

REPENSANDO O CONFLITO ENTRE BACEN E CADE SOB A PERSPECTIVA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DO DIÁLOGO DAS FONTES

RETHINKING THE CONFLICT OF JURISDICTION BETWEEN BACEN AND CADE FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION AND THE DIALOG OF FONTS

Andressa Caroline Schneider*

RESUMO: Este artigo analisa os temas da defesa da concorrência e da regulação da atividade econômica para compreender o conflito positivo de competência em matéria concorrencial que envolve o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ele verifica os principais aspectos da controvérsia envolvendo as duas autarquias, a partir da necessidade de um controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e do método do diálogo das fontes e constata a necessidade de o CADE realizar os controles comportamental e estrutural relacionados ao Sistema Financeiro Nacional (SFN) para que se atenda sobretudo aos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência. Direito Regulatório. Defesa da Concorrência. Sistema Financeiro Nacional. Princípio constitucional.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Defesa da concorrência e regulação da atividade econômica. 2 Aspectos do conflito de competência em matéria concorrencial: o papel do BACEN. 3 Aspectos do conflito de competência em matéria concorrencial: o papel do CADE. 4 Contribuições ao problema do conflito de competência considerando o diálogo das fontes e a perspectiva principiológica. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This article examines the issues of the antitrust and of the regulation of economic activity to understand the positive conflict of competence in competition matters involving Central Bank of Brazil (BACEN) and Brazil's Council for Economic Defence (CADE). It checks the main aspects of the dispute involving the two institutions from the need for a judicial review through the interpretation according to the Constitution and the sources dialogue method, and notes the need of CADE to perform the behavioral and structural controls related to the National Financial System (SFN) so that it meets particularly the principles of legality, legal certainty, reasonableness, administrative efficiency, equality, free competition and consumer defense.

KEYWORDS: Competition law. Regulatory law. National Financial System. Constitutional principle. Dispute of competence.

264

INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) mantêm uma disputa de competência em matéria concorrencial desde há muito. Ambas as autarquias pretendem deter competência para analisar e decidir na esfera administrativa as questões relacionadas a condutas anticoncorrenciais e a atos de concentração econômica envolvendo instituições financeiras.

A controvérsia, uma agenda "inacabada" do Antitruste brasileiro, centra-se no aspecto formal, visto que a Lei nº 4.595/1964, que confere ao BACEN competência para, entre outras,

* Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS).

exercer os controles comportamental e estrutural, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), foi recepcionada pelo artigo 192 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) como lei complementar.

Por sua vez, a lei concorrencial em vigor, a Lei nº 12.529/2011, apesar de posterior, é lei ordinária (tal como ocorria com a Lei nº 8.884/1994, a lei concorrencial anterior). E, quanto ao seu caráter, se geral ou especial, tem-se que a Lei nº 12.529/2011 é geral, enquanto a Lei nº 4.595/1964, especial.

Uma outra perspectiva, contudo, permite afirmar que, enquanto a Lei nº 4.595/1964, lei complementar, é lei especial no que tange ao SFN, a Lei nº 12.529/2011 é lei especial no que tange ao Antitruste, se comparada àquela.

Embora à primeira vista a questão pareça simples e contornável pelos métodos tradicionais de solução de conflito de leis, a existência de (i) demandas judiciais, de (ii) parecer¹ da Advocacia-Geral da União (AGU) aprovado pelo Presidente da República e de (iii) constante reafirmação pelo BACEN, de um lado, e pelo CADE, de outro, de suas competências exclusivas concernentes à matéria concorrencial demonstra que a controvérsia permanece e provoca uma insegurança jurídica já demasiadamente prolongada.

O presente estudo, considerando esse cenário, analisa o tema do conflito positivo de competência envolvendo as duas autarquias sob a perspectiva da interpretação conforme à Constituição, principiológica² e do diálogo das fontes³, a fim de contribuir para a solução da querela, atendendo aos propósitos do sistema constitucional concorrencial brasileiro. Para tanto, ele se divide em quatro etapas, além desta seção introdutória, da conclusão e das referências. Na primeira, abordam-se os temas da defesa da concorrência e da regulação da atividade econômica. Na segunda e terceira, analisa-se dogmaticamente o estado da arte relativo ao conflito de competência em matéria concorrencial entre BACEN e CADE. Na quarta, verifica-se a controvérsia a partir dos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor. Por fim, apresenta-se uma proposta para a superação da insegurança jurídica que marca a

¹ BRASIL. *Advocacia-Geral da União*. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

² Conforme Humberto Ávila, os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

³ Método desenvolvido pelo jurista Erik Jayme e introduzido, no Brasil, pela jurista Claudia Lima Marques.

questão. Ainda, em relação ao aspecto formal, o estudo adota o método empírico, segundo propõe Karl Popper, para quem uma atitude de abertura caracteriza a pesquisa científica, que deve submeter à prova os enunciados, permitindo aferir sua falseabilidade⁴.

1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Segundo a definição clássica de Friedrich von Hayek, a concorrência é um processo de descoberta.⁵ A existência e a preservação desse processo, porém, dependem inexoravelmente do Direito⁶, especialmente do Direito Concorrencial, que pretende corrigir a *lex mercatoria*.⁷

Assim, a presença do Estado, como uma espécie de "interventor", se justifica quando há falhas que inviabilizam que o equilíbrio tão-somente via mercado (e seu *laissez-faire*)⁸ coincida com aquele que a sociedade gostaria que ocorresse.⁹

Em regra, a defesa da concorrência é a política pública que exerce esse papel, materializando as normas de Direito Concorrencial. Contudo, há situações que demandam um desenho regulatório próprio, exigindo maior zelo, maior intervenção estatal, por meio da regulação. Esse é o caso do SFN, cuja regulação é realizada pelo BACEN.

Sob o viés histórico, nota-se que a defesa institucional da concorrência é um fenômeno recente na história brasileira. Aponta-se a década de 1930¹⁰ como marco do surgimento das

266

⁴ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 51.

⁵ HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985, p. 72.

⁶ As normas de defesa da concorrência possuem uma característica marcadamente intervencionista e sua existência pressupõe a incapacidade de os agentes econômicos regularem a si mesmos, ainda que tenham de restringir a liberdade de atuação desses mesmos sujeitos. MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 141-163, p. 148.

⁷ FORGIONI, Paula. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: a formação jurídica do mercado brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 764-783, p. 780.

⁸ Expressão que significa "não intervenção" ou "não interferência". Recorde-se a fórmula atribuída ao fisiocrata Vincent de Gournay (1712-1759): "*laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises*", que significa "deixai os homens fazer, deixai passar as mercadorias". DROUIN, Jean-Claude. *Os grandes economistas: uma introdução à Economia*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014, p. 19 e 20.

⁹ SCHMIDT, Cristiane. Uber e bem-estar do brasileiro. *Valor econômico*. Opinião. 09.09.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4214478/uber-e-bem-estar-do-brasileiro>>. Acesso em: 10.09.2015.

¹⁰ No Brasil, o direito da concorrência desenvolveu-se de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular, à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional. RAMOS, José Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.

primeiras normas de cunho concorrencial, ainda que apenas na Constituição de 1946 a ênfase do Direito Concorrencial brasileiro tenha deixado de ser simplesmente a defesa da economia popular para ser enriquecido pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor¹¹, em demonstração de seu caráter instrumental¹².

Posteriormente, a Lei nº 4.137/1962 criou o CADE, cuja atuação se consolidou efetivamente a partir da edição da Lei nº 8.884/1994 e foi aperfeiçoada pela Lei nº 12.529/2011, que introduziu alterações significativas na disciplina concorrencial brasileira, como demonstram (i) a formalização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que, reestruturado, é formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), e (ii) a introdução de um controle exclusivamente prévio de atos de concentração econômica.

No plano constitucional observa-se a escolha por um sistema econômico capitalista¹³, tendo a CRFB/88 estabelecido que a ordem econômica¹⁴, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa¹⁵, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁶. Nesse contexto, é importante referir o papel decisivo da livre concorrência, princípio da ordem econômica previsto no artigo 170, IV da CRFB/88.

Entretanto, há situações em que a defesa da concorrência se mostra insuficiente como política pública, o que torna necessária uma regulação estatal específica, como visto. Essas situações envolvem falhas de mercado consideradas insuperáveis, o que demanda um modelo regulatório que atenda as peculiaridades setoriais. Falhas de mercado são causadas, por exemplo, por poder de mercado, informação assimétrica ou imperfeita, bens públicos e externalidades.¹⁷

Com efeito, a literatura propõe uma classificação da atuação estatal da seguinte forma: denomina-se de "regulamentação social" o controle das situações em que estão presentes

¹¹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

¹² FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 305.

¹⁴ Que é uma ordem econômica aberta e que postula um modelo de bem-estar, segundo aponta Eros Roberto Grau. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 307 e 308.

¹⁵ A livre iniciativa é, também, um dos valores sociais que fundamentam a República (artigo 1º, IV da CRFB/88).

¹⁶ Artigo 170, *caput* da CRFB/88.

¹⁷ FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 115.

externalidades e informação imperfeita ou assimétrica. Denomina-se, ainda, de “regulamentação econômica” a prescrição para as situações de monopólio natural da qual deriva o exercício do poder de monopólio. E, enquanto a política antitruste tem a função de controlar o poder de monopólio decorrente de estruturas oligopólicas de mercado, a política industrial associa-se, por sua vez, às falhas intertemporais de mercado.¹⁸

Contextualizando-se esses instrumentos, observa-se que, com a onda de privatizações que marcou o Brasil na década de 1990, sobretudo em setores de infraestrutura, estabeleceram-se diversas agências reguladoras no País,¹⁹ o que intensificou o debate sobre a melhor forma de conciliar as atividades de regulação setorial e a implementação da defesa da concorrência. Entre as várias configurações relacionadas à questão, destacam-se os modelos de (i) isenção antitruste, (ii) competências concorrentes, (iii) competências complementares, (iv) regulação antitruste e, por fim, (v) desregulação.²⁰

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) é, por exemplo, uma agência reguladora cuja atuação se aproxima do modelo de competências complementares, conforme se depreende do disposto no artigo 7º da Lei nº 9.472/1997²¹, que expõe um modelo de soma, e não de exclusão, realizando um diálogo das fontes com as normas concorrenciais.

Já em relação ao BACEN, competente para, entre outras atividades, realizar a regulação e a supervisão do SFN, há uma controvérsia importante envolvendo a defesa da concorrência: a sobreposição (*overlapping*) de competências em matéria concorrential (considerando que o

¹⁸ FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 115.

¹⁹ COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. Economia política e direito econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581-617, p. 593 e 594.

²⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

²¹ Assim dispõe o artigo 7º da Lei nº 9.472/1997:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

CADE tem a prerrogativa de analisar e decidir, na esfera administrativa, as questões antitruste no País), o que o aproximaria dos modelos de isenção antitruste e de competências complementares.²² As consequências econômicas, jurídicas, políticas e sociais dessa controvérsia são, contudo, importantes. Elas causam uma insegurança jurídica considerável e, por isso, seus principais aspectos serão analisados nos próximos tópicos.

2 ASPECTOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONCORRENCIAL: O PAPEL DO BACEN

Produto da autonomia privada, a cláusula resolutiva expressa permite que o credor, diante da verificação do evento nela contemplado, opte entre exigir a execução do contrato pelo Como visto, há uma disputa de competência duradoura entre BACEN e CADE. A Lei nº 4.595/1964, recepcionada pelo artigo 192²³ da CRFB/88 como lei complementar, previu a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (artigo 10, inciso X, alínea "c" da Lei nº 4.595/1964²⁴). Além disso, cabe ao BACEN²⁵ regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos, conforme preceitua o artigo 18, § 2º da Lei nº 4.595/1964²⁶.

269

²² OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

²³ Dispõe o artigo 192 da CRFB/88:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

²⁴ Dispõe o artigo 10, inciso X, alínea "c" da Lei nº 4.595/1964:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas.

²⁵ Destaca-se, ainda, a competência privativa prevista no artigo 10, inciso IX e § 1º lei nº 4.595/1964: IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas.

§ 1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.

²⁶ Dispõe o artigo 18, § 2º da lei nº 4.595/1964: Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.

Adveio, ainda, o artigo 5^o²⁷ da Lei nº 9.447/1997, lei ordinária, que prevê a possibilidade de o BACEN, em alguns casos excepcionais, determinar de forma compulsória a capitalização de sociedade, a transferência de controle acionário e a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Então, de um lado, a Lei nº 4.595/1964, recepcionada como lei complementar, atribuiu ao BACEN a análise de atos de concentração econômica no setor financeiro, além da repressão a condutas abusivas, e, de outro, as leis ordinárias posteriores, a saber, a Lei nº 8.884/1994 e a Lei nº 12.529/2011, incumbiram o CADE da tarefa de apreciar quaisquer atos de concentração econômica passíveis de gerar efeitos perniciosos à concorrência e de realizar o controle de condutas anticoncorrenciais.

Nesse contexto, passou-se a debater se a competência privativa do BACEN para apreciar atos de concentração econômica no setor financeiro havia sido eventualmente derogada, ou se, ao invés, a competência do BACEN prevaleceria sobre a do CADE, ou, ainda, se ambas coexistiriam.

A AGU dirimiu essa controvérsia ao editar o Parecer GM-020, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 25.04.2001. Nele, concluiu-se que:

a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE²⁸.

E, de acordo com o artigo 40, § 1º da Lei complementar nº 73/1993, "o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração

²⁷ Dispõe o artigo 5º da lei nº 9.447/1997:

Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

I - capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II - transferência do controle acionário;

III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.

²⁸ BRASIL. *Advocacia-Geral da União*. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento".

Contudo, por ocasião da apreciação do Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09²⁹ (caso Finasa/Brasmetal/Zurich), o Tribunal do CADE decidiu de forma oposta ao citado parecer, reafirmando sua competência para a análise concorrencial no âmbito do SFN. Desde então, o CADE não tem se eximido de analisar os atos de concentração econômica notificados ao SBDC e, até mesmo, de determinar a notificação *ex officio*³⁰.

Finalmente, o conflito positivo de competência foi levado ao Poder Judiciário a partir da irresignação das partes envolvidas no Ato de concentração nº 08012.002381/2001-23³¹ (caso Alliance/BCN) que, autorizado pelo Tribunal do CADE, sofreu imposição de multa pela intempestividade de sua notificação. O caso foi, então, discutido em primeira e segunda instâncias, manifestando-se sobre o tema o TRF da 1ª Região, em decisão de 2007, no âmbito de apelação em mandado de segurança impetrado contra a decisão do CADE que havia determinado a notificação do ato de concentração econômica.³²

Em decisão majoritária, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região asseverou que o CADE tinha competência para apreciar concentrações econômicas no setor financeiro e que as Leis nº 4.595/1964 e 8.884/1994 deveriam ser aplicadas com base na regra da complementaridade. Definiu, ademais, que o parecer da AGU não vinculava o CADE, dada a autonomia particular desta autarquia, um "quase" tribunal cujas decisões não são passíveis de revisão na seara

271

²⁹ BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.006762/2000-09 (caso Finasa/Brasmetal/Zurich). Relatora a conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?45e539cf56cb5eb649da26045c>>. Acesso em: 25.09.2015.

³⁰ Como demonstra recente despacho da Superintendência-Geral do CADE, que, em 21.09.2015, determinou a notificação à autarquia antitruste da aquisição do Banco Carrefour – CSF pelo Itaú Unibanco. O ato de concentração econômica deveria ter sido apresentado ao CADE por atender aos critérios de notificação obrigatórios estabelecidos pela lei nº 8.884/94, vigente à época em que a operação foi realizada. Assim, como em abril de 2011 houve a aquisição de 49% das ações do capital social do Banco Carrefour pelo Itaú Unibanco, a Superintendência-Geral do CADE instaurou o procedimento administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.009520/2015-97. Informações da Assessoria de Comunicação Social do CADE disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?58eb3acf21f60d16e06ec190a3a8>>. Acesso em: 26.09.2015.

³¹ BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.002381/2001-23 (caso Alliance/BCN). Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a5798f978c61b34cdd2b0f21>>. Acesso em: 25.09.2015.

³² Assim decidiu o TRF da 1ª Região: "a atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgadas ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração". BRASIL. *TRF da 1ª Região*. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007).

administrativa.³³

Todavia, em sede de julgamento do Recurso Especial nº 109.4218/DF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela vinculação do CADE ao parecer GM-20, como se infere da ementa do acórdão, a seguir colacionada:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.
2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.
5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido.³⁴

272

Já no Supremo Tribunal Federal (STF), o relator do Recurso Extraordinário nº 664.189³⁵ proferiu decisão monocrática negando seguimento ao recurso extraordinário interposto pela autoridade concorrencial, uma vez que a matéria em discussão diria respeito apenas à legislação infraconstitucional³⁶.

Nesse contexto, é revelador que o BACEN tenha editado uma circular relacionada ao tema do controle estrutural cerca de um mês antes de uma nova lei concorrencial entrar em vigor, qual seja, a Lei nº 12.529/2011, que substituiu a Lei nº 8.884/1994. É que, em

³³ BRASIL. *TRF da 1ª Região*. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus.

³⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatora a Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20.09.2015.

³⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 664.189 relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE664189.pdf>>. Acesso em: 20.09.2015.

³⁶ No momento, há agravo regimental interposto pelo CADE pendente de apreciação no STF.

27.04.2012, entrou em vigor a Circular nº 3.590/2012³⁷, editada pelo BACEN, que dispõe sobre a análise de atos de concentração econômica no âmbito do SFN. Pouco depois, em 29.05.2012, entrou também em vigor a Lei nº 12.529/2011.

Chama a atenção o fato de a circular não ter estabelecido qualquer critério para determinar a necessidade de uma avaliação concorrencial pelo BACEN (seja de faturamento, seja de participação de mercado). Essa ausência de critérios denota, então, que todos os negócios jurídicos envolvendo as instituições financeiras reguladas estão sujeitas ao controle estrutural do BACEN.

Ainda, a circular estabelece o procedimento convencional de etapas para uma avaliação antitruste, qual seja, (i) definição de mercado relevante, (ii) determinação de parcela do mercado, (iii) análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, (iv) geração de eficiências e (v) ponderação de custos e benefícios.³⁸

Apesar da diferença na hipótese de incidência material do controle instituído pelo BACEN, os critérios de análise indicados não diferem substancialmente daqueles que baseiam a atuação do CADE. Prevalece a lógica de que restrições à concorrência decorrentes de um ato de concentração econômica só serão admitidas se os benefícios advindos do ato forem suficientes para compensá-las, e desde que tais benefícios sejam repassados aos consumidores.³⁹

Esses critérios foram explicitados no Guia para Análise de Atos de Concentração, aprovado pelo Comunicado nº 22.366/2012⁴⁰ do BACEN, claramente inspirado no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal⁴¹ exposto na Portaria conjunta

³⁷ BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Circular nº 3.590/2012. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v1_O.pdf>. Acesso em: 28.09.2015.

³⁸ Artigo 4º, parágrafo único, I a V da circular nº 3.590/2012.

³⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

⁴⁰ BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Comunicado nº 22.366/2012. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>>. Acesso em: 28.09.2015.

⁴¹ BRASIL. *Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico*. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, p. 03. Brasília, DF: 1º.08.2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 20.08.2015.

SEAE/SDE nº 50/2001 (hoje substituído por um novo guia⁴²). O primeiro reproduziu a mesma estrutura de análise, além de se valer de diversos conceitos e trechos do segundo.⁴³

Assim, a análise do ato de concentração econômica considera cinco etapas detalhadas no guia: (i) definição do mercado relevante das instituições participantes, (ii) determinação das parcelas de mercado sob controle das instituições participantes, (iii) análise quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado pela instituição ou instituições resultantes da operação pretendida, (iv) análise quanto às eficiências econômicas que possam ser geradas pelo ato e (v) avaliação da relação entre custo e benefício do ato de concentração econômica.

Embora os atos normativos apresentem o *modus operandi* do controle estrutural realizado pelo BACEN em matéria concorrencial, oferecendo maior certeza e previsibilidade aos agentes econômicos privados, ao mesmo tempo confirmam o cenário de insegurança jurídica provocado pela disputa com o CADE. Isso acaba por impor ônus desmedido aos administrados, que, para evitar sanções administrativas, devem duplicar notificações para o mesmo fim. Implica também o uso ineficiente de estrutura administrativa e de recursos públicos em função de atuações redundantes. Esse cenário de insegurança e ineficiência pode ser agravado caso o BACEN e o CADE apresentem eventual divergência decisória quanto à possibilidade de autorizar ou não determinada concentração econômica.⁴⁴

Considerando, enfim, que ambas as autarquias avocam a competência exclusiva para exercer o controle concorrencial, há um cenário de profunda insegurança jurídica para o (i) administrado, que se vê às voltas com o descompasso entre as práticas e os critérios utilizados por BACEN e CADE, que têm finalidades institucionais diferentes, e para a (ii) Administração, que convive com a ineficiência institucional gerada pela sobreposição (e, eventualmente, contraposição) de atividades. Além disso, a ausência de diálogo entre as esferas pode, em última análise, comprometer a própria aplicação do Direito Concorrencial na

⁴² BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 16.09.2016.

⁴³ FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

⁴⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

medida em que uma está desprovida da cooperação técnica da outra, algo indispensável para um setor tão complexo.⁴⁵

Por fim, cabe referir que, fora do plano judicial, houve tentativas de dirimir o conflito por meio legislativo. Assim, tramita no congresso nacional o Projeto de lei complementar nº 265/2007⁴⁶ e o Projeto de lei complementar nº 350/2015⁴⁷, que propõem o compartilhamento das funções entre as duas autarquias para a realização do controle de estruturas no mercado bancário. Conforme o texto em tramitação, atos de concentração envolvendo instituições financeiras devem, primeiramente, ser submetidos ao BACEN. Caso este entenda que a operação traz prejuízos ao sistema financeiro nacional, indeferirá a operação e notificará o CADE, que deverá se abster de realizar o controle de concentração. *A contrario sensu*, caso a operação seja aprovada pelo BACEN, será submetida à análise concorrencial do CADE, que poderá aprová-la ou não.

A matéria também é objeto de um projeto de lei complementar apresentado em 2003⁴, já aprovado pelo Senado, agora sendo analisado pela Câmara, no qual se propõe a atuação complementar das autarquias, sendo o BACEN incumbido de verificar se o ato apresentado afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro nacional.

275

3. ASPECTOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONCORRENCIAL: O PAPEL DO CADE.

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, a lei concorrencial estrutura o SBDC e trata da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Além disso, conforme dispõe o artigo 4º, o CADE é "entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito

⁴⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

⁴⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382643>>. Acesso em: 12.09.2016.

⁴⁷ Informações disponíveis em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121667>>. Acesso em: 12.09.2016.

Federal". Assim, como se percebe, não há qualquer isenção ou imunidade antitruste para as instituições financeiras, de forma expressa ou tácita, na Lei nº 12.529/2011.

Além disso, destaca-se que a atuação do CADE divide-se em três espécies de controle: o comportamental (repressivo), o estrutural (preventivo) e o educacional (advocacia da concorrência), este desenvolvido em conjunto com a SEAE. Em sua estrutura, a autarquia concorrencial brasileira apresenta três órgãos, quais sejam, (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo com poder de decisão final na seara da Administração Pública, composto por um presidente e seis conselheiros, (ii) a Superintendência-Geral (SG), que apresenta competências amplas arroladas no artigo 13 da Lei nº 12.529/2011 e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos.

A ação preventiva realiza-se por meio da análise das operações de concentração econômica (fusões, incorporações de empresas etc.) e cooperação econômica (*joint ventures*, por exemplo). O *caput* do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (conforme dispõe a Portaria interministerial nº 994/2012⁴⁸, dos Ministros da Justiça e da Fazenda, que alterou esses parâmetros legais de faturamento). Ainda, é importante referir que essas operações devem ser notificadas ao SBDC de forma prévia, sob pena de as partes envolvidas incorrerem na prática de *gun jumping*⁴⁹.

276

⁴⁸ BRASIL. *Ministérios da Justiça e da Fazenda*. Portaria interministerial nº 994/2012. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 22.02.2015.

⁴⁹ O CADE já impôs condenações a empresas pela prática de *gun jumping*. Ao julgar o Ato de Concentração 08700.010394/2014-32, em sessão de julgamento realizada em 22.04.2015, por exemplo, o Tribunal do CADE determinou às empresas Brasfrigo Ltda., Brasfrigo S/A e Goiás Verde Ltda. o pagamento de R\$ 3 milhões pela prática de *gun jumping* – situação em que ocorre consumação da operação sem autorização prévia da autoridade concorrencial. Para a conselheira relatora do caso, Ana Frazão, ainda que o ato de concentração não tenha gerado efeitos negativos sobre o mercado, “a ausência de notificação alterou prematuramente as condições de concorrência e trouxe benefícios ilícitos às requerentes, especialmente à compradora, que passou a utilizar os ativos da Brasfrigo sem antes submeter o negócio à análise prévia do CADE”. A consumação da aquisição ficou comprovada a partir do exame do contrato celebrado entre as empresas. Além disso, observou-se, entre outros aspectos, que a Goiás Verde já vinha utilizando em seu *site* as marcas da Brasfrigo, tendo inclusive alterado a

Desse modo, quaisquer concentrações econômicas em que se verifique o preenchimento desses critérios, que envolvem o faturamento ou volume de negócios, estão sujeitas à análise do CADE, independentemente do segmento econômico envolvido. Conforme preleciona Maria Cecília Andrade, os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha de ser apresentado ao SBDC⁵⁰, não sendo relevante, para a aplicação da lei concorrencial, se a concentração econômica se trata de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal⁵¹.

Ainda, observa-se que o controle de atos de concentração econômica consubstancia a função⁵² de prevenção às infrações da ordem econômica, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, e é uma espécie de filtro pelo qual a autoridade concorrencial⁵³ verifica a possibilidade de o ato de concentração econômica – cuja tipologia empresarial (*Unternehmensträger*) é variável, podendo o ato revestir-se de uma fusão, de uma aquisição, de uma incorporação, de uma associação, de um contrato ou de uma *joint-venture*, como prevê o artigo 90⁵⁴ da Lei nº 12.529/2011⁵⁵ – oferecer riscos concorrenciais, ou não. Por isso,

277

embalagem dos produtos comercializados sob a marca Jurema. Conforme informações disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae819167be54a86abc89da68f95e>>. Acesso em: 24.04.2015.

⁵⁰ ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 327.

⁵¹ Nesse sentido, Calixto Salomão Filho e Maria Cecília Andrade: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 325 e ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 324.

⁵² Uma outra função envolve aspectos societários. Como há pouca possibilidade de controle do poder do sócio majoritário por parte de acionistas minoritários e credores, já que os instrumentos de controle interno e a responsabilidade externa não têm extensão nem profundidade suficientes, faz-se necessário submeter ao controle concorrencial um número maior de concentrações e formas de cooperação econômica. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 530.

⁵³ Elisabeth Farina observa que "a presença de uma agência forte de defesa da concorrência é especialmente importante quando a estratégia setorial é concebida e implementada por associações privadas. Entretanto, essas agências devem reconhecer que em uma economia de mercado há um enorme espaço a ser ocupado por ações de caráter cooperativo e que não devem ser ingenuamente confundidas com ações cartelizadas visando apenas lucros monopólicos de curto prazo. Esse tipo de ação é, obviamente, possível e passível de controle. Entretanto, a provisão de bens coletivos demanda uma ação coordenada entre potenciais concorrentes e que promove a competitividade tanto de firmas individuais quanto do setor como um todo". FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 153.

⁵⁴ É interessante observar que o artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 previa hipótese elástica de concentração econômica, abarcando quaisquer atos jurídicos como passíveis de notificação ao CADE, em consonância com a possibilidade de existência de estruturas societárias cooperativas, já que existe controle minoritário interno ou controle externo (de fato ou de Direito) que leva a uma tal interdependência entre as empresas que é possível e provável que entre elas venha a existir cooperação econômica. Assim, para prevenir formas societárias que visem elidir a aplicação da regra geral baseada na "influência dominante", a doutrina alemã desenvolveu o conceito de "influência relevante do ponto de vista concorrencial" (*wettbewerblich erheblichen Einfluss*⁵⁴),

ele exerce uma função que se vincula claramente à defesa do consumidor.

A outra vertente da análise concorrencial, chamada repressiva, realiza-se pela averiguação e repressão de condutas anticoncorrenciais, cuja definição está contida no artigo 36, *caput* e incisos da Lei nº 12.529/2011. Além disso, o artigo 36, § 3º da Lei nº 12.529/2011 apresenta uma lista exemplificativa (*numerus apertus*) de condutas que, se configurarem hipótese prevista no artigo 36, *caput* e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (a exemplo das hipóteses de venda casada, recusa de venda, elevação de preço sem justa causa, entre outras).

Com efeito, percebe-se que a Lei nº 12.529/2011 não apresenta quaisquer hipóteses de exceção à sua aplicação. Ela estrutura o SBDC com especial destaque para a atuação do CADE, autarquia com *expertise* e competência exclusiva para exercer o controle antitruste, no Brasil, em quaisquer segmentos econômicos, o que inclui o financeiro. Além disso, observa-se que o CADE é apontado há alguns anos como agência de prestígio internacional⁵⁶, o que reforça a tese do reconhecimento de sua competência pelo argumento reputacional⁵⁷. Nesse contexto, é interessante trazer à colação a apreciação, pelo Tribunal do CADE, em 2004, do Ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank), cuja ementa segue:

Ato de Concentração. Formação de *joint venture* envolvendo instituições financeiras. Operação internacional com reflexos no país. Consolidação da competência do CADE para análise de operações envolvendo instituições financeiras. Ausência de impactos concorrenciais. Aprovação da operação sem

também aplicável ao controle das condutas. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 534 e 539.

⁵⁵ Dispõe o artigo 90: art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

⁵⁶ O CADE foi premiado como a melhor agência concorrencial de 2010 nas Américas pela *Global Competition Review*, entidade organizadora da premiação, conforme notícia o *site* da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Distrito Federal (DF) e, também, como melhor agência concorrencial de 2014, conforme notícia o *site* institucional da autarquia. Informações disponíveis em: <<http://www.oabdf.org.br/noticias/cade-recebe-premio-de-melhor-agencia-nas-americas/#.VOJ6blf5Twe>>

e <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7ccf5eab45da31f20734075cea53>>. Acessos em: 16.02.2015 e 15.04.2015, respectivamente.

⁵⁷ FREIRE, André Luís M. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do CADE pelo argumento reputacional. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília: CADE, v. 02, n. 01, maio 2014, p. 106-129.

restrições.⁵⁸

Nota-se, aí, expressamente, a disposição do Tribunal do CADE para consolidar sua competência em face do BACEN, tanto que restou afastada a força vinculante do parecer da AGU. Em seu voto, o então conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou argumentos importantes, já aventados no caso Finasa/Brasmetal/Zurich, para subsidiar o reconhecimento da competência concorrente do CADE e do BACEN para exercer o controle antitruste no setor financeiro, como se verifica:

(i) ausência de isenção ou imunidade concorrential para as instituições financeiras,

(ii) ausência de conflito entre o disposto na Lei nº 4.595/1964 e na Lei nº 12.529/2011, visto que não existe superioridade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária⁵⁹ e as competências previstas na primeira (ótica prudencial) e na segunda (ótica concorrential) não são excludentes, mas concorrentes – além de complementares,

(iii) ausência de especialidade da Lei nº 4.595/1964 em relação à Lei nº 12.529/2011, visto que esta é especial no que tange à adjudicação concorrential das concentrações no sistema financeiro e, finalmente,

(iv) caráter excepcional da Lei nº 9.447/1997, que permite ao BACEN determinar a concentração de instituições financeiras, visto que objetiva proteger a higidez do sistema (cabendo a análise de risco sistêmico indubitavelmente ao BACEN), não se prestando a justificar uma suposta competência exclusiva do BACEN na matéria.⁶⁰

279

⁵⁸ BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank). Relator o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_Extra_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf>. Acesso em: 25.09.2015.

⁵⁹ Em 17 de setembro de 2008 o Pleno do STF julgou os Recursos Extraordinários nº 377.457 e 381.964 entendendo constitucional, por 08 votos a 02, o artigo 56 da Lei ordinária nº 9.430/96, que revogou a isenção concedida às sociedades civis pela Lei complementar nº 70/91. No julgamento, considerou-se a orientação fixada pelo STF na ADC nº 01/DF, no sentido de que não haveria hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária – mas apenas âmbitos materiais de atuação distintos - e que seria inexigível o instrumento de lei complementar para disciplinar os elementos próprios à hipótese de incidência das Contribuições Sociais desde logo previstas no texto constitucional, como no caso da COFINS. Assim, para o STF, o art. 56 da Lei nº 9.430/96 seria dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária para revogar dispositivo inserto em norma materialmente ordinária, no caso, a Lei complementar nº 70/91.

⁶⁰ BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Voto do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ao apreciar o ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank), p. 615-617. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000662531407.pdf>. Acesso em: 25.09.2015.

É importante referir, ainda, que a Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente a possibilidade de participação das agências reguladoras no processo decisório, como informa o artigo 65, I:

Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora.

Desse modo, faculta-se a qualquer agência reguladora, inclusive ao BACEN, recorrer da decisão da Superintendência-Geral que aprove ato de concentração econômica ao Tribunal Administrativo do CADE, possibilidade assegurada igualmente ao Ministério Público Federal, como informa o artigo 3º, VIII da Resolução conjunta PGR/CADE nº 01/2016⁶¹.

4 CONTRIBUIÇÕES AO PROBLEMA DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONSIDERANDO O DIÁLOGO DAS FONTES E A PERSPECTIVA PRINCÍPIOLÓGICA

280

A análise do estado da arte envolvendo o problema do conflito positivo de competência entre BACEN e CADE demonstra que a querela persiste, inobstante a publicação de parecer da AGU, em 2001, a judicialização da questão, a afirmação reiterada das competências por ambas as autarquias, a edição de circular e de comunicado, pelo BACEN, a promulgação de nova lei concorrencial, em 2012, e a tramitação atual de projetos de lei que visam alterar o *status quo*.

Assim, propõe-se a análise da controvérsia a partir de alguns instrumentos, quais sejam: o controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e o método do diálogo das fontes, considerando que a defesa da concorrência é parte de um sistema constitucional concorrencial.

A interpretação conforme à Constituição, técnica de decisão de controle de constitucionalidade, trata da possibilidade de se salvar uma norma fazendo com que ela permaneça no ordenamento jurídico. Portanto, o STF pode declarar a constitucionalidade de

⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Ministério Público Federal. Resolução conjunta PGR/CADE nº 01/2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/resolucao-conjunta-cade>>. Acesso em: 02.10.2016.

uma norma, desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição ou mesmo pode declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação e parte de seu texto seja suprimido.⁶²

De acordo com o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999, os efeitos da decisão do STF serão *erga omnes* e vinculantes. E, se o juiz ou tribunal utilizar a norma de outra forma que não a delimitada pelo STF, poderá ensejar reclamação, com base no artigo 102, I, alínea "I" da CRFB/88. Assim, tem-se que a interpretação conforme à Constituição permite ao STF negar a possibilidade de leis contrárias à Constituição permanecerem no ordenamento. É nesse sentido que se pode sustentar a constitucionalidade da Lei nº 4.595/1964 desde que a parte de seu texto que trata do controle antitruste seja suprimida.

Como se sabe, o constituinte originário previu tão-somente a uma determinada e específica lei (e a exigência de lei é, por si só, instrumento de segurança jurídica⁶³) a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sem contemplar qualquer exceção a essa previsão. Essa lei é claramente a Lei nº 12.529/2011, um microsistema que tem matriz constitucional evidente, *vis-à-vis* o disposto no artigo 173, § 4º da CRFB/88.

Considerando a disposição do artigo 173, § 4º da CRFB/88 percebe-se que a Lei nº 12.529/2011 se trata de uma lei de repressão ao abuso do poder econômico⁶⁴, e não de uma lei de proteção da livre concorrência (caso do *Sherman Act*, por exemplo)⁶⁵. Decorre daí o fato de que, no Brasil, se privilegia sobretudo a repressão ao abuso do poder econômico, o que implica dizer que, inobstante não sejam prejudiciais à livre concorrência, algumas condutas são vedadas pela lei. Como exemplo, cita-se a proibição relacionada ao aumento arbitrário de

⁶² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1449 e 1450.

⁶³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 248.

⁶⁴ O fenômeno do poder econômico, no Brasil, remonta à própria constituição do Estado, tendo em vista as raízes coloniais do País, que assumiu em um primeiro momento a forma de um monopólio econômico dominado por Portugal. Enquanto colônia de uma metrópole distante, o País apresentava uma estrutura burocrática diluída e que objetivava primordialmente proteger a estrutura econômica, que surgiu antes mesmo da formação do Estado. Ainda depois disso, a concentração econômica se reproduz do mesmo modo: concentração regional da atividade econômica, concentração industrial em setores determinados, concentração fundiária etc. E, mais importante do que a formatação econômico-estatal, essa situação teve conseqüências sociais profundas, levando à criação de padrões de desigualdade que acompanharam o desenvolvimento dos ciclos, que, do ponto de vista social, poderiam ser chamados de ciclos de drenagem. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27 a 30.

⁶⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 240.

lucros (artigo 36, III da Lei nº 12.529/2011), hipótese que, embora para a Economia seja aceitável (porque fator inegável de estímulo à competição), para o Direito não o é na medida em que contém a ideia de abuso, perfazendo um ato antijurídico, contrário à boa-fé.

No que tange à Lei nº 4.595/1964, percebe-se que seu *status* de lei complementar provém do disposto no artigo 192 da CRFB/88, *litteris*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

A pergunta que se deve responder, portanto, é: em que consiste o "Sistema Financeiro Nacional"? Qual sua amplitude? O conceito inclui, também, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário (uma atividade que é desenvolvida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), como determinou o constituinte originário?

O BACEN, que foi criado pela Lei nº 4.595/1964, é o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional (CMN) e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional, tendo por objetivos: zelar pela adequada liquidez da economia, manter as reservas internacionais em nível adequado, estimular a formação de poupança e zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro⁶⁶.

Dentre suas atribuições estão: emitir papel-moeda e moeda metálica, executar os serviços do meio circulante, receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias, realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras, regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis, efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais, exercer o controle de crédito, exercer a fiscalização das instituições financeiras, autorizar o funcionamento das instituições financeiras, estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras, além de vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e controlar o fluxo de capitais estrangeiros no País⁶⁷.

⁶⁶ Conforme dados disponíveis no sítio institucional do BACEN e disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/bacen.asp>>. Acesso em: 16.09.2016.

⁶⁷ Conforme dados disponíveis no sítio institucional do BACEN e disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/bacen.asp>>. Acesso em: 16.09.2016.

Como se percebe, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário não está arrolada entre as competências atribuídas ao SFN pelo artigo 192 da CRFB/88 e ao BACEN pela Lei nº 4.595/1964 – e que se trata de competência atribuída exclusivamente ao SBDC e, em particular, ao CADE, de acordo com o artigo 173, § 4º da CRFB/88 e com a Lei nº 12.529/2011.

Ora, é preciso que o ordenamento jurídico atenda aos requisitos de coerência, consistência e calculabilidade, além do requisito de cognoscibilidade. Segundo Humberto Ávila, coerência significa, da perspectiva estática, a relação de suporte que determinada alternativa obtém do conjunto do ordenamento jurídico e, da perspectiva dinâmica, a exigência de aplicação uniforme das normas (o que se coaduna com o princípio da isonomia, já que não se poderia permitir tratamento antitruste diferenciado a um determinado segmento econômico). Já o dever de consistência refere-se à exigência de não-contradição (princípio da lógica aristotélica) entre as normas tanto na fase de sua edição pelo Poder Legislativo quanto na fase de sua aplicação (o que reforça a necessidade de reconhecimento de uma competência *lato sensu* ao CADE, visto que a manutenção de um controle antitruste pelo BACEN, para atender ao SFN, pode gerar decisões díspares, distintas daquelas adotadas pelo CADE, e até mesmo contradizê-las, em afronta, igualmente, ao princípio da razoabilidade).⁶⁸

Destaca-se, aqui, finalmente, o requisito da calculabilidade, que significa, por sua vez, a capacidade de o administrado antecipar as consequências atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Ela diz respeito à capacidade de o administrado conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e de controlar a concretização a ser dada a esta pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.⁶⁹ Desse modo, o tema do conflito positivo de competência entre BACEN e CADE deve ser abordado sob a perspectiva da possibilidade de identificação normativa (cognoscibilidade), já que o agente econômico (administrado), apesar de ter conhecimento da existência e da vigência das normas em geral, não tem certeza da norma a que deve obedecer, considerando-se a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 12.529/2011. Ainda, o problema retira do administrado, no âmbito do SFN, a

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 604.

calculabilidade, a possibilidade de antecipar as consequências de seus atos na esfera concorrencial.

Adicionalmente, pode-se vislumbrar o tema sob o viés do princípio da isonomia. Afinal, por que o Estado concederia a alguns agentes econômicos, simplesmente pelo fato de pertencerem ao SFN, um tratamento concorrencial diferenciado se comparado aos demais agentes econômicos, vinculados ao sistema "geral", e não ao "próprio"? Um modelo republicano não admite tal diferenciação, que tem, além disso, impacto financeiro claro, já que há a manutenção de um sistema próprio de controle antitruste, para atender a instituições financeiras, e a manutenção de um sistema geral, que compreende o SBDC, o que envolve uma sobreposição de funções que é injustificável sob o prisma da eficiência administrativa.

Além disso, o diálogo das fontes (*der Dialog der Quellen*)⁷⁰, técnica que, apesar de pensada, em um primeiro momento, para ser aplicada ao Direito Internacional Privado, é utilizável em diversos ramos⁷¹ do Direito, sobretudo em uma Teoria Geral do Direito, permite uma "conversa", uma atitude de abertura do intérprete que analisa duas normas (*in casu* a Lei nº 12.529/2011 e a Lei nº 4.595/1964) para que uma possa complementar a outra. Ele pode ser utilizado sempre que os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes, auxiliando na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas "conforme à Constituição".⁷²

Assim, ao se analisar as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964, verifica-se que a primeira orienta-se expressamente pela "liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico", como preceitua o artigo 1º, enquanto a segunda não o faz expressamente. Além disso, partindo-se da perspectiva do consumidor, sujeito vulnerável a quem o processo concorrencial em última análise se destina, é de se destacar que a defesa do consumidor, direito fundamental e princípio da ordem econômica, pressupõe a existência de concorrência, veículo que lhe permite o exercício do direito ao consumo e do direito à escolha - uma noção sequer presente

⁷⁰ JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1995, p. 259 (documento eletrônico).

⁷¹ Considerando-se que os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 329 e 330.

⁷² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 766.

na Lei nº 4.595/1964, sendo objeto apenas do já citado Comunicado nº 22.366/2012 do BACEN.

Então, a partir da utilização do método do diálogo das fontes, pode-se afirmar que, como a defesa da concorrência constitui uma "técnica relacionada à implementação de políticas públicas"⁷³ que é essencial para a tutela da concorrência, uma garantia institucional⁷⁴ e constitucional, e, por conseguinte, para a tutela dos consumidores (e a defesa do consumidor tem, como se sabe, *status* de direito fundamental, segundo o artigo 5º, XXXII da CRFB/88) e dos concorrentes e como há apenas uma lei, na análise comparativa realizada entre as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964 que atende substancialmente ao propósito constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, é a aplicação daquela, a Lei nº 12.529/2011, que se impõe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

285

A manutenção de duas leis (Lei nº 4.595/1964 e Lei nº 12.529/2011) em tese aplicáveis ao controle antitruste realizado no âmbito do SFN, além da sobreposição de funções de duas autarquias, BACEN e CADE, no que tange à questão concorrencial, é uma tautologia⁷⁵, demonstrando desrespeito a diversos princípios jurídicos.

A partir da utilização do controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e do método do diálogo das fontes, verificou-se que se pode sustentar a constitucionalidade da Lei nº 4.595/1964 desde que a parte de seu texto que trata do controle antitruste seja suprimida, visto que o constituinte originário previu tão-somente a uma determinada e específica lei a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sem contemplar qualquer exceção a essa previsão. Essa lei é claramente a Lei nº 12.529/2011,

⁷³ Segundo Paula Forgioni, atualmente, quando se compreende o caráter instrumental das normas antitruste, inseridas em um contexto de direito econômico, não se pode deixar de referi-lo como "técnica relacionada à implementação de políticas públicas". FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

⁷⁴ Nesse sentido uma visão interessante é a de Calixto Salomão Filho, para quem "do ponto de vista do direito positivo não há dúvida de que a ordem concorrencial constitui um interesse institucional". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

⁷⁵ E o sistema jurídico, como qualquer sistema social, não pode admitir nem tautologias nem paradoxos, embora conviva com eles. GIORGI, Raffaele De. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 1970. Apêndice. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2ª ed. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 186.



um microsistema que tem matriz constitucional evidente, *vis-à-vis* o disposto no artigo 173, § 4º da CRFB/88.

Além disso, como a defesa da concorrência constitui uma técnica relacionada à implementação de políticas públicas que é essencial para a tutela da concorrência e, por conseguinte, para a tutela dos consumidores (e a defesa do consumidor tem, como se sabe, *status* de direito fundamental, segundo o artigo 5º, XXXII da CRFB/88) e dos concorrentes, e como há apenas uma lei, na análise comparativa realizada entre as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964 que atende substancialmente ao propósito constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, é a aplicação daquela, a Lei nº 12.529/2011, que se impõe, no que tange à questão concorrencial.

Finalmente, considerando-se a análise realizada, propõe-se que o controle antitruste relacionado ao SFN seja realizado tão-somente pelo CADE, com participação do BACEN como interlocutor, dadas as particularidades do sistema financeiro, para que se atenda sobretudo aos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor.

286

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ANDRADE, Maria Cecília. Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da



Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

_____. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.590/2012. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v1_O.pdf>. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Banco Central do Brasil. Comunicado nº 22.366/2012. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>>. Acesso em: 28.09.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank). Relator o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_Extra_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf>. Acesso em: 25.09.2015.

287

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.002381/2001-23 (caso Alliance/BCN). Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a5798f978c61b34cdd2b0f21>>. Acesso em: 25.09.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.006762/2000-09 (caso Finasa/Brasmetal/Zurich). Relatora a conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?45e539cf56cb5eb649da26045c>>. Acesso em: 25.09.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 16.09.2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ao apreciar o ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank N.A. e ABN Amro Bank N.V.). Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000662531407.pdf>. Acesso em: 25.09.2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Ministério Público Federal. Resolução conjunta PGR/CADE no 01/2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-conjunta-cade>>. Acesso em: 02.10.2016.

_____. Ministérios da Justiça e da Fazenda. Portaria interministerial nº 994/2012. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 22.02.2015.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001. Brasília, DF: 10.08.2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 20.08.2015.

_____. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001. Brasília, DF: 10.08.2001. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf>. Acesso em: 20.08.2015.

288

_____. Secretaria Nacional do Consumidor e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota técnica conjunta nº 08 do CADE e da SENACON. Brasília, DF: 12.05.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatora a Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20.09.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 664.189 relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE664189.pdf>>. Acesso em: 20.09.2015.

_____. TRF da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus.

CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar,



2005.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. Economia política e direito econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581-617.

DROUIN, Jean-Claude. Os grandes economistas: uma introdução à Economia. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014.

FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. Competitividade: mercado, Estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.

289

FARACO, Alexandre Ditzel. Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: a formação jurídica do mercado brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 764-783.

FREIRE, André Luís M. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do CADE pelo argumento reputacional. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília: CADE, v. 02, n. 01, maio 2014, p. 106-129.

GIORGI, Raffaele De. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 1970. Apêndice. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2a ed. O Direito na sociedade complexa. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8a ed. Salvador: Juspodium, 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 5a ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HAYEK, Friedrich von. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1995.

MAMMI, Antonio Bender. Controle de estruturas no Sistema Financeiro Nacional. Revista do IBRAC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 26, jul./dez. 2014, p. 11-28.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 141-163.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. São Paulo: Cultrix, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria

do Advogado Ed., 2009.

SCHMIDT, Cristiane. Uber e bem-estar do brasileiro. Valor econômico. Opinião. 09.09.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4214478/uber-e-bem-estar-do-brasileiro>>. Acesso em: 10.09.2015.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Submissão: 28/09/2015
Aceito para Publicação: 07/10/2016

