objeto do processo antitruste sancionador, passíveis de afetar a decisão final pelo CADE, devem ser objeto de tratamento claro na motivação.

A forma tradicional de encerramento do processo antitruste sancionador pelo CADE é por meio da emissão de uma das cinco modalidades básicas de decisões terminativas, que podem determinar, podendo ou não analisar o mérito: a) o envio de autos a SDE para complementação da instrução probatória; b) o arquivamento do processo em razão de vícios processuais; c) o arquivamento do processo em virtude de ausência de provas que autorizem a condenação do(s) representado(s); d) o arquivamento do processo pelo reconhecimento da licitude da prática sob investigação; e, e) a condenação do(s) representado(s) por infração a dispositivos da Lei Antitruste.

Por fim, se considerar as provas existentes nos autos como suficientes a caracterizar a existência de atos contrários a Lei Antitruste, deverá o CADE proferir decisão determinando a condenação do(s) representado(s). Nessa situação, conforme a redação do artigo 46 da Lei, deve a decisão conter:

- a) a especificação dos fatos que representam a infração apuradas e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;
- b) o prazo no qual tais providências devam ocorrer;
- c) a sanção;
- d) o valor da multa diária a incidir no caso de continuidade da infração

Face ao princípio da instrumentalidade do processo, infere-se que a forma não pode ser considerada um fim em si mesma no processo antitruste sancionador.

Vera Monteiro (MONTEIRO p. 359 apud GILBERTO, 2010, p. 254), ao reconhecer a existência de procedimentos e contrapô-los à eficiência norteadora das atividades da Administração Pública, observa dois problemas, um no plano normativo e outro no plano da própria Administração. Na seara normativa o desafio é encontrar um ponto ideal de formalização procedimental, pois, levada ao extremo, pode-se gerar perturbações e custos desnecessários à formação do processo decisório; no aspecto administrativo, a possibilidade de realização mais ou menos eficiente do procedimento adentra a zona de discricionariedade e assim, em muitas situações, a resolução eficiente de determinado conflito demanda ponderações da Administração que não podem ser relacionadas de forma taxativa.

Para André Marques Gilberto (2010, p. 257), a busca pela eficiência ou a observância do princípio do menor rigor das formas processuais não pode deixar de lado a necessidade de

respeito aos princípios que funcionam como garantias básicas para os representados no processo antitruste sancionador. Assim, para o autor, no que tange às evidências diretas e indiretas, não se pode conceber que o processo administrativo tente alcançar verdades absolutas; para decidir o processo, deve o julgador trabalhar com probabilidades coerentes com o que existe nos autos do processo. Logo, é comum a emissão de decisões condenatórias do CADE fundamentadas em provas indiretas.

Conforme Ruy Santa Cruz, a gama de provas diretas e indiretas mencionadas nos julgamentos de processos antitruste sancionadores é variada, tendo sido utilizadas como fundamentos para decisões no CADE quase todas as espécies de prova previstas em direito; para o autor, a maior parte das provas utilizadas nos julgamentos do CADE, entretanto, é mesmo oriunda da análise de indícios que, estudados sob o prisma da teoria econômica, “fazem concluir pela existência de uma conduta restritiva da concorrência” (SANTA CRUZ 2003, p. 417 apud GILBERTO, 2010, p. 264).

Todavia, entende André Marques Gilberto (2010, p. 264) que,

as autoridades antitruste, mesmo detentoras de provas materiais apontando para a existência de discussões ou encontros entre representantes de empresas concorrentes, devem ser capazes de demonstrar, para embasar uma decisão condenatória, que os contatos em questão tiveram objetivos anticoncorrenciais. Assim, se a importância do indício no processo antitruste sancionador não pode ser desprezada, os indícios, na condição de provas indiretas, devem guardar plena harmonia com o restante do conjunto probatório para serem levados em conta em uma decisão condenatória.

Isso não significa dizer que esteja o CADE, para punir uma conduta anticoncorrencial, obrigado a demonstrar os efeitos anticorcorrenciais gerados pela prática. Basta, portanto, para fins de punição, ser o CADE capaz de produzir prova inequívoca quanto à potencialidade de a conduta investigada haver gerado efeitos nocivos à livre concorrência.

Verifica-se, portanto, a inaplicabilidade do princípio da culpabilidade. Todavia, isto não implica em que o comportamento dos representados deva ser analisado de forma não individual.⁹⁰ Isto porque a Constituição Federal assegura, por meio do artigo 5º, XLVI, a exigência da ‘justa medida’ quanto ao ato sancionador a ser aplicado pela administração; ademais, a necessidade de proporcionalidade da sanção com base na infração praticada tem sua existência amparada no direito brasileiro por conta dos princípios da isonomia e dos direitos fundamentais a liberdade e propriedade. (OLIVEIRA, 2006. p.495-496)

⁹⁰ Não são poucos os autores para os quais a redação art. 20 da Lei Antitruste, por afastar a aplicação do princípio da culpabilidade do direito administrativo sancionador, é inconstitucional (Cf. MELLO, 2007, p.189; OSÓRIO, 2000, p. 314-315).

Finalizando, coloca-se a questão da interposição de recurso. Cumpre observar que o direito de interpor recurso administrativo representa um dos desdobramentos da ampla defesa, e por ter respaldo constitucional (artigo 5º, XXXIV, a) não depende da existência explícita em lei.

Nada obstante a Lei Antitruste prever explicitamente o não cabimento de recurso hierárquico das decisões proferidas pela SDE (art. 41) e, mais adiante, determinar que as decisões do CADE não são mais passíveis de revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50), entende André Marques Gilberto que ainda sim é possível a interposição de recurso⁹¹.

Observa-se no entanto, que a decisão final da SDE não é ato passível de recurso, por não ter caráter decisório; na sua visão, trata-se de ato resultando do exercício de competência privativa do titular da SDE. Por outro lado, vedar a possibilidade de apresentação de recursos administrativos em face de outras decisões proferidas pela SDE no decorrer do processo administrativo não representa interpretação mais correta a ser realizada em relação a regra prevista no artigo 41 da Lei Antitruste.

Negar ao investigado submeter recurso administrativo acerca de temas que não são de revisão obrigatória pelo CADE resulta, assim, em cerceamento à ampla defesa e é medida de contornos inconstitucionais.

3. Processo sancionador antitruste e o combate aos cartéis: o Acordo de Leniência

A palavra “truste”, de origem anglo-saxônica (*trust*), remonta ao período histórico vivido pelos Estados Unidos na segunda metade do século XIX em que o país se transformou num economia onde a concentração de capitais figurava cada vez mais necessária.

Em um momento de desenvolvimento econômico, possibilitado pela expansão das estradas de ferro, o país norte-americano testemunhou o início de uma competição predatória entre as sociedades empresárias responsáveis pela construção destas estradas. A disputa pelos clientes ocasionou na concessão de descontos que se tornaram constantes, provocando séria diminuição dos seus lucros. Assim, para resolver o problema, essas sociedades empresárias celebraram acordos para tentar neutralizar a concorrência. Com sucesso, este modelo de comportamento foi seguido em vários setores da economia norte-americana, a qual se quedou cada vez mais concentrada. Contudo, sem o respaldo legal, estes acordos eram

⁹¹ Neste mesmo sentido: MOREIRA, 2010, p.335; MEDAUAR, 1992, p. 124)

constantemente desrespeitados pelos agentes econômicos vinculados. (FORGIONI, 2010, p. 74)

Diante desta instabilidade e incerteza da vinculação dos agentes econômicos à entidade empresarial concentrada, os agentes econômicos norte-americanos passaram a utilizar outro instrumento de atuação no mercado, o *trust* (do inglês confiar). Através deste tradicional instituto do direito anglo-saxão, os acionistas de uma determinada sociedade empresária confiavam a uma terceira pessoa, em geral, uma pessoa jurídica (o *trustee*), para tratar de assuntos relativos às ações de sua propriedade, sem que esta adquirisse poderes para interferir na gestão da sociedade.

Nestas condições, os grupos de *trustee* poderiam controlar as políticas comerciais adotadas pelas sociedades empresárias que representavam com intenção de diminuir ou neutralizar a concorrência, visando, inclusive, o domínio do poder econômico em determinado setor. (NUSDEO, 2010, p. 280).

Todavia, lembra Fabio Nusdeo (2010, p. 280) que se tem “genericamente utilizado a expressão “truste” para designa qualquer forma de união de empresas e de concentração econômica”, inclusive as que possam vir a configurar abuso de poder econômico.

Assim sendo a expressão truste tem sido usada, extensivamente, relacionando-se a todos os atos que resultem ou pretendam resultar na limitação ou eliminação da concorrência.

No Brasil, o truste passou a designar a empresa que tenha as seguintes características: que desfrute de grande poder político e econômico; seja dotada de poder de manipular os preços e o mercado consumidor; seja dotada de poder de eliminar ou abater a concorrência; que assuma o monopólio ou estabeleça cartéis com outros trustes; que exerça as diversas formas de abuso do poder econômico. Assim, considera-se truste a empresa que assume posição de tal proeminência, que seu poder altera o ritmo da produção nacional e a flutuação de preço no mercado. Logo, a empresa-truste poderá ser monopolista ou fazer parte de cartel alterando a política econômica do país.

Uma das formas de dominação do mercado, com a eliminação parcial da concorrência é o cartel.

Consiste no acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades. Por se tratar de um acordo, as empresas nele envolvidas não perdem sua autonomia ou a sua individualidade. Elas apenas se submetem aos termos do acordo no seu particular âmbito de aplicação. (NUSDEO, 2010, p. 279)

Constitui “acordo celebrado entre concorrentes de determinado produto ou serviço, buscando o aumento dos lucros, mediante a adição de condutas uniformes, principalmente em matéria de preços” (SANTOS, 2008, p. 145 apud CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 64-65)

É, portanto, o ajuste entre algumas empresas do universo de determinado segmento do mercado, retalhando-o entre elas e deixando as migalhas para as empresas concorrentes. É o que acontece com vários ramos da atividade empresarial brasileira, como o de cervejas, de cimento, de leite e laticínios, de cimento-amianto e outros.

Os danos ocasionados pelos cartéis são incalculáveis, pois, suprimem a concorrência entre agentes econômicos atuantes dentro de um mesmo mercado relevante. (CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 65). As funções do cartel são muitas, incluindo entre elas regulação da produção, o controle do mercado, a fixação de preços e a manipulação da concorrência. A consequência natural do cartel é a oscilação de preços; se a concorrência minoritária começa a ampliar sua participação no mercado, a minoria de empresas constitutivas do cartel diminuem artificialmente os preços, levando empresas menores à ruína; quando essa minoria tiver se assenhoreado seguramente do mercado, aumenta o preço de seu produto, não deixando alternativa aos competidores. O cartel pode ser constituído também de países ou empresas com apoio de países.

A prática de cartel constitui crime contra a ordem econômica, assim estabelecido pela Lei 8.137/1990. O cartel é considerado a prática mais lesiva contra a livre concorrência, e o maior prejudicado é o consumidor, que arca com o custo disso pagando mais caro por um produto, geralmente, essencial e que a oferta é restringida pelos próprios integrantes do cartel.

Entretanto, um dos maiores entraves que se opõe à punição dos cartéis é justamente a identificação e prova da referida conduta. O cartel sempre é realizado ‘às escuras’ pelas empresas participantes, através de reuniões secretas sem a realização de atas, e-mails anônimos e criptografados, ligações de telefones públicos, entre outros meios utilizados para impedir a descoberta e caracterização da prática concertada. (CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 66)

Neste sentido,

as autoridades vêm adotando estratégias com o intuito de tornar mais eficazes a identificação e prova, perseguição e aplicação das penalidades cabíveis aos cartéis. Os programas desenvolvidos têm sido no sentido de encorajar os participantes do acordo – cartel – a ‘quebrarem o sigilo’ revelando o seu segredo, confessando e delatando seus co-conspiradores. (CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 67)

Assim, desde 2000, o Brasil tenta desestimular a prática de cartel através do Programa de Leniência, que incita ao participante de cartel denunciar a existência da infração.

Neste sentido a legislação antitruste previu no bojo dos processos administrativos tendentes a investigar a formação dos chamados cartéis – processos administrativos sancionadores - o chamado “Acordo de Leniência”.

4. O Acordo de Leniência na Lei 8.884/1994: conceito, objetivos e efeitos

O Acordo de Leniência foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio posteriormente à edição da Lei nº 8.884/94 pela Lei 10.149/2000 que inseriu no texto legal daquela o art. 35-B:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos

demaís co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

O Acordo de Leniência, de origem norte-americana⁹², tem se mostrado ferramenta indispensável para coibir práticas anticoncorrenciais em diversos países no mundo, como por exemplo, nos EUA, nos países da União Européia, Alemanha, Japão, Austrália, Canadá, dentre outros, inclusive no Brasil⁹³. O CADE já sustentou em vários momentos que o Acordo de Leniência é o instrumento de investigação mais efetivo para tal feito.

Acordos de leniência são aqueles “firmados entre um integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste com vistas a reduzir ou afastar as sanções que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação nas investigações” (OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 45 apud GILBERTO, 2010, p.202). É, portanto, um pacto de cooperação firmado entre o infrator e as autoridades competentes a fim de punir os demais participantes; em troca dessa cooperação, o denunciante recebe imunidades administrativas e penais, podendo ser parciais ou integrais, a depender do nível de comprometimento do delator.

⁹² Embora sendo instrumento de inspiração no *Plea Bargain* norte-americano, dele se difere, porque não impõe a supressão do devido processo legal. A *plea bargain* constitui uma transação que abrevia o processo, tornando desnecessária a colheita da prova, suprimindo a fase de debates entre as partes. O agente do fato ilícito admite sua culpabilidade, em troca de benefícios legais. O instituto garante a elucidação de crimes, o que assegura rápida punição aos seus autores, além de diminuir o volume de trabalho no Judiciário.

⁹³ O programa de Leniência - desenvolvido pela Secretaria de Direito Econômico em fevereiro de 2008 - estabelece precisamente os principais termos e condições do acordo de leniência. (Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRIE.htm>>. Acesso em 19 de janeiro de 2012).

O objetivo do Acordo de Leniência, contudo, é a repressão aos cartéis, pois permite que infrações desse tipo sejam rapidamente identificadas e comprovadas de forma célere e a baixos custos, o que, de certa forma, conduz a um desfecho mais eficiente do processo, sem muito ônus para a Administração Pública.

Quando os cartéis estiverem sujeitos a sanções criminais, a leniência normalmente adquirirá a forma de concessão de imunidade do processo criminal, mas independente disso, a leniência adquirirá também a forma de redução de multas no âmbito do processo administrativo em trâmite perante o órgão de defesa da concorrência.

O acordo deve ser celebrado com a SDE, órgão integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, responsável pela instrução de processos que investigam infrações contra a ordem econômica.

A referida lei prevê que o Acordo de Leniência poderá afastar ou reduzir a penalidade pecuniária de um a dois terços, seja para pessoas jurídicas ou para pessoas físicas, desde que estas colaborem, efetivamente, com as investigações e que dessa colaboração resulte tanto a identificação dos demais agentes participantes da infração quanto a obtenção de informações e/ou documentos que comprovem a conduta ilícita sob investigação. Estão impedidas de celebrar o acordo as pessoas que forem líderes da conduta investigada.

O acordo somente poderá ser celebrado no Brasil com a empresa ou pessoa física que primeiro se apresentar à SDE com tal pretensão, e admitir a sua participação na prática cartelizada. Se uma empresa habilita-se para leniência, todos os seus funcionários que admitirem seu envolvimento na conduta poderão também receber o benefício da leniência, desde que assinem o acordo juntamente com a empresa e colaborem com as investigações. Por outro lado, caso a empresa não queira se submeter ao Acordo de Leniência, seu funcionário pode fazê-lo, caso em que a proteção não se estenderá à empresa.

A lei exige que o proponente cesse seu envolvimento na prática denunciada, e concorde em cooperar plenamente com a investigação. Tal cooperação deve resultar na identificação dos outros membros do cartel e na obtenção de provas que demonstrem a prática denunciada. Não se admite, outrossim, que a pessoa que esteja frente à prática denunciada celebre o acordo em questão.

Em relação à autoridade investigadora, a SDE, determinou a lei que não se admitisse o acordo quando já houvesse provas suficientes para assegurar a condenação do proponente, o que demonstra um sério compromisso do novo instituto com as investigações. O acordo não se sujeita à homologação pelo plenário do CADE, mas cabe ao Conselho, quando do julgamento dos demais envolvidos, verificar o cumprimento do acordo, podendo adotar

algumas medidas de acordo com a avaliação do caso, nos moldes do disposto no art. 35-B, § 4º da Lei 8.884/94.

O Acordo de Leniência, portanto, concede imunidade administrativa parcial ou total para as empresas e pessoas físicas a depender do conhecimento prévio, pela SDE, da conduta ilegal investigada. Ou seja, se a SDE não possuía conhecimento sobre a existência do cartel, o beneficiário poderá ter direito à imunidade total⁹⁴; caso contrário, ou seja, se a SDE possuía conhecimento prévio sobre a existência do cartel, a penalidade aplicável pode ser reduzida de um a dois terços, dependendo da efetividade da cooperação e boa-fé do beneficiário quando do cumprimento do acordo.

O art. 35-C da Lei 8.884/1194 dispõe que a celebração do Acordo de Leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia criminal contra as pessoas físicas signatárias do acordo. Se o CADE, ao julgar o caso, verificar que o Acordo de Leniência foi cumprido, a punibilidade dos crimes previstos na Lei dos Crimes contra a Ordem Econômica se extingue automaticamente.

É justamente aqui que está o “ponto polêmico deste acordo” (MELLO et al, 2008, p. 589), pois, no Brasil, a formação de cartéis é classificada não só como ilícito administrativo, como também penal, sujeita à ação penal pública incondicionada. Está prevista no art. 4º da Lei 8.137/90, sendo sancionada com pena de reclusão de dois a cinco anos ou multa.

Nesse contexto, a conduta em enfoque, ao ser tipificada como ilícito penal, enseja uma grande controvérsia entre Ministério Público e o CADE. É que, embora haja menção expressa no art. 35-C sobre a extinção da punibilidade, a suspensão do curso do prazo prescricional e o impedimento do oferecimento da denúncia, os crimes contra a ordem econômica são de ação pública incondicionada, cabendo apenas ao Ministério Público, como titular da ação penal, dispor ou restringir a sua aplicação, nos casos previstos em lei.

Além disso, fica nas mãos da SDE e do CADE o “julgamento” do ilícito penal, o que, supostamente, se coloca em choque com o disposto na Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), uma vez que eles não integram o Poder Judiciário.

Uma solução encontrada pela SDE poderia ser a inclusão como signatários dos acordos de leniência, Procuradores da República e Promotores Estaduais, que se tenham comprometido a não proceder à denúncia criminal relativa à conduta sob investigação.

⁹⁴ Os acordos de leniência, cujo sucesso está na oferta de imunidade total concedida ao primeiro a contatar as autoridades tem sido implantados por um grande número de órgão e defesa da concorrência o redor do mundo. Para André Marques Gilberto, a “oferta de imunidade total concedida ao primeiro a contatar as autoridades é a base para o sucesso da leniência.” (GILBERTO, 2010, p. 204).

Essa inclusão teria fundamental importância como forma de resguardar a empresa de futuros processos no campo penal (RODAS, 2007, p. 29 apud MELLO; et al, 2008, p. 589), pois iria de encontro ao objetivo almejado pelo Estado, qual seja, intervir para coibir o abuso do poder econômico.

Independente disto não há fundamento plausível para se considerar tal previsão como inconstitucional, pois, apesar do previsto no art. 35-B, § 4º, I, se extinta a punibilidade, não há que se falar em “julgamento” pela SDE e pelo CADE, não havendo, todavia, impedimento ao Ministério Público em proceder com a denúncia caso entenda pertinente.

Percebe-se que as razões que fundamentam a tese da inconstitucionalidade são bastante frágeis e não convencem. Ficar atrelado à concepção de que cabe apenas ao Ministério Público dispor ou restringir a ação penal, e que apenas o Judiciário pode julgar tais ações, restringe a atuação estatal, além de tornar mais demorada, e até ineficaz, a repressão às práticas anticoncorrenciais, devido à morosidade que hodiernamente caracteriza esse Poder.

Deve-se “atentar que as benesses asseguradas na seara criminal, perfazem meras consequências naturais do acordo firmado, ou constituem atrativos à delação por parte de qualquer integrante de um cartel, e, por conseguinte, a coletividade será a grande beneficiária desse procedimento, o que indubitavelmente ensejará a consecução de um interesse maior: o interesse público”.(MELLO; et al, 2008, p. 590)

Cumprir mencionar a chamada leniência *plus* para designar a concessão de benefícios a eventual candidato que não se qualificou para a celebração de um Acordo de Leniência em relação à determinada conduta sob investigação, pelo motivo de ser o segundo a se candidatar ou por ter estado à frente da infração. O gozo de tais benefícios está condicionado ao fornecimento de informações relevantes acerca de outro cartel, e ao cumprimento dos demais requisitos do Programa de Leniência.

Segundo o Programa de leniência, as propostas não convertidas em acordo não importarão em reconhecimento de confissão da matéria de fato, nem de ilicitude da conduta, devendo a SDE devolver todos os documentos ao proponente, sem reter nenhuma cópia.

A leniência *plus* faz com que seu beneficiário receba “todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração. Para fazer jus aos referidos benefícios, o interessado tem que denunciar o segundo cartel antes que o primeiro caso seja enviado pela SDE ao CADE para julgamento final”. (MELLO; et al, 2008, p. 590)

A proposta de Acordo de Leniência pode ser submetida à SDE na forma escrita ou oral, e é considerada sigilosa pela lei, salvo no interesse das investigações e do processo

administrativo. Apresentada a proposta, o acordo deverá ser assinado ou rejeitado em prazo não superior a seis meses contados a partir da apresentação da proposta, podendo ser prorrogado por igual período, a critério do Secretário de Direito Econômico.

A proposta de acordo rejeitada pela SDE não importará em confissão quanto à prática de cartel, nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada, que restará sigilosa. Somente o Secretário de Direito Econômico e seu Chefe de Gabinete participam da fase de negociação e, caso a celebração do acordo não seja efetuada, por desistência do proponente ou rejeição da Secretaria, todos os documentos são devolvidos para o proponente, não permanecendo qualquer cópia na SDE.

Um eventual interessado que não se qualificar para a celebração do Acordo de Leniência em relação à determinada conduta sob investigação – seja porque foi o segundo a se apresentar, seja por ter não ter preenchido quaisquer dos requisitos dispostos em lei – mas que fornecer informações relevantes acerca de alguma outra infração, de que a SDE não tenha qualquer conhecimento prévio, poderá postular a celebração com a SDE, até o envio do processo para julgamento pelo CADE, de Acordo de Leniência.

Nesse caso, o infrator receberá todos os benefícios da leniência com relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

4.1 Acordo de Leniência e a Lei 12.529/2011

No que tange ao Programa de Leniência, a Lei 12.529/2011, dedicou-lhe um capítulo próprio, estabelecendo-o nos seguintes termos:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos

desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

A Lei traz algumas inovações de forma a adequar o Acordo de Leniência à reformulação da composição do CADE proposta pela própria lei, que excluiu a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, incluindo-a na própria estrutura do CADE, sob a denominação de Superintendência-Geral.

O acordo firmado disporá sobre as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. Já os requisitos que devem ser preenchidos para a celebração do acordo por empresas continuam os mesmos, e todos necessariamente devem estar presentes. Insta mencionar, todavia, que, de acordo com o § 2º do artigo 86 da referida lei, as pessoas físicas também poderão se beneficiar dos acordos de leniência, isto se preenchidos os requisitos acima expostos, mas sendo-lhe dispensado que seja a primeira a se qualificar com respeito à infração.

Por ocasião do julgamento do processo administrativo, se o acordo tiver sido cumprido, na hipótese de a proposta de acordo ter sido apresentada à Superintendência-Geral sem que tivesse conhecimento da infração noticiada, será declarada extinta a punibilidade do agente em relação à Administração Pública. Nos demais casos, em que o agente tenha se proposto a realizar o acordo depois que a Superintendência-Geral já tivesse conhecimento da conduta, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços, ponderada de acordo com a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do agente.

A nova Lei modificou a competência para a declaração de extinção da punibilidade ou redução da pena, que agora deve ser feita pelo Tribunal, no momento do julgamento. Antes, a competência era atribuída ao próprio CADE, contudo, a modificação foi feita para evitar questionamentos acerca da sua constitucionalidade, já que era celebrado por uma autoridade administrativa sem que houvesse a intervenção de uma autoridade judicial.

A Lei 12.529/11 manteve a possibilidade de extensão dos benefícios do Acordo de Leniência às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, bem como aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos no delito, de acordo com a previsão do § 6º do artigo 86, contanto que o acordo seja firmado em conjunto e esteja em consonância com todas as condições impostas.

Em contrapartida, inovou em relação à legislação passada ao prever o impedimento de celebração de outro acordo de leniência caso o mesmo seja descumprido, o que perdurará pelo prazo de três anos a contar da data do seu julgamento.

Ainda, foi excluída da legislação a previsão do § 1º do artigo 35-B da Lei 8.884/94, o qual impedia a celebração do acordo em relação às empresas ou pessoas físicas que tivessem estado à frente da conduta delituosa. Desta forma, não importa mais o *status* da participação do agente no crime, sendo possível a celebração do acordo mesmo nos casos em que se mostrava como “agente principal”.

Por fim, a celebração do Acordo de Leniência suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente que dele se beneficia. Tal benefício, que antes se aplicava somente aos crimes contra a Ordem Econômica previstos na Lei 8.137/90, agora é estendido aos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, como os previstos nas Leis 8.666/93 e no artigo 288 do Decreto-Lei 2.848/40. Caso o acordo seja devidamente cumprido, haverá a extinção da punibilidade em relação a estes crimes.

4.2 Leniência e experiência estrangeira

Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar Programas de Leniência na esfera da defesa da concorrência, em 1978.

Por um certo período, a média de acordos era de um a cada ano. Com o passar dos anos e, com a substancial reforma no Programa de Leniência em 1993, a média aumentou para cerca de um acordo por mês. Naquela oportunidade, duas principais revisões foram feitas, quais sejam: (a) isenção total, imediata e automática das penalidades em relação às empresas que colaboram com a agência antitruste antes de iniciadas as investigações; e (b) possibilidade de empregados, diretores e outros que cooperarem com a agência antitruste poderem ser protegidos das acusações criminais⁹⁵.

O Programa de Leniência mostrou-se ser um instrumento fundamental no combate a cartéis nos Estados Unidos⁹⁶. De 1997 a 2004, foram aplicadas multas que somam mais de

⁹⁵ Para maiores detalhes consultar: GRIFFIN, James M. *The modern leniency program after ten years – a summary overview of the antitrust division’s criminal enforcement program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201477.htm>.

⁹⁶ O direito antitruste norte-americano faz largo uso dos chamados acordos de leniência como instrumentos de obtenção de evidência quanto à existência de práticas contrárias à livre concorrência. “Conforme a Corporate Leniency Policy de agosto de 1993, o *Departament of Justice* (DOJ) responsável pela instauração de investigações concorrenciais estabeleceu previsões claras para a concessão de imunidade às empresas ou

US\$ 2,5 bilhões por práticas anticompetitivas, sendo que mais de 90% deste total correspondem a casos oriundos de informações obtidas por meio da assinatura do Acordo de Leniência.

Nos Estados Unidos existe também a possibilidade da chamada anistia adicional (*amnesty plus*) que ocorre quando as empresas participantes de um cartel em determinado mercado, também fazem parte de outros cartéis. A *Leniency Plus* (Acordo de Leniência adicional) “surgiu da constatação de que a maioria dos processos envolvendo cartéis se iniciou como resultado de evidência descobertas durante investigações ocorridas em setores completamente distintos e não relacionados em termos de produto ou serviço” (MAZZUCATTO, 2004, p.51 apud CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 73)

Então, de forma pró-ativa, passou-se a celebrar acordos de leniência com empresas já formalmente investigadas pela prática de cartel, tendo por objeto a delação de outros cartéis em mercados distintos daquele sob investigação.

Desta forma, ainda que uma empresa não pudesse ser beneficiada com o perdão total da sanção decorrente do primeiro cartel, a prestação de informações quanto à segunda prática levaria ao afastamento da condenação desta, além da redução da pena com relação ao primeiro, ou seja, o *plus*. Se a empresa decidir não reportar o envolvimento em um eventual segundo cartel, ela assume o risco de que, caso o conluio seja descoberto, as penalidades sejam maiores em virtude da caracterização de reincidência. Foi essa a sistemática adotada no Brasil, conforme se verifica da redação do art. 35-B, §§ 7º e 8º da Lei 8.884/94.

A União Europeia e os países europeus individualmente considerados têm utilizado os acordos de leniência com o objetivo de obter provas suficientes à condenação de prática de

funcionários que voluntariamente reportassem sua participação em condutas contrárias à concorrência e atendessem a uma série de requisitos, quais sejam: i) no momento em que a empresa procurou as autoridades norte-americanas, o DOJ não possuía informações sobre a prática ilegal advindas de outra fonte; ii) a empresa, tão logo tomou conhecimento da existência da prática, adotou providências para encerrar sua participação na conduta; iii) a empresa deve fornecer informações completas ao DOJ e cooperar até o término da investigação; iv) a confissão da empresa deve consistir em um ato efetivamente corporativo, e não em meras confissões de indivíduos isolados; v) quanto possível, a empresa deve restituir aos que foram lesados pelas práticas; vi) a empresa não coagiu nenhum outro agente econômico a tomar parte da conduta e claramente não foi a líder da prática ilegal. Requisitos ‘alternativos’ à concessão da leniência, caso os anteriormente listados não possam ser atendidos na íntegra, são os seguintes: i) a empresa deve se a primeira a procurar as autoridades norte-americanas para reportar a prática; ii) o DOJ, no momento em que for procurado, não pode possuir provas em nível suficiente contra a empresa que possam resultar seguramente em uma condenação no futuro; iii) a empresa, tão logo tomou conhecimento da existência da prática, adotou providências para encerrar sua participação na conduta; iv) a empresa deve fornecer informações completas ao DOJ e cooperar até o término da investigação; v) a confissão da empresa deve consistir em um ato efetivamente corporativo e não em meras confissões de indivíduos isolados; vi) quanto possível a empresa deve restituir os que foram lesados pelas práticas; e vii) o DOJ entenda que a concessão de leniência à empresa não seria “injusta” com terceiros, considerando a natureza da prática ilegal, o papel da empresa confessando e o momento em que essa procurou o DOJ.” (GILBERTO, 2010, p.195 -196)

cartel. O programa de leniência europeu tem-se mostrado um instrumento bastante eficiente no combate a cartéis, servindo como exemplo para todo o mundo.

A Comissão Europeia, órgão responsável pela defesa da concorrência no âmbito da União, lançou o seu programa de leniência pela primeira vez no ano de 1996, o qual sofreu ampla revisão em 2002 objetivando maior segurança ao agente que denunciasse um cartel. (CÓRDOVA; LOPES, 2008, p. 75). Até meados de 2003, ao menos cem empresas já haviam procurado a Comissão a fim de celebrar um Acordo de Leniência.

A mencionada reforma introduziu relevantes modificações no Programa de Leniência, tais como a isenção de pena para as empresas colaboradoras, ainda que as investigações já tivessem sido iniciadas, desde que as colaboradoras oferecessem provas contundentes acerca da existência do cartel e que aceitassem cooperar com o órgão de defesa da concorrência de forma irrestrita. Ademais, deveriam cessar em definitivo as condutas ilícitas, não podendo celebrar o acordo a empresa que tivesse coagido outrem a participar do cartel. Nos casos em que a investigação já tiver sido iniciada, somente será possível a anistia total se a empresa tiver sido a primeira a cooperar com as autoridades para relatar evidências do cartel.

Contudo, caso as investigações não tenham sido iniciadas e a empresa for a primeira a relatar o conchavo, obterá a anistia automática e total. Outro aspecto relevante que merece destaque é o chamado “papel da ofensa”.

O programa atual não veda a possibilidade de obter imunidade total àqueles membros do cartel que porventura tenham instigado a participação de outras empresas na atividade ilícita ou que tenham exercido papel relevante no conchavo. A vedação à imunidade atinge apenas aqueles que tenham forçado outras empresas a se tornarem membros do cartel.

O modelo de leniência europeu, desde o início, demonstrou um firme comprometimento de recompensar as empresas que primeiro delatassem as atividades do cartel, impondo pesadas sanções pecuniárias àqueles que preferissem continuar participando dos conluíus.

Contudo, as empresas que não se qualificarem para a imunidade total, poderão ser beneficiadas com uma redução de multas, desde que tragam às autoridades evidências de significativo valor. A evidência é considerada de valor significativo para a Comissão, quando reforçar a capacidade de provar a infração. À primeira empresa a atender a essas condições é

concedida redução de 30% a 50%, 20% a 30% para a segunda e até 20% para as empresas subsequentes⁹⁷.

Outro modelo nacional que merece destaque é o modelo britânico. O Governo Britânico, no ano de 2000, implementou em sua legislação concorrencial e concedeu ao OFT (*Office of Fair Trading*) maiores poderes investigatórios, com o objetivo de inibir a prática do cartel.

Tal implementação incluiu a criação de um Programa de Leniência nos moldes do modelo norte-americano.

O programa britânico propõe que as empresas que colaborem com o OFT recebam total ou parcial imunidade no momento da aplicação de multas. A imunidade total é possível apenas para o primeiro membro que relatar a existência do cartel e será automática, se as investigações ainda não tiverem se iniciado e se o OFT não possuir evidências suficientes para atestar a existência do cartel. Este último requisito deverá ocorrer nos casos em que o OFT já iniciou as investigações, mas ainda não possui dados relevantes para saber se as proibições contidas em sua legislação foram infringidas.

O interessado na assinatura do Acordo de Leniência britânico deve preencher os seguintes requisitos: (a) fornecer ao OFT informações, documentos e demais evidências que possam provar as atividades do cartel; (b) manter cooperação irrestrita para o êxito da investigação; (c) não ter persuadido, liderado ou compelido outras empresas a participarem do conluio; e (d) ao procurar estabelecer o Acordo de Leniência, cessar imediatamente as atividades ilícitas.

A obtenção de imunidade parcial, ou seja, redução das penalidades acima de 50% é possível em apenas dois casos, quando o denunciante não tenha sido o primeiro a delatar o cartel, isto antes de o OFT notificar, por escrito, que houve violação à legislação, e quando o

⁹⁷ Para maiores detalhes consultar: HAMMOND, Scott D. *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/speeches>; SAKKERS, Ewoud. *Settlements in European Commission cartel proceedings*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br.>>.

“Conforme a *EC Leniency Policy* de 1996 (revisada em 2006), interessados em colaborar com as autoridades podem receber tanto imunidade total quanto redução parcial às penalidades aplicáveis; além disso, a Comissão Europeia passou a sistematicamente aumentar o valor das penas aplicadas para a prática de cartel. Nos termos da *EC Leniency Policy* uma empresa que tomou parte de um cartel, para receber imunidade total a partir da apresentação de um pedido de leniência, deve ser a primeira a informar à CE sobre a existência de um cartel até então desconhecido, fornecendo informações suficientes para a CE realizar inspeções nas instalações das outras empresas envolvidas na prática. Caso a CE já esteja de posse dessas informações ou já tenha realizado tal inspeção, a empresa interessada deverá fornecer evidências em nível suficiente para a CE provar a prática de cartel, devendo ainda cooperar com a autoridade durante toda a investigação e encerrar sua participação na conduta ilegal imediatamente; por fim, a empresa não poderá se beneficiar da imunidade total se tiver adotado qualquer medida para coagir outros agentes a participar do cartel em questão” (GILBERTO, 2010, p. 199-200).

denunciante tiver sido qualificado para a imunidade total pelo fato de não ter instigado, liderado ou compelido outras empresas a fazerem parte do cartel.

Tanto na imunidade parcial quanto na total, é necessário o preenchimento cumulativo daqueles principais requisitos, quais sejam, os de prestar irrestritamente informações que possam comprovar a existência do cartel; cooperar incessantemente para o êxito da investigação e na proposição de acordo, além de cessar imediatamente a prática ilícita. (GILBERTO, 2010, p. 201-202)

5. Acordo de Leniência e Administração Pública democrática consensual: explicitando seus fundamentos principiológicos

A atuação da Administração Pública objetivará a satisfação do interesse público, orientando-se sempre pelo princípio da boa administração, que vincula o agir administrativo à uma conduta pautada na boa fé e sem a concessão de privilégios a quem queira, de forma mais eficiente possível considerando os meios mais aptos para sua realização, com a máxima participação do administrado

O Acordo de Leniência atende a todos os elementos vez tratar-se de instituto típico de composição consensual de conflitos pela via administrativa, no qual o delator de cartel participa de forma ativa no curso da investigação. Explicita-se, assim, o princípio democrático caracterizador do Estado Democrático de Direito em função da participação direta do administrado nas decisões da Administração Pública.

Ele deve ser colocado à disposição de qualquer pessoa que preencha os requisitos exigidos por lei, sem que se façam distinções de qualquer natureza (princípios da impessoalidade e moralidade).

Ao ceder à Administração informações sobre a infração investigada, o delator do cartel colabora com aquela para uma otimização da investigação para que se consiga perquirir a “verdade real” – princípio da verdade real, sobre os fatos apurados, com vistas à instauração de futuro processo administrativo contra os demais participantes do ilícito.

Colaborando com as investigações, poderá o delator gozar de benefícios relativos à atenuação de pena ou extinção de sua punibilidade. O princípio da razoabilidade, que envolve um juízo de proporcionalidade, necessidade e adequação para a obtenção de tais resultados, que devem ser os menores gravames possíveis. Assim, ante a possibilidade de escolha entre um meio de atuação, privilegia-se o menos gravoso para o indivíduo. Neste sentido, o Acordo

de Leniência apresentar-se-á sempre via menos gravosa no contexto de uma investigação de conduta anticoncorrencial.

Assim, tem-se que por meio do Acordo de Leniência, busca-se concretizar o princípio da eficiência – princípio da eficiência, na medida em que culmina numa decisão administrativa mais célere com resultados socialmente positivos.

Dando guarida a todos os princípios já mencionados está o princípio da legalidade, que conferirá legitimidade aos Acordos de Leniência firmados no curso da investigação que vise apurar cometimento de conduta anticoncorrencial, até final satisfação do interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num Estado Democrático de Direito a utilização de instrumentos jurídicos de autoridade pelo Estado deve se efetuar, na medida do possível, em hipóteses de extrema necessidade.

Os fins visados, quaisquer que sejam sua natureza, na maioria das vezes podem ser efetivamente alcançados com a utilização da forma consensual, não impositiva, dada a amplitude de interesse envolvidos.

O atributo da imperatividade, em que pese compor-se em legítimo meio de ação estatal, deve sim ser compatibilizado com os instrumentos consensuais de atuação do poder público. Nesse sentido, a consensualidade exsurge para propiciar a consagração de estrutura participativa, com vistas à realização do ideal democrático e em plena sintonia com os princípios que consagram a Administração Pública Democrática.

Para tanto, conforme visto, a redefinição de alguns conceitos, principalmente o de “interesse público”, que passou a ser visto sob uma perspectiva consensual e dialógica, foi imprescindível para a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às decisões de império.

A Constituição da República de 1988 constitui-se em corte epistemológico no ordenamento jurídico nacional, vindo a consolidar princípios inerentes ao Estado de Direito Democrático.

É nesse contexto que o interesse público passa a concretizar-se pela intangibilidade dos valores relacionados aos direitos fundamentais dos cidadãos e pela proteção da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, impõe-se a lógica do consenso na proteção destes valores, concorrendo, sobremaneira, para o enriquecimento dos modos e formas de atendimento do interesse público com uma maior eficiência em prol de uma gestão de resultados.

Nesse sentido, a consensualidade deverá operar, na medida do possível, em substituição à imperatividade por meio de um consenso entre a Administração e administrados em prol da legitimidade do Poder Estatal e da garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Impõe-se assim, buscar os meios mais adequados para tanto.

Na seara no direito econômico, mais especificamente o concorrencial, a principal tarefa da Administração contemporânea passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, incluindo definitivamente os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como monopólio estatal, com

participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos. O Estado está legitimado a agir, portanto, apenas quando este observa os princípios insculpidos no art. 170 da CF/88.

As relações econômicas em direito concorrencial são bastante complexas. Assim, as medidas hábeis à defesa de uma livre iniciativa concorrencial devem primar pela eficiência, o que será possível quando houver consenso entre o ente antitruste e os particulares, e o estrito atendimento aos princípios constitucionais.

Nessa esteira, os mecanismos consensuais são imprescindíveis na defesa da livre iniciativa concorrencial sob pena de figurar a intervenção estatal como sendo unilateral, coercitiva, desproporcional, e onerosa à coletividade. Assim, a possibilidade de celebração de “acordo substitutivo” em que há a ponderação dos custos e benefícios da decisão certamente resultará em eficiência administrativa.

A Lei nº 10.149, ao modificar a Lei 8.884/94 e instituir nesta o Acordo de Leniência, primou pela consensualidade no processo sancionador. O Acordo de Leniência, ancorado, em especial, nos princípios da impessoalidade, razoabilidade, moralidade, eficiência e verdade material, reveste-se de alta capacidade legitimadora pela possibilidade de garantir um resultado célere, eficiente e eficaz. Isto porque em troca de colaboração numa dada investigação de conduta anticompetitiva relativa à formação de cartel, o delator poderá obter benefícios em relação à atenuação da pena ou até mesmo a extinção de sua punibilidade.

Foi nesta perspectiva que se buscou fazer uma análise do Acordo de Leniência, cuja aplicação tem contribuído para que o Estado Contemporâneo, aberto e democrático, desempenhe suas tarefas, no âmbito do Direito Concorrencial, e atinja seus objetivos de modo compartilhado com os cidadãos.

Resta, portanto, indiscutível que tal instituto apresenta-se como um autêntico instrumento consensual utilizado pelo Estado-Regulador interventivo na busca pela consagração de uma estrutura notadamente participativa, visando à consecução do ideal democrático em sintonia com os princípios constitucionais que assentam em bases sólidas o regime jurídico administrativo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985 (Coleção Pensamento Político)

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, out/nov/dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-263, out/dez 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. ano 10, n. 39. p. 89-96, abril/jun2002.

_____. *Curso de direito econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINNENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 117-170.

BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios – análise das alterações com as reformas de 1995 a 1999*. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. *Preâmbulo da Constituição & ordem econômica*. Curitiba: Juruá, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 5 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

_____. *Teoria da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Lei n. 8884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia e dispõe sobre a repressão às infrações à ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 de jun. 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. Programa de Leniência do Ministério da Justiça. Defesa da Concorrência. Disponível em <www.mj.gov.br>. Acesso em: 19 jan. 2012

_____. Programa de Leniência. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em <<http://cade.gov.br/Default.aspx?43e324ec33d152e87fc097>>. Acesso em: 19 de jan. 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 45, de 28 de março de 2007, que aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e dá outras providências. Disponível em <www.cade.gov.br>. Acesso em: 19 jan. 2012

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de dez. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 01 fev. 2012.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* v.2. 8.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARDOZO, José Eduardo Martins (Coord.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. V. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

COHEN, William. *Per se illegality and truncated rule of reason: the search for a forshortened antitrust analysis*. Disponível em <<http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.shtm>>. Acesso em: 20 set. 2011.

CÓRDOVA, Danilo Ferraz; LOPES, Mariana Rebuzzi Sarcinelli. Política de combate aos cartéis: os Acordos de Leniência, o Termo de Cessação e a Lei 11.482/2007. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, IOB Thomson/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nº 18, p. 63-91, abr./jun. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIA, Werter. *Constituição econômica. Liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 21, p. 23-30, out./dez. 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

FONSECA, João Leopoldino da. *Direito Econômico*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Lei de proteção da concorrência: comentários à Legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GILBERTO, André Marques. *O processo antitruste sancionador. Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.1. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

_____. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HUNT, E.K. *História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226, p. 251-263, out./dez 2001.

LIMA, Rogério Silva. O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 773, p. 123-127, mar. 2000.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político).

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARCÃO, Renato. A mais nova previsão de delação premiada no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3094, 21dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20686>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. (Coleção temas de direito administrativo).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Tutela Cautelar no processo administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Processo administrativo sancionador federal como instrumento de proteção de direitos individuais e difusos: Breves reflexões sobre garantismo e interesse público na efetivação da pretensão punitiva estatal*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77, 01/06/2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7573>. Acesso em 25 jan. 2012.

_____. ROMANICHEN, Michelle Malaquias; ANDRADEM, Auranda Blumenschein. Processo administrativo antitruste e antidumping: estudo comparativo do aspecto consensual no exercício da função administrativa no acordo de leniência e no compromisso de preços. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 33, n. 2, 2009.

_____. BORGES, Ana Paula Dutra. *Apontamentos sobre as inflexões do princípio da eficiência no processo administrativo brasileiro*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 89, 01/06/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9543>. Acesso em 25 jan. 2012

_____.; et al. Acordo de Leniência: a lógica do consenso na proteção dos interesses difusos tutelados pela lei antitruste. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v.36. p.575-598, 2008.

_____. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 77, 2010. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9543>.

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em 06 jan 2012.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em: 10 out. 2011.

_____. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 06 jan 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Roberto Inácio de. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e algumas modificações trazidas pela Lei nº 12.529/2011. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20687>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 231, , p. 128-156, jan/mar 2003.

MÜLLER, Friedrich. “*Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*”. Trad. Peter Naumman. Rev. Paulo Bonavides. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. A constitucionalização da ordem econômica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo , ano 8, no. 32. p. 46-73, julho/set 2000.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. A efetividade do contraditório no processo administrativo antitruste. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília, IOB Thomson/Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 14, p. 133-159, abr./jun. 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PERES, Marcos Augusto. *Administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. (Coleção Temas de Direito Administrativo).

PFLUG, Samantha. Lei antitruste. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. Ano 8, no. 32, p. 198-209, julho/set 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 23ª. ed. Atlas. São Paulo, 2010.

RIZZO, Guilherme Franzen. A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira - Lei nº 12.529/11 . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez.2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20688>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 17, jan/Marc 1997.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, João Carlos de; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de (Org). *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODAS, João Gradino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial: Práticas e Recomendações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, V. 862, p. 22-33, ago./2007.

SALGADO, Lúcia Helena. *A economia política da ação antitruste*. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 2 ed. Malheiros Editores: 2002.

_____. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2 ed. Malheiros Editores, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2005, p. 217-246.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Vasco Manuel Pereira da. *Em busca del Acto Administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1995.

SILVA, Carolina Saboia Fontenele e. A reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o PL no. 3.937/2004. *Revista de Direito Público*, no. 24, p. 160-173, nov./dez.2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/372/264>>. Acesso em 01 fev. 2012.

SMITH, Adam. *A Riqueza Das Nações – Investigação Sobre Sua Natureza e Suas Causas*. v. I e II. São Paulo: Abril Cultural, 1996 (Coleção Os Economistas).

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de Direito Público*. Rio de Janeiro, n. 209. , p. 1-6, jul/set 1997.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2006.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Antitruste em setores regulados*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de janeiro: Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico. O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. (Coleção Pensamento Político).