

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS GRADUÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

MARCOS VIANA COSTÓDIO

**EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE
CADE E BACEN NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA
ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

**CURITIBA
2019**

MARCOS VIANA COSTÓDIO

**EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE
CADE E BACEN NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA
ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento.

Linha de pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2019

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB 9 /1636

C842e
2019 Costódio, Marcos Viana
Eficiência regulatória no conflito de competência entre CADE e BACEN nos atos de concentração econômica entre instituições financeiras / Marcos Viana Costódio ; orientador, Emerson Gabardo. -- 2019
136 f. : 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.
Bibliografia: f. 128-136

1. Direito administrativo. 2. Instituições financeiras. 3. Concorrência. 4. Sistema econômico. 5. Desenvolvimento econômico. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.3

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS VIANA COSTÓDIO

EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CADE E BACEN NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
(Orientador)

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Centro Universitário Internacional

Prof. Dr. André Saddy
Universidade Federal Fluminense

Curitiba, 20 de Março de 2019.

Dedico esta dissertação de mestrado aos meus pais, Ubirajara e Ligia, à minha namorada, Bárbara, e aos meus irmãos, André, Melissa e, em especial ao meu irmão mais velho e ídolo, Ubirajara Costódio Filho.

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação é fruto do auxílio, colaboração e apoio de muitas pessoas, cujo destaque é merecido.

O Professor Doutor Emerson Gabardo, orientador irretocável, que direcionou e ordenou a minha pesquisa. Sempre disposto a me ouvir e a dizer o que merecia ser dito. É, sem dúvida alguma, um dos mais destacados publicistas da atualidade que, com a sua generosidade, permite aos seus orientandos acesso a grandes oportunidades acadêmicas.

Airton Thiago Cherpinsky, meu sócio no escritório de advocacia, amigo e parceiro, que contribuiu a que eu tivesse disponibilidade de tempo para me dedicar à vida acadêmica.

Ao Desembargador Vicente Del Prete Misurelli, meu primeiro chefe, pela sua generosidade em me dar o primeiro emprego, ainda como estagiário. Além de ser uma pessoa ímpar e certamente responsável pelo meu crescimento profissional e acadêmico.

Barbara Holzmann Mass, minha querida namorada, que compreendeu as minhas ausências e foi minha companheira nos momentos mais cansativos.

Ao Sr. Arnaldo Holzmann, a Sra. Lizone Holzmann, Liza Holzmann e Anna Paula Holzmann Mass, pelo sempre carinhoso apoio e cooperação que me conferiram ao longo da pesquisa.

Lorena Muller Pereira, bibliotecária, que me acompanha desde a época de estágio e me auxiliou na pesquisa e coleta de informações.

A todos os meus amigos que, por sorte, são inúmeros. Sobretudo, àqueles que tive o prazer de conhecer no Mestrado, Amanda, Gustavo, Nicolas, Miriam, Sergio Fernando, Solange, William, Fernando, Fábio, Rafael e Felipe. Todos eles contribuíram – e muito – para tornar mais “leve” o Mestrado. E, os “carregarei” para o resto da vida.

Finalmente, aos meus pais, Ubirajara e Ligia, que moldaram meu caráter e me proporcionaram acesso à educação de qualidade. Sempre cuidando e se preocupando com seu filho caçula. Aos meus irmãos, Bira, André e Melissa, que me deram o suporte para não esmorecer e ficando felizes com as minhas conquistas, sendo o primeiro, exemplo pessoal, profissional e acadêmico. Todos reunidos dão razão a este trabalho.

“Não se deve ir atrás de objetivos fáceis. É preciso buscar o que só pode ser alcançado por meio dos maiores esforços”. (ALBERT EINSTEIN)

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo examinar o conflito de competência administrativa entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Banco Central do Brasil – BACEN, nos casos de análise prévia e julgamento de ato de concentração econômica entre instituições financeiras, na perspectiva da eficiência regulatória. O conflito decorre da incompatibilidade normativa entre a Lei do BACEN nº 4.595/1964 e a Lei do CADE nº 12.529/2011 (antiga Lei nº 8.884/1994). Ambas as leis autorizam as respectivas autarquias a promoverem o julgamento de ato de concentração econômica entre instituições financeiras, situação que provoca uma evidente ineficiência regulatória, na medida em que há duas autoridades competentes. Para este trabalho, a eficiência regulatória é consubstanciada na inexistência de normas incompatíveis entre si. Assim, a Avaliação de Impacto Regulatório se revela como instrumento para se garantir a solução ótima de eficiência regulatória. A eficiência regulatória é um dos temas mais caros ao Direito Administrativo moderno, em razão do intenso momento de inflação legislativa. Assim, quanto maior a quantidade de leis, maior será a possibilidade ao aparecimento de divergências normativas. O excesso de normas conflituosas impede a organização do setor regulado, não garantindo segurança jurídica suficiente à entrada de novos investimentos para a condução do desenvolvimento econômico. O tema da pesquisa vincula-se à área de concentração “Direito Econômico e Desenvolvimento” da PUCPR, e à linha de pesquisa “Estado, Economia e Desenvolvimento”, já que as Instituições Financeiras ocupam um espaço significativo na perspectiva do desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro. Além da regulação ser um importante instrumento de atuação do Estado na ordem econômica, a qual deve operar de maneira eficiente, de modo a alcançar a maximização dos seus objetivos e incrementar o setor regulado. Por conclusão, adota-se o entendimento que o memorando de entendimentos CADE/BACEN, ainda que passível de críticas quanto ao seu conteúdo, contribuiu para a construção da eficiência regulatória e a segurança jurídica, no âmbito do Direito posto. Por sua vez, a adoção do ferramental da Avaliação de Impacto Regulatório, se implementada como pressuposto ao processo legislativo, permite garantir a solução ótima de eficiência regulatória.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional. Concorrência. Regulação Econômica. Competência Administrativa. Eficiência Regulatória.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to examine the conflict of administrative competence between the Administrative Council for Economic Defense - CADE and the Central Bank of Brazil (BACEN), in cases of prior analysis and judgment of economic concentration among financial institutions, in the perspective of efficiency regulatory framework. The conflict arises from the normative incompatibility between BACEN Law No. 4,595 / 1964 and CADE Law No. 12,529 / 2011 (former Law No. 8,884 / 1994). Both laws authorize the respective local authorities to promote the judgment of an act of economic concentration between financial institutions, a situation that causes obvious regulatory inefficiency, since there are two competent authorities. For this work, the regulatory efficiency is embodied in the inexistence of incompatible standards. Thus, the Regulatory Impact Assessment is revealed as an instrument to guarantee the optimum solution of regulatory efficiency. Regulatory efficiency is one of the most expensive issues in modern Administrative Law, due to the intense moment of legislative inflation. Thus, the greater the number of laws, the greater will be the possibility of the emergence of normative divergences. The excess of conflicting norms prevents the organization of the regulated sector, not guaranteeing sufficient legal security to the entrance of new investments for the conduction of the economic development. The research topic is related to the "Economic Law and Development" area of PUCPR and to the research line "State, Economy and Development", since the Financial Institutions occupy a significant space in the perspective of the economic development of the Brazilian State . In addition to regulation, it is an important instrument for the State to act in the economic order, which must operate efficiently, in order to maximize its objectives and increase the regulated sector. By way of conclusion, it is understood that the CADE / BACEN memorandum of understanding, although subject to criticism as to its content, contributed to the construction of regulatory efficiency and legal certainty, within the scope of established law. In turn, the adoption of the tool of the Regulatory Impact Assessment, if implemented as a presupposition to the legislative process, allows to guarantee the optimal solution of regulatory efficiency.

Key-Words: National Financial System. Competition. Economic Regulation. Administrative Competence. Regulatory Efficiency.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	– Advogado-Geral da União
ANATEL	– Agência Nacional de Telecomunicação
BACEN	– Banco Central do Brasil
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CMN	– Conselho Monetário Nacional
CVM	– Comissão de Valores Mobiliários
EUA	– Estados Unidos da América
FED	– Federal Reserve Bank FED – Federal Reserve System,
FTC	– Federal Trade Commission
OCDE	– Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SDE	– Secretaria de Direito Econômico – SDE
SFN	– Sistema Financeiro Nacional
STF	– Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

PRÓLOGO	13
INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO 1 - O PROBLEMA REGULATÓRIO SETORIAL E CONCORRENCIAL: CONFLITO CADE X BACEN	20
1.1 O PROBLEMA: A INCOMPATIBILIDADE NORMATIVA QUE DEU ORIGEM AO PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	20
1.2 A SUJEIÇÃO DO CADE AOS PARECERES EXARADOS PELA AGU	25
1.3 UM LADO DA MOEDA: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO BACEN: O PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	32
1.4 O OUTRO LADO DA MOEDA: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CADE	40
1.5 UMA TERCEIRA VIA: A COMPLEMENTARIEDADE DE COMPETÊNCIAS: MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS CADE/BACEN EM 2018	45
CAPITULO 2 - O PROBLEMA DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA: EFICIÊNCIA COMO PRESSUPOSTO REGULATÓRIO	51
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO - A BUSCA PELA EFICIÊNCIA	51
2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA	56
2.3 A IMPORTÂNCIA DA REGULAÇÃO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE 1988	62
2.4 A INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA OBSERVADA NO CONFLITO CADE X BACEN	67
CAPÍTULO 3 - EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS: MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA E EUA	74
3.1 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS	74
3.2 O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL	77
3.3 O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA	82

3.4 O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	87
CAPÍTULO 4 - A LEGALIDADE DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO CADE/BACEN	93
4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO E NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO CADE X BACEN	93
4.2 CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO ENTRE CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS	96
4.3 O RELACIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PRINCÍPIOS	101
4.4 A LEGALIDADE DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO CADE X BACEN E A GARANTIA DA EFICIÊNCIA.....	106
CAPITULO 5 - SOLUÇÃO ÓTIMA DE EFICIÊNCIA REGULATÓRIA PARA O CONFLITO DE COMPETENCIA DO CADE E BACEN	110
5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO	110
5.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA AVALIAÇÃO DO IMPACTO REGULATÓRIO	115
5.3 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI EM CURSO NO CONGRESSO NACIONAL ...	118
5.4 PROPOSTA PARA SOLUÇÃO ÓTIMA DE EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO CONFLITO EM EXAME.....	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	126
REFERÊNCIAS	128

PRÓLOGO

A grande dificuldade de qualquer pesquisador é a identificação de um tema que desperte a atenção da comunidade acadêmica e, de fato, tenha alguma controvérsia doutrinária ou jurisprudencial. Além disto, a pesquisa deve trazer consigo relevância teórica. Nesse sentido, é sempre difícil a escolha do objetivo de pesquisa. No entanto, na presente dissertação, a ideia surgiu naturalmente.

Já era fim de tarde, quando no escritório de advocacia que trabalhava me deparei com uma consulta a respeito de ato de concentração econômica entre instituições financeiras. Na época, havia recém obtido a titulação de advogado e já teria de enfrentar o meu primeiro embate: descobrir a definição de ato de concentração econômica. E, mais: realizar um parecer apontando se a operação societária era possível e, se não, quais as razões. Afinal, seria um negócio que envolveria significativa quantia financeira envolvida e ambas as instituições estavam interessadas.

Após a identificação do conceito de ato de concentração e seus elementos autorizadores, passou-se a examinar qual a autoridade competente para sua autorização. Se é que existia. Intuitivamente já havia definido que certamente existiria uma entidade responsável, afinal, haveria dominância de mercado. Alguma lei deveria estabelecer qual a autoridade competente para o julgamento da concentração. Realizei uma consulta na internet e encontrei pouco material sobre o assunto. Não havia nada dispondo exatamente sobre o tema. Fiquei horas pesquisando na biblioteca do escritório e não encontrava nenhuma linha escrita sobre o tema.

Como precisaria entregar o parecer em cinco dias e não havia identificado nada sobre o tema, no dia seguinte, fui a biblioteca da Universidade Federal do Paraná e a biblioteca pública do Estado. Lá, achei pouquíssimas coisas, mas que me ajudariam a traçar um direcionamento da pesquisa. Afinal, eu tinha a obrigação de elaborar um parecer opinativo sobre a possibilidade ou não da fusão e, mais que isso, apontar os riscos dela.

Por coincidência no destino, no dia seguinte, na recepção do escritório, havia uma versão impressa do jornal valor econômico. Involuntariamente e sem nenhum interesse acadêmico, comecei a folhar o jornal e encontrei no setor “fusões & aquisições” a seguinte manchete: CADE e BACEN travam disputa sobre competência em matéria de fusão bancária. Só poderia ser a intervenção divina. Ali, a minha pesquisa teria início. A matéria trazia uma série de dados que contribuíram para pesquisa. Por

exemplo, nela era reproduzida a divergência de opiniões entre o parecer da AGU e a procuradoria jurídica do CADE. E, portanto, havia um conflito. Naquele instante, percebi que o parecer não seria tão simples quanto esperava que fosse.

Após a leitura da matéria, constatei que havia uma diversidade de temas que poderiam ser tratados, a partir do conflito de competências administrativas. Daí decorria a complexidade do parecer. O problema não residia, simplesmente, na aparente incompatibilidade normativa entre a Lei nº 4.595/94 e a Lei nº 8.884/94, que atribuíam ao BACEN e ao CADE, respectivamente, autoridade para julgamento de fusões bancárias. O problema da regulação setorial X a regulação concorrencial igualmente se revelava importante. Outra questão proeminente dizia respeito a escolha do Poder Público pela preservação da estabilidade do sistema financeiro ou pela manutenção da concorrência. Emergiria, ainda, a discussão sobre a proteção do consumidor ou a preservação da concorrência. Portanto, o problema demandaria uma análise mais ampla do que a mera incompatibilidade normativa.

Analisando os argumentos do parecer da AGU, pode se alcançar a conclusão que é evidente a competência exclusiva do BACEN. Ora, se por força constitucional, o sistema financeiro nacional só pode ser regulado por lei complementar e a Lei n.º 4.595/64 foi recepcionada com essa qualidade pela ordem constitucional de 1988, a questão está superada. Não há qualquer dúvida sobre a competência privativa do BACEN. A Lei 4.595/64 é expressa ao prescrever que compete ao BACEN autorizar a aglomeração bancária.

Contudo, para não ter uma visão parcial e confirmar a óbvia autoridade exclusiva do BACEN, por desengano de consciência – embora já tivesse convicção que era o BACEN a quem devia submeter o ato – resolvi ler o parecer da procuradoria jurídica do CADE e a manifestação de Gesner de Oliveira, então conselheiro.

A competência é do CADE. Os argumentos eram tão consistentes e claros que não havia discussão a esse respeito. A Lei nº 8.884/94 não trazia nenhuma isenção antitruste. Se todas as empresas devem se submeter à apreciação do CADE, não existiria motivo para afastar esta imposição das instituições financeiras. A concorrência deve ser preservada. É princípio da ordem econômica. A intenção do constituinte era exatamente esta.

Ali, tive a nítida convicção que não conseguiria elaborar um parecer em cinco dias. Tinha um sem números de argumentos a examinar e, ao final, tinha que concluir. Como eu, advogado recém-formado, poderia opinar em algo que as procuradorias do CADE e do BACEN divergiam.

Recorri à doutrina especializada. Encontrei uma manifestação de Carlos Ari Sundfeld no sentido de reconhecer a complementaridade de competência. Ou seja, uma seria a responsável pela avaliação dos riscos sistêmicos da operação e a outra analisaria os aspectos concorrenciais.

Esta seria a solução mais prática. Mas e o custo da operação? As instituições financeiras teriam de pagar taxas das duas entidades. E se uma autoridade deferir a concentração e a outra negar? Há espaço para recorrer? Alguma das entidades é mais importante? Várias questões vinham-me à cabeça.

Por sorte, em razão de motivos comerciais, as instituições financeiras desistiram do negócio. No entanto, vi que havia um grande espaço acadêmico para discussão com riquíssimos argumentos jurídicos. Deste modo, o tema da pesquisa tinha sido encontrado. Assim, submeti o meu projeto de pesquisa ao processo seletivo do mestrado em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Reprovei na última fase das entrevistas. No entanto, o tema permanecia ainda sem uma análise definitiva. Ou seja, o problema de pesquisa ainda existia. Deste modo, após o cumprimento das etapas de avaliação, obtive êxito no processo seletivo deste programa de mestrado em Direito. Bastava agora consolidar os argumentos e apresentar as conclusões sobre o tema.

INTRODUÇÃO

Desde o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, identifica-se o interesse do constituinte em garantir o Estado Democrático de Direito, fundado na preservação ao Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica.¹ Sobre a coordenação das leis no sistema jurídico, Hans Kelsen acentua que o Direito é um sistema normativo que regula os comportamentos humanos, determinando o dever ser das condutas e a sua forma de ação. Desta forma, as normas devem, necessariamente, guardar compatibilidade entre si para se promover a segurança jurídica das relações.² Aliás, Norberto Bobbio esclarece que não é possível, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, a existência de normas antinômicas, razão pela qual sugere métodos para sua solução, com o objetivo de promover a harmonização do sistema.³ José Joaquim Gomes Canotilho, inclusive, categoriza a segurança jurídica como elemento fundamental ao Estado de Direito.⁴

No mesmo sentido, Rafael Vallim assevera não há como cogitar a existência de segurança jurídica frente a um ordenamento jurídico hipertrofiado, incoerente e sujeito a alterações constantes desacompanhadas de revogações expressas, do qual não é possível extrair, com objetividade, as normas vigentes, imperativas aos indivíduos e que habilitam a ação do Estado.⁵ Não há dúvidas, portanto, inclusive, que a segurança jurídica ocupa um papel de protagonismo dentro da Teoria Geral do Direito e do Estado.⁶

Desta forma, o Estado, no exercício da sua função regulatória, tem o dever de observar o impacto da sua intervenção, de modo a sempre garantir a eficiência e

¹ Assim dispõe o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019.

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37.

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 2003, p. 46.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 88.

⁵ VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91-133.

⁶ Carlos Aurélio Mota Souza assevera que a segurança jurídica ocupa máxima importância dentro do sistema. Veja *in*: SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ltr, 1996, p. 75.

preservar a segurança jurídica no setor regulado. Exemplo disso, foi a ineficiência regulatória constatada no conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Banco Central – BACEN, nos casos de concentração econômica, entre Instituições Financeiras. Isto porque, a Lei do BACEN nº 4.595/1964 e a Lei do CADE nº 12.529/2011 (antiga Lei nº 8.884/1994) atribuíram competências administrativas fiscalizatórias idênticas a ambas as autarquias. Assim sendo, tanto o CADE quanto o BACEN, no Direito posto, estão autorizados a vetar e impor multas a fusões entre instituições financeiras.

A mencionada divergência normativa, entre CADE e BACEN, adquiriu importante destaque após alguns Conselheiros do CADE, no julgamento do ato de concentração nº 08012.006762/2000-09, chamado caso FINASA (outubro de 2001). O processo consistia na aquisição de 26% do total das ações em circulação do capital social da empresa Brasmetal Industrial S/A, empresa *holding* do grupo FINASA, pela Zurich Brasil Seguros S/A. Referida concentração provocaria dominância de mercado pela Zurich. Assim, o assunto foi encaminhado ao plenário do CADE para apreciação e deferimento. Contudo, sem adentrar ao mérito da questão, alguns Conselheiros entenderem pela incompetência do CADE para julgamento do ato, fundamentando-se no parecer nº AGU/LA-01/2001 da Advocacia Geral da União – AGU.⁷

A Advocacia-Geral da União – AGU, em consulta promovida pelo Poder Executivo, na pessoa do Ministro da Fazenda, opinou pela competência privativa do BACEN para a apreciação de atos de concentração econômica entre Instituições Financeiras. O primeiro fundamento da AGU baseia-se no artigo 10, X, “c” da Lei nº 4.595/1964⁸ e no artigo 18, parágrafo 2.º da mesma lei,⁹ os quais analisados conjuntamente, atribuem competência exclusiva ao BACEN. A este argumento soma-se o fato de que artigo 192 da Constituição Federal de 1988 prescreve que o sistema financeiro nacional só pode ser regulamentado por lei complementar.¹⁰ Como a Lei nº

⁷O presente ato de concentração está disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccUWhrCNGDknM_F56i9dILnOxHX7ggUXTW-x-8dyBaVi>. Acesso em 01 jan. 2019.

⁸ Art. 10º da Lei nº 4.595/1964: 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>. Acesso em: 01 de jan. de 2019.

⁹ Art. 18º da Lei nº 4.595/1964: 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 (Vetado) nos termos desta lei.

¹⁰ Artigo 192º da Constituição Federal: 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,

4.595/1964, foi recepcionada com natureza de lei complementar pela CF/88, só poderia ser revogada por lei de igual hierarquia. Nesse sentido, a antiga Lei da Concorrência, em se tratando de lei ordinária, não teria revogado as normas instituídas por lei complementar e, portanto, a lei válida para regular a matéria seria a Lei nº 4.595/1964. Há, também, a especialidade normativa da Lei nº 4.595/1964 sobre a Lei do CADE nº 12.529/2011 (antiga Lei nº 8.884/1994) e, portanto, utilizando-se de critérios para solução de normas antinômicas, a primeira prevaleceria sobre a segunda.

De outro lado, há juristas que são partidários da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência para estes casos. Assim entendem refutando todos os argumentos propalados pela AGU, pelos mesmos fundamentos, mas em sentido diverso. Há, ainda, uma terceira via que reconhece a competência complementar entre as autarquias. Neste contexto, o BACEN exerceria a função regulatória e o CADE função adjudicatória. Ou seja, não haveria qualquer conflito de competência entre os órgãos, mas sim, relação de complementaridade: a competência de um não excluiria a do outro.

A exposição do problema, bem como na análise dos argumentos expedidos pelas partes, é a que se dedica o Primeiro Capítulo desta dissertação. Além disso, examina-se a sujeição do CADE aos pareceres oriundos das Advocacia-Geral da União, após sanção Presidencial, tendo em vista que Conselheiros do CADE deixaram de analisar o mérito da questão, a pretexto da obrigatoriedade de submissão da autarquia concorrencial às manifestações da AGU.

O fato é que esta incompatibilidade normativa, além de provocar a insegurança jurídica ao setor regulador, também ascende um tema caro ao Direito Administrativo contemporâneo que envolve a eficiência regulatória. O Segundo Capítulo é dedicado ao exame do princípio da eficiência, desde a sua origem e a sua constante busca em todas as reformas administrativas propostas, até a sua constitucionalização, por meio da Emenda Constitucional 19/98. A análise do referido princípio é condição indispensável ao presente estudo, tendo em vista que a eficiência é tratada como pressuposto regulatório. Ao final, o capítulo destina-se a verificar a ineficiência regulatória dentro do conflito CADE X BACEN.

Diante do reconhecimento que o problema da ineficiência regulatória não é local, mas sim global, o Terceiro Capítulo traz algumas experiências estrangeiras, com o objetivo de verificar se na União Europeia, nos Estados Unidos e no MERCOSUL, há a mesma incompatibilidade normativa entre a entidade concorrencial e financeira.

inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Assim, o exame de outros ordenamentos permite verificar se há o mesmo problema em outros países e qual seria a solução adotada para resolvê-lo.

No Brasil, por exemplo, em 2018, foi adotado um memorando de entendimentos, firmado entre o CADE e o BACEN, a fim de se resolver o impasse normativo entre as duas autarquias. Em razão deste ocorrido, o Capítulo Quarto, analisa a legalidade do acordo, sob a óptica da prevalência do princípio da eficiência em relação ao princípio da legalidade. Portanto, não se pode analisar a temática sem enfrentar a questão da preeminência de um princípio em relação ao outro.

Por fim, o Quinto e último Capítulo, apresenta a Avaliação de Impacto Regulatório como um instrumento a se garantir a solução ótima de eficiência regulatória neste conflito entre as autarquias. Este mecanismo se revela importante, porque há em trâmite no Congresso Nacional um projeto de lei que se propõe a sanar a incompatibilidade normativa. No entanto, se não houver uma ponderação da consequência de sua aprovação, o conflito poderá persistir.

Nesse sentido, a análise do conflito CADE X BACEN certamente contribuirá ao mundo acadêmico, para o aprimoramento das discussões legislativas proporcionando consequências imediatas a toda a coletividade em geral. Não se pretende o exaurimento de análise dos temas da regulação e eficiência, mas sim em examinar o conflito sob a óptica da eficiência regulatória. Com a redução de incompatibilidades normativas, o ordenamento jurídico estará mais apto a garantir o alcance da eficiência regulatória, bem como propiciar maior segurança jurídica ao setor regulado.

CAPÍTULO 1 - O PROBLEMA REGULATÓRIO SETORIAL E CONCORRENCIAL: O CONFLITO CADE X BACEN

1.1 O PROBLEMA: A INCOMPATIBILIDADE NORMATIVA QUE DEU ORIGEM AO PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A questão relativa ao conflito de competência administrativa entre o Banco Central – BACEN e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, pode se declarar existente desde a promulgação da Lei nº 8.884/1994 quando ao CADE se atribuiu, expressamente, autoridade para julgamento de ato de concentração econômica de qualquer espécie, incluindo as realizadas entre instituições financeiras.¹¹ Contudo, a controvérsia CADE X BACEN foi, de fato, encetada pelo aviso nº 613 de 20 de outubro de 2000. Naquela oportunidade Pedro Malan, então Ministro de Estado da Fazenda, encaminhou, por meio do referido aviso, solicitação de parecer ao Advogado-Geral da União da época, Gilmar Mendes. A divergência de opiniões sobre a autoridade competente para análise de atos de concentrações econômicas entre instituições financeiras, foi institucionalizada no parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central de um lado, e pelos pareceres da Procuradoria-Geral do CADE, da consultoria jurídica do Ministério da Justiça e do estudo realizado pelo conselheiro do CADE, Gesner de Oliveira, de outro lado.¹²

Sob a óptica normativa, examinando o direito posto, a discussão residia na incompatibilidade ou não entre a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994.¹³ A primeira criou o BACEN como entidade responsável pela regulação do sistema financeiro

¹¹ Muito embora a presente dissertação não trate diretamente do tema, é importante esclarecer, desde logo, que para o presente trabalho, será utilizado o conceito de ato de concentração definido pelo artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, a saber: “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”. Deste modo, não será considerado, à presente dissertação, qualquer outro conceito construído pela doutrina e/ou jurisprudência nacional e/ou estrangeira.

¹² Muito embora a divergência normativa seja precedente ao aviso citado, nesta ocasião ela foi, de fato, suscitada pelas entidades, visando seu esclarecimento pela Advocacia-Geral da União. O presente histórico é identificado no parecer nº GM-020, extraído dos autos do processo nº 00001.006908/2000-25. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹³ Vale destacar que o conflito de competência administrativa entre as duas autarquias foi iniciado ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994. Atualmente, a concorrência é regulada pela Lei nº 12.529/2011. Contudo, a divergência entre as competências permanece.

nacional, incluindo, dentre as suas competências, a prerrogativa de autorizar fusões entre instituições financeiras. A segunda lei, por sua vez, instituiu o CADE como autoridade máxima em matéria concorrencial, competindo-lhe não só prevenir e reprimir as condutas infracionais contra a ordem econômica, como também permitir ou proibir atos de concentração de qualquer natureza que venham a prejudicar a concorrência. Desta forma, ambas as leis admitiam a interpretação de modo a atribuir competência privativa a alguma das duas entidades para análise prévio e julgamento de atos de concentração econômica entre instituições financeiras.

Diante disso, o parecer do Advogado-Geral da União - AGU examinava os argumentos apresentados pelos envolvidos e, ao final, opinava a respeito sobre qual entidade é responsável pela análise e a aprovação de atos de concentração econômica de instituições integrantes do sistema financeiro nacional. Se há uma entidade que detém a competência privativa ou, ainda, se é possível entender que ambas exercem suas funções de maneira complementar. Naquela ocasião, o parecer da AGU entendeu pela competência privativa do BACEN pelos motivos que serão detidamente examinados adiante. De toda sorte, em verdade, o fato é que, desde a opinião exarada no parecer encomendado à Advocacia-Geral da União, a celeuma entre as duas autarquias tornou-se definitivamente instaurada, proporcionando um riquíssimo debate jurídico, sobretudo diante da importância que as instituições financeiras ocupam no âmago do sistema econômico.

Sobre o protagonismo bancário na economia, Niklas Luhmann, a propósito, em sua teoria dos sistemas, apresenta que a sociedade é composta por inúmeros sistemas sociais que se comunicam entre si, provocando efeitos tanto dentro do próprio sistema quanto a seu redor. Dentro do sistema macro/social existem outras diversidades de sistemas menores, como o econômico e, no cerne dos micro sistema econômico estão inseridas as instituições bancárias.¹⁴ Das lições de Luhmann revela-se a importância dos bancos no âmbito econômico, o que, em certa medida, auxilia na interpretação do parecer da AGU de modo a opinar pela competência privativa do Banco Central para decidir sobre a matéria. Ora, se os bancos são protagonistas na economia, nada deve ocorrer à revelia da autoridade máxima do sistema financeiro, o BACEN.

Neste sentido, assim que o parecer da Advocacia-Geral da União AGU/LA-01/2001, opinando pela competência privativa do BACEN para julgamento da matéria, foi assinado pelo Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, em abril de 2001,

¹⁴ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 17, n. 49, pp. 149-168, jul., 1990.

João Grandino Rodas, então presidente do CADE, passou a adotá-lo, com fundamento na obrigatoriedade legal da submissão do órgão concorrential a todos os pareceres emanados da AGU. Referido posicionamento de Rodas provocou a discordância de parte de membros do CADE, sendo que os Conselheiros dissidentes continuaram a julgar casos de concentração bancária, inclusive aplicando multas, sob justificativa que o CADE era autarquia autônoma, e, dessa forma, não tinha o dever constitucional de se submeter a pareceres oriundos da Advocacia-Geral da União.

Vale destaque que, antes do parecer da AGU, todas as questões de concentração bancária eram submetidas ao CADE, que as apreciava com fundamento no artigo n° 15 da Lei n° 8.884/1994, consubstanciado no dever de submissão a este regime jurídico concorrential de todas as pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou privado, associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, e até mesmo aquelas que exerçam alguma atividade econômica sob o regime de monopólio.¹⁵ A propósito, o CADE já possuía diversos precedentes sobre a matéria, sendo que em todos eles era confirmada a sua competência para a apreciação de atos de concentração econômica no sistema financeiro.¹⁶

Em 1995, por exemplo, ocorreu o primeiro caso de concentração bancária analisado pelo CADE, a qual foi submetida à Secretaria de Direito Econômico – SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, por meio do ofício n° 139/95. Basicamente, diante da vigência da Lei n° 8.884/1994, a procuradoria jurídica da CVM entendeu que caberia ao conselho da entidade concorrential analisar a concentração, dada a possibilidade de que a fusão entre o Banco Francês e Brasileiro S.A. e o America Finance Company Limited (Grupo Itaú) poderia provocar danos à concorrência no setor bancário. Vale recordar que naquela ocasião, ainda sob a vigência da Lei n° 8884/1994, todos os assuntos relacionados à infração da ordem econômica, deveriam ser antes encaminhados à Secretaria de Direito Econômico – SDE, para emissão de parecer técnico visando a realização da análise preliminar do assunto e, somente após, o tema seria encaminhado ao Conselho.¹⁷

¹⁵ Art. 15º da Lei nº 8.884/1994: Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

¹⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Introdução. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 10.

¹⁷ Sob o regime da Lei nº 8.884/1994, a Secretaria de Direito Econômico - SDE era a responsável pela investigação de crimes contra a ordem econômica, só remetendo o caso ao plenário do CADE quando, de

Em juízo prévio da questão, a SDE, em nota técnica, recomendou que a matéria fosse enviada ao BACEN, diante da sua competência privativa para exame de atos de concentração bancária, além da possibilidade de provocar danos a estabilidade e higidez do sistema financeiro nacional. Contudo, o conselho do CADE entendeu que como a fusão analisada envolveria matéria concorrencial, deveria, impreterivelmente, ser submetida ao CADE – diante da vigência da Lei nº 8.884/1994 – a qual não comportaria exceções. Em outras palavras, o Conselho do CADE reforçou seu papel de entidade máxima no setor concorrencial, não admitindo qualquer modalidade de exceção, porém, vale registrar que na decisão, ressaltou o papel do BACEN na análise dos impactos da fusão no enfraquecimento da manutenção da higidez no sistema financeiro e retornou ao CADE para apreciação dos efeitos da concentração na preservação da concorrência setorial.¹⁸ Dessa forma, o caso do Banco Francês provocou os primeiros debates, ainda que de maneira superficial, sobre a matéria.

Por sua vez, o caso mais emblemático¹⁹ foi o do banco FINASA,²⁰ sendo realizado não somente o debate CADE X BACEN para julgamento de concentração bancária, como também a relação do CADE com outros organismos do Estado Brasileiro, tal qual sua sujeição aos pareceres oriundos da Advocacia-Geral da União. Grandino Rodas, então presidente do CADE, entendeu pela vinculação da autarquia ao parecer exarado pela AGU, sendo acompanhado pela Conselheira Hebe Romano. Os demais conselheiros manifestaram-se pela competência do CADE para julgamento da matéria, ante a possibilidade de infração as normas concorrenciais, restando destinado ao BACEN o papel de agente fiscalizador, regulador e indutor do sistema financeiro.²¹

O chamado caso FINASA foi a primeira manifestação formal das entidades após a sanção presidencial do parecer da AGU. A questão da disputa de competências foi tratada de maneira bastante profunda pelos conselheiros do CADE. Basicamente, o caso FINASA envolvia a fusão entre Banco Finasa de Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participação de Representações. A operação societária consistia na aquisição pela Zurich Brasil, da Finasa seguradora. Assim, a Zurich deteria boa parte

fato, restasse configurada infração à ordem econômica. Desta maneira, no caso do Banco Francês, a secretaria entendeu pela existência de indícios infracionais, razão pela qual encaminhou o assunto ao plenário do CADE.

¹⁸ Todo o histórico pode ser observado no Ato de Concentração nº 87/1996. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁹ Considera-se emblemático o caso FINASA, tendo em vista que foi a primeira vez que os conselheiros, com profundidade de argumentos, debateram a temática da competência concorrencial e a competência setorial.

²⁰ Ato de concentração n.º 08012.006762/2000-09. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²¹ Está posição foi defendida por: TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 390.

do mercado de seguros, com abrangência geográfica nacional. O julgamento do ato de concentração foi submetido ao conselho do CADE, sendo consolidados, por maioria dos votos do plenário, dois entendimentos centrais. O primeiro foi o reconhecimento da complementariedade de competências entre o CADE e o BACEN para julgar atos de concentração bancária, sendo o primeiro responsável pela regulação concorrencial e o segundo pela regulação setorial. No entanto, os conselheiros ressaltaram que a competência privativa em matéria antitruste é do CADE, sem hipóteses excepcionais. O segundo entendimento consolidado, por maioria de votos, pelos conselheiros do CADE, por ocasião do julgamento do caso, foi a ausência de vinculação do CADE as manifestações oriundas da AGU, ainda que sancionadas pelo Presidente da República.

No entanto, o conselho do CADE não se reuniu para emitir posição definitiva da entidade sobre o tema, permanecendo, assim, a indefinição. O resultado desta incompatibilidade normativa é justamente uma regulação ineficiente que pode provocar diversos prejuízos às instituições financeiras, redundando na judicialização do assunto. Exemplo disso, pode-se verificar na fusão bancária entre o Banco Bradesco e o Banco BCN. O Banco Bradesco não submeteu à operação ao CADE, por entender que a matéria competiria, exclusivamente, ao BACEN. Via de consequência, teve contra si a imposição de multa pecuniária pelo órgão de controle concorrencial.²² A questão foi judicializada pelo Banco BCN, por discordar da aplicação da penalidade, pelo que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1094218/DF, por meio da sua 1.ª Turma, manifestou seu entendimento no sentido de que o parecer da AGU tem efeito vinculante em relação ao CADE e que a competência para julgamento de ato de concentração bancária seria privativa do BACEN.²³ A procuradoria jurídica do CADE interpôs Recurso Extraordinário nº 664.189/DF, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, ao qual foi negado seguimento.²⁴ O CADE interpôs agravo regimental, que está pendente de julgamento.

Portanto, em exame aos casos concretos relatados, constata-se que a incompatibilidade normativa entre as autarquias, realçada pela ausência de submissão do Conselho do CADE ao posicionamento favorável ao BACEN contido

²² Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnQH WdFrwfugH3JBCr6LZvbKPVoEvvNhsqZfLwyzw5dVL>. Acesso em: 01 jan. 2019.

²³ Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 01 jan. 2019.

²⁴ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4170404>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

no parecer procedente da AGU e sancionado pelo Presidente, provocou a ineficiência regulatória e uma total insegurança jurídica no segmento de fusões bancárias. As instituições financeiras que desejam realizar alguma fusão bancária que importa em concentração de mercado, ficam expostas aos riscos de imposição de multa por alguma das autarquias. Além disso, o problema se agrava na medida em que não há qualquer solução legislativa ou judicial.

De todo modo, uma questão que adquiriu significativa importância a partir deste conflito: o relacionamento da AGU com outras entidades. Se há, ou não, dever de submissão aos pareceres procedentes da AGU, após a sanção Presidencial. Portanto, antes de adentrar a questão central da incompatibilidade normativa, é imprescindível para a compreensão da temática, a análise da sujeição do CADE a manifestações da AGU, sancionadas pelo Presidente da República.

1.2 A SUJEIÇÃO DO CADE AOS PARECERES EXARADOS PELA AGU

Além do debate envolvendo competências administrativas idênticas a autoridades distintas, suscitada pela divergência de opiniões das procuradorias jurídicas da autarquia concorrencial e da setorial, outra questão que adquiriu significativa importância foi a sujeição ou não do CADE aos pareceres exarados pela AGU, após a sanção presidencial. Desta forma, o caso FINASA trouxe contribuições jurídicas importantes, não só na incompatibilidade normativa propriamente dita a respeito da autoridade competente para julgar fusões entre instituições financeiras, como também na análise da submissão da autarquia concorrencial as manifestações, oriundas da AGU. Carlos Ari Sunfeld consolidou os argumentos expedidos pelos conselheiros que foram favoráveis ou não à sujeição do CADE aos pareceres exarados pela Advocacia-Geral da União, sancionados pelo Presidente da República.²⁵

A primeira tese, defendida pelos conselheiros João Grandino Rodas e Hebe Romano, admite a vinculação do CADE aos pareceres procedentes da AGU e tem como fundamento de validade o fato de que todas as autarquias, mesmo aquelas sob regime especial, não gozam de independência total em relação ao poder central da Administração Pública, submetidas, portanto, a um rigoroso controle autárquico

²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

imprescindível a promoção do cumprimento de metas e coordenação das diretrizes das entidades.²⁶

A ideia da vinculação das entidades da Administração Pública aos pareceres advindos da AGU, após sanção presidencial, fundamenta-se no artigo 40, parágrafo primeiro, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União nº 73/93.²⁷ Referido dispositivo prescreve que os pareceres da AGU, sancionados pelo Presidente da República, vinculam a Administração Direta e, portanto, todas as entidades e órgãos ficam obrigados a cumpri-los. Além desta obrigação legal de submissão, imposta às entidades governamentais, a AGU exerce função de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Lei Complementar nº 73/93.²⁸ Diante disto, a interpretação dos conselheiros que opinaram pela vinculação do CADE aos pareceres, foi no sentido de reconhecer a necessária submissão da autarquia aos pareceres da AGU, tendo em vista a competência técnica para solução de divergência de opiniões entre autarquias.

Soma-se aos dispositivos mencionados, o fato de que o artigo 3º, XI a Lei Complementar nº 73/93, prevê, expressamente, como uma das atribuições do Advogado-Geral da União a função de dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.²⁹ Assim, portanto, nas hipóteses de conflito de competência entre entidades integrantes da Administração Federal, a Advocacia-Geral da União poderá ser convidada a manifestar-se, de maneira fundamentada, para a resolução do conflito de competência entre as partes. Após a devida intimação e exposição dos motivos pela AGU, o seu parecer é encaminhado ao Presidente da República, para que este aprove, ou não, o entendimento exarado no documento. E, após a sua aprovação, deverá ser de observância obrigatória a todas as entidades.

Ademais, os conselheiros Hebe Romano e João Grandino Rodas, em seus respectivos votos, identificaram, ainda, que são princípios fundamentais da Administração Pública, a coordenação e o controle das demais entidades vinculadas,

²⁶ O inteiro teor dos votos pode ser lido em: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 461 e ss.

²⁷ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. §1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

²⁸ Art. 1º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

²⁹ Art. 3º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

na forma do artigo 6º, incisos II e V do Decreto-Lei nº 200/67.³⁰ A propósito, a forma e âmbito de coordenação, estão previstos no artigo 8º, parágrafo primeiro do Decreto-Lei, consubstanciado na execução dos planos e programas de governo, coordenados e em todos os níveis da Administração Pública.³¹ O controle encontra fundamento de validade no artigo 13º do Decreto-Lei nº 200/67, o qual estabelece que ele será exercido, igualmente à coordenação, em todos os graus da Administração.³² Desta maneira, durante a sua atuação, o Poder Público deve exercer a atividade de ordenação e comando sobre as demais entidades vinculadas.

Assim, com base nesses dispositivos citados que João Grandino Rodas, acompanhando pela Conselheira Hebe Romano, advogaram pela submissão do CADE aos pareceres oriundos da AGU e aprovados pelo Presidente da República, sem a possibilidade de questioná-lo em seu mérito. Segundo os conselheiros, ainda que se discorde do mérito da decisão, a Advocacia-Geral da União é o órgão competente para solução de conflitos entre as entidades, bem como a Administração Federal tem poder de comando e controle, os quais devem ser respeitados. Assim, a liberdade funcional das autarquias não seria irrestrita.

Cassio Scarpinella Bueno assevera que não há dúvidas sobre o efeito vinculante dos pareceres da AGU, quando sancionados pelo Presidente da República. A questão é mais ampla no sentido de que a solução dada pela AGU reduziu a competência institucional, reservada por lei, ao CADE. Portanto, não se pode admitir que a AGU esvazie a competência de alguma entidade, na medida em que não defende, necessariamente, o Estado Brasileiro ou interesse público primário.³³ A Advocacia-Geral da União é uma instituição voltada a representar a União Federal em juízo e fora dele,

³⁰ Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento; II - Coordenação; III - Descentralização; IV - Delegação de Competência; V - Controle.

³¹ Art. 8º As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução dos planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação. §1º A coordenação será exercida em todos os níveis da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em cada nível administrativo.

³² Art. 13º O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 50.

bem como assessorar o Poder Executivo, sendo, inclusive, de livre nomeação do Presidente da República, na forma do artigo 131, parágrafo primeiro da CF/88.³⁴

Em contraponto, Darwin Correa acentua que não houve qualquer aniquilamento da competência do CADE no que se refere à repressão de condutas anticoncorrenciais. Segundo o autor, o parecer da AGU apenas entendeu que para a hipótese de atos de concentração econômica, envolvendo instituições financeiras, a competência é exclusiva do BACEN. Tão somente neste caso. Não foi suprimida, em qualquer medida, a competência do CADE para prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica.³⁵

A segunda tese manifestada, por ocasião do referido julgamento do caso FINASA, a qual foi defendida pelos demais conselheiros do CADE, baseia-se na ideia de negação da sujeição do CADE aos pareceres procedentes da Advocacia-Geral da União. A argumentação pode ser extraída dos votos dos conselheiros Celso Campilongo e Ronaldo Porto Macedo Junior³⁶ e divididos em processual, material e funcional.³⁷

O primeiro argumento refratário à tese da sujeição, de natureza processual, baseia-se na ausência de submissão das autarquias em relação às ordens emanadas pelo Poder Executivo. Não há poder geral de controle e tutela do Poder Executivo. Ao assumir o mandato, ao chefe do Poder Executivo não lhe é outorgada uma “carta branca” de controle e coordenação que pode ser utilizada ao seu bel prazer. Ao contrário, a tutela e o controle administrativo realizado pelo Executivo tem seus limites estipulados na própria lei criadora da autarquia. Some-se a isso, que a própria lei instituidora do CADE não prescreve qualquer disposição relativa à submissão da autarquia a outros entes ou órgãos da Administração. Desta maneira, a partir de uma interpretação restritiva do artigo 40, parágrafo primeiro, da Lei Complementar nº 73/93, os pareceres, oriundo das Advocacia-Geral da União, aprovados pelo Presidente da

³⁴ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jan. 2019

³⁵ CORREA, Darwin. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 78.

³⁶ O inteiro teor dos votos pode ser lido em: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 461 e ss.

³⁷ A presente divisão foi adotada por Cassio Scarpinella Bueno em: BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 52.

República, vinculariam apenas organismos da Administração Pública Direta e entes da Administração Pública Indireta que sejam obrigados por força da sua lei criadora.

Carlos Ari Sunfeld afirma que para força vinculante das orientações ditas pela AGU e o Presidente da República alcançasse todos os entes da Administração Pública, a LC nº 73/93 deveria ter dito exatamente isso. E não o fez. Segundo o autor, não se pode admitir que a vinculação estivesse implícita na expressão “Administração Federal”. Nesse sentido, ao se reconhecer uma extensão de poderes de tamanha envergadura a AGU implica na derrogação de diversos mandamentos voltados a delinear a independência decisória do ente. Excedendo, deste modo, os limites do aceitável pela hermenêutica jurídica. Além do mais, acrescenta o autor, este “silêncio eloquente” da LC nº 73/93, a respeito das entidades submetidas as manifestações da AGU, decorrente da própria forma de organização da Administração Pública contemporânea, complexa e descentralizada, implica na conclusão de que os entes administrativos não se sujeitam de maneira uniforme às orientações da chefia do Poder Executivo. O autor ressalva que há determinadas entidades, cuja independência é fator fundamental, tal qual é o caso do CADE. Nestas hipóteses, não se pode admitir a interpretação extensiva da LC 73/93, de modo a permitir que os pareceres da AGU as vincule.³⁸

A ausência de poder geral de controle do Poder Executivo também se manifesta na própria qualidade de autarquia. Não se justifica a mera criação de órgãos internos ao Poder Executivo, especializados, mas com funções auxiliares, sem qualquer independência, tendo em vista que não se atenderiam as demandas mais complexas e urgentes da coletividade. Naturalmente, nenhum modelo administrativo é inteiramente descentralizado ou centralizado, descentralização é um valor amplamente reconhecido, seja no seio de uma única organização administrativa, seja com referência ao relacionamento entre múltiplas estruturas, que fazem parte de uma organização mais abrangente vista em sua totalidade.³⁹

Isso não significa dizer que não exista ou, melhor dizendo, que não seja necessária a existência de controle sobre as atividades do CADE. Contudo, o controle deve se restringir as atividades-meio da autarquia concorrencial e não recair sobre a sua atividade-fim, pelo que esta última não deve estar submetida a qualquer controle interno, no âmbito do Poder Executivo.⁴⁰ Assim, é certo que a lei de criação da AGU

³⁸ SUNDFELD. Carlos Ari. Op. cit. p. 38-39

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, pp. 105-122, abr. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

⁴⁰ Sobre atividade-fim x atividade-meio, vale apenas destacar a distinção promovida pelo conselheiro Marcos

admite que seus pareceres, desde que aprovados pelo Presidente da República, tenham caráter vinculante. Por sua vez, não é correto entender que as orientações podem afetar o cumprimento da missão institucional imposta pela lei que, em última análise, justifica sua criação e subsistência.⁴¹

A autonomia funcional do CADE emerge, como visto, do próprio ideário que permeou a criação das autarquias sob regime especial, com o propósito de impedir arbitrariedades e permitir o afastamento das decisões envolvendo estes setores do debate político.⁴² A propósito, Floriano de Azevedo Marques reforça que o surgimento das autarquias foi justamente para atender os reclamos de descentralização administrativa com o objetivo de dotar alguns órgãos públicos de autonomia em face do poder político centralizador, sendo que a independência delas é um traço fundamental na sua conceituação, na medida em que se assim não for, deixará de ser autarquia e passará a ser mais um órgão da Administração Direta.⁴³

O CADE é integrante da Administração Indireta, dotado de autonomia funcional, orçamentária e, mais ainda, com liberdade para a tomada, em última instância, de decisões envolvendo questões de antitruste. O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que, por ser autarquia de natureza especial, não se encontra inserido dentro do Poder Executivo. Neste sentido, este distanciamento do poder central se dá, basicamente, sob dois prismas: (i) inexistência do poder de direção em relação à atividade fim da autarquia; e (ii) inexistência de hierarquia entre a administração direta e a administração indireta.⁴⁴

O segundo motivo pelo qual a maioria de conselheiros do CADE entendeu por bem não se submeter ao parecer da AGU, referiu-se à inexistência de hierarquia entre a Lei complementar nº 73/93 e a Lei antitruste. De acordo com os conselheiros, as referidas leis não possuem um campo material comum e, portanto, nenhuma delas pode sobrepor-se a outra. Além disso, o CADE desempenha uma função ligada ao Estado e não ao governo. Dessa forma, a política pública concorrencial deve ser voltada para o atendimento da função precípua do CADE: reprimir às infrações a ordem

Paulo Veríssimo, no julgamento do ato de concentração nº 08700.003070/2010-14. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcfASRUbiKq5e2HXHZoPDKH64xMQSSOYLuFSMRLE6g_c. Acesso em: 01 de janeiro de 2019.

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit. p. 55.

⁴² Referido entendimento pode ser observado no voto do ministro Celso Campilongo no ato de concentração 08012.006762/2000-09.

⁴³ MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste a Importância da Independência do Regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 96.

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit. p. 33

econômica. Por sua vez, a Advocacia-Geral da União é um órgão governamental, diretamente ligado à Administração Direta. Se, em alguma medida, exercer influência sobre o CADE, estaria violando a independência funcional das autarquias.

A terceira razão manifestada pelos conselheiros do CADE que assumiram a posição de não se submeter ao parecer da AGU é de natureza funcional. No entender dos conselheiros, o artigo 50 da antiga Lei antitruste nº 8.884/94 prescrevia a expressa irrecorribilidade das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo devendo, imediatamente após, promover a sua execução e comunicar, em seguida, ao Ministério Público para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.⁴⁵ Referido dispositivo reforçaria a inexistência de qualquer relação hierárquica entre o CADE e outro ente da Administração Federal. É de se admitir, inclusive, que foi justamente esta a intenção do legislador com o objetivo de impedir qualquer ingerência do Poder Executivo nas atividades-fim do CADE. Nesse sentido, o ordenamento concorrencial, propositadamente, não prescreve qualquer forma de recurso hierárquico entre os poderes no sistema antitruste brasileiro, isto é, não se pode impugnar as decisões pela via do Poder Executivo, só podendo ser alteradas, se devidamente comprovadas, por meio da judicialização do problema.

Em síntese, Cassio Scarpinella Bueno acentua que se revela inadmissível a AGU atrair esta qualidade de arbitro para si, com o beneplácito vinculante e foros de definitividade, devendo todos aqueles que compõe a Administração Federal que se conformar com a solução apontada. Se assim for, o CADE estaria a assistir à sua extinção parcial, uma vez que não estaria mais habilitado a apreciar atos de concentração econômica entre instituições financeiras. E, referida derrogação de poderes, origina-se de um parecer e não de lei.⁴⁶

Este parece ser o entendimento mais adequado sobre o tema. Desta forma, diante da ausência de prescrição legal, entende-se que está vedado qualquer poder de direção em relação as atividades finalísticas do CADE. Portanto, é correta a tese da ausência de submissão dos conselheiros do CADE aos precedentes oriundos da Advocacia-Geral da União, ainda que aprovados pelo Presidente da República, diante da sua independência funcional, fixada por lei, como também diante do fato do CADE não integrar a estrutura do Poder Executivo.

⁴⁵ Art. 50 As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Op. cit.** p. 67.

De outra parte, há que se considerar a ressalva feita por Carlos Ari Sunfeld no sentido de que o afastamento do controle finalístico das atividades pelo Poder Executivo, por si só, não implica no reconhecimento que a existência de controle oriundo do poder central encarregado de solucionar conflitos implicaria na mácula a independência do CADE. Está-se diante de uma, propositada ou não, carência normativa que atribui a AGU o controle da atividade-fim do CADE, mas se a lei existisse também não seria incompatível com a independência decisória da entidade.⁴⁷

Contudo, ainda que se examine a sujeição ou não do CADE aos pareceres, oriundos da Advocacia-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República, a essência do conflito entre o CADE e o BACEN reside em torno da suposta incompatibilidade normativa entre a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 8.884/94 (atual Lei nº 12.529/11), o qual será examinada a seguir.

1.3 UM LADO DA MOEDA: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO BACEN: O PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

O parecer nº GM – 020, oriundo da Advocacia-Geral da União, certamente é o marco argumentativo e teórico mais significativo que revela a tese da competência privativa do Banco Central para análise e julgamento de ato de concentração econômica envolvendo instituições financeiras. Isto porque se trata da primeira manifestação formal de algum órgão a respeito do assunto, após a divergência de opiniões entre as procuradorias das duas autarquias. Dessa forma, os argumentos apresentados no parecer da Advocacia-Geral da União serviram como fundamentos de motivação aos conselheiros do CADE favoráveis à defesa da competência privativa do BACEN. No âmbito do Poder Judiciário, não foram introduzidos novos argumentos quando da submissão do assunto ao seu crivo, tendo em vista que se discutiu, exclusivamente, se o parecer da AGU produziria efeito vinculante perante o órgão concorrencial. Daí, examina-se a questão à luz dos motivos expostos pela AGU na defesa da sua posição favorável ao BACEN.⁴⁸

⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit. p. 42

⁴⁸ FORGIONI, Paula Andréa; GRAU, Eros Roberto. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia geral da União. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, v. 8, pp. 51-77, 2004.

Antes de promover a análise das razões apresentadas pela AGU, é importante destacar o contexto histórico e a importância do BACEN no momento da sua criação. A Lei nº 4.595/64 instituiu o BACEN como a entidade máxima do sistema financeiro nacional, conferindo-lhe diversas atribuições, dentre elas, a de ente fiscalizador das instituições financeiras, podendo, inclusive, impor sanções em eventuais infrações econômicas (artigo 10, IX). No aspecto fiscalizatório do BACEN, também está compreendida a concessão de autorização às instituições financeiras, a fim de que possam realizar operações societárias de transformação, fusão e incorporação (artigo 10, X, “c”). Portanto, a intenção do legislador era conferir uma série de poderes ao BACEN, a fim de dotá-lo como o órgão máximo do sistema financeiro nacional. Desta maneira, por meio da ordenação e coordenação das suas atribuições, possibilitaria desenvolver a economia e permitir o crescimento nacional.

Com a edição da referida Lei, inaugurou-se, assim, o sistema financeiro nacional brasileiro, tendo como entidades integrantes o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Banco do Brasil, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e demais instituições financeiras públicas e um sistema financeiro privado, compreendendo as instituições financeiras não federais e demais instituições financeiras públicas e privadas. Sob o ponto de vista fiscalizatório, como dito, a Lei nº 4.595/64 conferiu papel central ao BACEN na medida em que todas as instituições financeiras estariam sob o “manto” desta entidade, sendo autorizada, inclusive, a intervenção para correção de falhas estruturais e operacionais.⁴⁹ Em termos estruturais, pela primeira vez, o país vivenciava a constituição de órgãos para a atuação de modo coordenado e organizado com o objetivo precípua de promover o progresso nacional.⁵⁰

Na reforma bancária de 1964, a intenção do legislador certamente não era a de regular a concorrência no mercado e as fusões bancárias, mas sim com a criação de uma entidade que chefiasse e coordenasse todo o sistema financeiro, visto que no Brasil não existia qualquer instituição semelhante a esta⁵¹. Portanto, o BACEN emergiu com papel fundamental para o bom funcionamento do mercado, por ser o responsável exclusivo pela emissão da moeda, além de realizar operações bancárias – empréstimos, descontos às instituições financeiras. Além disso, compete ao BACEN gerir as

⁴⁹ Art. 45 As instituições financeiras públicas não federais e as privadas estão sujeitas, nos termos da legislação vigente, à intervenção efetuada pelo Banco Central da República do Brasil ou à liquidação extrajudicial.

⁵⁰ TURCZYŃ. Sidnei. **O Sistema Financeiro Nacional e Regulação Bancária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 103.

⁵¹ A expressão reforma bancária foi usada pela doutrina para designar a alteração do regime jurídico vivenciado até 1964. A reforma estruturou o sistema financeiro nacional. *In*: TURCZYŃ, Sidnei. op. cit. p. 104.

reservas oficiais de ouro e capital estrangeiro, bem como ser o responsável por executar compra e venda de títulos públicos, facilitando assim a política monetária adotada pelo Governo. No entanto, uma das suas principais funções refere-se à fiscalização de outras instituições financeiras e a aplicação de penalidades.

Desta forma, o objetivo principal da reforma bancária de 1964 era o de sanar uma necessidade nacional relativa a existência de um sistema financeiro único e integrado. Assim, ao Banco Central e as autoridades monetárias eram dotados de plena autonomia, sendo permitido ao Conselho Monetário Nacional definir a política monetária, por meio de deliberação da maioria simples de seus membros. A referida independência de atuação era tamanha que, não à toa, como lembra Fernando de Holanda o Ato Institucional nº 5/1968, da Junta Militar que governou o país naquela época, tornou letra morta esta autonomia ao suspender as garantias legais daqueles que exerciam mandato fixo.⁵²

Posteriormente, depois da redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 192 que a organização do sistema financeiro nacional deveria ser promovida, exclusivamente, por lei complementar (que requer aprovação pela maioria absoluta do Congresso Nacional).⁵³ Desta forma, tendo em vista que a Lei 4.595/64 foi recebida pelo sistema constitucional da CF/88 com *status* de lei complementar, argumenta-se que os casos de concentração econômica, entre instituições financeiras, devem ser examinados sob o enfoque desta lei.

Carlos Ari Sunfeld, ao examinar o discutido parecer, promoveu a consolidação dos argumentos favoráveis à tese defendida pela AGU que atribui competência privativa ao BACEN.⁵⁴ O primeiro argumento corresponde a aceitação da ideia de que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada pela CF/1988 com *status* de lei complementar, muito embora inexista qualquer dispositivo constitucional que reconheça este fato. Na verdade, o raciocínio mais adequado é que a partir da ordem constitucional de 1988, o sistema financeiro nacional deveria ser regulado por lei complementar, por força do que prescreve o artigo 192 da CF/88. Assim, de modo a aproveitar a Lei nº 4.595/64 que já regulava o sistema financeiro nacional antes da promulgação da CF/88, admitiu-se a sua recepção com *status* de lei complementar.

⁵² BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

⁵³ 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.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. op. cit. p. 10.

A partir de uma leitura menos atenta a respeito da admissão da Lei nº 4.595/64, pela ordem constitucional vigente, com natureza de lei complementar, alcança-se a óbvia conclusão que o BACEN detém a autoridade para julgar atos de concentração econômica entre instituições financeiras. Isto porque, o artigo 18, parágrafo segundo, da referida lei prescreve que compete ao BACEN, no exercício da fiscalização que lhe compete, regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena. Assim sendo, infere-se que o Banco Central, no exercício de seu poder fiscalizatório, regularia as condições de concorrência entre instituições financeiras, inclusive podendo aplicar multas para coibir infrações. Ademais, o artigo 10, inciso X, alínea “c”, da mesma lei, estabelece que compete privativamente ao Banco Central conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas. Portanto, da conjugação dos dois dispositivos mencionados, bem como do reconhecimento de que o sistema financeiro nacional deva ser regulado por lei complementar, qualidade atribuída a Lei nº 4.595/64, conclui-se que o Banco Central deteria a competência exclusiva para promover a tutela da concorrência no setor financeiro.

É importante ressaltar que o fenômeno da recepção constitucional se justifica pela necessidade de não haver solução de continuidade de um sem número de relações jurídicas,⁵⁵ sendo que as normas não são recepcionadas pelo simples fato de permanecerem válidas. Ocorre, de fato, uma novação, sendo que seu fundamento de validade passa a ser a nova Constituição e não a pretérita,⁵⁶ assim, recebendo novo suporte, novo apoio, expresso ou tácito da Constituição vigente.⁵⁷ Jorge Miranda ressalta que nem todas as normas infraconstitucionais são recepcionadas pela atual Constituição, relativamente ao Direito ordinário, ela tem apenas de penetrar e impregnar seus valores de maneira a modular e se possível e necessário transformá-la, tendo três corolários principais: (i) os princípios gerais de todos os ramos de Direito passam a ser calcados na nova ordem constitucional criada; (ii) as normas legais e regulamentares vigentes à entrada em vigor da nova Constituição têm de ser reinterpretadas em face desta e; (iii) as normas contrárias não podem subsistir.⁵⁸

No entanto, Odete Medauar adverte que o simples reconhecimento de que a Lei nº 4.595/64 é complementar, não dá ao BACEN a prerrogativa exclusiva de julgar

⁵⁵ BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 21.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 114.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: 2010, p. 243.

matéria concorrencial. A autora acentua que a matéria dessa lei complementar se cinge somente ao sistema financeiro nacional, se dentre seus preceitos constar as atribuições do BACEN, não se pode deduzir que delas advenham competências de natureza concorrencial, especialmente pela existência uma entidade antitruste especializada. Merece destaque que, na opinião da autora, não há qualquer conflito de competência entre as duas entidades. Ao contrário, afirma que são competências que não se confundem.⁵⁹

O segundo fundamento, apresentado pela AGU, é no sentido de que diante da existência de conflito de normas deve-se adotar o critério especial em relação ao geral, e, por essa razão também deve prevalecer o entendimento de que a lei específica da regulação de instituições financeiras aplica-se preferencialmente em relação à lei geral da concorrência. Portanto, a regulação concorrencial atribuída ao CADE teria caráter geral em relação à especialidade da Lei do BACEN.

Fernando J. Cardim de Carvalho destaca que o conflito entre a regulação financeira e a regulação antitruste emergiu quando se atribuiu diversas competências ao BACEN, quando da promulgação da Lei nº 4.595/64. Isto porque, um banco central, tradicionalmente, pode ou não ser o responsável pela regulação e pelo controle e contenção dos riscos sistêmicos provocados pelas instituições financeiras. Nesta hipótese, em que o banco central regula e pune as condutas, é que surge a desordem de competências.⁶⁰

Vale destaque a crítica apontada por Fernando Herren Aguilar. Na opinião do autor, o BACEN não detém a competência específica. Em matéria de concentração entres instituições financeiras, a sua capacidade é genérica, especialmente porque existe um órgão competente, com instrumental de trabalho e profissionais especializados para suscitar e julgar a fuso. Deste modo, o BACEN pode, em seu papel de veiculador de políticas públicas do governo federal, desconsiderar os aspectos concorrenciais.⁶¹

O terceiro argumento encontra respaldo na Lei nº 9.447/1997 que supostamente teria deferido ao Banco Central não somente a competência para

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. Conflito de competência entre o CADE e BACEN?. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 120.

⁶⁰ CARVALHO, Fernando Cardim de Carvalho. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 263.

⁶¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. *In* Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 93.

juízo de atos de concentração de instituições financeiras, mas também, para fortalecer as suas prerrogativas, atribuiu a ele o poder de determinar a transferência de controle acionário, capitalização com a porte de novos recursos e reorganizações societárias, inclusive mediante fusão, incorporação ou cisão.

Neste entendimento, na literalidade do artigo 5º da Lei nº 9.447/1997 o BACEN está autorizado, 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 a capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu seguimento, em montante por ele fixado; a transferência do controle acionário; ou reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.⁶² No entanto, esta intervenção se dará apenas nas hipóteses previstas nos artigos 2º⁶³ e 15⁶⁴ da Lei nº 6.024/1974, e no artigo 1º do Decreto-lei nº 2.321/87.⁶⁵

Desta forma, o artigo 5º da Lei nº 9.447/1997 faculta ao BACEN, 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,

⁶² 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 seguimento, em montante por ele fixado; II - transferência do controle acionário; III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão. .

⁶³ Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição: I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização; III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

⁶⁴ Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira: I - ex officio : a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

⁶⁵ Art. 1º O Banco Central do Brasil poderá decretar regime de administração especial temporária, na forma regulada por este decreto-lei, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, autorizadas a funcionar nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, quando nelas verificar: a) prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal; b) existência de passivo a descoberto; c) descumprimento das normas referentes à conta de Reservas Bancárias mantida no Banco Central do Brasil; d) gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores; e) ocorrência de qualquer das situações descritas no artigo 2º da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

determinar a capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado; a transferência do controle acionário; ou reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.⁶⁶ No entanto, esta intervenção se dará apenas nas hipóteses previstas nos artigos 2º⁶⁷ e 15º⁶⁸ da Lei nº 6.024/1974, e no artigo 1º do Decreto-lei nº 2.321/87.⁶⁹

Odete Medauar critica este posicionamento sustentando que são diplomas que não tratam especificamente de matéria concorrencial no sistema financeiro. A Lei nº 6.024/74 dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 2.321/87 dispõe sobre a criação, em defesa das finanças públicas, regime de administração temporária. Desta forma, os referidos diplomas cuidam de situações de anomalias em instituições financeiras, que exigem atuação mais forte do BACEN, mas em defesa dos depositantes e dos investidores. Assim, segundo a autora, mostra-se inviável deduzir-se, com base na Lei nº 6.024/74 e no Decreto-Lei nº 2.321/87, a competência privativa do BACEN para julgamento de concentração econômica no sistema financeiro. Acrescenta, ainda, que há uma flagrante inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 9.447/1997, na medida em que o

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição: I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores; II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização; III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

⁶⁸ Art. 15º Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira: I - ex officio : a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência; b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais; c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

⁶⁹ Art. 1º O Banco Central do Brasil poderá decretar regime de administração especial temporária, na forma regulada por este decreto-lei, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, autorizadas a funcionar nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, quando nelas verificar: a) prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal; b) existência de passivo a descoberto; c) descumprimento das normas referentes à conta de Reservas Bancárias mantida no Banco Central do Brasil; d) gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores; e) ocorrência de qualquer das situações descritas no artigo 2º da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

artigo 192 da CF/88 determina que o sistema financeiro nacional, incluindo as competências do Banco Central, sejam fixados por lei complementar.⁷⁰

O quarto e derradeiro argumento articulado pela AGU para fundamentar seu entendimento assevera que, no caso específico das instituições financeiras, o Banco Central do Brasil tem poderes análogos aos do Conselho de Administração de Defesa Econômica. Isto porque, na opinião da AGU, é certo que o legislador, ao prever na Lei nº 4.595/64, penalidades para atos infracionais, inclusive da concorrência, e a Constituição Federal de 1988 ao tê-la absorvido como lei complementar, atribuiu ao BACEN expressa competência para o julgamento de atos de concentração de instituições financeiras⁷¹.

Calixto Salomão Filho assegura que não há analogia de poderes. Mas, nestes setores da economia, a regulação deve, necessariamente, atender a higidez e a concorrência do sistema. A regulação serve não para criar a concorrência, mas para impedir que ela desapareça em um ambiente que se ria condições propícias para tanto. Assim, portanto, a manutenção da higidez do sistema financeiro nacional, pelo BACEN, é consentânea a preservação da concorrência pelo CADE, mediante a repressão de condutas anticoncorrenciais.⁷²

Desta forma, a conjugação dos argumentos apresentados pelo parecer da AGU redundaria no reconhecimento da competência privativa do BACEN, na qualidade de fiscalizador do sistema financeiro nacional, para análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica entre instituições financeira. E, neste cenário, o Banco Central estaria autorizado a realizar o exame de questões concorrenciais.⁷³

Não há dúvida, portanto, que o parecer da AGU pró competência privativa do BACEN para julgamento de atos de concentração bancária contribuiu muito para fomentar a discussão sobre o conflito entre CADE e BACEN. De outra maneira, faz-se imperioso realizar o exame dos argumentos contrários à tese defendida pela AGU no sentido de se reconhecer o CADE como a autoridade máxima para exame da matéria.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. Conflito de competência entre o CADE e BACEN?. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 125.

⁷¹ O inteiro teor do parecer da AGU pode ser verificado em: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, pp. 441-460, 2002.

⁷² FILHO, Calixto Salomão. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 141.

⁷³ SZRAJN, Rachel; SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. **Revista de Direito Mercantil**, nº 123. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161.

1.4 O OUTRO LADO DA MOEDA: COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CADE

Se de um lado tem-se o parecer da AGU como condutor de toda a argumentação favorável a competência privativa do BACEN para o julgamento de atos de concentração entre instituições financeiras, de outro lado apresenta-se o voto do conselheiro Celso Fernandes Campilongo como a principal inspiração aos que advogam pela competência exclusiva do CADE para o exame da matéria em comento.⁷⁴

Segundo o voto do conselheiro Campilongo, o primeiro fundamento baseia-se no fato de que o BACEN exerce a função regulatória e o CADE a função adjudicatória. Assim, a regulação prudencial deve ser feita pelo BACEN, mediante normas programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais e limitem previamente a livre iniciativa dos agentes de mercado em nome dos valores setoriais prestigiados constitucionalmente. Já o CADE, em sua prerrogativa adjudicatória concorrencial, não tem o poder de regular a concorrência dos mercados, apenas julga atos concretos à luz das regras e princípios da ordem econômica.⁷⁵

O segundo argumento, apresentado no voto do conselheiro Campilongo, refere-se à ausência de imunidade antitruste para o setor financeiro, seja na Constituição Federal de 1988, seja na lei concorrencial. Odete Medauar afirma que a antiga lei antitruste nº 8.884/1994 não outorgou qualquer espécie de isenção a

⁷⁴ O inteiro teor do voto pode ser verificado em: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 471.

⁷⁵ Desde a Constituição de 1934, é tema recorrente nas constituições brasileiras a disponibilização de espaço destinado ao tratamento da forma de atuação do Estado no domínio econômico. O artigo 115 da Constituição Federal de 1934 prescreveu que a ordem econômica deveria ser organizada, conforme os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica". A Constituição Federal de 1937, igualmente, previu a livre iniciativa nos limites da prosperidade nacional, como assinalou o artigo 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 da 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 no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo forma do controle, do estímulo ou da gestão direta". Registre-se, por oportuno, que é no texto constitucional de 1937 que se apresenta, pela primeira vez, a locução de "intervenção" do Estado no domínio econômico, com o propósito específico de correção das deficiências individuais e/ou para coordenação dos fatores de produção. A Constituição de 1946 manteve o ideário social prevendo, em seu artigo 145, que a "ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano". A Constituição de 1967, em seu texto original, conservou a tradição de manutenção da ordem econômica focada na promoção de justiça social. Cumpre destacar, novamente, que a desde a Constituição de 1934 os valores da livre iniciativa e justiça social são preservados e sempre intimamente ligados. Na Constituição de 1988, o Estado adquiriu papel de profunda importância no direcionamento da atividade econômica, passando a intervir de modo mais ativo, seja sob a forma de regulador/indutor/fomentador, seja sob a forma de empresário. Sobre o tema: FILHO, Ubirajara Costódio. **O serviço postal no direito brasileiro**. Curitiba: JM, 2006, p. 31.

apreciação do CADE, na forma do seu artigo 54. Ao contrário, a lei estabelece as diretrizes para o controle.⁷⁶ Sobre as imunidades antitrustes, Calixto Salomão Filho aponta que em uma única hipótese é possível admiti-las. Trata-se do caso do planejamento econômico impositivo, prevista no artigo 174 da CF/88.⁷⁷ Na visão do autor, o regime de planejamento exige a intervenção direta do Estado, definindo as metas para o setor público. Casos essas metas sejam específicas, a ponto de ter que conciliar com as variáveis concorrenciais, então o comportamento do setor público é imune ao Direito concorrencial.⁷⁸

A terceira razão que atribui ao CADE a competência para julgamento das concentrações é histórica. Isto porque, segundo o voto de Campilongo, historicamente, a legislação do BACEN não foi talhada para a defesa da concorrência. Não há, a partir da análise da lei bancária, como se construir qualquer tipo jurídico dogmático-concorrencial. A referida lei trata, genericamente, em abusos de concorrência, sem torna-la apta para a tutela da concorrência no setor financeiro. A legislação bancária até poderia ter em si, a preocupação de preservar a concorrência, mas com o foco principal de manter a estabilidade do sistema financeiro e não com o desiderato de reprimir infrações à ordem econômica.

Este ponto merece uma pequena digressão histórica, decorrente da necessidade de se esclarecer o surgimento da legislação antitruste e das demandas da época do surgimento e da atual. No Brasil, a Lei nº 4.137/62 foi a primeira manifestação legislativa a regular o abuso do poder econômico.⁷⁹ Ela foi produzida sob a influência da Constituição Federal de 1946 e num momento histórico com maior intervenção direta do Estado no domínio econômico em comparação com períodos históricos anteriores. Na época da edição da Lei nº 4.137/62, a Constituição Federal vigente era a de 1946, que não demonstrava e nem tinha razão de ter, qualquer forma de preocupação com a concentração de mercado. João Bosco Leopoldino da Fonseca, sobre o tema, afirma que “quando promulgada a Lei n.4595, de 1964, estava ainda vigente o texto da Constituição de 1946, que, no seu artigo 148, determinava: “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de

⁷⁶ Art. 54. 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.

⁷⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁷⁸ FILHO, Calixto Salomão. Op. cit. p. 134.

⁷⁹ Nesta lei, evidenciou-se, ainda que de modo superficial, a preocupação do Estado Brasileiro em relação a dominação do mercado e as concentrações econômicas.

empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.⁸⁰ Analisando o referido dispositivo da Constituição de 1946, constata-se que a intenção do constituinte era o de regular o comportamento das empresas e não no desenvolvimento de uma política pública concorrencial que tivesse como objetivo a repressão de infrações contra a ordem econômica.

Desta forma, é quase senso comum na literatura jurídica de que foi a Lei 8.884/94 que introduziu a defesa da concorrência no Brasil.⁸¹ Darwin Corrêa alude que, embora o país conte com uma legislação antitruste desde 1962 com a edição da Lei n. 4137/1962, que instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, foi tão-somente com a Lei antitruste nº 8.884/1994, que o direito antitruste passou a ter relevância na tutela da ordem econômica.⁸² A Lei 8.884/94 é fruto de um processo histórico de mudança institucional que teve início na Constituição Federal de 1988 com forte regulação do Estado nos mercados.⁸³

Contudo, vale destacar que em nenhum momento pretendeu-se atribuir ao CADE a função de regulador da economia. Desta forma, a entidade concorrencial atuaria como um tribunal administrativo, apenas julgando com base nas normas postas. A propósito, como assevera Carlos Ari Sundfeld, ao citar o conselheiro Campilongo, o CADE tem independência para julgar, justamente porque não foi o responsável para regular.⁸⁴

No aspecto funcional, o CADE foi concebido pela Lei nº 4.137/1962 como um órgão interno do Ministério da Justiça, tendo como sua principal responsabilidade a de fiscalização da gestão econômica e do regime de contabilidade das empresas, inexistindo, na sua época de sua concepção, qualquer conflito normativo com o BACEN. Paula Forgioni relata que em 1962 o CADE tinha a função reprimir o abuso do poder econômico, preservando o próprio mercado, bem como estabelecer uma proteção ao

⁸⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 212-213.

⁸¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Op. Cit. p. 214.

⁸² CORRÊA, Darwin. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações de Lege Ferenda. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 23.

⁸³ SANTACRUZ, Ruy. Regulação de mercados e defesa da concorrência: o caso do Setor Bancário. In: CORRÊA, Darwin. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações de Lege Ferenda. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

consumidor, resguardando-o dos efeitos decorrentes do abuso do poder econômico. Na época, a aplicação da Lei nº 4.137/1962 encontrou bastante resistência, sendo comum a existência de vozes contrárias, não encontrando maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante que tenha corporificado em uma política de concorrência.⁸⁵

Em junho de 1994, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, pela Lei nº 8.884/1994. Referida lei instituiu a criação da Secretaria de Direito Econômico – SDE do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, além do CADE que seria constituído pelo plenário de conselheiros. O SDE, o SEAE e o CADE formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil. Sob a vigência desta lei, o CADE tornava-se o único responsável por julgar os processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e apreciar os atos de concentração (fusão, aquisição, etc.) submetidos à sua aprovação. Os processos eram instruídos pela SDE e pela SEAE, que emitiam pareceres técnicos não vinculativos, e julgados posteriormente pelo CADE.⁸⁶

⁸⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 109 e 121.

⁸⁶ Atualmente, vigora a Lei n.º 12.259/2011 – a qual revogou a Lei n.º 8.884/1994 - em que se estabelece o Sistema Brasileiro de Concorrência, visando regulamentar a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, especialmente o controle de concentrações econômicas, também chamado de controle preventivo concreto.⁸⁶ Referida Lei, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, estabelece, dentre outras disposições, expressamente, que a investigação dos casos de condutas anticoncorrenciais, a instrução dos atos de concentração para a apreciação, bem como o julgamento dos processos, compete ao CADE. Nessa organização interna do CADE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico é responsável pelas ações de advocacia da concorrência (instrução e análise preliminar dos casos) e o Departamento de Proteção e Defesa da Concorrência da Secretaria de Direito Econômico fará parte do corpo técnico. O CADE, ainda, é composto por um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável por julgar os atos de concentração e processos administrativos, uma Superintendência Geral, encarregada da instrução dos atos de concentração e processo administrativo, e, por um Departamento de Estudos Econômicos, investido da elaboração de pareceres técnicos e decisões científicas. A nova Lei do CADE introduziu a necessidade de análise prévia dos atos de concentração de concentração econômico, como recomendada pelas melhores práticas internacionais do Direito concorrencial, mas não aproveitou a oportunidade para resolver a disputa de competência entre CADE X BACEN. Anteriormente à Lei n.º 12.529/2011, o controle dos atos de concentração econômica era realizado a posteriori, pelo que somente após a realização da fusão e da aquisição das empresas é que se submetia todo o procedimento a aprovação do CADE, procedimento este que se revelou absolutamente ineficiente e gerou uma sensível insegurança jurídica às instituições financeiras que submetiam suas operações ao Conselho. De acordo com a nova Lei, os atos de concentração somente serão consumados após aprovação prévia do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, sendo que se a operação for finalizada antes da concordância do CADE, as partes envolvidas estarão submetidas a multa variável entre R\$ 60.000 e R\$ 60 milhões de reais. Com a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência nº 12.259/2011, o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência – SBDC foi simplificado e a política de defesa da concorrência no Brasil experimentou significativas mudanças. Pela nova legislação, o processo administrativo antitruste, visando a apuração de infrações à ordem econômica, passou a ser realizado pelo próprio CADE, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que eram antes da SDE e da SEAE. Portanto, o CADE adquiriu fundamental importância no Direito brasileiro antitruste. A alteração legislativa não se limitou à modificação das matérias examinadas pelo conselho do CADE, como também determinou uma nova organização funcional, sendo constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. A SDE foi extinta e a SEAE deixou

Vale ressaltar que, apesar de ser uma autarquia em regime especial, o CADE não é uma agência reguladora da concorrência, na medida em que não detém a prerrogativa de normatizar e regular o setor. Como disse Floriano de Azevedo Marques, o CADE vem se tornando cada vez mais um Tribunal Administrativo na acepção plena da palavra.⁸⁷ Desta forma, a autarquia concorrencial é responsável pelo julgamento e punição, em última instância, de toda e qualquer pessoa física ou jurídica que provoque alguma infração à ordem econômica. Além disso, uma de suas competências envolve a análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica, de modo a minimizar possíveis efeitos negativos no ambiente concorrencial de determinado mercado. Contudo, justamente para cumprir sua missão institucional de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”, o conselho dialoga com outras políticas públicas, articulando sua atuação com diversas instituições ligadas, direta ou indiretamente, à defesa da livre concorrência e dos direitos do consumidor.

O quarto argumento pró CADE remete à discussão da natureza da Lei nº 4.595/64. Segundo Carlos Ari Sunfeld, citando Campilongo, não procede a alegação que a Lei nº 4.595/64, por ter força de lei complementar, prevalece sobre a Lei nº 8.884-94, considerada ordinária. O artigo 192 trata da necessária regulação, mediante lei complementar, do sistema financeiro nacional. Nada tem a ver com a questão do controle concorrencial de estruturas, fundadas pelos artigos 170 e 173, parágrafo quarto, da CF/88. Deste modo, a tutela da concorrência é promovida pelo CADE, enquanto o BACEN é responsável pelo sistema financeiro. A premissa da Lei n.º 4.595/1964 não é a de proporcionar a defesa da concorrência econômica, mas, ao contrário, a regulação e a fiscalização do mercado financeiro. Por conta disso, estaria inapta para a tutela da concorrência nessa matéria.⁸⁸

de atuar na instrução processual e passou a ocupar função de procuradoria do CADE, promovendo a advocacia da concorrência perante órgãos do governo e a sociedade. Ainda de acordo com a nova legislação, coube à Superintendência-Geral do CADE desempenhar em grande parcela as funções que eram realizadas pela SDE e pela SEAE, como a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e a análise dos atos de concentração. Ao Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, foi incumbido de aprimorar as análises econômicas e fornecer maior segurança sobre os efeitos das decisões do CADE no mercado. No entanto, certamente a principal mudança introduzida pela Lei nº 12.529/2011 consistiu na exigência de submissão prévia ao CADE de fusões e aquisições de empresas que possam provocar alguma infração à ordem econômica. Pela legislação anterior, o CADE exercia apenas o controle a posteriori, assim, as operações poderiam ser comunicadas após a sua consumação. Portanto, todos os atos de concentração econômica devem ser submetidos a aprovação do CADE, não se admitindo qualquer hipótese de isenção antitruste, ou seja, inexistente qualquer setor da economia que não seja tutelado pelo CADE.

⁸⁷ MARQUES, Floriano Azevedo. Op. cit. 95.

⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.).

Por fim, o último argumento funda-se no suposto risco sistêmico, consubstanciado no fato de que a fusão entre instituições financeiras poderia provocar riscos à segurança, estabilidade e higidez do sistema financeiro. Diante disso, o BACEN, como autoridade máxima, deve se manifestar e assegurar que determinado ato de concentração, submetido a análise, não causará danos ao mercado. Contudo, consoante manifestação do conselheiro Campilongo, não se permite conferir imunidade antitruste como fundamento *ad terrorem*.⁸⁹

1.5 UMA TERCEIRA VIA: A COMPLEMENTARIEDADE DE COMPETÊNCIAS: MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS CADE/BACEN EM 2018

Uma terceira via na discussão sobre o conflito de competência entre o CADE e o BACEN é justamente a negação de sua existência. Darwin Corrêa esclarece que a política antitruste e a regulação prudencial são serviços públicos diametralmente diferentes, porém, complementares na sua essência, tendo em vista que tem como desiderato a promoção da eficiência econômica e do bem-estar da sociedade e, por isso, devem ser prestados, preferencialmente, por autoridades distintas, a fim de impedir que se confira maior relevância a uma determinada atividade, tornando ineficaz a outra. Além do mais, legislações distintas permitem reduzir os riscos de captura do legislador no âmbito da regulação prudencial, considerando seu maior nível de suscetibilidade a influências do que em relação a autoridade antitruste, especialmente por esta última relacionar-se com diversos setores da economia e não com um em especial.⁹⁰

A questão da suscetibilidade do regulador a influências, introduzidas pela teoria da captura, certamente é uma das razões mais relevantes para os juristas que defendem a complementariedade de competências. Marçal Justen Filho entende que tal fato ocorre quando a autarquia deixa de comprometer-se com a realização do interesse da coletividade e passa a produzir atos de modo a legitimar e atender assuntos privados do segmento regulado.⁹¹ Assim, com a regulação comprometida pela captura

Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

⁹⁰ CORREA, Darwin. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.* In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 29-48.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética,

de seus agentes, as autarquias distanciam-se de seus objetivos centrais de fiscalização e de controle setorial, tal qual o desenho institucional norte-americano, após o New Deal, baseou-se em agências com acentuado nível de autonomia em relação ao Poder Executivo, com o objetivo fundamental de afastar os interesses políticos e de particulares, sendo designados agentes neutros e com elevada qualificação técnica.⁹²

É certo, portanto, que a regulação setorial exerce forte influência em relação ao mercado, tanto de modo a corrigir as recorrentes falhas de mercado, quanto de maneira a fixar monopólios naturais e normas regulatórias com foco na competitividade de preços, diminuição de barreiras ao ingresso de sociedades empresárias e na adoção de diversas outras medidas com o objetivo principal de permitir a livre concorrência e livre iniciativa. A concorrência, neste contexto, não é o desígnio principal da regulação setorial, constituindo-se, apenas, como um de seus desideratos. De outra face, o órgão antitruste possui como alvo a defesa da concorrência, salvaguardando os direitos dos competidores do mercado, permitindo, ao final, o bem-estar do consumidor final do processo de circulação de bens e serviços. Assim, ainda que exista a lei antitruste estabeleça, em alguns casos, a exemplo de atos de concentração econômica, o controle preventivo do mercado, usualmente ele exerce o controle repressivo visando corrigir o abuso do poder econômico. Se, de um lado, a regulação setorial emerge a partir de uma escolha pública determinando o *modus operandi* de dado segmento econômico, por outro lado, o Direito concorrencial, possibilita conferir condições de concorrência entre os competidores.⁹³

De maneira parecida, porém focando a estrutura de mercado, Gesner Oliveira aponta a que a defesa da concorrência tem caráter mais geral do que a regulação. Esta última deveria existir, em princípio, quando houvesse uma falha de mercado cujo custo fosse superior ao da intervenção governamental. Assim, a atividade regulatória pressupõe uma determinada estrutura de mercado. Em contraste, a defesa da concorrência atua inclusive sobre a estrutura de mercado e pode, em determinadas circunstâncias, prevenir configurações anticoncorrenciais, tornando prescindível a própria regulação.⁹⁴

2002, p. 369-370.

⁹² New Deal foi o nome dado à série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do presidente Franklin Delano Roosevelt, dentre as quais a atribuição de absoluta autonomia as agências reguladoras: Sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 147-165, abr./jun. 2005.

⁹³ FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 360.

⁹⁴ OLIVEIRA, Gesner. Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura econômica comercial no Brasil. **Escola de Economia de São Paulo**. Texto para discussão n. 132. São Paulo: FGV, pp. 1-23, fev.

A regulação setorial, justamente por ter objetivos outros que diferem do órgão antitruste, pode ser em si anticoncorrencial. Tal restrição à concorrência pode ocorrer através do tabelamento de preços, controle de acesso aos mercados, incentivo às concentrações econômicas, dentre outras.⁹⁵ A política regulatória pode, em determinadas situações, como a de crise financeira, por exemplo, incentivar a concentração do mercado, trazendo prejuízos à concorrência, mas importante para a manutenção do sistema. A competência do órgão antitruste, em princípio, não deve subverter a pauta regulatória.⁹⁶

Interessante diferenciação é promovida por Fernando Herren Aguillar. Segundo o autor, o BACEN exercer o controle público de acesso ao mercado e o CADE julga eventuais limitações privadas de acesso ao mercado que venham a caracterizar infrações antitruste, incluindo a análise dos atos de concentração. A importância desta separação de autoridades reside na especialização de funções e na relativa autonomia atribuída ao órgão concorrencial, indispensável para um equilíbrio maior na gestão de competitividade dos mercados.⁹⁷ É a partir do conflito de competência entre regulador setorial e autoridade antitruste que se insere a briga entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica para apreciação dos atos de concentração envolvendo instituições financeiras, mas que vai muito além da mera sobreposição de análises, envolvendo toda a discussão exposta neste primeiro capítulo.

Considerando, enfim, que ambas as autarquias avocam para si 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 autoridades. Além disso, a ausência de diálogo entre as esferas pode, em última análise, comprometer a própria aplicação do Direito concorrencial na medida em que uma está desprovida da cooperação técnica da outra, algo indispensável para um setor tão complexo.⁹⁸

2004, p. 6. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1931/TD132.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

⁹⁵ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação setorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano.3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 194.

⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. **Revista do IBRAC**. São Paulo, v. 16, n. 1, pp. 29-43, 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

⁹⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Op. cit. p. 92.

⁹⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. **Análise de atos de concentração pelo Banco Central**. Levy & Salomão

Em 21 de agosto de 2017, por meio da Portaria Conjunta nº 3/2017,⁹⁹ foi instituído grupo de trabalho entre as duas autarquias, com a finalidade de realizar estudos sobre a defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sobretudo no que se refere à forma de atuação e os limites do CADE e do BACEN. A ideia central era o intercâmbio de informações, acervos de estudos e conhecimentos técnicos, além da promoção de seminários, palestras, cursos e visitas técnicas. O grupo de trabalho foi composto por quatro agentes de cada órgão com o intuito de desenvolver mútua cooperação e atuação harmônica.

A referida ação conjunta resultou na aprovação, em fevereiro de 2018, de um Memorando de Entendimentos n.º 2018, que dispõe sobre o acordo de cooperação estabelecido entre as duas autarquias, para o fim de se reconhecer a competência conjunta das entidades para julgamento de ato de concentração bancária, sendo que o BACEN ocupa a função de regulação setorial e, portanto, deve aprovar a fusão entre instituições financeiras e o CADE, como órgão máximo concorrencial, analisa os aspectos antitruste de operação.¹⁰⁰

Não obstante o reconhecido esforço conjunto das duas autarquias visando a solução do problema normativo, a verdade é que o memorando de entendimentos trouxe consigo uma série de normas gerais, as quais não impactam no cerne do problema. Por exemplo, a cláusula primeira estabelece o dever de cooperação das duas autarquias, as quais deverão envidar os melhores esforços de atuação e estabelecer formas de atuação conjunta, instituindo, inclusive, regras específicas para a análise de processos administrativos de controle de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e de apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, tendo em vista o interesse público na segurança jurídica, na eficiência, na higidez e na concorrência nos mercados regulados. Nada mais óbvio. De toda maneira, examinando o referido artigo, constata-se que a intenção deste acordo é justamente o de garantir a segurança jurídica a pretexto da eficiência. Ou seja, há uma evidente preferência pela eficiência em detrimento à estrita legalidade e observância das normas que atribuem competências distintas entre as autarquias.

Advogados. 25 maio 2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

⁹⁹ A portaria conjunta n. 3/2017 foi divulgada pelo CADE em seu sítio eletrônico em 21 ago. 2018, Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-bc-formam-grupo-de-trabalho-sobre-concorrencia-no-sistema-financeiro-nacional>> Acesso em: 21 ago. 2017.

¹⁰⁰ Informação disponível em: <<https://www.valor.com.br/politica/5459967/comissao-do-senado-aprova-projeto-sobre-cooperacao-entre-bc-e-cade>>.

Contrario sensu, a eficiência não é observada quando obriga o interessado na aprovação de ato de concentração bancária a promover o pedido perante as duas autarquias, conforme prescreve o artigo 2º do memorando de entendimento. E, mais do que isso, condiciona a eficácia do ato de aprovação da fusão bancária à expressa autorização da ambas as autarquias. Por outro lado, o BACEN poderá aprovar unilateralmente atos de concentração envolvendo instituição financeira, sempre que aspectos de natureza prudencial indiquem haver riscos relevantes e iminentes à solidez e à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional. Nesta hipótese, o BACEN notificará o CADE, indicando os fundamentos de sua decisão e informando se os aspectos de natureza prudencial abrangem toda a operação ou apenas mercados relevantes específicos, não sendo permitido ao CADE promover qualquer restrição de operação.

O Memorial de Entendimentos enumera, em sua cláusula 3.2, quais são os casos em que se admite a regulação prudencial unilateral do BACEN: (a) envolvam risco à solidez de instituição financeira ou de segmento do Sistema Financeiro Nacional; (b) comprometam a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e a prevenção de crise sistêmica; (c) prejudiquem a efetividade de regime de resolução aplicado em instituição financeira; (d) prejudiquem a efetividade de medidas necessárias para mitigar a necessidade de aplicação de regime de resolução.

As situações elencadas no memorando, autorizadoras da intervenção unilateral do BACEN, são absolutamente genéricas e reproduzem diplomas normativos já existentes. Desta forma, entende-se que também não resolve o assunto. Isto porque, na medida em que se a característica principal das autarquias sob regime especial, como é o CADE, é dota-las de independência funcional e decisória, a fim de evitar arbitrariedades, o BACEN pode se valer do argumento de que determinada fusão bancária compromete o Sistema Financeiro Nacional e aprovar o ato sem a concordância do CADE, o qual deverá, apenas, chancelá-lo.

Portanto, ainda que se reconheça a boa-fé das autarquias em resolver a incompatibilidade normativa, o memorial de entendimentos não solucionou o problema relativo à definição da autoridade máxima em matéria concorrencial, pois, como visto, o BACEN pode, a pretexto de garantir a higidez do Sistema Financeiro Nacional, autorizar atos de concentração unilateralmente. Em igual medida, não garantiu a independência decisória e funcional do CADE em matéria concorrencial, na medida em que os atos aprovados pela autarquia concorrencial, sempre dependerão da anuência do BACEN, sob pena de não ser conferida eficácia a operação. E, de outro viés, o memorial de entendimentos provocou o surgimento da discussão sobre a legalidade do acordo e se

existe a prevalência do princípio da eficiência em relação aos demais princípios da Administração Pública, sobretudo ao princípio da eficiência.

CAPITULO 2 - O PROBLEMA DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA: EFICIÊNCIA COMO PRESSUPOSTO REGULATÓRIO

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO - A BUSCA PELA EFICIÊNCIA

Em sua fase inicial, a Administração Pública do século XX é pautada por um modelo oligárquico e patrimonialista, com intenso predomínio da cultura da corrupção, nepotista e, sobretudo, marcada por uma gestão pública notadamente ineficiente, na medida em que a função pública servia a interesses privados aristocráticos.¹⁰¹ As instituições administrativas atuavam dissociadas de qualquer interesse coletivo ou preocupação com a prestação eficiente dos serviços públicos. Dedicava-se, finalisticamente, ao atendimento dos interesses privados de uma classe privilegiada que se beneficiava da coisa pública.¹⁰² Deste modo, o Estado se torna patrimônio próprio de seu governantes e dos funcionários do reino.¹⁰³

Sobre o Estado Patrimonialista, Raymundo Faoro assinala que aquele modelo estatal se baseava na junção das noções de soberania, pertencentes à esfera pública, e patrimônio, oriundo da esfera privada. Nesse sentido, o resultado era desastroso, já que redundava na confusão entre a esfera pública e privada, pelo que Estado Patrimonial entende que os bens econômicos de uma nação como sendo uma extensão da propriedade do Estado, podendo titulariza-los e controla-los para seus propósitos. Assim, a intervenção e o controle exercido pelo Estado tendem a criar obstáculos a ascensão da sociedade civil independente. O quadro administrativo, compreendido pelo centro de comando político e pelo núcleo de coordenação econômica, foi alcunhado por Faoro como estamento burocrático. Para Faoro, o estamento burocrático estaria acima dos demais estamentos sociais, sendo o responsável pelo comando geral. Contudo, além de ditar as normas, o estamento burocrático também coopta os grupos sociais que eventualmente se apropriam de recursos do Estado Patrimonial. Assim, o estamento não reprime os grupos sociais, os mantendo ativos, mas à sua imagem e semelhança. Portanto, no entendimento de Faoro

¹⁰¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado patrimonial ao gerencial**. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (Org.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

¹⁰² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Olympio, 1984. p. 105-107.

¹⁰³ KOSSMANN, Edsson Luís. **A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015. p. 40.

o estamento burocrático, além de ser um grupo fechado e ditador de ordens, também é uma teia de relações mais do que um grupo de comando fechado e ditador de ordens, é uma teia de relações, na medida em que recruta membros de todas as classes visando o objetivo central de agigantamento e apropriação patrimonial do Estado.¹⁰⁴

Na década de 30, a reforma burocrática exhibe-se como sinal de rompimento com a política clientelista e patrimonialista da época, entendidas como forma de manifestação do poder privado.¹⁰⁵ A maior expressão da referida reforma, edificou-se em 1936, mediante a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil (CFSPC), que pelo Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, se transformou no DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público, que seria o órgão responsável para reduzir a ineficiência do setor público e promover a reorganização da Administração. O DASP preconizou um modelo novo de organização administrativa, centralizando em suas mãos toda a reforma ministerial e de departamentos. As principais áreas da reforma foram: (i) administração de pessoal; (ii) orçamento; (iii) material e; (iv) estruturas.¹⁰⁶

A propósito, ao longo do século XX, as “vozes” reformistas, interessadas em resolver todas as mazelas da Administração Pública, via de regra, expunham as fragilidades do modelo corrente e apresentavam as soluções definitivas para uma boa Administração Pública. Como bem assinala Donald F. Kettl, a ideia de reformar o Estado e aprimorá-lo é tão antiga quanto a própria figura do Estado.¹⁰⁷

René Armand Dreifuss acentua que o surgimento da Administração Pública de tendência burocrática pretende alterar a cultura de privilégios dos agentes públicos.¹⁰⁸ Por outro lado, ainda que a intenção da reforma burocrática fosse a combater a cultura patrimonialista, esse primeiro momento da burocracia é defeituoso, tendo em vista que o crescimento dos poderes dos funcionários centrais, permite o fortalecimento de um personalismo disfarçado.¹⁰⁹

Neste primeiro momento, Manuel Perez Olea entende que a burocracia pode ser bipartida num conceito subjetivo e outro objetivo, sendo o primeiro representando

¹⁰⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**. São Paulo: Globo, 1996, p. 56.

¹⁰⁵ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 40.

¹⁰⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a cidadania. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 163-201.

¹⁰⁷ KETTL, Donald F. **A revolução global: reforma da administração do setor público**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Organizadores). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 75-121.

¹⁰⁸ DREIFUSS, René Armand. **Política, Poder, Estado e Força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 32.

¹⁰⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31-32.

pelo conjunto de empregados públicos no exercício de suas atividades e o segundo compreendido pela soma dos órgãos estatais encarregados pela realização das atividades estatais.¹¹⁰

No Brasil, a maior expressão da referida reforma burocrática, edificou-se em 1936, mediante a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil (CFSPC), que pelo Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, se transformou no DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público, que seria o órgão responsável para reduzir a ineficiência do setor público e promover a reorganização da Administração. O DASP preconizou um modelo novo de organização administrativa, centralizando em suas mãos toda a reforma ministerial e de departamentos. As principais áreas da reforma foram: (i) administração de pessoal; (ii) orçamento; (iii) material e; (iv) estruturas.¹¹¹

Beatriz Warlich relata que a reforma administrativa de 30 e 40 desenhou-se para atender as reformas dos meios, mais do que seus próprios fins e provocou a melhoria na qualidade dos servidores públicos, a institucionalização da função orçamentária, bem como a padronização e racionalização do material adquirido.¹¹² Assim, a administração pública organizou-se de modo padronizado, prescrito e controlado, promovendo a implantação de um departamento administrativo em cada Estado, vinculado completamente ao Ministério da Justiça, cujo diretor era nomeado diretamente pelo Presidente da República e tinha poderes excepcionais para rever as decisões do interventor do Estado.¹¹³

A reforma de 1930 também produziu o surgimento das primeiras regulamentações de natureza concorrencial, muito embora se reconheça que apenas da Constituição Federal de 1946 em diante,¹¹⁴ que o Direito da concorrência tenha deixado de ser apenas o instrumento para promover a defesa da economia popular, para integrar a ele seu compromisso com a defesa da ordem econômica e do consumidor,¹¹⁵ em demonstração de seu caráter instrumental.¹¹⁶

¹¹⁰ OLEA, Manuel Pérez. Burocracia. In: MIRANDA NETO, Antonio Garcia de et al. (Coord.). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 131.

¹¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., p. 163-201.

¹¹² WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. **Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, n. 8, abr.-jun., 1974, p. 27-75.

¹¹³ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. *Revista do Serviço Público*. v. 49, n. 2, abr.-jun., 1998, p. 5-31.

¹¹⁴ RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

¹¹⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

A propósito, Luiz Carlos Bresser Pereira afirma que no pós-30 o setor público teve um sensível incremento do grau de desenvolvimento, na medida em que se formaram no Banco Central, no Ministério da Fazenda um grupo de técnicos que assumiam a função de planejar e promover o desenvolvimento econômico e garantir uma mínima justiça social. Após a deposição de Vargas em 1945, diante do autoritarismo imposto pelo seu regime, o DASP foi reorganizado com grande corte de suas atribuições.¹¹⁷

A pretensão reformista pela eficiência também prosseguiu durante a Reforma Desenvolvimentista que iniciou na década de 60. Na ocasião, havia um consenso geral que a burocracia prejudicava ao desenvolvimento e a alternativa para solucionar este problema seria adoção de práticas mais eficientes. Assim, o Decreto-Lei nº 200/1967 conferiu um modelo mais flexível à Administração Pública, tendo como aspecto mais relevante a descentralização da Administração Pública.

Nesta década de 60, foi criado o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, vinculado ao Ministério da Justiça, - ainda sem contar com a independência funcional -, que só se instauraria a partir dos anos 80, e o Banco Central Brasileiro que seria a entidade responsável pela regulação do sistema financeiro, sendo peça-chave para a promoção do desenvolvimento nacional

Em 1967, com a crise do Estado Novo e o enfraquecimento do Poder centralizador do Estado, institui-se a Reforma Desenvolvimentista, visando a superação do modelo burocrático para a criação de um novo arquétipo que conduzisse ao desenvolvimento nacional. O Decreto-Lei nº 200/1967 teve como aspecto mais marcante a descentralização da Administração Pública, com a perspectiva de desenvolvimento por meio da atuação flexível dos órgãos da Administração, visando a superação da rigidez burocrática.¹¹⁸

Contudo, o Decreto-Lei nº 200/1967, inspirado nas ideias de profissionalização, especialização e a adoção de instrumentos flexíveis à contratação pelo poder público,¹¹⁹ longe das amarras burocráticas, permitiu o continuísmo de práticas patrimonialistas, fisiológicas, de má utilização das verbas públicas, corporativistas e de nepotistas. Ou seja, o discurso reformista aproveita-se de um consenso de insatisfação, mas não combate justamente os elementos que provocam a ineficiência de qualquer modelo.¹²⁰ A administração pública é sempre vista como

¹¹⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op.cit., p. 163.

¹¹⁸ WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. Op. Cit. p. 33.

¹¹⁹ WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. Op. Cit. p. 34.

¹²⁰ GABARDO, Emerson. Op. cit. p. 66

ineficiente, fisiologista, patrimonialista, burocrática e nepotista.¹²¹ Esses elementos, por sua vez, estão sempre presentes em todo e qualquer momento reformista.

A partir da década de 1970, globalmente, emerge a crise dessa concepção do Estado Social-Burocrático. Em decorrência do aumento alarmante dos níveis de desemprego e do elevado crescimento das taxas de acumulação de capital, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, a chamada Era de Ouro esgotaria no final dos anos 70. Nesse sentido, Adriana da Costa Ricardo Schier acentua que a conhecida “grande crise econômica mundial”, foi decorrência dos dois choques do petróleo, em 1973 e 1977, e da quebra do sistema de equilíbrio cambial, nos termos do Acordo de Bretton-Woods. Encerrava-se um ciclo da vida político-econômica do mundo e, junto com ele, a Era de Ouro que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial. Impôs-se, com isso, aos Estados Nacionais, uma abertura ao mercado global, tomado como núcleo de poder da sociedade contemporânea e irradiador da proposta de reformulação das funções do Estado visando ao incremento do sistema econômico capitalista.¹²²

Diante da forte recessão mundial, emerge-se o neoliberalismo e o modelo gerencial, sustentando que o excesso do Estado produz a ineficiência microeconômica, como também a corrupção e o desequilíbrio macroeconômico. A alocação dos recursos compete ao mercado. Assim, o crescimento deve depender exclusivamente da capacidade produtiva do país, independentemente da política discricionária dos governos.¹²³ Com a crise do modelo desenvolvimentista, a partir da década de 90, iniciou-se a disseminação da ideia gerencialista, com foco mais intenso na perspectiva de eficiência do Poder Público, sendo instituído, inclusive, um Ministério específico para implementar o modelo gerencial à Administração Pública, intitulado como MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado.

No Brasil, igualmente, Fernando Henrique Cardoso identifica que o grande problema do Estado não era seu tamanho excessivo, mas a sua ineficiência. E, portanto, instituiu o MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado, capitaneado por Bresser Pereira, com o objetivo de instituir a reforma gerencial, sendo-lhe atribuída a responsabilidade de formular políticas para a reforma do Estado, reforma administrativa, modernização da gestão e promoção da qualidade no serviço público.¹²⁴ O diagnóstico

¹²¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 215-224.

¹²² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 111-139.

¹²³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. Coimbra: Almedina, 2015.p. 21-61.

¹²⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op.cit., p. 164.

afirma que se precisa de uma reforma gerencial, já que as fases patrimonialista e burocrática estão superadas. Por outro lado, Olavo Brasil de Lima Junior assevera que poucas foram as tentativas reais de implantar uma administração burocrática e quando foi tentada havia resistência política para se implementá-la. Os administradores públicos da época preferiam a manutenção do *status quo*, valendo-se de algum dispositivo legal vigente para travar a reforma.¹²⁵

As agências surgiram neste cenário da reforma gerencial, em que se pretendia atribuir ao Poder Público uma maior eficiência, a qual só seria alcançada mediante a especialização e independência funcional dos órgãos da Administração Indireta. Ocorre que, o excesso de autonomia, sem observar, antecipadamente, a existência de normas conflitantes entre si, pode conduzir a uma ineficiência regulatória, tal qual se opera no caso CADE X BACEN, nas hipóteses de atos de concentração econômica, envolvendo instituições financeiras.

Assim, as privatizações que marcaram o Brasil na década de 1990, sobretudo em setores de infraestrutura, estabeleceram diversas entidades reguladoras no País,¹²⁶ o que intensificou o debate sobre a melhor forma de conciliar as atividades de regulação setorial e a regulação geral.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA

A pretexto de se combater a corrupção, o nepotismo patrimonialista e a ineficiência instaurada na Administração Pública Burocrática, em 1995, Fernando Henrique Cardoso, por meio do Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, introduziu o modelo gerencial, supostamente para solucionar todos os problemas advindos da burocracia, bem como permitindo que o Brasil se integrasse ao fenômeno da globalização e pudesse concorrer, em igualdade de condições, com as grandes economias mundiais.¹²⁷ Para cumprir tais objetivos, o plano de reforma do Estado

¹²⁵ LIMA JÚNIOR, Olavo Brasil de. **As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos**. Revista do Serviço Público. v. 49, n. 2, abr.-jun., 1998, p. 5-31.

¹²⁶ 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 (Organizadores). **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. Tomo I. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 581-617, p. 593-594.

¹²⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania**. Brasília: Editora 34, 2011, p. 36.

pautava-se pelas ideias de profissionalização, carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo.¹²⁸ Paulo Modesto, inclusive, destaca que são aspectos comuns nas diversas reformas administrativas do Estado a ampliação dos controles da produtividade com foco no resultado (controle de eficiência) e o fortalecimento das entidades personalizadas da Administração Indireta.¹²⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho entende que o princípio da eficiência constitui peça fundamental da reforma administrativa iniciada nos anos 90 da Administração Pública Federal.¹³⁰ A eficiência e o gerencialismo preencheriam a lacuna que o modelo burocrático não atenderia, justamente relacionado às demandas da sociedade contemporânea.¹³¹

Irene Patrícia Nohara relata que o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, em relação às autarquias, objetivava transformá-las em agências autônomas, conduzidas por contrato de gestão, conferindo ao dirigente absoluta liberdade no que se refere à administração dos recursos humanos materiais e financeiros disponíveis, desde que observados todos os objetivos, tanto qualitativos quanto quantitativos, previamente ajustados pelas partes. Segundo a autora, era uma espécie de “privatização”, em sentido amplo, da gestão do Estado, com o propósito de imprimir maior eficiência à Administração Pública, mediante a flexibilização dos controles e do regime jurídico público.¹³²

Para José dos Santos Carvalho Filho, a intenção clara do Plano Diretor era o da terceirização aplicada à Administração Pública, no âmbito gerencial, orçamentário e financeiro, na tentativa de se obter resultados melhores do que aqueles realizados pelos integrantes do quadro da própria administração.¹³³ Assim, Nohara conclui que o Plano Diretor trazia consigo as experiências da *New Public Management* (nova gestão pública), dos sistemas do *Common Law*. Assim, o modelo gerencial pretendia a alternância de um controle de procedimentos para um domínio sobre o controle de resultados, subordinados ao cumprimento das metas. Tal orientação, do modelo *rule based accountability* (controle baseado nas regras) para o modelo da *performance based accountability* (controle baseado no desempenho), foi uma tentativa de

¹²⁸ BRASIL – Câmara de Reforma do Estado. Plano diretor de reforma do aparelho do Estado.

¹²⁹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**: Curitiba, 2000, p. 56.

¹³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. n. 232, abr.-jun., 2003, p. 1-9.

¹³¹ NOHARA, Irene. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 145-224.

¹³² NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial – Case jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional** | Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 169-185, jan./mar. 2014, p. 170.

¹³³ CARVALHO FILHO. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 452.

flexibilização no controle dos procedimentos, representando, portanto, um aspecto bastante controvertido do ponto de vista do Direito Administrativo.¹³⁴

Na mesma linha, Gustavo Justino de Oliveira ressalta que a principal contribuição desta reforma administrativa gerencial seria o de romper com os formatos gerais rígidos e uniformizadores, mediante o desenho de uma nova Administração Pública que contemplaria a diferenciação e a inovação no tratamento de estruturas, formas jurídicas e métodos de gestão e de controle. Sob esta óptica, se desejaria da reforma administrativa a incorporação da dimensão da eficiência na administração pública: “o aparelho de estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios na forma de prestação de serviço à sociedade com os recursos disponíveis, em respeito ao contribuinte”. E alerta que outro resultado almejado seria: romper formatos gerais rígidos e uniformizadores: a reforma constitucional permitia a implantação de um novo desenho estrutural na Administração Pública brasileira que contemplaria.¹³⁵

Desta forma, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho de Estado, no Brasil, além de se tornar o marco transformador do modelo burocrático ao gerencial,¹³⁶ também é, inegavelmente, decorrente de uma visão oitocentista do que Jacques Le Mouel alcunhou de “empresomania”, fenômeno por meio do qual se valoriza as práticas das empresas, partindo-se do pressuposto de que só a empresa dará as respostas aos problemas experimentados pela sociedade, como se a empresa fosse o único instrumento para se projetar um futuro promissor. E, portanto, desta forma, o Estado deveria adotar procedimentos espalhados nas grandes empresas, de modo a permitir a sua atuação eficiente.¹³⁷ Por seu turno, Emerson Gabardo critica a visão disseminada pelo fenômeno da “empresomania”, na medida em que o gestor privado não tem a obrigação de agir eficientemente, podendo, inclusive, buscar outros objetivos ineficientes, se desejar. Já o administrador público deve sempre adotar a medida mais eficientes, conforme determinado por lei.¹³⁸

Contudo, fato é que a partir da edição da Emenda Constitucional da 19/1998, a Administração Pública não poderia se desincumbir deste desiderato constitucional de agir eficientemente. Irene Patrícia Nohara relata que, inicialmente, a

¹³⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Op. cit. p. 173.

¹³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 276

¹³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 2, 1999, p. 85.

¹³⁷ MOUËL, Jacques le. **Crítica de la eficacia: ética, verdad y utopía de un mito contemporáneo**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992, p. 10.

¹³⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

“constitucionalização” do Princípio da Eficiência causou profunda comoção e estranhamento justamente porque a Administração Pública nunca foi autorizada a atuar nas suas funções de outro modo. Num segundo momento, após a assimilação – ainda que contestada – da positivação constitucional da “eficiência”, os juristas começaram a investigar a sua convivência com os demais princípios da Administração Pública, em especial no tocante ao seu relacionamento com o princípio da legalidade.¹³⁹

A questão envolvendo a desnecessidade da positivação do princípio da eficiência foi bastante criticada pela doutrina seja porque como asseverou Ubirajara Costódio Filho a eficiência da Administração Pública, entendida como boa qualidade dos serviços, satisfação do cidadãos e economicidade no emprego dos recursos públicos não é inovação da EC 19/1998, na medida em que inúmeros diplomas já contemplavam o agir do agente administrativo de maneira eficiente, pelo que a Administração Pública nunca foi autorizada a gerir o bem público de maneira ineficiente.¹⁴⁰ Vale menção que, antes mesmo da “constitucionalização” do princípio da eficiência, Hely Lopes Meirelles já destacava a necessária eficiência dos servidores públicos ao cumprimento de seus misteres, sendo que todo agente realizar as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.¹⁴¹

Celso Antônio Bandeira de Mello foi um daquelas juristas que defendeu a inexistência de utilidade em se constitucionalizar a eficiência, tendo em vista que é certamente desejável que a Administração Pública atue de modo eficiente. Além disto, assevera o jurista, que este Princípio da Eficiência nada mais é do que uma faceta de um princípio mais amplo já exaustivamente tratado pela doutrina e originário do Direito Italiano, a saber: o princípio da ‘boa administração’. Acrescenta, ainda, que o Princípio da Eficiência é juridicamente tão fluido e de controle difícil à luz do ordenamento jurídico em vigor, que parece um simples adorno aos princípios gerais já inculpidos no artigo 37 da CF/88. Ressalta, também, que não se pode imaginar o Princípio da Eficiência distante do Princípio da Legalidade, pois jamais uma suposta busca pela eficiência poderia se sobrepor à legalidade, que é o dever do Direito administrativo por excelência.

Além da crítica relativa a existência de outros diplomas legais referenciando o Princípio da Eficiência, bem como o dever moral do agir eficiente da Administração Pública, houve uma sensível preocupação dos juristas sobre a forma de relacionamento

¹³⁹ NOHARA, Irene. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 145/146.

¹⁴⁰ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional n° 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 66, agosto/1999, p. 612.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, p. 98.

da eficiência em relação aos demais princípios norteadores da gestão pública. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não se pode admitir a prevalência de algum princípio, sendo que é evidente que o princípio da eficiência não deve prevalecer, sobretudo, sobre o princípio da legalidade. Assim, na ponderação da autora, a eficiência é princípio que se acrescenta aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.¹⁴² Egon Bockmann Moreira, ao igualmente advogar em favor da ausência de prevalência da eficiência, assinala que há um fundado prejuízo à legalidade na interpretação econômico-administrativa do princípio da eficiência, caso ocorra decoração ou relativização de outras normas em favor do tratamento prioritário à eficiência.¹⁴³

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro igualmente entende que a Administração Pública sempre teve o dever de agir eficiente e, portanto, a constitucionalização do Princípio da Eficiência não inova e avança na imposição de obriga-la em cumprir esta finalidade constitucional. No entanto, o jurista acentua que a intenção principal na constitucionalização e positivação da eficiência administrativa é que esse princípio seja observado de forma privilegiada no atuar do gestor público, ou seja, que a eficiência oriente todos os demais conceitos constitucionais necessários ao bom desenvolvimento da atividade administrativa e ao alcance do resultado pretendido. A partir de então, com o Princípio da Eficiência positivado pelo texto constitucional, aumenta o seu âmbito de incidência, e, o transforma em conformador tanto da básica noção de eficiência quanto da eficácia da atuação administrativa. Em outras palavras, o Princípio da Eficiência preocupa-se com os meios empregados e com o alcance de seus resultados, uma vez que não constitui um fim em si mesmo e deve estar corroborado por todos os demais princípios do texto constitucional.¹⁴⁴

Irene Patrícia Nohara, ao tratar do Princípio da Eficiência, preconiza que ele deve ser harmonizado com os demais princípios da Administração Pública, evitando-se que se sobreponha, por exemplo, à legalidade, pois não se pode dizer que no Direito Administrativo os fins justificaria a ausência do emprego dos meios adequados, principalmente se estes meios ou procedimentos são de observância obrigatória por parte da Administração Pública.¹⁴⁵ Até porque, como relata Fernando Borges Mânica, a

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: atlas, 2011. p. 85.,

¹⁴³ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 173.

¹⁴⁴ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, out./dez. 2007, n. 30, p. 63-72.

¹⁴⁵ NOHARA. Irene Patrícia. Op. cit. p. 175.

eficiência no Direito, portanto, é medida pela análise do cumprimento das regras jurídicas,¹⁴⁶ ao passo que o seu descumprimento importaria no reconhecimento de que determinado preceito normativo é ineficiente.

Alexandre Santos Aragão reforça a tese que os princípios da Eficiência e da Legalidade não são excludentes entre si, mas sim meios conjuntos de controle dos atos administrativos. Desta forma, a preservação do conteúdo harmonioso entre os dois princípios, não se propõe a relativizar o Princípio da Legalidade, mas sim conferir a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata. Portanto, o Princípio Constitucional da Eficiência não legitima a aplicação de regras, que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”.¹⁴⁷ O que se busca nesse novo modelo de gestão pública é a coexistência harmônica entre o controle de legalidade e o controle de eficiência e não a exclusão de qualquer um deles.¹⁴⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui que com a eficiência “abandona-se a ideia de que a gestão da coisa pública basta ser eficaz, ou seja, consista apenas em desenvolver processos para produzir resultados”.¹⁴⁹

Contudo, é importante trazer à baila os comentários introduzidos por Emerson Gabardo no que se refere ao reducionismo do Princípio da Eficiência ao cumprimento de metas. Para o mencionado autor, parece ser perfeitamente possível arguir a ineficiência de um ato por cumprir suas metas. Seria o caso, por exemplo, da adoção de metas em um contrato de gestão firmado entre entes da Administração, mas que no momento de seu cumprimento não mais esteja de acordo com a eficiência administrativa, que é vetor geral da atividade pública.¹⁵⁰

Diante disso, compreendido o contexto histórico da introdução do Princípio da Eficiência à Constituição Federal de 1988, bem como o conceito do princípio aos

¹⁴⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 32, p. 121-132, abr./jun. 2008.

¹⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. **O Princípio da Eficiência**. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 24.12.2018.

¹⁴⁸ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Op. cit.** p. 71.

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Coordenação gerencial na Administração Pública: Administração Pública** **Revista de Direito Administrativo**, n. 214, out./dez. 1998, p. 39.

¹⁵⁰ GABARDO, Emerson. **Op. cit.** p. 143.

juristas e o seu modo de relacionamento com os demais princípios da Administração Pública, passa a se analisar o problema da regulação ineficiente.

2.3 A IMPORTÂNCIA DA REGULAÇÃO NO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DE 1988

No espectro constitucional relativo à ordem econômica, o constituinte brasileiro introduziu a regulação como uma das formas de intervenção estatal na economia. Nas últimas décadas do século XX, em decorrência de problemas econômicos, o fenômeno de regulação e a adoção do modelo das agências permitiram uma maior intervenção estatal, visando o equilíbrio por meio do ajuste dos interesses privados às necessidades coletivas.¹⁵¹ Andre Saddy assevera que o sistema econômico adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é informado por um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico. Deste modo, só se admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências. O autor conclui que a Constituição deseja que o Estado brasileiro atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, repudiando o dirigismo econômico e acolhendo o intervencionismo, desde que seja para fiscalizar, incentivar e planejar.¹⁵² Daniel Ferreira destaca que a regulação deve-se dar em consonância com os fundamentos e princípios da República, em especial a livre iniciativa, concorrência e legalidade.¹⁵³

A Constituição de 1988 estabeleceu que o sistema financeiro nacional deveria ser regulado por lei complementar, sendo vedado às outras espécies legislativas tratarem do assunto. Por sua vez, há, igualmente previstos na Constituição, um rol enumerativo de matérias que podem ser reguladas por lei complementar, bem como um quórum a ser respeitado para sua aprovação (art. 69 CF/88). Assim, diante da inexistência de alguma norma sobre concorrência na época da entrada em vigor da Constituição de 1988, bem como da obrigação constitucional de que o Sistema Financeiro Nacional fosse regulado por lei complementar, em vez de se produzir nova

¹⁵¹ MOURA, Emerson Afonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – o papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 143.

¹⁵² SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago.2015. p. 118

¹⁵³ FERREIRA, Daniel; FERREIRA FILHO, Miguel. Legalidade e Regulação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. v. 2. N.2. jul/dez.2016. p. 136.

norma, respeitando os requisitos materiais e formais que esta espécie normativa exigiria, aproveitou-se a Lei nº 4.595/64 e ela se atribuiu a natureza de lei complementar.

Desta forma, a Lei nº 4.595/64 atribuiu ao BACEN a realização da política regulatória do âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Sobre o papel regulador do Estado, Floriano de Azevedo Marques assevera que o Estado tem papel de agente normativo e regulador da ordem econômica, por força do que dispõe o artigo 174 da CF/88, não podendo se eximir desta função constitucional ainda que a competência exclusiva para o setor financeiro fosse, por lei, atribuída ao CADE.¹⁵⁴ Em outra manifestação, Floriano de Azevedo Marques destaca que a atividade regulatória não constitui um elemento da nova Administração Pública propriamente dita, mas serve a regulação como um instrumento de intervenção estatal no domínio econômico, com vistas ao cumprimento do dever inerente à boa administração. Este acréscimo em atribuir ao Estado a função regulatória encontra justificativa justamente na ineficiência estatal em atuar direta ou indiretamente na atividade econômica, uma vez inexistia interesse em expor as próprias falhas ou deficiência da Administração.¹⁵⁵

Por sua vez, nas palavras de Juarez Freitas “o desempenho da função estatal regulatória, em moldes constitucionalmente orientados, configura um dos tópicos mais fascinantes e complexos do constitucionalismo contemporâneo”.¹⁵⁶ Neste contexto, a partir da CF/88, na atividade econômica, o Estado deixa de ser o agente monopolizador, assumindo o papel de regulação e fomento. O Estado facilita a atuação da iniciativa privada na economia por meio de movimentos de desestatização, desregulamentação e redução das cargas tributárias. Assim sendo, garante por meio da adoção de variados mecanismos a livre competição entre os sujeitos privados, especialmente pelas instituições de normas específicas de natureza concorrencial.

Eros Roberto Grau, ao analisar o artigo 174 da CF/88, classificou que o Estado intervém nas atividades econômicas e sociais de duas maneiras: (i) diretiva e; (ii) indutiva. O modo pelo qual o Estado materializa a sua atuação é por meio do uso de instrumentos de natureza regulatória, concorrencial, monopolista e sancionatória,

¹⁵⁴ MARQUES, Floriano de Azevedo. *Concorrência e Regulação do sistema Financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.96.

¹⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80-82.

¹⁵⁶ FREITAS, Juarez. Regulação Administrativa e os principais vieses. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, pp. 93-105, jan./mar. 2016, p. 93.

sempre com o propósito de coordenar e conformar a atuação pública e privada, com os princípios da ordem econômica instituídos pela Constituição Federal.¹⁵⁷

Portanto, na modelagem constitucional regulatória, o Estado continua no domínio da ordem econômica, porém de modo diretivo ou indutivo, buscando a consecução das suas finalidades previstas na Constituição, por meio da utilização de instrumentos normativos, que obrigam os particulares a agirem em conformidade com os preceitos constitucionais. Neste sentido, a regulação torna-se uma característica importante ao Estado, na medida em que, preponderantemente, não atuará nas atividades empresariais, mas se valerá de instrumentos reguladores das atividades desenvolvidas pelo setor privado. Vale a pena destacar a ponderação realizada por Marçal Justen Filho ao tratar do Estado Regulador, no sentido de que esta força regulatória estatal não o permite atuar ilimitadamente e em desconformidade com a lei. O Estado Regulador é uma organização que se relaciona e convive diretamente com as concepções do Estado de Direito, encontrando seu limite de atuação na própria Lei.¹⁵⁸

Assim, a livre iniciativa e a livre concorrência no Sistema Financeiro convive com um rigoroso controle e regulação da atividade, realizado pelo próprio Estado, com o propósito de cumprir seus objetivos constitucionalmente fixados e sanar as eventuais falhas de mercado¹⁵⁹. A propósito, a partir do processo de privatização, experimentando pelo Brasil a partir da década de 90, optou-se pelo regime jurídico pautado na existência de agências reguladoras. Sendo assim, a temática da “regulação econômica” adquiriu extrema importância e relevância jurídica, fato esse que gerou um profundo debate doutrinário a respeito de regulação e regulamentação.

Fernando Dias Menezes de Almeida noticiou, em 2003, o surgimento da chamada “Teoria da Regulação”, fenômeno esse que afetaria diversos juristas que se dedicavam a estudar a relação do Estado com o setor privado, diante do crescimento da utilização das parcerias público-privadas em comparação das empresas pública e sociedade de economia mista.¹⁶⁰ Sobre o tema, Odete Medauar assinalou que a expressão “regulação” vinha sendo empregada por alguns juristas, erroneamente, servindo para designar tanto a atividade normativa das agências reguladoras quanto a

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 305-307.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

¹⁵⁹ A respeito de falhas de mercado, aqui entendidas como assimetrias de informação, externalidades negativas, poder dominante, captura, vale a pena a leitura de: KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 394.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a regulação no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 12, pp. 69-94, out./dez. 2003. p. 69.

sua atividade fiscalizadora. E, o termo “regulamentação” estaria sendo usado incorretamente para designar a atuação do Estado diretamente na economia. Para a mencionada Autora, o melhor uso da expressão “regulação” seria “a edição de normas; a fiscalização de seu cumprimento; a atribuição de habilitações; a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, como, por exemplo, consulta pública; audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento)”. Adiante, a autora destaca que não estaria incluído no conceito de “regulação” a atividade regulatória de fixação de políticas para o setor.¹⁶¹

Em comunhão de entendimento com Odete Medauar, para Alexandre Santos Aragão, regulação poderia ser definida como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos. Deste modo, o autor entende que evitaria a lesão a interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.¹⁶²

É de se concluir, portanto, que não há um conceito definitivo e uniforme dos juristas a respeito da regulação econômica, porém, é comum a boa parte deles que seja toda atividade estatal no sentido de promover a normatização, fiscalização, fomento entre outras condutas, com o objetivo de interferir no exercício da atividade econômica, conferida à iniciativa privada, como instrumento garantidor da concretização dos princípios informativos da ordem econômica.

A regulação, contudo, no parâmetro da Constituição Federal de 1988, surge como novo tipo de atividade jurídica do Estado, a qual busca aperfeiçoar a atividade administrativa superando a administração burocrática de corte positivista em que tanto a eficiência quanto a legitimidade eram referências secundárias e periféricas.¹⁶³

No que se refere ao Sistema Financeiro Nacional, um dos exemplos da atividade regulatória exercida pelo Estado, seria a existência do Banco Central no controle da moeda e/ou no comando da política creditícia, com o propósito da manutenção da higidez do sistema. Assim, o Banco Central Brasileiro é uma autoridade com poder discricionário, com a prerrogativa de autonomia dentro do governo – embora

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 228, pp. 123-128, abr./jun. 2002.

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos. **O conceito jurídico da regulação da economia**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, ano XL, v. 122, pp. 38-48, abr./jun. 2001.

¹⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 68, 88, 95.

na maioria das vezes seja diretamente influenciado por pressões políticas – com o propósito de corrigir as falhas de mercado, observadas no Sistema Financeiro, bem como fomentar o mercado.

Dessa forma, o Banco Central possui um regime de autonomia funcional, mas tendo o dever informacional e de resultados satisfatórios ao poder Executivo e a sociedade no geral, obrigando-se a buscar a estabilidade de preços e formulação de política monetária. Esta autonomia funcional, aqui referida, permite a limitação da discricionariedade do poder executivo, no que concerne a fixação e exercício da política econômica e monetária.

A atual lei do sistema financeiro nacional nº 4.595/1964 prevê, expressamente, que as instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares à execução das políticas econômicas estabelecidas pelo governo federal e, a atuação direta do Estado, por meio de bancos públicos federais (ex: Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) não se daria por meio do regime de serviço público, mas corresponderia a sua atuação excepcional, por força do que dispõe o artigo 173 da CF/88.

Por outro lado, apesar da atividade financeira constituir-se como exploração direta da iniciativa privada, via regime de livre iniciativa e livre concorrência, o seu acesso ao exercício não é livre, havendo diversas restrições legais. Essa restrição justifica-se por diversos motivos, como bem assinala José Wilson Nogueira de Queiroz: (i) eficiência do mercado; (ii) escassez de recursos; (iii) equidade nas relações entre agentes; (iv) segurança do mercado; (v) fomento ao sistema financeiro; (vi) prevenção da concentração do poder econômico.¹⁶⁴

Muito embora o Banco Central seja constituído como a entidade reguladora do Sistema Financeiro Nacional e a sua lei instituidora tenha sido recepcionada com *status* de lei complementar, este fatos, *per se*, não lhe atribuem competência para opinar em matéria concorrencial. Isto porque, a regulação exercida pelo Estado Regulador visa organizar, harmoniosamente, todos os interesses envolvidos, tanto da sociedade civil quanto dos investidores e do setor regulado. De todo modo, para ser possível que esta regulação ocorra de forma satisfatória e eficiente, faz-se imprescindível ao Estado criar entes públicos capazes de regular os setores da economia e que sejam dotados de especialidade técnica. Neste ideário, é que o BACEN seria o ente responsável pela manutenção, controle, fiscalização e indução do Sistema Financeiro Nacional e, o CADE, seria a entidade máxima de repressão as infrações contra à ordem econômica.

¹⁶⁴ QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 194.

Diante da importância da regulação para o atual cenário constitucional, o Estado não pode e nem deve ser ineficiente na sua intervenção. Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto foi um dos juristas que considerou que a regulação deve propiciar o máximo de eficiência para o setor regulado. Desta forma, a função regulatória compreende o complexo de atribuições normativas, gerenciais, negociais e sancionatórias, exteriorizadas nas funções de regulamentação, gestão, negociação, fiscalização e fomento do ordenamento social e econômico, com as vantagens da flexibilização negocial privada e com rigor da coercitividade estatal. Não se limitando apenas as funções normativas, compreendendo, ainda, conciliação, mediação e arbitragem, bem como de fiscalização e fomento, desde o planejamento até o controle do setor ou atividade com fins de maximizar a eficiência na solução de problemas.¹⁶⁵

No problema em exame, o conflito CADE e BACEN é decorrente de uma regulação ineficiente, na medida em que há duas autoridades competentes, legalmente constituídas, para o exame e validação de ato de concentração bancária. Evidentemente a ineficiência regulatória provocou insegurança jurídica nas operações de fusões entre Instituições Financeiras, obrigando-as a ingressar com o pedido de autorização da concentração tanto na entidade concorrencial quanto na entidade setorial, sob pena de incorrer em arbitramento de multa pecuniária por alguma das entidades e na invalidação da operação. Desta forma, para melhor compreensão do tema, faz-se imprescindível a análise da ineficiência regulatória observada no conflito CADE X BACEN.

2.4 A INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA OBSERVADA NO CONFLITO CADE X BACEN

Como visto, tanto a eficiência, mediante a atribuição de status de princípio da Administração Pública via EC 98/1999, quanto a regulação, como meio atuação do Estado na ordem econômica, adquiriram significativa importância na configuração da CF/88. Desta forma, portanto, toda iniciativa regulatória deve, necessariamente, estar pautada pelos parâmetros da eficiência. Ou seja, a regulação deve sempre atender a finalidade a que se destina, sob pena de se tornar ineficiente. Aliás, a atuação do Estado

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 107-109.

na economia tem se alterado ao longo do tempo. É oportuno lembrar Caio Tácito ao analisar este fenômeno asseverando que a presença do Estado na economia “tem oscilado, no tempo e no espaço, segundo as variações da história política e econômica, impondo ao Direito Público transições conceituais e instrumentais”.¹⁶⁶

Por sua vez, a Reforma Administrativa do Estado, promovida pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, objetivava resolver todos os males provocados pelo Estado Intervencionista. Do lado do cidadão, a reforma prestigiava a liberdade individual e a livre concorrência, o que a ligava a uma ideia de privatização. Do lado do Estado, pretendia-se buscar a eficiência em todos os setores, mediante a desburocratização e com ênfase a figura do Estado Regulador.¹⁶⁷ Assim sendo, a propagação da política de descentralização, em que se transmite ao particular atividades antes desempenhadas pelo setor público, obriga a Administração Pública a desenvolver um intenso e eficiente processo regulatório. Isto porque, ao Estado foi conferida a pecha de ineficiente, não se pode admitir que também o seja na figura de regulador. Neste cenário, caberá ao particular permitir o crescimento econômico, financiando o desenvolvimento planejado pelo governo, sob a vigilância das agências e outras entidades reguladoras, as quais fiscalizam e regulamentam os setores.¹⁶⁸

Portanto, Marçal Justen Filho acentua que a redução da atuação direta do Estado deve ser acompanhada pelo aperfeiçoamento dos instrumentos de fiscalização e controle da atividade empresarial privada, tendo em conta que o objetivo da regulação não é tanto controlar as empresas quanto proteger a sociedade na execução de atividades que resultam essenciais para a vida e bem-estar daquela.¹⁶⁹ Gaspar Ariño Ortiz assinala que no modelo de Estado Regulador, a separação da Administração do ente técnico regulador é condição indispensável para uma regulação eficiente.¹⁷⁰

Desta forma, a atuação do Estado, via regulação, demonstra-se como um meio adequado para atender a especialidade, complexidade e multiplicidade de demandas sociais e econômicas. Nesse ponto, acentua Alice Gonzalez Borges, o modelo regulador tem por objetivo não enfraquecer o Estado, mas fortalecê-lo ao

¹⁶⁶ TÁCITO, Caio. A reforma do estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 215, pp. 1-7, jan./mar. 1999, p. 1.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Reforma Administrativa e os contratos de gestão. **Revista Licitar**. São Paulo, ano 1, n. 4, pp. 10-19, out. 1997.

¹⁶⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e suas características. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 218, pp. 71-91, out./dez. 1999, p. 72.

¹⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 212, pp. 109-133, abr./jun. 1998, p. 131.

¹⁷⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. Il nuevo servicio público. In: **Princípios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares, 1999, p. 554-555

garantir a estabilidade política e o desenvolvimento sustentado da economia, contribuindo com a recuperação de sua legitimidade e garantindo maior capacidade de implementar suas decisões.¹⁷¹

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alvez lembram que, na economia, há os entusiastas do Princípio da *rule of law*, baseado na regulação clara e eficiente. Referido princípio pode ser traduzido na ideia de que para o desenvolvimento do país é necessário o estabelecimento de regras claras e estáveis, promovendo, assim, um ambiente econômico mais seguro, sendo estipulado o particular como o protagonista. Baseia-se no desenvolvimento, por meio de transações privadas, e ao direito compete a proteção à propriedade particular. Ao Estado, compete o papel de preservação do modelo. Por isso, é importante o estímulo a segurança jurídica, mediante a criação de regras adequadas. Em resumo, a *rule of law* reconhece a necessidade de regras do jogo claras e estáveis, capazes de propiciar um bom ambiente para as atividades econômicas particulares, como forma de alavancar econômica e socialmente os países.¹⁷² Nesse sentido, a regulação eficiente seria o instrumento hábil a conduzir o crescimento econômico.

Com o propósito de especializar este processo regulatório e torná-lo mais eficiente, o Estado constituiu entidades independentes para exercício de fiscalização e controle, podendo editar normas regulamentares, objetivando a proteção de determinado setor da prática de ilegalidades ou até resolvendo conflitos entre agentes, sendo criadas as agências reguladoras. O Brasil conta com inúmeras agências reguladoras, a exemplo da ANATEL, ANEEL, ANP entre outras. De toda sorte, a competência regulatória não se exaure nas figuras alcinçadas de agências reguladoras, há outras entidades com tal competência com as autarquias, tal qual o CADE e o BACEN.

Sobre este processo de constituição de entidades reguladoras, Gustavo Binenbojm assevera que a adoção de um modelo de organização baseado em agências, com um significativo grau de autonomia, rompeu com a estrutura piramidal — onde há recondução de todas as ações administrativas ao governo — gerando uma configuração policêntrica com núcleos de poder externo a accountability. Enquanto no modelo piramidal, os agentes políticos figuram no ápice da Administração Pública exercendo o

¹⁷¹ BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24. p. 27.

¹⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e Reforma Institucional: os exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Benetti. (Orgs.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI**. Brasília: Ipea: CONPEDI, 2013, p. 153.

controle sobre os demais agentes e sendo responsabilizados politicamente perante a atuação administrativa, na configuração policêntrica as agências reguladoras situam-se em esfera jurídica externa à responsabilidade política do governo, sendo a legitimidade de seus atos reconduzidos a expertise de seus agentes.¹⁷³

José Cretella Junior assevera que o conceito de autarquia pode ser definido etimologicamente. Assim “autarquia” é formada por dois elementos justapostos: autos (=próprio) e arquia (= comando, governo, direção), portanto, significando, “comando próprio, direção própria, autogoverno”.¹⁷⁴ A figura da autarquia já existia desde o Decreto-Lei nº 200/67, o qual a definia como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios para executar as atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (art. 5º, I). Segundo, Eurico de Andrade Azevedo, a referida conceituação deixa de explicitar a personalidade jurídica de direito público, mas já admitia a possibilidade do exercício de atividades típicas da Administração Pública, mediante a descentralização, de forma autônoma, seja administrativa, seja financeira.¹⁷⁵

Assim, é dever do Estado, por força do artigo 174 CF/88, exercer a função reguladora do mercado, no papel de agente normativo da atividade econômica. As agências reguladoras e autarquias são os instrumentos idealizados para cumprimento desta finalidade. No âmbito do Sistema Financeiro Nacional, o Estado Brasileiro criou o BACEN, autarquia com o objetivo central de manter a higidez do sistema e garantir o desenvolvimento nacional. Por outro lado, em matéria concorrencial, a intervenção indireta do Estado na economia se dá por meio do CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica.

Sobre a independência da autarquia, Hely Lopes Meirelles já se manifestava que ela não age por delegação, mas sim por direito próprio e com autoridade pública, constituída e conferida por sua lei instituidora. Segundo o autor, a autarquia é um ente autônomo e não se submete a qualquer. Ressalta, ainda, que a perda desta autonomia, anularia seu caráter autárquico. Há, em verdade, uma mera vinculação funcional à entidade matriz que por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 261-269.

¹⁷⁴ CRETELLA JR., Jose. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 138

¹⁷⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 213, p. 141-148, jul./set. 1998.

correção finalística do serviço autárquico.¹⁷⁶ Assim, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acentua a autonomia e especialidade da figura da autarquia na medida em que define ser “pessoa jurídica com capacidade jurídica específica de Direito público, em matéria executiva ou administrativa *strictu sensu*”.¹⁷⁷

A independência se revela como um elemento central para uma regulação eficiente. O reconhecimento desta autonomia, contribui para que às entidades reguladoras tenham o afastamento de influências políticas e de grandes empresas sobre as suas atividades, conduzindo a um processo regulatório isento de qualquer direcionamento e permitindo aos dirigentes as condições necessárias para adotarem decisões técnicas e imparciais, considerando os objetivos próprios da entidade e os instrumentos aptos para a regulação. A este respeito, a Arnaldo Wald e Luisa Rangel de Moraes identificam as quatro dimensões de independência que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.¹⁷⁸

A independência decisória consiste na capacidade da entidade reguladora em resistir às pressões do grupo de interesse, sem sofrer qualquer influência nas suas decisões. Para tanto, os “procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada”.¹⁷⁹

A tecnicidade das decisões é imprescindível a este modelo. Assim, a tomada de decisão pelos dirigentes é baseada em conceitos preponderantemente técnicos e voltadas aos objetivos das políticas públicas setoriais, tendem a encontrar um ponto ideal entre os interesses dos agentes econômicos e sociais envolvidos, ampliando o grau de legitimidade e eficiência na atividade estatal. Essa orientação primária por parâmetros científicos importa em redução do espectro de opções válidas, permitindo a melhor escolha segundo critérios objetivamente aferíveis por agentes especializados envolvidos no processo e produzindo maior racionalização e despolitização no exercício da atividade reguladora.

A autonomia político-administrativa garante para as agências a independência política, normativa e técnica, necessária para que a atividade regulatória

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

¹⁷⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 189.

¹⁷⁸ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 141, pp. 143-171, jan./mar. 1999, p.146.

¹⁷⁹ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. op. Cit. p. 149.

seja baseada em uma racionalidade, imparcialidade e eficiência adequada à tutela dos direitos do agente econômico e dos interesses da sociedade.

Portanto, em tese, a independência decisória permite que os dirigentes possam executar suas decisões técnicas livres da ingerência do Poder Executivo. Sendo assegurada a independência decisória, além de contribuir com uma regulação eficiente, na medida em que não se prestará ao favorecimento de grupos de interesse, também colaborará com a “despolitização” das decisões dos dirigentes.

A segunda dimensão de independência, exposta por Arnoldo Wald e Luisa Rangel de Moraes, trata da independência de objetivos. Nela, estão compreendidas a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Assim, “uma agência com um número pequeno de objetivos bem-definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes”. A clara previsão das diretrizes específicas para as áreas reguladas revela a “independência de objetivos”, colaborando para a atuação eficiente das agências.¹⁸⁰

A terceira dimensão é a “independência de instrumentos”, refletida na capacidade da entidade reguladora escolher, como bem entender e dentro dos parâmetros da legalidade, os instrumentos para exercer a sua regulação, visando atingir seus objetivos de modo mais eficiente. Isso permite uma atuação normativa, gerencial e sancionatória pelas agências, capaz de ordenar a prestação dos serviços públicos pela iniciativa privada ao oferecimento de bens e prestações essenciais aos cidadãos, de forma a garantir a realização da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento.

Por último, a independência financeira “refere-se à disponibilidade de recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação”, que são disponibilizadas às agências fontes de receitas próprias. Outro aspecto que revela a independência financeira das agências é o patrimônio transferido às mesmas por suas leis instituidoras e a autorização para o Poder Executivo remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários dos Ministérios e outros Órgãos para atender as despesas de estruturação e manutenção das respectivas agências, utilizando como recursos as dotações orçamentárias destinadas às atividades finalísticas e administrativas”.

Com efeito, o CADE e o BACEN são autarquias dotadas de autonomia decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira. A primeira exerce a sua

¹⁸⁰ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 141, pp. 143-171, jan./mar. 1999, p. 150.

competência concorrencial e a segunda, competência setorial. As duas competências se encontram quando há um ato de concentração econômica, envolvendo Instituições Financeiras. Isto porque, neste caso, pode ocorrer tanto infrações à ordem econômica, quanto danos a higidez e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

Por sua vez, a existência de duas leis atribuindo competência idênticas a entidades reguladoras distintas, provoca, evidentemente a ineficiência regulatória, tendo em vista que o setor regulado de duas uma: (i) ou terá duas autoridades para analisar a questão e provocará o aumento da burocracia – indesejada neste modelo de Estado Regulador ou; (ii) redundará na ausência de regulação e fiscalização, já que uma entidade pode esperar da outra a regulação do setor.

CAPÍTULO 3 - EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS: MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA E EUA

3.1 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

No Brasil, a questão da competência concorrente entre o CADE e o BACEN para análise prévia e julgamento de atos de concentração bancária provoca insegurança jurídica e torna a regulação ineficiente. A partir desta compreensão é plenamente válido o exame de outros ordenamentos jurídicos, a fim de verificar a existência de idêntico problema e, reconhecida a sua ocorrência, como os regramentos estrangeiros procederam para solucionar este impasse.¹⁸¹

João Bosco Leopoldino da Fonseca reforça que a importância do estudo de outros ordenamentos jurídicos permite trazer luzes e imprimir força criativa ao Direito nacional. Assim, segundo o autor, o que se pretende é promover a reflexão sobre os

¹⁸¹ Caio Maio Pereira da Silva, em 1955, já assinalava o crescimento do interesse de juristas pelo estudo do direito comparado e revelava a sua importância, reputando-o como o direito a ser estudado no século XX. Não há uma definição sobre a primeira manifestação que desenvolveu estudos comparados. Caio Mario aponta que o primeiro monumento comparatista é um trabalho anônimo realizado no século IV, divulgado no baixo império, em que se comparou o Direito Hebreu e o Direito Romano. No entanto, segundo Caio Mário, foi no século XIV que se firmou o direito comparatista, com o surgimento em 1929, na Alemanha, da revista Mitter-Meyer e Zacharias com publicações dedicadas, exclusivamente, a comparações de ordenamentos e institutos jurídicos das mais diversas etnias. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Comparado e seu estudo. Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, 1955. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/889/832>. Acesso em 24.12.2018.). José Cretella Junior, um dos entusiastas do direito comparado brasileiro, entende que o direito comparado não se limita a absorver experiências estrangeiras como forma de produzir conhecimento, mas também considera a realização do confronto entre ramos do direito pátrio como plenamente válido à pesquisa. Assim, “por exemplo, o confronto entre dois direitos administrativos, a saber, um direito qualquer do sistema do common law, ou, de um modo mais concreto e específico, o direito francês e o direito inglês, vai revelar vários traços que se percebe, na comparação, a presença de duas realidades, de dois mundos, de dois tratamentos, de duas técnicas, de dois regimes diversos: a) dualidade e unidade de jurisdição, b) responsabilidade e irresponsabilidade civil do Estado, c) auto-executoriedade do ato administrativo, d) regime estatutário e regime trabalhista do agente público, e) irrelevância e relevância do precedente”, e mais à frente, no confronto de “direitos”. De toda sorte, José Cretella Junior entendia o direito comparado como um método de estudo e não como uma ciência do direito. (CRETELLA JR, José **Direito Administrativo Comparado**, São Paulo: Forense.p. 19). Em sentido oposto, Ivo Dantas assevera que o Direito comparado é uma ciência, tendo em vista que ele possui um objeto formal, a pluralidade de ordens jurídicas, e de uma autonomia doutrinária e didática, em razão dos diversos trabalhos, cursos e instituições nacionais e internacionais que desenvolvem esta temática. Desta forma, tem-se que o direito comparado se apresenta como uma ciência que faz uso do método comparativo para examinar as diferenças e similitudes de institutos do direito e de outros sistemas jurídicos vigentes. O Direito Administrativo Comparado, a seu turno, seria informado pela análise das similitudes e diferenças daqueles institutos jurídicos de sistemas vigentes que tratam das relações entre a Administração e os administrados, as formas de controle da Administração e as relações entre Administração e servidores, mormente, para esta última hipótese, nos sistemas que adotam o Civil Law (DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 88).

princípios, regras e métodos utilizados em outros ordenamentos jurídicos, para, sob sua inspiração, analisar, criar e colocar em prática normas mais eficientes dentro do ordenamento jurídico. Conclui, assim, que não se trata de copiar outros ordenamentos, mas sim, obter fontes de inspiração.¹⁸²

Paula Forgioni acrescenta que cada ordenamento jurídico é composto por princípios próprios que os embasam e legitimam. Esta peculiaridade é decorrente da diversidade das realidades que permeiam cada um dos direitos. Neste sentido, o sistema jurídico local está diretamente ligado às razões históricas. Contudo, o ordenamento jurídico, na opinião da autora, não é apenas modificado pela realidade que o circunscreve, mas também a partir da inspiração de outras organizações normativas.¹⁸³

Pierre Legrand assinala que o exame de outros ordenamentos provoca a reflexão e a pensar nosso Direito de uma outra forma, utilizando-se como parâmetro central do Direito do outro. Assim, alerta que o comparatista deve se concentrar na *análise* diferencial das jurisculturas, isto é, tornar explícito aquilo que é característico de um determinado sistema jurídico à luz de uma abordagem culturalista, sem se apegar a impressões ideológicas do intérprete.¹⁸⁴ Carlos Ferreira de Almeida, em igual medida, assinala a importância do estudo sistemático de outros ordenamentos, consubstanciado no estabelecimento sistemático das semelhanças e diferenças, por meio da pesquisa acadêmica, conformando-se na implementação de métodos jurídicos adequados a análise de cada ordenamento.¹⁸⁵

Desta forma, o presente capítulo analisa as configurações institucionais de relacionamento entre a autoridade antitruste local e a entidade reguladora setorial. Sobre o tema, Gesner de Oliveira produziu um trabalho riquíssimo analisando 22 países da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, entre eles países da União Europeia, Estados Unidos e Brasil. Segundo o autor, mais de 90% dos países analisados, por uma amostragem, reconhecem a complementariedade de competências entre as autoridades, não havendo qualquer incompatibilidade, salvo nos casos do Brasil e Estados Unidos em que se constatou a competência concorrente entre as entidades.¹⁸⁶

¹⁸² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. op. cit., p. 215.

¹⁸³ FORGIONI, Paula Andrea. op. cit. p. 161.

¹⁸⁴ LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito Estrangeiro** (tradução Daniel Wunder Hachem). Curitiba: 2017. contracorrente, p. 43.

¹⁸⁵ FERREIRA, Carlos de Almeida. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, p. 9.

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência e Regulação do sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad,

Lucia Helena Salgado, em estudo a respeito dos pontos de contato entre a regulação prudencial e concorrencial em países europeus, identificou que, de maneira geral, quando existe o reconhecimento do compartilhamento de responsabilidade entre as entidades, evita-se a sobreposição ineficiente de competências administrativas. Contudo, a autora alerta que, não se observou qualquer conflito entre as autoridades nos países europeus, diante do respeito ao dever de cooperação e a adoção de procedimentos claros visando assegurar que a revisão conjunta seja o mais transparente e previsível possível.¹⁸⁷

Nesse sentido, compreendida a importância do exame de ordenamentos jurídicos estrangeiros para o Direito pátrio, há de se reconhecer o constante processo de integração entre os países, por meio do desenvolvimento de blocos econômicos e grupos de mercado comum. Este fenômeno integrativo entre os países, facilita a confusão entre normas e ordenamento jurídico, permitindo o surgimento de diversos conflitos de competência. Em 2002, Romeu Felipe Bacellar Filho já assinalava que a formação de ajuntamentos de Estados, como medidas preventivas da globalização, vinha sendo incentivadas por diversos segmentos da sociedade, especialmente o jurídico.¹⁸⁸ São vários os casos de integração regional havidas, tais como União Europeia e Mercosul, situações em que os países se unem para permitir a livre circulação de bens, pessoas e riquezas, com o objetivo de promover o desenvolvimento regional.

Dedica-se, assim, a observar o relacionamento da autoridade concorrencial e setorial da União Europeia, do Mercosul e dos Estados Unidos da América, a fim de verificar se há alguma semelhança no regime jurídico adotado relativo a concorrência e regulação do setor bancário.

2002, p.177.

¹⁸⁷ SALGADO, Lucia Helena. **Concorrência e Regulação do sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.269.

¹⁸⁸ BACELLAR FILHO. Romeu Felipe. **A integração Regional Perspectivas e aspirações**. A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 1

3.2. O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

O excesso de autoridades reguladoras pode conduzir a uma ineficiência regulatória. É isto que acontece na questão envolvendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central, tendo em vista, como visto, que ambas as autarquias têm respaldo legal para julgar atos de concentração econômica envolvendo instituições financeiras. Idêntico problema pode ser verificado no MERCOSUL.

O anexo III do Tratado de Assunção prescrevia o compromisso dos Estados Partes adotarem, até o dia 31 de dezembro de 1994, um sistema de solução de controvérsias definitivo, determinando a criação ou não de um Tribunal Administrativo competente para julgamento das contendas, entre os países signatários do MERCOSUL, bem como a fixação do procedimento para conferir a segurança jurídica necessária aos envolvidos.

O provisório sistema de solução de controvérsias, inaugurado pelo anexo III do Tratado de Assunção, fundamentava-se em negociações diretas entre os Estados Partes, pelo que não havendo a composição amigável, seria levado ao conhecimento do Grupo do Mercado Comum, que em sessenta dias, com apoio de especialistas, formularia algumas recomendações para resolução da contenda. Se as recomendações fossem ineficazes, a controvérsia seria levada ao Conselho do Mercado Comum para “dar a última palavra” sobre o assunto encaminhado à sua apreciação.

Em seguida, foi idealizado um novo procedimento para solução de controvérsias entre os países signatários do MERCOSUL. O Protocolo de Brasília, firmado em 1991, tinha como propósito a solução imediata de demandas envolvendo Estados Partes, inclusive, seu caráter provisório já denunciava a utilidade de se desenvolver mecanismos mais específicos de resolução de conflitos. A premissa-base deste Protocolo era a que os conflitos pudessem resolvidos de modo pacífico e diplomático, a fim de demonstrar a boa-fé e transparência na relação entre os países envolvidos no bloco econômico, garantindo a cooperação multilateral, em atendimento aos princípios da não discriminação e da indivisibilidade.¹⁸⁹

No procedimento adotado pelo Protocolo de Brasília, os Estados Partes do MERCOSUL, em consenso, realizavam negociação direta e empenham seus esforços

¹⁸⁹ HERZ, Monica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. **Organizações internacionais: história e práticas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

para convencer a outra parte sobre a certeza e correção de seus interesses. Assim, neste cenário, a diplomacia da relação entre os países resolveria a questão, por meio do diálogo eficiente dos envolvidos. Sendo assim, quando as partes não alcançam êxito em suas negociações, o Protocolo de Brasília previa a intervenção do Grupo do Mercado Comum (GMC).

Devidamente notificado, o Grupo do Mercado Comum, com o auxílio de especialistas, reunia-se em grupos de trabalhos para analisar a contenda e, ao final, determinar recomendações aos países, com o intuito de resolver o assunto, podendo as partes adotar ou não os conselhos, não havendo qualquer penalidade na hipótese de descumprimento das sugestões do Grupo do Mercado Comum.

Na hipótese de não ocorrer à pacificação de interesses, o Protocolo de Brasília previa a possibilidade da constituição de um procedimento arbitral, mediante a nomeação de um Tribunal *Ad Hoc* – TAH, devendo as partes notificar à Secretaria Administrativa do Mercosul para que sejam indicados três árbitros para julgamento da demanda, sendo dois árbitros de cada país envolvido nas controvérsias e o terceiro será escolhido em comum acordo pelas partes. Não se alcançando um consenso, o árbitro será designado pela própria Secretaria Administrativa.

Se houver litisconsórcio dentre os litigantes, serão também escolhidos três árbitros, os quais representarão os países que estão do mesmo lado e, de igual modo, havendo ausência de consensos na nomeação do terceiro árbitro, este será indicado pela Secretaria Administrativa.

A propósito, a designação de um Tribunal *Ad Hoc* para julgamento dos litígios entre os países foi objeto de severas críticas, tendo em vista que a sua dissolução ao final do julgamento, impedia que houvesse uniformidade das decisões e nas interpretações legislativas, redundando na insegurança jurídica dos Estados Partes.¹⁹⁰ Por outro lado, em comparação com outros sistemas de solução de controvérsias então existentes, o procedimento adotado pelo Protocolo de Brasileira foi considerado pioneiro, diante da inexistência de mecanismos similares em outros processos de integração.¹⁹¹

Com base no Protocolo de Brasília, o Tribunal *Ad Hoc* é a instância final, não havendo qualquer possibilidade recursal para rediscutir a decisão ali tomada, tendo sua decisão (laudo) caráter vinculante e de obrigatoriedade para os envolvidos e, na

¹⁹⁰ MONFREDO, Cintiene Sandes. **Sistemas de solução pacífica de controvérsias em perspectiva comparada: O Modelo do Mercosul para o projeto de integração**. Tese (Doutorado em História Comparada) – Universidade Federal do Estado do rio de Janeiro. São Paulo. 2016.

¹⁹¹ BRESSAN, Regiane Nitsch. **A institucionalização do Mercosul e o sistema de solução de controvérsias. perspectivas**, São Paulo, v. 42, p. 17-39, jul./dez. 2012

hipótese de descumprimento das suas recomendações definitivas, o Estado Parte vencedor poderia requerer a devida compensação e indenização pelas perdas.

Diante do insucesso do modelo de composição amigável e da relação direta dos conflitos entre os Estados Partes, iniciou-se as tratativas para se desenvolver um modelo definitivo e efetivo para a solução das controvérsias do mercado comum, sob a perspectiva de obrigatoriedade de cumprimento e recepção das recomendações impostas e apresentadas pelos Tribunais, além da necessária uniformização da aplicação e interpretação dos regramentos do MERCOSUL. Daí, decorre o surgimento do Protocolo de Olivos com o intuito de burocratizar o sistema de solução de controvérsias e instaurar um Tribunal Permanente, justamente para afastar às críticas sobre a existência de Tribunais *Ad Hoc* que não produziam a uniformidade da interpretação da legislação e das decisões adotadas.

Atualmente, o sistema de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL é regulado pelo Protocolo de Olivos e seu regulamento. Firmado em 18 de fevereiro de 2002, o Protocolo de Olivos promoveu a edificação de um Tribunal Permanente de Revisão – TPR, com a função tanto de instância final como também de órgão consultivo pré-contencioso, que evitaria e mitigaria os riscos de uma contenda, bem como uniformizaria a interpretação de leis e tratados firmados no âmbito do MERCOSUL. Contudo, o Protocolo de Olivos não se olvidou da função precípua de qualquer bloco econômico que é a solução pacífica de seus litígios, estabelecendo, portanto, como fase inaugural ao procedimento, a etapa da negociação direta entre os Estados.

Segundo o artigo 1.º do Protocolo de Olivos, todas as controvérsias, entre os Estados Partes, que sejam decorrentes de interpretação, aplicação ou o não cumprimento dos Tratados do MERCOSUL deverão ser a ele submetidos.¹⁹² Portanto, não há nenhuma hipótese de exceção. Neste sentido, para solução das controvérsias, constata-se a existência de duas etapas: a primeira não contenciosa e a segunda contenciosa. O Art. 4.º do Protocolo de Olivos prescreve que é dever dos Estados Partes resolver amistosamente seus conflitos, mediante negociações diretas.¹⁹³ Portanto, esta norma de caráter vinculante, obriga aos Estados Partes, resolver seus litígios sem a

¹⁹² 1. As controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo.

¹⁹³ Os Estados Partes numa controvérsia procurarão resolvê-la, antes de tudo, mediante negociações diretas.

intervenção dos órgãos existentes do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL (etapa não contenciosa). Ocorrendo a impossibilidade da negociação amigável entre os Estados Partes, eles poderão tanto submeter o litígio diretamente ao Tribunal Ad Hoc (etapa contenciosa), como também ao Grupo do Mercado Comum (etapa não contenciosa). Se a questão for levada ao conhecimento do Grupo do Mercado Comum (etapa não contenciosa), o Grupo avaliará a situação, dando oportunidade às partes na controvérsia para que exponham suas respectivas posições, requerendo, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas, o qual, após análise da temática, formulará recomendações. Se, ainda assim, não for obtida a solução da demanda, a questão poderá ser submetida a um Tribunal Arbitral *Ad Hoc* – TAH, constituído para este julgamento (etapa contenciosa).

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* é composto por três árbitros, sendo um da mesma nacionalidade de cada Estado Parte e o terceiro escolhido em comum acordo pelos litigantes. Não sendo possível o consenso, a Secretaria seleciona um árbitro que presidirá a demanda. Os árbitros escolhidos serão àqueles já inscritos em uma lista permanente contida na Secretaria Administrativa do Mercosul. O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* emitirá o laudo num prazo de sessenta dias, prorrogáveis por decisão do Tribunal por um prazo máximo de trinta dias, contado a partir da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul às partes e aos demais árbitros.

Se, ainda, a decisão exarada pelos árbitros designados pelo Tribunal *Ad Hoc*, não for suficiente para pôr um fim no litígio, a parte insatisfeita poderá apresentar Recurso de Revisão, no prazo de quinze dias, ao Tribunal Permanente de Revisão – TPR. O TPR (etapa contenciosa) é a inovação do Protocolo de Olivos, podendo ser considerado um mecanismo de revisão do laudo emitido pelos Tribunais *Ad Hoc*, podendo ser usado diretamente por solicitação dos litigantes e, como também órgão consultivo dos Estados Partes. Portanto, dentro do sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo Protocolo de Olivos, o Tribunal Permanente de Revisão se prestaria tanto à uniformização da interpretação de leis e tratados do MERCOSUL, quanto a ser a última instância.

E, em matéria concorrencial, o TPR também seria o organismo competente para julgamento ou a competência seria do Comitê Técnico de Defesa da concorrência? Há, de fato, a aparente incompatibilidade normativa ou as competências não se confundem? A matéria antitruste, no âmbito do MERCOSUL, ainda está em processo de desenvolvimento. O Tratado de Assunção não possui sequer uma norma reservada a tratar especificamente da matéria concorrencial, apenas estabelecendo,

genericamente, que devem ser respeitadas as condições adequadas de concorrência e as equitativas de comércio, aplicando-se a legislação nacional dos Estados Partes para combater as condutas anticoncorrenciais.

Diante dessa omissão legislativa no que se refere à regulamentação da matéria concorrencial e da imposição de penalidades pelas práticas de condutas ilegais, é que, historicamente, há diversos exemplos de violações ao Tratado de Assunção, sem que se tenha a devida punição ao Estado Infrator. Com o objetivo de resolver este problema, o Tratado de Fortaleza, firmado em 1997, surgiu com o intuito de normatizar o tema, definindo e caracterizando quais as condutas consideradas restritivas de concorrência, bem como elegendo o Comitê de Defesa da Concorrência, como a entidade responsável para avaliar a existência de prática de conduta anticoncorrencial, como impor a devida penalidade.

Entretanto, o Protocolo de Fortaleza ainda não foi o mecanismo suficiente e efetivo para garantir a concorrência no MERCOSUL, diante da inexistência de órgãos jurisdicionais supranacionais que imponham a observância das regras de comportamento instituídas pelo Tratado.¹⁹⁴

Assim, em 2010, em Foz do Iguaçu, foi firmado o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL com os objetivos de promover a cooperação e a coordenação entre os Estados Partes no tocante à aplicação das leis nacionais de concorrência.¹⁹⁵ Assim, por força do artigo 1º, os Estados Partes comprometem-se a combater qualquer prática anticompetitiva, qualquer ato de concentração econômica e qualquer infração às normas de Direito concorrencial, sendo, inclusive, admitida a possibilidade de consulta ao Comitê do Comércio, a fim de verificar se determinada conduta é considerada como violadora às normas de antitruste no âmbito do MERCOSUL.

Portanto, o que se observa é a constante evolução legislativa do MERCOSUL no sentido de atender todas as necessidades das relações entre os países signatários, seja mediante a adoção do sistema de solução de controvérsias, instituindo um órgão máximo responsável pela uniformização de decisões e da interpretação de leis e tratados, seja mediante a adoção de normas regulamentadoras

194 VERONESE, Thabata Biazus Veronese. Direito Concorrencial no Mercosul: Evolução e Perspectiva. Disponível em: <http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoanterior/2013/downloads/Artigo%207.pdf>

195 Art. 1. O presente Acordo tem por objetivos: (a) Promover a cooperação e a coordenação entre os Estados Partes no tocante à aplicação das leis nacionais de concorrência no âmbito do MERCOSUL; (b) Prover assistência mútua em qualquer matéria relativa à política de concorrência que considerem necessária; (c) Assegurar a consideração cuidadosa pelos Estados Partes de seus relevantes interesses recíprocos, na aplicação das respectivas leis de concorrência; (d) Eliminar práticas anticompetitivas por meio da aplicação das respectivas leis de concorrência.

de Direito concorrencial, instituindo um órgão responsável para análise das condutas e punição dos infratores. A missão principal de todas estas medidas é garantir a segurança jurídica aos países envolvendo numa disputa.

Como se observa, o conflito entre o Comitê de Concorrência e o Tribunal Permanente de Revisão guarda sensível semelhança com o conflito positivo de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e o Banco Central Brasileiro – BACEN, em análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica, envolvendo Instituições Financeiras, diante da evidente competência concorrente entre as entidades.

3.3 O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

No âmbito da União Europeia, o Tratado de Roma, em seu texto original, limitava-se a tratar da proibição de condutas anticoncorrenciais, nos artigos 85 e 86 (atuais artigos 81 e 82). Contudo, o Tratado não dispunha sobre atos de concentração econômica.¹⁹⁶ Em 1989, o Regulamento nº 4.064/89 introduziu a regulamentação do controle das operações de concentração de empresas. O artigo 1º do regulamento prescreve que ele será aplicável a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, não havendo qualquer exclusão de tipo de sociedades empresárias.¹⁹⁷ Portanto, de acordo com o regulamento, não é admitida nenhuma espécie de isenção antitruste.¹⁹⁸

¹⁹⁶ A íntegra do Tratado de Roma está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

¹⁹⁷ A íntegra do Tratado de Roma está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31989R4064>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

¹⁹⁸ A ideia de desenvolvimento de um processo de integração de países europeus não é nova. Raphael Peixoto de Paula Marques conta, citando um relato promovido por Renato de Medeiros Barbosa, que nos anos de 1305 e 1307, o publicista normando Pierre Dubois disseminava a ideia de constituição de blocos econômicos, com o objetivo de formar uma confederação de Estados europeus, permitindo o livre comércio entre eles. No início do século XVII, o duque francês Maximiliano de Béthune Sully, que era conselheiro e ministro de Henrique IV, fundou uma federação, na forma de uma república cristã, liderada pela França. Esta federação era composta por quinze Estados e tinha como pretensão, dentre outras, a proteção e preservação da cultura cristãs. Sendo assim, o sinal distintivo destes países participantes desta federação era a religião. Os movimentos mais significativos com o propósito de se desenvolver um bloco comum entre países europeus se intensificaram no século XX. Em 1924, o Movimento Pan-Europeu, fundado pelo conde austríaco Coudenhove Kalergi, propugnou pela criação do chamado “Estados Unidos da Europa”. Já em 1930, um pouco antes da segunda guerra mundial, o chanceler francês Aristide Briand e o chanceler alemão Gustav Stresemann, manifestaram-se, na Sociedade das Nações — posteriormente denominada de Organização das Nações Unidas (ONU) — a favor de uma “União Federal Européia”, o que nunca veio a acontecer. Após o fim da segunda guerra mundial, inicia-se uma nova fase para a Europa. Os projetos

João Bosco Leopoldino da Fonseca assevera que antes mesmo da publicação do Regulamento nº 4.064/89, o Tribunal de Justiça da Comunidade já examinava as questões concorrenciais relativas aos bancos. O autor menciona o julgamento do caso Pascal Van Eyché contra ASPA S/A, em que se decidiu que era inadmissível a subtração dos bancos às regras de defesa da concorrência, tendo em vista que estas empresas eram encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral.¹⁹⁹

A criação do Banco Central Europeu, organização supranacional, pretendeu promover a harmonização dos bancos centrais nacional, objetivando a estabilidade da moeda na região da zona do euro e o controle da inflação no interior do bloco econômico. Segundo Rachel Sztajn, na União Européia, há uma notável preocupação com a manutenção da competição no setor financeiro. Assim, discute-se o relacionamento da regulação setorial e a prudencial visa a organização de um sistema em que a regulação e a concorrência se harmonizem entre si, mediante a criação de uma instituição supranacional.²⁰⁰

européus de integração, na época reduzidos a relações militares ou acordos comerciais bilaterais, passaram a demandar um maior envolvimento entre mais países com o objetivo de se atingir uma integração política entre eles. Com o fim da guerra e diante de uma Europa massacrada, humilhada e sem recursos para sua reconstrução, os países da Aliança trataram de configurar uma nova Europa no encontro de Ialta (MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Constituição, Memória e história no Brasil recente: reflexões sobre a Comissão Nacional da Verdade*. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003 p. 145). O francês Jean Monnet foi um entusiasta que começou a tratar do tema da união da Europa, defendendo que para recuperação do continente Europeu deveria haver uma união dos Estados. Jean Monnet "delineou alguns princípios norteadores das relações internacionais européia, que são: a) a união dos homens; b) primazia do Direito sobre a força; c) igualdade de direitos; d) delegação de soberania; e) a força das instituições" (KRIEGER, César Amorim. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá. 2006. p. 75). O período pós segunda guerra mundial foi fundamental para a constituição e desenvolvimento da integração entre os países europeus. Naquela oportunidade, a união entre os Estados nacionais da Europa, deu-se com o objetivo de pôr termo as infundáveis guerras entre os países vizinhos, que provocaram a segunda grande guerra. Alemanha, a Bélgica, a França, a Itália, o Luxemburgo e os Países Baixos fundaram a União Europeia pacífica. A partir de 1950, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço reforça o caráter pacificador e unificador do processo de integração pós segunda guerra. Em 1957, o Tratado de Roma institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE) – o chamado Mercado Comum Europeu. O período correspondente a década de sessenta apresenta-se com sensível crescimento econômico nos países participantes do bloco comum, especialmente em razão de favorecimento tributário entre os Estado-Parte, mediante a concessão de isenção da taxa aduaneira nas operações comerciais entre eles. Em 1987, é assinado o Ato Único Europeu, um tratado com o objetivo de promover a implementação de um mercado comum. Neste ato, os Estados signatários comprometem-se a eliminar todos os entraves normativos de seus ordenamentos que inviabilizam o livre comércio. Em 1993, é concluído o processo integrador da União Europeia, por meio do Tratado da União Europeia ou Tratado de Maastricht, sendo edificado um mercado único de livre circulação de mercadorias, de serviços, de pessoas e de capitais. Em 1995, a União Europeia acolhe três novos Estados-Membros: a Áustria, a Finlândia e a Suécia. As divisões políticas entre a Europa Ocidental e a Europa Oriental são finalmente sanadas quando dez novos países aderem à União Europeia em 2004, seguidos pela Bulgária e a Roménia em 2007.

¹⁹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. op. cit. p. 217.

²⁰⁰ SZTAJN, Rachel. **Regulação e concorrência no sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.234.

Em 2009, a crise econômica global tem repercussões profundas na Europa. Contudo, em razão da existência de moeda única e de um Sistema Europeu de Supervisão Financeira – SESF foi possível a ajuda financeira mútua entre os países.²⁰¹ Assim como no Brasil, o principal objetivo do SESF é garantir que as regras aplicáveis ao setor financeiro sejam impostas adequadamente em todos os Estados-Membros, com o objetivo de preservar a higidez e estabilidade financeira, promover a confiança do setor bancário supranacional e proteger os consumidores. O SESF tem igualmente por objetivo o de facilitar a realização de um mercado financeiro único a nível europeu.

Desta forma, com o desiderato de simplificar as movimentações financeiras entre os países, o Regulamento (UE) nº 1093/2010, cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), tendo como suas competências as instituições de crédito, os conglomerados financeiros, as empresas de investimento, as instituições de pagamento e as instituições de moeda eletrônica. A Autoridade Europeia de Supervisão também está habilitada a iniciar e coordenar, em cooperação com o Estado-Parte, testes operacionais do setor bancário à escala da EU, a fim de verificar a estabilidade e higidez financeira e evitar novos prejuízos.²⁰² Portanto, a Autoridade Europeia de Supervisão é o equivalente ao Banco Central Brasileiro.

De outro lado, o Direito concorrencial europeu, nos exatos termos da legislação específica da União Europeia - UE, visa conferir condições justas e equitativas para as empresas, velando, simultaneamente, para que continue a haver espaço para a inovação, a adoção de normas comuns e o desenvolvimento das PME. Constitui prática de infração à ordem econômica na UE, a fixação de preços únicos ou a repartição de mercados entre as empresas; a utilização inapropriada de uma posição dominante no mercado com o propósito de afastar concorrentes menores e; realizar fusões societárias para garantir um maior espaço no mercado.²⁰³

As empresas interessadas em realizar uma operação de fusão necessitam da autorização prévia da Comissão Europeia, cuja função principal é defender os interesses gerais da União Europeia, mediante a execução da legislação e das políticas públicas do mercado comum, dentre elas a preservação do mercado competitivo e livre de fraudes a livre concorrência e iniciativa. A atuação da Comissão Europeia é bastante significativa no combate aos crimes contra a ordem econômica. Em 2014, por exemplo,

²⁰¹ Todo o histórico é encontrado disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_pt. Acesso em 24.12.2018.

²⁰² O Sistema Europeu de Supervisão Financeira é devidamente explicado disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.6.14.pdf. Acesso em 24.12.2018.

²⁰³ Os presentes dados podem ser encontrados em: https://europa.eu/european-union/topics/competition_pt. Acesso em 24.12.18.

a Comissão impôs uma multa de quase 430 milhões de euros à Servier, uma empresa farmacêutica francesa, e a outros cinco fabricantes de medicamentos genéricos por celebrarem uma série de acordos para proteger o medicamento da Servier mais vendido para a tensão arterial, o perindopril, da concorrência de preços com outros genéricos na UE. A intenção das empresas envolvidas era garantir que o medicamento continuasse a liderar a venda e, por isso, se organizaram sob forma de cartel.²⁰⁴

As decisões tomadas pela Comissão Europeia não estão sujeitas a um controle interno, portanto, não encontra respaldo na legislação europeia qualquer possibilidade de recorribilidade das decisões tomadas pela Comissão a uma instancia administrativa superior. Contudo, a empresa condenada pela prática de alguma infração à ordem econômica, poderá judicializar o tema, por meio do ajuizamento de medida judicial perante o Tribunal Europeu. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem como missão a promoção da interpretação do Direito europeu para que sua aplicação seja uniforme em todos os países da União Europeia. Basicamente, as suas atribuições dizem respeito a interpretação da legislação. Assim, se uma jurisdição tem dúvidas sobre a interpretação ou a validade de um ato legislativo europeu, pode pedir esclarecimentos ao Tribunal. O mesmo mecanismo pode ser utilizado para determinar se uma dada lei ou prática nacional é compatível com o Direito europeu.²⁰⁵

Ao Tribunal de Justiça da União Europeia também compete a anulação de atos legislativos europeus (recurso de anulação). Esta medida pode ser adotada se o Tribunal entender que um ato legislativo viola os tratados da União Europeia ou os direitos fundamentais. O Tribunal também tem a prerrogativa de obrigar a atuação dos governos nacionais, nas hipóteses deles, por alguma razão, serem obrigados a agir e não o fizerem. E, por fim, os Tribunal pode aplicar sanções às instituições europeias pela prática de ato considerado ilegal ou conduta ilícita. Em termos estruturais, o Tribunal de Justiça da União Europeia é composto por duas jurisdições: O Tribunal de Justiça que trata dos pedidos de decisões a título prejudicial provenientes das jurisdições nacionais, bem como de certas ações de anulação e de recursos e o Tribunal Geral que trata dos recursos de anulação interpostos por particulares, empresas e, em certos casos, governos nacionais. Na prática, isto significa que este tribunal trata

²⁰⁴ A presente informação pode ser encontrada em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt. Acesso em 10.01.2018.

²⁰⁵ Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt, Acesso em 24.12.2018.

essencialmente processos relacionados com Direito da concorrência, auxílios estatais, comércio, agricultura e marcas registadas.²⁰⁶

Sob o ponto de vista processual, no Tribunal de Justiça da União Europeia, para cada processo é designado um juiz (juiz-relator) e um advogado-geral. Os processos são tratados em duas fases: a escrita e a oral. Na fase escrita, as partes envolvidas entregam uma petição dirigida ao Tribunal competente, sendo permitido as informações serem remetidas também as autoridades nacionais e às instituições europeias. Todas estas informações são reunidas e resumidas pelo juiz-relator e analisadas durante a sessão plenária do Tribunal que decide. O número de juízes que irão tratar do processo e que será de três, cinco ou 15 (todo o Tribunal), consoante a importância e a complexidade do assunto. Se, houver na necessidade de produção de prova oral ou esclarecimentos, será designada data para audiência, dado início a fase oral. Nesta etapa, os advogados de ambas as partes apresentam as suas alegações aos juízes e ao advogado-geral, que podem fazer as perguntas que entenderem pertinentes. Findada as duas etapas, os juízes deliberam e pronunciam a sentença.²⁰⁷

Assim, na União Europeia as fusões e aquisições na área bancária também são analisadas pelos órgãos antitruste, que têm poderes para rejeitar ou modificar uma operação.²⁰⁸ Portanto, a relação entre a regulação setorial e o Direito de concorrência se opera de modo complementar e com competências bem definidas. A entidade reguladora do Sistema Europeu de Supervisão Financeira é a Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia). Portanto, a ela compete a responsabilidade para manutenção da estabilidade e higidez da organização financeira dos países membros. Por sua vez, em matéria concorrencial ela não opina, sendo delegada a Comissão Europeia esta responsabilidade.

²⁰⁶ Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt, acesso em 24.12.2018.

²⁰⁷ Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt. Acesso em 24 de dez. de 2018.

²⁰⁸ SANTACUZ, Ruy. Regulação de mercados e defesa da concorrência: o caso do setor bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga e; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.307.

3.4 O SISTEMA FINANCEIRO E A CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América – EUA, as regulações técnicas e prudenciais são conduzidas pelas seguintes entidades: Federal Reserve Board, Departamento de controle de moeda, empresa federal de seguro de depósito e o departamento de supervisão econômica. A análise de fusões e aquisições no setor bancário está a cargo da divisão antitruste do Departamento de Justiça do Estados Unidos. No entanto, o Federal Reserve Board e Departamento de controle de moeda tem poderes para analisar questões concorrenciais.²⁰⁹ Portanto, “lá como cá”, as competências são concorrentes.

Segundo Ruy Santacruz, nos EUA um complexo sistema regulatório convive com o órgão antitruste. Isto decorre do fato de que o sistema bancário americano é tratado como agenda prioritária, sendo absolutamente mais competitivo que no Brasil. Contudo, assinala que, apesar da importância do setor bancário, a defesa da concorrência também é uma das missões do regulador naquele país. Não à toa, contam com mais de 9.000 bancos comerciais. O autor relata que em 1963 foi a primeira ocasião em que a legislação antitruste foi aplicada ao setor bancário. A Suprema Corte americana, no julgamento do caso Philadelphia National Bank. Basicamente, a fusão envolvia dois bancos pequenos que, no entanto, competiam em cidades com poucas opções bancárias. Assim, a concentração poderia provocar danos aos consumidores locais. Desta forma, a Suprema Corte entendeu que a fusão deveria respeitar as normas antitrustes e, conseqüentemente, não permitiu a concentração.²¹⁰

Há tempos os EUA preocupavam-se com a política antifinanceira. Exemplo disso, ocorreu em 1832. O então presidente Andrew Jackson vetou a carta de direitos de funcionamento conferida ao Segundo Banco dos Estados Unidos – que há muito se beneficiava da função de arrecadador do governo federal – a fim de reduzir a influência financeira na política americana. Outro exemplo, também foi a limitação dos bancos de Nova York, os quais não poderiam abrir escritórios em outros estados. Em 1933, a lei Glass-Steagall também manteve a ideia de exercer uma política antifinanceira. Os bancos comerciais não poderiam se envolver em atividades de investimento, assim impedida que referidos bancos explorassem correntistas. Esta lei estimulou a

²⁰⁹ OLIVEIRA, Gesner. Op. cit. p. 167.

²¹⁰ SANTACRUZ, Ruy. Op. cit. p. 306.

concorrência entre os bancos. Consequentemente, esta desregulação redundou no aumento de eficiência do setor bancário, fomentando o crescimento econômico, no entanto, também provocou a concentração financeira. O ápice desse processo de desregulação ocorreu em 1999, por meio da aprovação da Lei Gramm Leach-Bliley, a qual removeu a separação de banco comercial e de investimento. Esta lei criou alteração do efeito político no que se refere ao lobby. Isto porque, anteriormente os bancos comerciais e de investimentos tinham interesses diferentes, mas com essa remoção da segregação começaram a ter interesses idênticos, permitindo a essa “nova estrutura” um poder gigantesco, estabelecendo a pauta do país.²¹¹

Vale destacar que a concorrência sempre ocupou posição de destaque em terras estadunidense. Luigi Zingales asseverou que o capitalismo nos EUA, fundado na preservação da concorrência, tem origem em razão de quatro características principais: (i) história; (ii) geografia; (iii) cultura e; (iv) instituição do federalismo.²¹² No que toca aos fatores históricos, o autor narra que os Estados Unidos conheceram a democracia antes da industrialização, vivenciando décadas de sufrágio universal e ensino generalizado.²¹³ O capitalismo estadunidense nasceu num momento em que o envolvimento do governo era bastante fraco. Dessa forma, a forma mais eficiente para se ganhar dinheiro, seria empreender no setor privado. A propósito, defende Zingales, que neste segundo modelo (estado forte e gigante) a tendência é que se a percepção popular for que as pessoas enriquecem às custas de relação com o governo, o capitalismo se enfraquece, uma vez que será considerado injusto e corrupto. Ainda, outro fator histórico que conduziu ao fortalecimento do capitalismo americano, foi o fato de que não foi influenciado pela Europa. Os países com influência estadunidense, pós segunda guerra mundial, tiveram que encontrar saídas para proteger que suas empresas domésticas fossem compradas por estrangeiros, mediante a criação de propriedades mistas. No entanto, este tipo privilegia o conluio e a corrupção e não a eficiência econômica. Outro fator histórico, relatado por Zingales, diz respeito a ausência de influência direta do marxismo. Isto porque, nos países com influência marxista, os pró-livre mercado tiveram de seu unir com as grandes empresas. Neste contexto, a nacionalização (ou seja, o controle dos recursos por parte de uma pequena elite política) e o capitalismo de relacionamentos (envolve o controle desses recursos por parte de uma pequena elite empresarial) ganham espaço.²¹⁴

²¹¹ SALGADO, Lucia Helena. Op. cit. p. 272

²¹² ZINGALES, Luigi. **Um Capitalismo Para o Povo. Reencontrando a Chave da Prosperidade Americana**. São Paulo: Bei: 2015. p.39.

²¹³ Ibidem, p.41.

²¹⁴ Ibidem. p. 43.

Paula Andrea Forgioni lembra que antes de 1850 a economia americana estava desaquecida, ressentindo-se de capital e de mão de obra qualificada. Em 1865, com a duplicação das estradas de ferro, houve um incremento econômico e as empresas iniciaram a produzir em massa e com a economia em franca expansão e a sedimentação da infraestrutura necessária ao desenvolvimento. De outra parte, as empresas começaram a se organizar sob a forma de corporação, com o propósito de atrair investimentos. Assim, a união entre as sociedades seria o instrumento apto a atender às necessidades da indústria. Neste cenário, as empresas utilizavam-se das estradas de ferro para circulação das mercadorias. Por outro lado, os proprietários das ferrovias celebraram acordos visando a sua mútua proteção e a uniformização dos preços, sendo instituído um cartel. Verificou-se, assim, na época, um fenômeno intenso de concentração, com a redução do número de empresas, redundando no fortalecimento das políticas concorrenciais.²¹⁵

Zingales aponta como o segundo fator preponderante ao surgimento e fortalecimento do capitalismo nos EUA se refere aos fatores geográficos. Enquanto a colonização europeia da América foi em busca de ouro e prata e de metais preciosos, na América do Norte o que atraía os colonizadores era a liberdade. Assim, quem buscava a América do Norte pretendia livrar-se das instituições opressoras e construir um governo melhor. Nos Estados Unidos o fator principal era a concorrência. As treze colônias americanas tinham as fronteiras facilitadas, permitindo a circulação de pessoas e visando reduzir o poder central de governo. Os cidadãos poderiam escolher onde viver. Dessa forma, os Estados tinham de criar incentivos para atrair empreendedores, pessoas brilhantes e melhores, estabelecendo um governo para o povo.²¹⁶ Não à toa, após sua independência, os Estados Unidos da América conseguiram deixar de ser uma colônia de fazendeiros e escravos para se tornarem a maior potência econômica e militar do mundo.²¹⁷

O terceiro fator indicado por Zingales, remete a cultura norte-americana. Segundo Zingales, os Estados Unidos sempre pregavam que o poder emanava do povo. Os juristas e juízes eleitos sempre tinham como objetivo impedir a influência do poder e do dinheiro. Os grupos de interesse poderiam modificar o sistema das leis, mas não o conceito de justiça. Ademais, a instituição de ações coletivas permite com que os

²¹⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *op. cit.* p. 73.

²¹⁶ *Ibidem.* p. 44

²¹⁷ LIND, Michael. *Land of Promise: An economic history of United States*. New York: HarperCollins, 2012, p. 5.

advogados atuem em proteção aos mais fracos. Finalmente, a oposição a concentração excessiva do poder financeiro e o acesso generalizado às finanças é essencial para o desenvolvimento dos talentos, redundando em seu crescimento e fomentando a concorrência. O sistema deve ser justo.

Vale destacar que a opção pela democracia trouxe consigo os percalços inerentes ao ambiente democrático. Fabio Souza Santos assinala que os impasses entre os representantes do sul e do norte do país (que, anos depois, desaguaram na Guerra Civil de 1861) acabaram por acarretar o travancamento do financiamento de projetos de maior envergadura no plano federal. Coube, então, em um primeiro momento ao menos, às entidades subnacionais o investimento ou subvenção a projetos de infraestrutura e serviços públicos.²¹⁸

Por fim, o último fator indicado pelo autor como motivador ao sucesso do capitalismo nos Estados Unidos, é a natureza federativa de seu governo. O federalismo permite a concorrência entre os Estados, bem como o controle da ação deles. Era difícil as empresas obterem o controle de uma maioria dos Estados. Assim, o autor conclui que por conta desses motivos, os Estados Unidos formataram um sistema capitalista bastante próximo do livre mercado, liberdade econômica e concorrência aberta, contando com um riquíssimo sistema de freios e contrapesos.

A estrutura federativa do EUA nem sempre provocou apenas benefícios a concorrência. Na Guerra Civil estadunidense, ocorrida entre 1861 e 1865, houve um significativo embate entre o norte e o sul. A região norte, mais elitizada, pretendia a expansão econômica, baseada na propriedade de terras, mão de obra sem proteção, liberalização do mercado e tarifas protecionistas para as indústrias. Do outro lado, a região norte era contra essas medidas e houve, inclusive, confronto armado.²¹⁹

Contudo, não obstante Zingales enumere as causas para valorização do capitalismo e da concorrência nos EUA, o autor alerta que a relação entre o capitalismo e as finanças, quando adotada como forma de conferir privilégios, pode provocar o chamado capitalismo por compadrio. O capitalismo de compadrio emergiu na Itália e se mistura com o nepotismo. Zingales relata que as finanças são um elemento fundamental à concorrência no interior de um sistema econômico, pelo que o estímulo ilimitado e irrestrito a elas, permite a atração de novos empreendedores e oportunidade de crescimento e prosperidade. Por outro lado, Zingales ressalta que as finanças parecem

²¹⁸ SANTOS, Fabio de Souza. **Análise comparada da competição na contratação pública brasileira e estadunidense**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2018.

²¹⁹ ZINN, Howard. **A people's history of the United States**, p. 189.

ser as responsáveis por todos os problemas econômicos contemporâneos, especialmente para a efetivação de resultados econômicos desiguais. Não obstante não se possa atribuir à falta de concorrência - já que a concorrência é intensa nos EUA - ou a meritocracia - já que se recompensa generosamente os talentos -, em certa medida pode se responsabilizar a crescente hegemonia do Setor Financeiro, sobretudo por sua influência política.²²⁰

Atualmente, o sistema financeiro norte-americano funciona por meio de uma organização federal de reserva, o chamado Federal Reserve ou simplesmente como FED. A estrutura do sistema de reserva federal é composta por um Conselho de Governadores e pelo Federal Open Market Committee (FOMC), além de doze presidentes regionais do FED. Os chefes regionais ficam localizados nas maiores cidades do país. O Sistema Financeiro norte-americano também é composto por representantes de bancos privados. Desta forma, o sistema de reserva federal tem aspectos de natureza pública e de natureza privada, tendo sido concebido para servir tanto aos interesses do público em geral como dos banqueiros privados. O FOMC é o comitê responsável pelo estabelecimento da política monetária e é formado de todos os sete membros do Conselho de Governadores e pelos doze presidentes dos bancos regionais.²²¹

As funções da Reserva Federal incluem, além da formulação e execução das políticas monetárias, compreende a fiscalização dos Federal Reserve Banks regionais e a supervisão dos bancos. O FED é um órgão independente do governo federal e as suas decisões não precisam de ratificações do Presidente, no entanto, sua atuação está sujeita a revisão do Congresso Nacional norte-americano, se houver necessidade.²²² De outro viés, o Sistema Concorrencial é capitaneado pelo Federal Trade Commission – FTC. A FTC tem a competência para realizar a investigação e fiscalização de infrações à ordem econômica, inclusive com o poder de polícia para impor penalidades aos infratores. No caso da prática infracional, uma queixa administrativa é realizada, sendo designado um juiz administrativo independente, com a assessoria de funcionários especializados de comissões internas, os quais atuam

²²⁰ ZINGALES, Luigi. op. cit.. p. 86.

²²¹ Sobre o modo de funcionamento do sistema financeiro. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/structure-federal-reserve-system.htm>. Acesso em: 02 de janeiro de 2019.

²²² Sobre as funções do FED. Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/pf.htm>. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

como promotores. O caso pode ser revisado após pedido ao Tribunal de Apelações dos EUA e, finalmente, para a Suprema Corte.²²³

Além disto, Ana Maria de Oliveira Nusdeo aponta que a doutrina econômica e a política antitruste nos Estados Unidos de hoje refletem novas ideias, valorizando a eficiência e a competitividade das empresas, mesmos que as custas da concentração do mercado. Nesse sentido, o autor conclui que a escolha pela regulação setorial e a regulação concorrencial estadunidense somente é definida caso a caso, levando-se em conta os bens jurídicos predominantes em cada um deles.²²⁴

Portanto, nos EUA, tal qual no Brasil e no MERCOSUL, as competências entre a entidade concorrencial e a entidade setorial são concorrentes. O Federal Reserve tem o poder de vetar operações societárias no Sistema Financeiro que venham a prejudicar a sua higidez, devendo, apenas, informar ao Federal Trade Commission sobre a decisão. A grande diferença dos EUA são as suas raízes históricas de preservação da concorrência, permitindo, assim, a aplicação obrigatória das normas antitrustes em todos os casos.

²²³ Sobre a FTC. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc>. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

²²⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.96-97.

CAPÍTULO 4 - A LEGALIDADE DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO CADE/BACEN

4.1 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO E NA RESOLUÇÃO DO CONFLITO CADE X BACEN

A questão envolvendo a incompatibilidade normativa entre a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994 (atual Lei nº 12.259/2011), foi supostamente resolvida por meio de um memorando de entendimento, firmado entre o CADE/BACEN, em que se estabeleceu as competências para análise prévio e julgamento de ato de concentrações bancárias. O memorando de entendimento foi resultado de grupo de trabalho desenvolvido por ambas as autarquias que se propuseram a analisar o indicado conflito de normas, em que se atribuía a entidades distintas, competências idênticas. Desta forma, com base no que dispõe o memorando, CADE e BACEN continuarão se manifestando sobre os atos de concentração, sendo necessária a anuência de ambos para aprovação. Nas hipóteses em que fique devidamente comprovado que os atos de concentração examinados, possam provocar riscos à solidez e à estabilidade do sistema financeiro nacional, o BACEN será o responsável, privativamente, para análise prévia e julgamento ato e notificará o caso ao CADE, para sua chancela, sem restrição.

Deste modo, a pretexto de conferir maior segurança jurídica e maior eficiência regulatória aos casos de concentração econômica bancária, as autarquias firmaram o mencionado memorando de entendimento. Contudo, a composição administrativa entre as autarquias, fez emergir diversas outras questões como: (i) prevalência entre os princípios na Administração Pública entre si. Se o princípio da eficiência deve ou não prevalecer em relação aos demais princípios do Poder Público; (ii) o limite da eficiência seria ou não a estrita observância da legalidade. Diante disso, é oportuno retomar, ainda que brevemente, ao tema da importância dos princípios para determinado regime jurídico, a fim de se examinar a legalidade do referido memorando.

Os princípios ocupam um ambiente de bastante destaque nas ciências jurídicas, sobretudo após a superação da ideia que os princípios exerceriam apenas função complementar e subsidiária da norma jurídica. Luís Roberto Barroso assevera que o ponto de partida do intérprete deve ser sempre os princípios, já que eles espelham

a ideologia nacional. Assim, os princípios são normas²²⁵ eleitas como fundamentos ou qualificações da ordem jurídica que institui. O autor ressalta que já se encontra superada a discussão sobre norma e princípio.²²⁶ A dogmática moderna propugna o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser classificadas em normas-princípios e normas-disposição. As primeiras têm normalmente maior teor de abstração e uma finalidade de maior importância dentro do sistema. As normas-disposição, também chamadas de regras, tem eficácia condicionada as situações concretas as que se dirigem.²²⁷

²²⁵ Norberto Bobbio já atribuía aos princípios a natureza de norma. Igualmente importante é a análise produzida por Norberto Bobbio. Para o autor, os princípios são normas e assim afirma com base em dois argumentos. O primeiro diz respeito ao critério de validade da norma. Se os princípios são fontes normativas, por meio de um procedimento de generalização, não se vê razão para não os tratar como norma. Exemplifica dizendo, se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. O segundo argumento, qualificado como válido pelo Autor para caracterizar princípios como normas informadoras de um sistema, é funcional. Segundo o Autor, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Na lição de Bobbio, a norma é a base do Direito, porém não analisada individualmente, mas sim em seu conjunto e seu relacionamento, que o Autor atribuiu o nome de ordenamento jurídico. As normas seriam regras impostas à sociedade, cujos modais deonticos seriam os responsáveis pelo estabelecimento da organização social. Já os princípios seriam normas gerais e abstratas orientativas e direcionadoras de todo um sistema jurídico. Para Bobbio os princípios gerais são normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema, ou seja, são normas como todas as outras (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1989. p. 158/159).

²²⁶ Não se pode examinar a importância dos princípios, sem considerar as manifestações produzidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. O primeiro asseverou que o Direito é constituído por regras e princípios, sendo estes últimos chamados de padrões. Assim, um princípio, na avaliação do autor, nada mais é que um padrão que deve ser observado, não porque vai promover ou assegurar a situação econômica, política e social atual, mas porque se trata de uma exigência relacionada a justiça, equidade e moralidade. Acrescenta, ainda, que os princípios são decorrentes do desenvolvimento de uma compreensão comum sobre o que é apropriado para uma sociedade e será válido e vigerá enquanto perdurar esta situação entendida como acertada, tendo em vista que os princípios não podem ser revogados ou anulados. Dworkin assevera que os princípios são partes indissociáveis do Direito, mesmo com conteúdo muitas vezes interpretativo e aberto, eles exercem uma significativa importância no ordenamento jurídico, na medida em que orientam todo o sistema. Sobre as regras no Direito, Dworkin assinala que, no plano da validade, elas são aplicáveis na forma de tudo ou nada. Assim, em se consumando o fato gerador relativa a existência da norma, ela deve ser aplicada. Se, não for aplica, significa que ela não é válida. Muito pareça ser intocável e sem ressalvas o preceito de validade da norma – ou tudo ou nada – o autor reconhece a possibilidade de exceções aos cumprimentos das regras, as quais devem ser enumeradas. (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011). Para Alexy, as os princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas, por mais que, nas definições sejam diferentes. Os princípios são normas jurídicas ordenadoras de um sistema, os quais devem ser aplicados na maior medida possível em relação à situação fática que se apresenta. Assim sendo, os princípios revestem-se de mandamentos de otimização, caracterizados pela obrigatoriedade de sua aplicação em diferentes graus, mas em conformidade com as possibilidades fáticas. Na qualidade de norma, os princípios direcionam os modais deonticos (dever-ser), a saber: proibição, permissão e permissão. Contudo, distinguem-se das regras pela generalidade, abstração, indeterminabilidade que permite aplicação em uma diversidade muito grande de casos. Portanto, observa-se que os princípios são tratados por Alexy como uma categoria deontológica. Por outro lado, o conceito axiológico (bom, melhor) de valores está intimamente ligado com os princípios. Deste modo, se uma regra é considerada validade, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais e nem menos. Ser for verificada a ocorrência de um conflito entre regras, o autor recomenda a inserção de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se declare a invalidade de alguma regra. A declaração de invalidade de regra só será admitida se efetivamente, num caso concreto, existir a constatação de duas regras com consequências jurídicas concretas e contraditória entre si, sem qualquer cláusula de exceção (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p.88/89).

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma**

Humberto Ávila define que os princípios são normas imediatamente finalísticas, em que se estabelece um fim a ser alcançado pela norma. Exemplifica a sua conceituação com base no princípio da moralidade. Para o autor, o princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. No entanto, para a realização deste estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos, sem os quais não se contribui para o estado de coisas ideal posto pela norma e, por consequência, não se atinge o fim. Neste cenário, o princípio não se concretiza.²²⁸

Das definições clássicas até as mais modernas, não há dúvidas sobre a importância dos princípios aos ordenamentos jurídicos, a qual foi ressaltada na conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello. Para o autor, o princípio é o mandamento nuclear de um sistema, perfazendo seu alicerce, irradiando-se sobre diferentes normas e servindo de critério para sua interpretação. Nesse sentido, violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, pois o sistema jurídico inteiro estaria sendo ofendido. Assim, a afronta a um princípio reveste-se da forma mais intensa de inconstitucionalidade ou ilegalidade, porque representa a subversão dos valores fundamentais de um sistema.²²⁹ Como bem afirma Daniel Ferreira, a preocupação com o formal e substancial atendimento aos princípios transcende o dever de cautela e respeito as regras de Direito.²³⁰

Portanto, é correto o entendimento de que os princípios são dotados de máxima importância no interior de um sistema jurídico. É inegável, também, a ausência de prevalência entre eles, tendo em vista que todos irradiam, em igual medida, as diretrizes normativas de um ordenamento. Eles podem ser aplicados em maior ou menor grau, mediante regras de ponderação, mas não há qualquer superioridade entre eles. Contudo, pode ocorrer a incidência de um ou mais princípios em determinadas ocasiões. Nestas hipóteses, caberá um juízo de ponderação. A compatibilidade normativa e a sua sistematização são imprescindíveis dentro de um sistema jurídico, inclusive, devendo ser declarada a invalidade de normas que tem a mesma consequência jurídica. Em outras palavras, não podem conviver, harmoniosamente, dentro de um ordenamento

dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2010. p.155

228 AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2016. p. 79.

229 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2018. p. 53.

230 FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

jurídico, normas que tem o mesmo âmbito de aplicabilidade e consequências distintas. O terceiro e último juízo que se permite fazer sobre a relação entre princípios, normas e regras, diz respeito a necessária manutenção do Estado Democrático de Direito, cujo signo principal é a supremacia da legalidade, a fim de se impedir o autoritarismo e a arbitrariedade. Desautorizando, assim, a perseguição da eficiência a “qualquer preço”.

No caso em exame, o CADE e o BACEN buscaram a alternativa mais eficiente para solução do conflito de competência administrativa entre as autarquias. Contudo, ao se atribuir competência privativa ao BACEN nas hipóteses de supostas violação a higidez e a estabilidade do sistema financeiro nacional, estar-se-ia diante de uma situação de esvaziamento da competência do CADE, pois, nestes casos, ele cumpriria um papel de mero chancelador dos atos do BACEN. Ainda que se admita o risco sistêmico de uma fusão entre instituições financeiras, o ato igualmente deve ser analisado sob a óptica concorrencial, já que, do mesmo modo, pode ocasionar violação as normas da concorrência.

Além disto, o memorando de entendimento não tem o condão de vincular as partes, na medida em que ele não revoga a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994 (atual Lei nº 12.259/2011). Desta forma, o impasse normativo ainda persiste, sendo facultado as instituições financeiras a possibilidade de submeter seu ato de concentração ao CADE ou ao BACEN. E, na hipótese de aplicação de multa, recorrer ao Poder Judiciário questionando a legalidade do memorial de entendimentos. Ou seja, a garantia da eficiência implicou no afrontamento da legalidade.

4.2 CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO ENTRE CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICOS

A pretensão de se garantir a segurança jurídica e a eficiência no conflito CADE X BACEN provocou a violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que o memorando de entendimentos atribuiu, na hipótese de concentrações que afetem o sistema financeiro, competência privativa ao BACEN. Neste caso, as normas de Direito concorrencial seriam relegadas ao segundo plano, a fim de se preservar a estabilidade da ordem financeira. Contudo, o memorando está em desconformidade com a Lei do CADE nº 12.259/2011, a qual estabelece que não há nenhuma hipótese de isenção antitruste. É juridicamente impossível, como acentua Daniel Ferreira, pelo menos no âmbito administrativo, afastar a aplicação de uma norma (cuja sanção está preceituada)

dita incidente ao caso concreto, sob a justificativa de “desarrazoada”.²³¹ Assim, há de fato, um evidente conflito entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade. O primeiro com o objetivo de garantir a segurança jurídica das concentrações, ao atribuir a competência exclusiva a uma entidade e, por sua vez, o segundo prescrevendo, expressamente, que inexistente hipótese de inaplicabilidade das normas concorrenciais.

Luis Roberto Barroso acentua que a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionada com a declaração de invalidade de alguma delas ou mediante a instituição de regra de exceção.²³² No mesmo sentido, José Sérgio da Silva Cristovam acentua que se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.²³³ Dworkin assinala que na existência de conflito entre regras, deverá se adotar os critérios tradicionais: hierarquia (norma hierarquicamente superior prevalece sobre norma hierarquicamente inferior), cronologia (norma posterior prevalece sobre norma anterior) e especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral), devendo uma delas, ser considerada inválida. De modo diverso dos princípios, as regras não possuem a dita dimensão de importância. Assim, se duas regras entram em conflito,²³⁴ apenas uma delas será aplicada ao caso concreto e a outra deve ser declarada inválida, a não ser alguma delas preveja a cláusula de exceção.²³⁵ Com base nesta premissa, bastaria ao Poder Legislativo revogar

²³¹ FERREIRA. op. cit. p. 54.

²³² BARROSO. op. cit. p. 195.

²³³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010, p. 09

²³⁴ Sobre as antinomias normativas, Norberto Bobbio reconhece que a situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos. Para ele, esta incompatibilidade normativa é chamada de antinomia e, o Direito não as tolera. Esta afirmação decorre da lógica que a sociedade tem problemas complexos, os quais exigem a existência de normas harmônicas e coordenadas entre si. A desorganização normativa provoca insegurança jurídica, pelo que a coerência do ordenamento jurídico não constitui condição de validade, mas de efetividade. Desta maneira, para se manter a consistência e efetividade de um sistema jurídico, faz-se necessário apresentar critérios para resolução de eventuais antinomias que possam surgir. Pode-se dizer que a construção do sistema jurídico exige a solução dos conflitos de normas, pois todo sistema deve ter coerência interna, possibilitando, desta forma, uma solução por meio da lógica jurídica. Portanto, como dito, para Bobbio a existência de antinomias é um dos problemas mais graves de um ordenamento jurídico. Assim, caberá ao intérprete eliminá-los, por meio das seguintes regras: a) critério cronológico – é aquele no qual, diante de duas normas incompatíveis, prevalecerá a norma publicada em data posterior. A norma mais atual (*lex posterior derogat priori*); b) critério hierárquico – prescreve que, existindo antinomia, deve se sobrepor a regra hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferiori*) e; c) critério da especialidade é aquele segundo o qual havendo uma regra geral e outra especial, deverá prevalecer a segunda (*lex specialis derogat generali*). (BOBBIO, Norberto. op. Cit. p. 176).

²³⁵ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 43.

alguma das leis (ou a do CADE ou a do BACEN) ou criar ressalva legal ao conflito de competências administrativas.

Por sua vez, no caso sob exame, não há simplesmente uma disputa entre regras, mas também um confronto entre princípios da eficiência e legalidade. Nesta última hipótese, recomenda-se a resolução mediante juízo de ponderação, em que se atribui uma dimensão de peso entre eles. Segundo Dworkin os princípios possuem, diferentemente das regras, uma dimensão de peso ou relevância, em razão disso, no caso concreto, sempre haverá conflito sobre a aplicabilidade de um detrimento de outro. Nesta hipótese, inevitavelmente, caberá ao intérprete do Direito, observar qual deles deverá prevalecer, por meio da ponderação. Desta forma, o próprio conceito do princípio deverá prescrever a sua importância e o seu peso. Assim, facilitará o uso do critério da ponderação e reduzirá a probabilidade de erro e a discricionariedade do intérprete. No campo do conteúdo expositivo dos princípios estão inseridos os motivos pelos quais eles devem ser aplicados a uma situação. Neste sentido, para uma mesma ocasião, podem apresentar-se dois princípios que exijam seu emprego e cujas as consequências de sua aplicabilidade sejam contrárias. Por sua vez, o intérprete, por meio da ponderação, poderá considerar que um dos princípios tenha maior peso e prevaleça em relação ao outro. Isso não significa dizer que em todas as situações o princípio deva prevalecer em relação ao outro. Contudo, a questão do conceito do peso do princípio, o autor entende que sempre será controverso, cabendo aos intérpretes a sua avaliação.²³⁶

Humberto Ávila entende que a ponderação não é aplicável, exclusivamente, aos princípios e muito menos que os princípios possuem uma dimensão de peso. O autor propugna que a atividade de ponderação pode ocorrer na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem estar em conflito.²³⁷ O caso CADE X BACEN é o típico exemplo desta afirmação. A norma que regula o sistema financeiro e a norma que regula o Direito concorrencial convivem, em harmonia, dentro do ordenamento. No entanto, nas hipóteses específicas de fusões entre instituições financeiras, instaura-se a desordem entre elas. De todo modo, elas convivem, abstratamente, sem problema algum, tendo em vista que não há dúvidas sobre a competência relativa a garantir a segurança e a estabilidade do sistema financeiro, e, muito menos, sobre a autoridade máxima nos casos de infrações antitruste.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. **Op. cit.** p. 42.

²³⁷ AVILA, Humberto. **Op. cit.** p. 62.

Juarez Freitas Freitas igualmente propugna que se deve realizar juízo de ponderação com o objetivo de se resolver a antinomia normativa, a fim de se manter a manutenção da unidade interna e coerência do sistema. Portanto, o autor aduz que as prescrições jurídicas jamais se revestem de conteúdo apenas lógico-formal, senão que de uma material tendência a fins, em relação aos quais devem ser procedidas a interpretação e a aplicação do Direito positivado.²³⁸

Estabelecidas as bases necessárias, retoma-se a análise do choque principiológico entre a eficiência e a legalidade no conflito CADE x BACEN, na perspectiva da ausência de legalidade do memorando de entendimento. Alexy ensina que todos os princípios têm os mesmos valores e mesmos pesos. Na hipótese de colisão, um dos princípios deverá ceder, devendo ser utilizada a regra do sopesamento e da ponderação no caso concreto para ser verificar qual deve prevalecer, visando a promoção da justiça. Assim, não existe uma precedência absoluta de um princípio em detrimento de outro, mas sim uma precedência condicionada ao juízo de proporcionalidade. Nele, será considerada as circunstâncias fáticas e será promovida uma relativização dos princípios concorrentes. Um deles será aplicado ao caso concreto e o outro continuará existindo sendo aplicado a outras situações. Desta forma, evidencia a ideia de que um princípio não tem primazia sobre o outro, apenas afasta o outro que não será aplicado, de acordo com as particularidades de cada situação.²³⁹

Na visão de Alexy, este juízo de ponderação se liga ao princípio da proporcionalidade. A aplicação da ponderação é sensível à ideia de que os princípios podem ter pesos abstratos. No caso concreto, considerando que os princípios são mandados de otimização, a técnica de ponderação deve levar em conta a decisão que melhor atenda à necessidade da sociedade. Assim sendo, deve ser considerada a vantagem a ser obtida pela medida e o grau de afetação do direito preterido causado pela escolha do outro. As decisões sobre o caso concreto podem divergir a depender da situação, mas a escolha sobre determinado princípio pode criar precedentes para situações semelhantes. Como sugestão para avaliar, qual princípio é, no caso concreto, o mais justo, Alexy recomenda o uso da proporcionalidade, como critério da ponderação. Sobre as máximas da proporcionalidade recomendadas por Alexy no auxílio do critério da ponderação de princípios, são enumeradas três: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

²³⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

²³⁹ ALEXY, Robert. Op. cit, p. 92, p. 113.

Adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. Deste modo, para a avaliação da máxima da adequação será necessário verificar o meio e o fim. Se foi utilizado o meio mais adequado para se alcançar a finalidade almejada, sem infringir tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir. A máxima sucessiva à adequação se refere a necessidade. Ou seja, trata-se da apuração da existência ou não de outro meio menos restritivo com um custo menor. É busca pelo meio mais suave e menos limitativo. Desta forma, Alexy esclarece que a necessidade significa realizar a avaliação se a medida optada é realmente a menos gravosa para a consecução de determinada finalidade, já a proporcionalidade é o exame se as vantagens superam as desvantagens.

A adequação implica na otimização de ambos os princípios que estão em colisão, causada pela não adoção da medida que for gravosa para um dos princípios colidentes. A adequação decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Neste cenário, a colisão se resolverá pela adequação do meio menos gravoso. Por fim, a última máxima da proporcionalidade de Alexy, se reporta a ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. Neste critério, deve-se ter em conta a intensidade e importância da intervenção a um direito fundamental. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.²⁴⁰

Daniel Sarmento afirma que as tensões principiológicas só podem ser resolvidas a partir da análise das variáveis fáticas de cada caso, por meio do método da ponderação.²⁴¹ Ana Paula de Barcellos sustenta que a ponderação é uma técnica de decisão jurídica, que o interprete deve considerar, ao lado de elementos normativos pertinentes, e no mesmo nível deste, interesses não qualificados pelos órgãos competentes como juridicamente relevantes e dignos de proteção, isto é, se admite o ingresso de meros interesses no processo, a ponderação acaba por se transformar em uma avaliação puramente política. Na ponderação jurídica deverão ser considerados apenas os elementos normativos em conflito. Equiparar disposição normativas e interesses não judicializados é uma forma ilegítima de refazer o ofício do legislador.²⁴²

²⁴⁰ ALEXY, Robert. Op. cit, p. 92, p. 118.

²⁴¹ SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 09.

²⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77

Aplicando-se ao conflito CADE X BACEN ora examinado as soluções apresentadas pelos Autores diante da existência de conflitos de regras, entende-se que o problema persistirá na medida em que se considerar o critério cronológico como preponderante, a Lei do BACEN deve prevalecer. Por outro lado, se levar em conta o critério da especialidade, em matéria concorrencial, deverá se sobrepor a Lei do CADE. De outra medida, no caso de colisão de princípios, Dworkin e Alexy recomendam o uso da ponderação.

Neste cenário, ficará o interprete compelido a realização do sopesamento entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade. Se é possível, dentro perspectiva da eficiência regulatória, ignorar as respectivas leis, que atribuem competência a entidades distintas para controle de fusões bancárias, e considerar possível o ajustamento de condutas entre as autarquias a fim de se reconhecer a competência conjunta. De outro lado, o interprete pode admitir, a partir de um juízo de ponderação, que a legalidade seja relegada em relação ao princípio da eficiência.

4.3 O RELACIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS PRINCÍPIOS

Desde logo, vale ressaltar que os princípios jurídicos da Administração Pública não são compartimentos estanques que possam ser acondicionados e isolados. Na prática, os princípios guardam entre si diversos pontos de interseção e contato.²⁴³ Prova disso, é o conflito normativo que se dedica a examinar. Nele, a eficiência e a legalidade estão em constante choque. Isto porque, interessados em alcançar a eficiência regulatória, CADE e BACEN firmaram o dito de memorando de entendimentos. Como visto, ele é contrário a lei do CADE, na medida em que atribui, na hipótese de concentração que apresente risco ao sistema financeiro, competência privativa ao BACEN para análise. Todavia, não há prevalência entre os princípios de um mesmo sistema normativo, especialmente no que se refere a sobreposição de algum sobre o da legalidade. De todo modo, reconhece que, no caso concreto, os princípios podem obter maior importância ou peso em relação aos demais. Isto não lhe dá maior

²⁴³ JUNIOR, Onofre Alves Batista. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 276.

autoridade dentro de um ordenamento jurídico, contudo, serve como argumento de ponderação na ocorrência de conflito entre eles no caso concreto.

O princípio da eficiência surgiu num contexto de desburocratização do Estado para um cenário em que se exigia do gestor público um agir mais eficiente. Aliás, a eficiência alcançou um nível significativo de destaque ao ser constitucionalizado, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998 e ser incluído ao rol de princípios gerais expressos, cuja observância é obrigatória a todo aquele que exerce função pública. Assim, a eficiência se equiparou aos já insculpidos no artigo 37 da CF/1988: a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a moralidade. Neste sentido, afirma-se que a eficiência se apresenta como um reclamo contra a burocracia estatal, com o objetivo de combater a malversação dos recursos públicos, a falta de diretriz e de planejamento.²⁴⁴

A introdução de maneira expressa na Constituição Federal da eficiência como princípio da Administração Pública, como visto, se deveu ao novo cenário econômico-político mundial que, com a globalização e o neoliberalismo, configurou um modelo de Estado mínimo. De acordo com esse modelo, buscou-se confinar o papel estatal ao de “prestador de serviços públicos essenciais, como aqueles relativos à defesa da pátria, à segurança pública, à administração da justiça, ou ainda, à arrecadação de tributos”.²⁴⁵

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que a eficiência se revela sob dois aspectos. O primeiro, na perspectiva do agente público, que deve atuar da melhor forma possível para atingir os melhores resultados. O segundo, na perspectiva da Administração Pública, mediante o emprego de meios mais adequados para alcançar os melhores resultados. Com efeito, na opinião do autor, ainda que o administrador público desempenhe suas atividades atendendo todos os princípios do Poder Público, deve executá-los de modo a produzir os efeitos desejados.²⁴⁶

A grande questão é investigar se a eficiência pode ser alcançada a qualquer custo. Ou seja, se um ato, tal qual o memorando de entendimento CADE X BACEN, pode ser reconhecido como válido, pois eficiente, mesmo sendo contrário ao que prescreve a lei. A ordem constitucional de 1988 preconiza a figura do Estado

²⁴⁴ SANTOS, Avacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTr, 2003. p. 190.

²⁴⁵ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Editora Dialética, 1999, p. 127.

²⁴⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Uma Nova Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 180-182, 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47533/45212>. Acesso em: 01 de janeiro de 2019.

Democrático de Direito.²⁴⁷ Daniel Ferreira acentua que a CF/88 trouxe aos brasileiros um sem número de direitos, consubstanciadas em princípios e garantias fundamentais. Clémerson Merlin Cléve aponta que a Constituição não apenas regula o exercício de poder, como também impõe diretrizes específicas ao Estado, assinalando a sua ação, bem como sua interação.²⁴⁸

Deste modo, no sistema constitucional atual, instaurado pela CF/88, não há apenas uma exigência de respeito à lei, como acrescenta Alvacir Correa dos Santos, o Direito Administrativo contemporâneo não se contenta mais em estar simplesmente vinculado a noção de Estado de Direito, em que se bastava a ideia de legalidade. Nesta visão do Estado, pressupõe a legalidade e a legitimidade, sendo a eficiência um dado da legitimidade, decorrente do Estado Democrático de Direito.²⁴⁹ Todavia, o princípio da eficiência não pode ser um princípio que se coloca acima da legalidade. É da índole do regime democrático o atendimento ao princípio da legalidade. Deste modo, fora da lei não há administração eficiente, sendo ela a responsável por traçar os caminhos a serem seguidos e respeitados pelo agente público. Ademais, a legalidade se revela como instrumento de defesa dos atos da Administração, podendo nela se apoiar.²⁵⁰

O Administrador Público tem o dever de observar a lei, tanto para agir quanto para se omitir. Se, atuar de modo diverso do que ela estabelece, estar-se-ia diante de uma violação ao princípio da legalidade. Assim, deve sempre prestar obediência ao princípio da eficiência e ao princípio da legalidade. Ser eficiente sem obedecer ao ordenamento jurídico é flagrantemente inconstitucional. Não menos inconstitucional, porém, é atender ao ordenamento jurídico sem que a gestão pública produza eficiência.

²⁴⁷ Ainda sob a perspectiva da recém promulgação da Constituição, José Afonso da Silva esclareceu a figura do Estado de Direito. Para o autor, a CF/88 propugna por um modelo fundado no Estado Democrático Social de Direito, sendo que o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência da definição do Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. O cenário constitucional brasileiro sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei. Deve-se, portanto, nas lições de José Afonso da Silva destacar a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não simplesmente como um ato jurídico abstrato e geral, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. É precisamente no Estado democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei. Desta forma, a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, necessariamente precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos. (DA SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Julho/setembro. Rio de Janeiro, 1988, p. 15-34.)

²⁴⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 22.

²⁴⁹ CORREA, Alvacir Correa dos. Op. cit. p. 208.

²⁵⁰ Ibidem. p. 209.

Assim, não resta alternativa à Administração: há que ser eficiente e obediente à legalidade, ao mesmo tempo e por todo o tempo.²⁵¹

Vale destacar que há um clamor da sociedade para o uso mais adequado das verbas públicas. Além disso, também se exige do Poder Público uma prestação de serviços com qualidade e que o Estado atue de modo diligente em demandas coletivas essenciais, utilizando-se racionalmente dos recursos que titulariza. Essas exigências, portanto, permeiam o aperfeiçoamento da figura do Estado de modo a torná-lo mais eficiente. No entanto, no meio político, é costumeira a alegação de que as leis em vigência impossibilitam a adoção de determinada medida, inviabilizando a ação eficiente. Ainda que inconscientemente se verifica o primeiro embate entre a eficiência e a legalidade. Neste caso, a preservação do Princípio da Legalidade está impedindo o alcance da estimada eficiência.

Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que o relacionamento do princípio da eficiência com os demais princípios se dá por meio de um princípio constitucional implícito chamado finalidade pública.²⁵² Segundo Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, o conteúdo jurídico do princípio da finalidade não possui grande controvérsia na doutrina. Em uma acepção ampla, a finalidade se refere à exigência de um resultado de acordo com o interesse público genericamente considerado. Em uma conotação restrita, reporta-se ao resultado exigido explícita ou implicitamente pela lei específica que rege o caso concreto. De todo modo, apresenta-se insofismável que a atuação do administrador, em todos os atos de gestão, sejam de caráter político ou propriamente administrativo, deve respaldar-se por uma finalidade pública condicionada pelo ordenamento positivo – que é o receptáculo das decisões democráticas.²⁵³ E esta finalidade, no contexto do regime jurídico administrativo brasileiro, é vinculada, entre outros condicionantes, pela presença do princípio da supremacia do interesse público.²⁵⁴ Neste sentido, Andre Saddy acentua que independentemente da procedência da margem de liberdade conferida ao Estado, o

²⁵¹ NETO, Francisco Taveira. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 135.

²⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 109.

²⁵³ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

²⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

exercício do poder-dever discricional encontra limite no interesse público, devendo ser respeitada a boa administração, à eficiência e o resultado pretendido.²⁵⁵

Emerson Gabardo assevera que o princípio da eficiência imputa a exigência de ser alcançada a solução que seja ótima ao atendimento da finalidade pública, seja no espaço de decisão vinculada expressamente à lei, seja no espaço de decisão discricionária. Neste último caso, a decisão comportar algum tipo de cotejamento entre regras ou entre princípios, que por sua vez podem sugerir uma complementação ou uma exclusão recíproca (duas hipóteses que exigirão um raciocínio hermenêutico completamente distinto).²⁵⁶

Na opinião do autor, o princípio da eficiência, portanto, extrapola os limites do princípio da razoabilidade, na medida que implica na busca de não somente de uma atuação eficiente, mas sim da solução ótima. O Administrador Público deve sempre optar por uma solução mais eficiente, podendo, inclusive, o lesado socorrer-se ao Poder Judiciário para cobrar a atuação irregular por ineficiência. Gabardo conclui que não é mais cabível o engessamento do Direito apenas às normas legais, principalmente quando se tratam de atos desempenhados pela Administração Pública, que envolvem os anseios de todos os cidadãos, legítimos detentores do poder. A colisão que surge entre os princípios da legalidade e da eficiência, quando o bem comum exigido pelos cidadãos não está previsto em lei, se resolve, conforme visto alhures, pela aplicação da proporcionalidade nos atos administrativos, por meio de um processo de ponderação entre tais princípios. Neste sentido, faz-se necessário, portanto, a preponderância da eficácia dos atos da administração pública, pois o grau de ofensa ao princípio da legalidade é diminuto quando comparado à agressão ao princípio da eficiência, ou seja, quando não resguardados os direitos fundamentais dos cidadãos.²⁵⁷ Registre-se, por oportuno, que o autor não defende a possibilidade de relegar ao segundo plano a legalidade, sob a óptica do constitucionalismo social e não em outros casos. Assim, quando se estiver diante da violação de alguma garantia ou direito fundamental, o agente público estaria permitido a agir de forma eficiente em substituição ao agir legal.

Onofre Alves Batista Junior igualmente ressalta que não se pode exigir a impossibilidade de transposição de um modelo detalhista e legalmente enrijecido

²⁵⁵ SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado Brasileiro na economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 263.

²⁵⁶ GABARDO, Emerson. **Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil**. MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coords.). **Controles da administração e judicialização de políticas públicas**, pp. 191 e ss.

²⁵⁷ GABARDO. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 183

quando, o caso concreto assim necessita. Nestas hipóteses, o agente público está autorizado a promover a eficiência em contraposição a legalidade. A explicação é histórica, na medida em que o gerencialismo substituiu a burocracia. Atualmente, a Administração Pública deve estar voltada a garantir a eficiência, ainda que se tenha, em alguma medida, que se relativizar a legalidade.²⁵⁸

Vale destacar que no conflito de competências administrativas CADE X BACEN não há qualquer violação a direito ou garantia fundamental dos interessados. Existe, apenas, a identificação da ineficiência regulatória, consubstancia da ausência de cumprimento da finalidade jurídica da norma, na presença de duas autoridades competentes para o mesmo caso concreto, bem como a inexistência de segurança jurídica para as empresas interessadas em realizar operações de fusões entre instituições financeiras.

O confronto entre a legalidade e a eficiência reside na solução adotada pelas autarquias, mediante a elaboração do memorando, diante da existência de lei, não revogada em nenhuma das suas disposições, que atribui competência ao CADE para julgamento de matérias concorrenciais. Não se está a negar a eficiência do memorando, mas sim a se questionar a sua legalidade. É evidente que o acordo não é o instrumento hábil e legal para se resolver o impasse, mas sem dúvida alguma garantiu maior segurança jurídica, resolveu a antinomia normativa e a norma alcançou sua finalidade. O mérito do memorando é ilegal, na medida que exclui, em determinado caso, a competência do BACEN. No entanto, confere eficiência regulatória, consubstancia na garantia de segurança e solução de antônima normativa.

4.4 A LEGALIDADE DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO CADE X BACEN E A GARANTIA DA EFICIÊNCIA

O debate em torno da aplicação do Direito Concorrencial às instituições financeiras repropõe a temática a submissão de interações entre os princípios, regras e a interação do Direito com a economia. A possibilidade de imposição de multa ou anulação do ato de concentração, nos casos de submissão do processo de concentração a autoridade declarada incompetente, provoca insegurança jurídica no

258 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Forum: 2012, p. 275.

setor regulado. Neste cenário, as autarquias resolveram constituir grupo de trabalho. Ao final, firmaram um memorando de entendimento e propuseram um projeto de lei. A ideia seria que, enquanto a lei proposta não é aprovada e promulgada, o memorando de entendimento se prestaria a regular a situação. Assim, o objetivo central deste acordo entre as autarquias, era o de conferir maior segurança as operações e eficiência regulatória aos sistemas concorrencial e setorial.

A transformação do modelo estatal de intervencionista para regulador produziu um aumento da atividade legislativa, dando margem ao aparecimento de um maior número de antinomias e tornando mais complexo o sistema jurídico no que se refere a sua coesão e conformidade. O Estado regulador é uma organização institucional que interage diretamente com às concepções de Estado de Direito. Portanto, a lei é o limite e o fundamento da ação estatal.²⁵⁹ Em outras palavras, houve um incremento de leis, justamente para validar a atuação do Estado. Com o Estado regulador, o Direito tornou-se peça fundamental à atuação da legitimação estatal. André Saddy expõe que o Estado regulador deixa de executar e passa a planejar, organizar, supervisionar e fiscalizar as atividades relacionadas a prestação de serviços públicos, bem como as relativas as atividades econômicas e sociais.²⁶⁰ A propósito, para Eduardo García de Enterría, a crise do princípio da legalidade está intimamente ligado à questão da inflação legislativa, decorrente da regulação. O excesso de normas afronta a eficiência regulatória e a segurança jurídica.²⁶¹ O colapso de credibilidade que experimenta o Poder Legislativo e a intensificação de regramentos editados pelo Poder Executivo, acrescido da ampliação da atuação do Poder Judiciário, provoca uma desordem jurídica. Além disso, comumente verifica-se o desrespeito a hierarquia normativa, justamente pela confusão de competências concorrentes. Para abarcar a realidade, a regra se torna mais precisa e detalhada, ou seja, mais pontuais e particularistas, atuando mais como textos especiais com conteúdo técnico. E, por conseguinte, essa proliferação de diplomas legislativos afeta a própria generalidade e universalidade das regras.²⁶²

Jacques Chevallier afirma que a produção do Direito não pode resultar de iniciativas desordenadas, com múltiplos atores, especialmente porque a sua

²⁵⁹ FILHO, Marçal Justen. **Op. cit.** p. 21.

²⁶⁰ SADDY, André. **Op. cit.** p. 353.

²⁶¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **A Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41.

²⁶² JUNIOR, Ricardo Duarte. A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. **A&C:Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 183.

harmonização é problemática. Além das evidentes incompatibilidades normativas, presentes no ordenamento jurídico brasileiro, o processo legislativo é burocrático, sob a óptica procedimental. Há um método para a promulgação de uma lei que deve ser respeitado. Assim, não é rápido o suficiente para acompanhar certas demandas sociais e econômicas decorrentes, principalmente, de problemas de natureza técnica. Dessa forma, o Poder Legislativo começa a diferenciar as matérias de natureza técnica e as de natureza política, mantendo estas e delegando a normatização daquelas aos órgãos, públicos e privados, mais preparados, tanto em seu aspecto técnico quanto temporal.²⁶³

A propósito, Marçal Justen Filho, ao analisar o âmbito da regulação econômica atual, reforça a afirmação da morosidade do processo legislativo, ao asseverar que no Direito Brasileiro o trâmite necessário para um projeto de lei se tornar lei não é inferior a dois anos. Assim sendo, este tempo é incompatível com as questões de natureza regulatória, as quais demandam, na maioria das vezes, uma certa urgência temporal.²⁶⁴

Contudo, André Saddy alerta que o Estado regulador demanda uma especialização dos setores e segmentos regulados, sendo abandonada a pura ideia de direção política dos processos econômicos. Em matéria concorrencial, o autor relata que o Estado exerce a regulação transversal, que parte da premissa de que a intervenção deve se dar em casos de identificação das infrações de norma antitruste. Suas normas têm caráter imperativo proibitivo e a sua aplicação se dá de forma repressiva.²⁶⁵ Assim, em face da real possibilidade de controle dos mercados por grandes organizações, a legislação antitruste constitui-se como um instrumento de intervenção pública na economia, mediante o estabelecimento das regras do jogo em que se implementa a atividade econômica privada.²⁶⁶

No problema em exame, diante da inércia do Poder Legislativo em solucionar a incompatibilidade normativa entre a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994 (atual Lei nº 12.259/2011), não restou outra alternativa às autarquias, senão firmarem memorando de entendimentos para regularizar o assunto. Há, assim, um arranjo institucional com o propósito de garantir a segurança jurídica e a eficiência nos atos de concentração entre instituições financeiras. As operações e empresas que atuam no

²⁶³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 122.

²⁶⁴ FILHO, Marçal Justen. **Op. cit.**, p. 554.

²⁶⁵ SADDY, André. **Op. cit.** p. 381.

²⁶⁶ ANDRADE, Rogério Emilio de. A regulação da concorrência uma visão panorâmica, in: **Regulação Pública da economia no Brasil**. ANDRADE, Rogério Emilio de (coordenador). Campinas: Edicamp, 2003. P. 171.

segmento não poderiam permanecer submetidas ao risco de multas milionárias ou sob ameaça de anulação de ato de concentração, em razão da negligência do Poder Legislativo em resolver a questão.

É correto o entendimento das autarquias no sentido de que a morosidade do sistema legislativo, manteria o impasse de competências administrativas por um prazo indeterminado. É igualmente acertado o juízo que há uma evidente inflação legislativa que provocam as incompatibilidades. Contudo, o instrumento mais adequado para se permitir a solução definitiva, neste caso, a lei. Daniel Ferreira alerta que as agências devem emitir atos normativos no sentido de garantir maior eficiência ao setor regulado. Por outro lado, não podem inovar na ordem jurídica e muito menos, contrariar a lei e o Direito.²⁶⁷ Portanto, o memorando é legal na forma, mas materialmente ilegal, na medida em que exclui da competência do CADE os casos que apresentem riscos ao sistema financeiro, mesmo a lei da concorrência inadmitindo qualquer hipótese de isenção antitruste.

Ressalte-se, portanto, que não se reconhece, neste caso, qualquer prevalência do princípio da eficiência sobre o princípio da legalidade. Ao contrário, admite-se a necessária e indispensável promulgação da lei para determinar sobre a autoridade competente para a questão, mas enquanto a lei não for aprovada e sancionada, com vistas à preservação da segurança jurídica e da eficiência, vigorará o memorando de entendimentos firmado entre as entidades autárquicas.

²⁶⁷ FERREIRA, Daniel; FERREIRA FILHO, Miguel. op. cit. p. 139-140.

CAPITULO 5 - SOLUÇÃO ÓTIMA DE EFICIÊNCIA REGULATÓRIA PARA O CONFLITO DE COMPETENCIA DO CADE E BACEN

5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTO REGULATÓRIO

No âmbito do Direito posto, o memorando de entendimento destinou-se a resolver o conflito de competência administrativa CADE X BACEN, para os casos de concentração entre instituições financeiras. Assim, não obstante a legalidade do memorando possa ser questionada, seja na sua forma (acordo entre as autarquias), seja no mérito (excluindo a competência do CADE para fusões que afetem o sistema financeiro), não há dúvidas quanto a sua utilidade eficiente. Neste caso, a eficiência pode ser medida por três elementos centrais: a segurança jurídica, a ausência de incompatibilidade normativa e composição entre as autarquias produzindo a proteção da confiança. Diz-se que foi a melhor solução de eficiência encontrada na seara do Direito posto, pois há outro ferramental disponível ao Estado, que certamente atribuiria um caráter mais eficiente à regulação.

José Afonso da Silva assinala que a segurança é um dos valores primordiais ao Direito positivo, sendo uma exigência da ordem normativa vigente, a certeza e a segurança. Segundo o autor, a constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia, segurança como proteção dos direitos subjetivos, segurança como direito social e segurança por meio do Direito.²⁶⁸ Ingo Wolfgang Sarlet assevera que no caso da ordem jurídica brasileira, a CF/88, atribuiu a segurança como valor fundamental no seu preambulo, sendo reforçada sua imprescindibilidade quando inclusa no rol dos direitos invioláveis.²⁶⁹

Cármem Lúcia Antunes da Rocha afirma que a segurança jurídica se manifesta também em diversas conformações institucionais, comparecendo quer no princípio da irretroatividade das leis e atos normativos, quer nas normas relativas a prescrição e em todas as outras normas que indiquem a convicção e confiança do

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da Silva. Constituição e Segurança Jurídica. In: Constituição e Segurança Jurídica como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepulveda Pertence. Carmen Lucia Antunes da Rocha (org). Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 25.

²⁶⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. In: Constituição e Segurança Jurídica como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepulveda Pertence. Carmen Lucia Antunes da Rocha (org). Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 92.

Direito. Segundo a autora, a certeza de inviolabilidade das normas, em especial da Constituição, é a fonte de confiança do sistema normativo, que expressa o princípio da segurança jurídica.²⁷⁰ Luis Roberto Barroso inclui a segurança jurídica no rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado da justiça do bem-estar social. No entanto, o autor reconhece que a segurança está em crise diante do excesso normativo e da velocidade das informações.²⁷¹

Como situado, a produção de normas reguladoras reconhecidamente cresceu nos últimos tempos provocando o fenômeno da inflação legislativa e trazendo consigo inúmeras incompatibilidades normativas.²⁷² A regulação estatal, portanto, com o objetivo de atender os planos governamentais, introduziu diversas normas de distintas naturezas e matérias. Este processo contribuiu para o enfraquecimento da segurança jurídica das relações.

De outro modo, o excesso de leis e o incremento do número de autoridades reguladoras é o cenário propício para o surgimento de normas incompatíveis entre si. A ausência de um estudo aprofundado a respeito do cenário normativo atual, em momento anterior a edição da lei ou norma, propicia a promulgação de normas que disponham sobre a mesma matéria e atribuam responsabilidades a entidades distintas. Por isto, um dos elementos caracterizadores da solução ótima de eficiência regulatória, necessariamente, deve passar pela análise das antinomias normativas.

A composição havida entre as autarquias, mediante a concretização do memorando de entendimento, permite reconhecer que, à luz do Direito posto, o acordo se trata da solução mais eficiente sob a óptica regulatória. Isto porque, neste caso, tem-se a certeza que de não haverá qualquer questionamento, seja judicial ou administrativo, a respeito da competência para julgamento do ato de concentração. Assim, a proteção da confiança estaria garantida, consubstanciada na ideia de amparo normativo contra mudanças abruptas, injustas, frustradoras de expectativas tida como ilegítimas.²⁷³ Portanto, não há dúvidas que a eficiência regulatória restou preservada pelo memorando de entendimentos.

²⁷⁰ ROCHA, Carmen Lucia Antunes da. **O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: Constituição e Segurança Jurídica como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** Estudos em homenagem a José Paulo Sepulveda Pertence. Carmen Lucia Antunes da Rocha (org). Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 171.

²⁷¹ BARROSO. Luis Roberto. **A eficácia do Direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.** In: Constituição e Segurança Jurídica como direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepulveda Pertence. Carmen Lucia Antunes da Rocha (org). Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 108.

²⁷² Vide nota 168.

²⁷³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção de confiança: uma nova forma de tutela do cidadão do Estado.** Niterói: Impetus, 2009, p. 82.

Vale reiterar que as autoridades independentes reguladoras surgiram neste contexto de se promover a eficiência regulatória.²⁷⁴ Assim, Andre Saddy relata que se verificou a necessidade da constituição de um tipo específico de autoridade pública com ampla competência, autoridade, amplitude de poderes, alta especificação técnica, permeabilidade à sociedade e autonomia/independência.²⁷⁵ Neste contexto, com entidades especializadas e técnicas, a eficiência regulatória estaria resguardada.

Por outro lado, para se obter a eficiência regulatória não basta sua expedição por entidade competente e especializada. Depende, também, da identificação de inexistência de antinomias normativas. No caso do CADE X BACEN, por exemplo, a eficiência estaria condicionada a solução da autoridade competente. Neste contexto, é que a Análise de Impacto Regulatório surge como uma interessante ferramenta para se alcançar a solução ótima de eficiência regulatória. Donald Macrae relata que na Europa, o Reino Unido tem estado na frente na busca de melhoria na regulamentação e no desenvolvimento de Análises de Impacto Regulatório como ferramenta política em busca da eficiência.

Segundo Macrae, no Reino Unido, a AIR é baseado na publicização do pretense ato regulatório, por meio do Ato de Liberdade de Informação. Neste ato, o público em geral toma conhecimento da norma. A publicação é considerada por Macrae como um dos aspectos-chave da AIR, uma vez que fortalece tanto o procedimento do elaborador de política, pela antecipação de questionamentos mais sofisticados, como permite que as partes que serão afetadas pela regulação possam ter acesso ao impacto que sofrerão. Se desejarem, as partes podem questionar sobre essa regulação. Ao final, o autor conclui que, mesmo entendendo os necessários ajustes da AIR no Reino Unido, ela é um instrumento que combate a ineficiência regulatória.²⁷⁶

²⁷⁴ Interessante reflexão sobre o fenômeno regulatório, no âmbito da análise econômica do Direito, foi promovida por Richard Craswell. Em contraponto à expedição de normas reguladoras visando a proteção do consumidor, o autor desenvolve sua pesquisa a partir do contexto normativo como definidor das relações entre os vendedores de bens e serviços e seus clientes. Considera que as regras implicam no fomento do debate existente entre os defensores da eficiência estatal em face daqueles que defendem seus efeitos distributivos. Via de regra, segundo o autor, é conferido maior peso ao bem-estar dos consumidores do que aos vendedores. Assim, relata que é padrão de análise iniciar-se com a premissa de que não é possível ao vendedor repassar os seus custos exógenos ao estabelecer o preço ao consumidor. Desta forma, só terá equilíbrio se houver cruzamento entre as linhas do custo do produto para o vendedor e do benefício auferido pelo comprador. Então, quando se aumenta o custo do produto é importante ao vendedor impor uma garantia de modo a conferir um benefício ao consumidor, permitindo, assim, o incremento da quantidade de consumidores interessados. Por sua vez, se houver incremento do preço do produto, mas sendo conferido alguma benefício significativo ao consumidor, certamente a regulação será eficiente (CRASWELL, Richard. **Passing on the Costs of Legal Rules.** Disponível em: <https://law.stanford.edu/publications/passing-on-the-costs-of-legal-rules-efficiency-and-distribution-in-buyer-seller-relationships/>. Acesso em: 24.12.2018).

²⁷⁵ SADDY, André. **Regulação Estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 19.

²⁷⁶ MACRAE, Donald. **Análise do Impacto Regulatório – AIR.** Disponível em:

Em outras palavras, a Análise de Impacto Regulatório é um procedimento para a tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória do Estado, por meio do uso de métodos de análise sobre os efeitos de uma determinada norma a ser expedida, com o objetivo de tornar a intervenção estatal mais eficiente. Registre-se que a intenção da presente dissertação é apenas apresentar a AIR como um meio, no cenário hipotético, para a solução ótima no conflito CADE X BACEN. Isso não significa dizer que a AIR seja a única medida adequada ou necessária para a atividade regulatória.

Neste contexto, o AIR se presta a oferecer e dotar a máquina do Estado de instrumentos que possam permitir aos impactados pela norma a sua oitiva. Assim, permitiria ao Estado Regulador apresentar medidas mais compatíveis com o interesse coletivo. Isto porque, o agente administrativo, no exercício de suas atribuições, toma decisões que podem gerar grande impacto à sociedade, tal qual ocorre no problema entre o CADE e BACEN já exposto. Portanto, a pretensão de tornar o Estado regulador mais eficiente é o motivo evidente para a implementação da AIR. Contudo, o uso desta ferramenta permitirá conferir uma maior legitimidade e transparência às decisões, diante do necessário diálogo entre o Poder Público e a sociedade civil, mediante a publicização do ato. Além disso, a utilização do AIR contribuirá para realização de controle político do agente regulador, colaborando para a redução do déficit democrático.

Registre-se, por oportuno que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico - OCDE recomendou a adoção da AIR pelo Estado Brasileiro.²⁷⁷ Desta forma, o significado de AIR para a OCDE é uma ferramenta que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas. Ela oferece aos tomadores de decisão dados empíricos valiosos e uma estrutura abrangente na qual eles podem avaliar suas opções e as conseqüências que suas decisões podem acarretar. Um escasso entendimento dos problemas em questão ou dos efeitos indiretos da ação governamental pode debilitar os incentivos regulatórios e resultar em falha regulatória. A AIR é utilizada para definir problemas e garantir que a ação governamental seja justificada e apropriada".²⁷⁸

Sem uma detida análise das diferenças entre a AIR e outras ferramentas de controle do Estado, poderia se alcançar a conclusão simplista de que ela seria apenas

<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/proreg-volume-1.pdf>, p. 21. Acesso em 24.12.2018

²⁷⁷ OCDE. Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 8.

²⁷⁸ Análise de Impacto Regulatório OCDE (1997): As melhores Práticas nos Países da OCDE, Paris, *apud* OCDE, Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento, Relatório sobre a reforma regulatória, Casa Civil da Presidência da República, 2008, p. 62.

uma réplica de outros instrumentos já existentes. Contudo, ela se diferencia das demais na sua essência. Em relação ao processo legislativo ordinário, a AIR se distingue pelo sujeito que realiza as avaliações. Isto porque, a avaliação legislativa pode ser promovida, exclusivamente, por juristas que apresentem habilidades para tal finalidade. De outra parte, a avaliação regulatória poderá ser realizada por juristas e economistas, num trabalho conjunto, com o propósito de identificar quais os impactos jurídicos e econômicos do setor regulado, dos consumidores e da sociedade em geral. Além disso, entre a AIR e o processo legislativo há outra divergência no que se refere ao procedimento para a produção. Enquanto para a avaliação legislativa, observa-se todo o rito constitucional para expedição de uma lei, a avaliação regulatória é mecanismo de controle da atividade regulatória para garantir a eficiência nas decisões regulatórias do Estado.

A AIR igualmente não se assemelha à consulta pública. Muito embora, a publicidade da regulação seja um dos elementos caracterizadores da AIR, apenas garantir a publicidade dos atos do agente regulador, se revelou insuficiente para o modelo do Estado Regulador. Há, na verdade, a exigência da sociedade civil que o Estado seja mais democrático e eficiente. Portanto, todas as decisões, em caráter regulatório, adotadas pelo Estado devem ser adequadas a solucionar os problemas experimentados pelos setores regulados, de modo a permitir que a atuação estatal seja controlada e fiscalizadas pelo próprio parâmetro de Avaliação de Impacto Regulatório.

Diante disso, certamente o uso do ferramental da Avaliação de Impacto Regulatório contribuiria não só para a solução da controvérsia instaurada entre o CADE e o BACEN, como também auxiliaria todo o processo regulatório, tornando-o mais eficiente. Contudo, diante do custo financeiro da AIR, este ferramental não deve e nem pode ser utilizado indiscriminadamente. Tendo em conta que as normas regulatórias implicam em alocação de recursos públicos. Desta forma, esses recursos devem ser utilizados de forma responsável, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Atento a necessidade de se implementar a AIR no Direito Brasileiro, em 15 de setembro de 2017, a Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República (SAG) lançou a Consulta Pública nº 01/2017, em que se avaliara a proposta de produzir um Guia Orientativo de Elaboração relativo à AIR, a qual redundou em um documento, publicado em março de 2018, que apresentar os benefícios da adoção deste ferramental, sem, contudo, obrigar

o Administrador Público a respeitar o estudo contido na AIR. Ou seja, o Estado terá o custo para a realização da análise sem, contudo, exigir do gestor a sua observância.²⁷⁹

5.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA AVALIAÇÃO DO IMPACTO REGULATÓRIO

O objeto de estudo deste trabalho acadêmico é a busca da solução ótima de eficiência regulatória considerando a incompatibilidade normativa que atribui competência idênticas ao CADE e o BACEN. Portanto, como relatado, verificou-se que há leis distintas e em plena vigência, que conferem as duas autarquias, a prerrogativa de analisar e julgar atos de concentração financeira entre Instituições Financeiras. Neste sentido, a Avaliação de Impacto Regulatório poderia ser um instrumento a garantir segurança jurídica e eficiência as operações. A AIR não se presta a promover a solução do problema em momento superveniente a incompatibilidade normativa, mas sim é uma fase pretérita a edição da regulação. De todo modo, é necessário o exame da eficiência como fundamento de validade da AIR. Ou seja, se a admissão ou não da regulação deve ser examinada sob a óptica da eficiência. Se uma regulação ineficiente não poderá ser expedida.

A eficiência, no contexto da Avaliação de Impacto Regulatório, revela-se como sendo à escolha de medidas regulatórias cujos os benefícios se equivalem ou são inferiores aos custos incorridos pelo Estado, pelo mercado, pelos consumidores e pela sociedade em geral. Neste sentido, o processo administrativo prescrito na realização da AIR, contribui para orientar o agente regulador, a aplicar o Princípio da Eficiência no caso concreto.²⁸⁰

Neste sentido, em certa medida, envolve a lógica da Análise Econômica do Direito, no que se refere a utilização, ainda que involuntariamente, de custos de transação. Ronald Coase introduziu a ideia de que se a regulação for mínima e com o direito de propriedade preservado, as partes envolvidas no litígio resolverão o seu

²⁷⁹ Sobre o assunto, pode-se verificar a respeito do resultado da Audiência Pública em: http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/eventos/2018/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-air-resultado-da-consulta-publica-sag-casa-civil/resultados-cp-air_marco_2018.pdf. Acesso em 24.12.2018.

²⁸⁰ MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (org.). As leis de processo administrativo. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2006, pp. 342/363.

problema, por meio da barganha. O autor sugere que a regulação direta do Estado em determinadas atividades, pode aumentar os custos da transação, impondo regras que podem onerar os envolvidos.²⁸¹

Assim, em razão da larga utilização da regulação, é importante a discussão a respeito da eficiência das políticas e medidas adotadas. Isto porque, como visto, uma regulação ineficiente pode acarretar dispêndio não só para o próprio Estado, mas para a sociedade em geral. Como assevera Rafael Vêras de Freitas, as discussões sobre a regulação buscam parâmetros objetivos sobre a necessidade da atuação regulatória e da avaliação apriorística da eficiência, dos custos e da segurança jurídica da implementação/alteração de atos regulatórios. Nasce, portanto, o incentivo à utilização de procedimentos sistematizados de Análise de Impacto Regulatório (AIR), pois, apesar de importante à promoção do bem-estar econômico e social, a regulação pode apresentar custos para a sociedade, ou se tornar um obstáculo ao desenvolvimento caso se torne excessiva.²⁸²

A eficiência não seria o fim, mas o meio, em que o Estado compararia as alternativas possíveis, objetivando escolher a menos custosas a cumprir a política pública desejada. A política pública é o fundamento de validade da medida regulatória a ser adotada. Alexandre Santos de Aragão leciona que a eficiência está diretamente ligada a AIR, sendo instrumento para regulação mais eficiente e menos invasiva. O Autor apresenta os três pressupostos da AIR, em que a eficiência atribui validade.

O primeiro é a necessidade de coordenação entre as instâncias regulatórias, a fim de se evitar contradição de normas administrativas, insegurança jurídica e conflitos. A coordenação atende também ao princípio constitucional da eficiência, evitando desperdício de tempo, dinheiro e pessoal com a realização de trabalhos duplicados e otimizando as pesquisas e experiências administrativas, impedindo que a cada novo projeto regulatório se parta sempre do zero. O primeiro pressuposto encontra consonância direta com o memorando de entendimentos firmado entre o CADE e o BACEN. Em outras palavras, reconhece-se que o memorando alcançou a eficiência regulatória, na medida que garantiu a segurança jurídica e evitou conflitos, além de evitar desperdício financeiro.

O segundo pressuposto, apresentado por Aragão, é o da manutenção da independência das agências reguladoras, que receberam da lei autonomia reforçada

²⁸¹ COASE, Ronald. **O problema do custo social**. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/339340385/COASE-Ronald-O-Problema-Do-Custo-Social>. Acesso em 01 de jan. de 2019..

²⁸² FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. **Revista brasileira de direito público**, Salvador, v. 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014, p. 114.

em relação à Chefia do Executivo. Trata-se de coordenar sem tirar a independência. A sistemática de AIR deve, entre os meios adequados para assegurar a desejada coordenação, ser o menos restritivo possível à independência das agências reguladoras, já que de fato a necessidade de coordenação é por natureza potencialmente conflitante com a independência.

Finalmente, o terceiro pressuposto diz respeito à abrangência da AIR. Ela não pode ser vista como uma imposição apenas às agências reguladoras independentes, mas uma instância de coordenação de todas as instâncias governamentais com competências regulatórias. Neste sentido, o autor recomenda que a AIR seja vista como uma ferramenta a todas as atividades legislativas.²⁸³

Há de se considerar, ainda, que a AIR, sob a égide do Princípio da Eficiência, contribui para a redução da discricionariedade do agente regulador. A vinculação da decisão regulatória somente se verifica por força da aplicabilidade do Princípio da Eficiência à função pública. A AIR torna ainda mais criteriosa e vincula ainda mais a decisão. Assim, a AIR seria o mecanismo responsável para ainda mais reduzir o nível de discricionariedade do agente regulador, por meio de um processo administrativo que recomenda a aplicação do princípio da eficiência.²⁸⁴

Ou seja, a adoção da AIR é sustentada pelo princípio da eficiência que atribui legitimidade a sua adoção. Desse modo, é correta a interpretação que o Princípio Constitucional da Eficiência confere fundamento jurídico para a adoção da avaliação de impacto regulatório pelo Estado Regulador²²⁹.

Luiz Alberto Blanchet e Priscila Bubniak asseveram que realizada uma AIR, pode-se chegar às seguintes opções: (i) não intervenção no setor em questão; (ii) medidas alinhadas com o mercado, baseadas em incentivos; (iii) disposição de informação para o setor e educação para os usuários; (iv) entendimentos voluntários como os conhecidos termos de ajustamento de conduta; (v) medidas de autorregulação e (vi) tradicional regulação de comando e controle (*command and control*).²⁸⁵

Em tramitação da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 1.539/2015, obriga as agências reguladoras no âmbito da administração federal, sem prejuízo de

²⁸³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Análise de Impacto Regulatório: Instrumento de uma Regulação mais eficiente e menos invasiva**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-instrumento-de-uma-regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva/>. Acesso em: 01.01.2019.

²⁸⁴ ADAMI, Mateus Piva. **A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 56

²⁸⁵ BLANCHET, Luiz Alberto e; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação**. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set/dez. 2017. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/4219/pdf>. Acesso em: 01.01.2019.

outras agências reguladoras definidas por lei ou por decreto, a realizarem a Análise de Impacto Regulatório. Desta forma, em todos os seus atos normativos, das mais diversas espécies e formas, as entidades estariam compelidas a observar as normas relativas a Avaliação de Impacto Regulatório.²⁸⁶

Portanto, a Análise de Impacto Regulatório não é apenas uma ferramenta apta a avaliar os custos, benefícios e efeitos da regulação. É, também, um procedimento administrativo voltado à análise das medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos reguladores com base em evidências empíricas. Assim, após a análise, resulta na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador, visto que possibilita a participação dos envolvidos no processo regulatório, limita a discricionariedade do regulador e viabiliza o posterior controle da decisão regulatória pelo Poder Judiciário.

5.3 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI EM CURSO NO CONGRESSO NACIONAL

Em 17 de abril de 2018 foi aprovado no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 350/2015, de autoria do Senador Antonio Anastasia, que define a competência do CADE para defender a concorrência no Setor Financeiro e, ao mesmo tempo, permite que o BACEN intervenha para decidir acerca dos casos que se apresentem como potenciais riscos ao Sistema Financeiro Nacional. Desta forma, pretende-se a alteração da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei do BACEN) e da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Atual Lei do CADE) com o objetivo de corrigir a incompatibilidade normativa entre as autarquias.²⁸⁷

Com tramitação encerrada no Senado, o processo foi encaminhado à Câmara dos Deputados. Contudo, há um memorando de entendimentos entre as autarquias em vigência. A redação do Projeto de Lei pelo menos, neste primeiro momento, não prevê a revogação expressa de qualquer ato regulatório existente. Apenas se limita a revogar os dispositivos da Lei do CADE e da Lei do BACEN que provocaram a divergência normativa.

²⁸⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1278807>. Acesso em 01.01.2019.

²⁸⁷ O projeto de lei está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3543738&ts=1547839866180&disposition=inline>. Acesso em 01.01.2019.

Conforme relatado no Capítulo primeiro, em 21 de agosto de 2017, por meio da portaria conjunta nº 3/2017 foi constituído um grupo de estudos entre as duas autarquias. Da atuação conjunta dos membros das entidades resultou na aprovação, em fevereiro de 2018, de um memorando de entendimentos nº 2018 que dispõe sobre o acordo de cooperação estabelecido entre as duas autarquias.

O artigo 2º do memorando de entendimento prescreve que o pedido de aprovação do ato de concentração bancária deverá ser realizado perante ao CADE e o BACEN, em procedimentos separados, os quais possuem regras distintas. E, condiciona a eficácia do ato de aprovação da fusão bancária a expressa autorização da ambas as autarquias. De outra parte, o BACEN poderá aprovar unilateralmente atos de concentração envolvendo Instituição Financeira, nos casos que venham a: (a) envolver risco à solidez de instituição financeira ou de segmento do Sistema Financeiro Nacional; (b) comprometer a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e a prevenção de crise sistêmica; (c) prejudicar a efetividade de regime de resolução aplicado em instituição financeira; (d) prejudicar a efetividade de medidas necessárias para a mitigar a necessidade de aplicação de regime de resolução. Nestas hipóteses, o BACEN aprovará o ato de concentração e o CADE apenas concordará.

Já o Projeto de Lei nº 350/2015, em seu texto inicial, trata da temática de modo muito superficial e não encerra a discussão, porque não prescreve um procedimento a ser adotado pelas Instituições Financeiras interessas em realizar atos de concentração econômica. No entanto, não se pode cuidar do conflito CADE e BACEN sem examinar o Projeto de Lei que está em fase final de tramitação e, provavelmente será aprovado.

Em primeiro lugar, o referido projeto, com apenas três artigos, sugere a alteração do artigo 10, alíneas “c” e “g” da Lei nº 4.595/1964 (Lei do BACEN). A redação atual da Lei do BACEN – já que o Projeto de Lei ainda não foi aprovado – prescreve que compete, privativamente, ao BACEN conceder autorização às Instituições Financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (art. 10, “c”), bem como permitir que as Instituições Financeiras possam alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário (art. 10, “g”).

O Projeto de Lei nº 350/2015 mantém a redação do art. 10, alíneas “c” e “g” da Lei nº 4.595/1964, incluindo a expressão “respeitado o exercício da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”. Da análise da forma sugerida para o artigo, depreende-se que o BACEN permanecerá com a prerrogativa para análise de fusões e incorporações entre Instituições Financeiras, especialmente porque o

conflito surgiu justamente pelo desrespeito de competências. Ou seja, a inclusão da expressão “respeitado o exercício da competência do CADE” certamente, por si só, não resolve a divergência.

Em segundo lugar, o Projeto incluiu o inciso XIV, ao artigo 10 da Lei nº 4.595/1964, o qual é complementado pelo §3º do mesmo artigo, igualmente incluído nesta ocasião. Da leitura conjunta literal destes dispositivos mencionados, impõe ao BACEN a prerrogativa de decidir, privativamente, no prazo de 330 (trezentos e trinta dias), sobre atos de concentração bancária que afetem objetivos do Sistema Financeiro Nacional. Nesta hipótese, o CADE será apenas notificado, em sessenta dias, e se absterá do controle de concentração. Registre-se, por oportuno, que nos casos em que o BACEN entenda pela afetação do Sistema Financeiro Nacional, ele não respeitará o exercício da competência do CADE e, individualmente, poderá decidir sobre casos de concentração econômica entre Instituições Financeiras.

Em terceiro lugar, o Projeto incluiu 46-A à Lei nº 4.595/1964 atribuindo ao CADE a competência para prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, contudo, salvo na hipótese que o BACEN entenda que a operação poderá afetar a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, conforme ressalvada pela análise conjunta do art. 10, inciso XIV, § 3º da referida lei.

Finalmente, em quarto lugar, o Projeto alterou a redação da Lei nº 12.529/2011, incluindo o inciso XX ao artigo 9º prescrevendo que compete ao plenário do Tribunal do CADE zelar pela defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, decidindo os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica.

Desta forma, entende-se que a polêmica do conflito de competência entre o CADE e o BACEN não se resolve, por alguns motivos. Não houve qualquer fixação de procedimentos para as Instituições Financeiras realizarem seus pedidos de análise. A empresa não tem capacidade técnica suficiente para verificar se o seu pretense ato de concentração irá afetar ou não o Sistema Financeiro Nacional e, portanto, deve submeter seu procedimento de concentração ao BACEN. Por sua vez, o Projeto de Lei determina que, nas hipóteses de afetação, o processo deverá ser encaminhado para o BACEN, o qual detém competência privativa para julgar e o CADE será um mero “chancelador” do ato.

O projeto de lei também não excluiu do BACEN a possibilidade de aplicação de multa, caso uma determinada operação não se submeta ao seu procedimento fiscalizatório. Há, igualmente, a incompatibilidade do projeto de lei com o memorando

de entendimento. Neste último, existe a obrigatoriedade de encaminhar os processos de concentração a ambas autarquias. De outro lado, o Projeto de Lei atribui ao CADE o dever de zelar e manter a concorrência no mercado, devendo se manifestar sempre, salvo nas hipóteses de riscos ao Sistema Financeiro Nacional, ocasião em que apenas concordará com o parecer do BACEN.

Portanto, após exame do Projeto de Lei nº 350/2015 e do memorando de entendimentos, firmado pelas autarquias, constata-se que, pelos motivos expostos, além de não encerrar a divergência normativa entre as entidades, se não houve revogação expressa do memorando, provocará a incompatibilidade entre a pretensa lei e o memorando, especialmente sob a óptica processual.

5.4 PROPOSTA PARA SOLUÇÃO ÓTIMA DE EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NO CONFLITO EM EXAME

Gesner de Oliveira foi o primeiro a consolidar uma proposta para resolução do conflito de autoridade entre as duas instituições. Já no seu parecer, sugeriu que a solução poderia ser implementada por meio de acordo realizado pelas autarquias. No procedimento sugerido, seria reconhecida a complementaridade de competências. Assim, o processo seria submetido ao BACEN em duas vias, sendo que uma delas seria encaminhada ao CADE para verificação dos aspectos concorrenciais do ato.²⁸⁸

Ainda, quase dez anos depois do parecer de Gesner de Oliveira, as autarquias firmaram memorando de entendimentos, em que se reconhece a complementariedade de competências. Deste modo, o processo de concentração deverá ser aprovado por ambas as autarquias, salvo nas hipóteses de risco a higidez e estabilidade do sistema financeiro, ocasião em que o BACEN terá competência exclusiva para exame da matéria. Como dito em capítulo anterior, no âmbito do Direito posto, esta é a solução mais adequada a se contribuir para a eficiência regulatória.

A expedição deste ato normativo justifica-se pela garantia da segurança jurídica nas operações, consubstanciada no fato de se ter a certeza de qual a autoridade competente para submeter o ato de concentração, bem como em qual regime jurídico está inserido. Com o memorando, as empresas interessadas em realizar a fusão têm a

²⁸⁸ A proposta de Gesner de Oliveira para resolução do conflito de competência de atos de concentração bancário pode ser conferida em: OLIVEIRA, Gesner. **Op. cit.** p. 173.

segurança que o ato não será anulado e muito menos será imposta uma multa, diante da não submissão do ato de concentração.

O memorando de entendimento também assegura a eficiência regulatória ao solucionar a incompatibilidade normativa entre a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994 (atual Lei nº 12.259/2011). Assim, a antinomia normativa e a morosidade do processo legislativo foram resolvidas. Finalmente, a manifestação formal das autarquias provocou a confiança para o setor. Desta maneira, duas instituições financeiras que realizar ato de concentração econômica, terão a garantia que nenhuma das autarquias recorrerá ao Poder Judiciário visando anular o ato ou, mais que isso, não será aplicada qualquer espécie de multa administrativa. Ou seja, considerando as premissas estabelecidas, o memorando é a medida mais eficiente no âmbito do Direito posto e no contexto legislativo atual. No entanto, ainda que a pretexto da eficiência, o memorando não encerra a discussão, na medida que apenas formalizou uma situação que, na prática, já existia. Por outro lado, burocratizou o processo, uma vez que, a partir deste memorando, a Instituição Financeira interessada em realizar uma fusão com outra, deverá se submeter as duas autarquias, salvo na hipótese de risco ao Sistema Financeiro Nacional, hipótese em que apenas o BACEN apreciará o pedido.

Não obstante o memorando, dedica-se a examinar a solução ótima de eficiência. Para se estabelecer parâmetros para se obter a excelência regulatória, é importante estabelecer algumas ressalvas promovidas por Onofre Alves Batista Junior. O autor destaca que o conteúdo da ideia de eficiência se altera ao longo do tempo e também varia de acordo com o tipo de atividade administrativa examinada. Por isso, o autor revela que a eficiência é um conceito que não admite uma quantificação ou qualificação rigorosa, se tratando de um conceito jurídico indeterminado. O autor conclui que para uma que uma atuação possa ser considerada eficiente, tomando como parâmetro normas do mundo do Direito, ela deve, essencialmente, assegurar ou buscar a concretização da finalidade normativa.²⁸⁹

Contudo, não obstante a dificuldade em se extrair um conceito único da eficiência, é importante trazer elementos que possa configurá-lo no âmbito jurídico. Emerson Gabardo faz uma aproximação da ideia de eficiência e do ideal de racionalização da ação, a qual não se resume no ato de utilização da razão. Agir com racionalidade é a preocupação de agir com a eliminação de erros no processo, tornando-o mais eficiente. O autor assevera que a justaposição de eficiência e racionalidade pode chegar ao ponto de tornarem-se sinônimos, na medida em que ser

²⁸⁹ JUNIOR, Onofre Alves Batista. **Op. cit.** p. 175.

eficiente, no caso racional, pode ser entendido como tomar a eficiência na qualidade de objetivo.²⁹⁰

Luciano Parejo Alfonso acentua que existem um sem número de espécies de eficiência. Há quem considere a eficiência operativa, consistente na realização de um bom planejamento e formulação de metas. A eficiência adaptativa que é a capacidade de adaptar as novas necessidades, reformular as metas anteriormente previstas. A eficiência técnica baseada na relação entre recursos disponíveis e resultados buscados. A eficiência econômica fundada na ligação entre o custo e o valor do resultado alcançado e, finalmente, a eficiência econômica produtiva, caracterizada pela obtenção de maior resultado com a utilização dos recursos, por meio do menor custo de produção.²⁹¹

Para João Carlos Loureiro a eficiência pode ser entendida como celeridade ou como economicidade.²⁹² Há, por sua vez, a chamada eficiência jurídica, que é a que interessa ao presente trabalho. Celso Fernandes Campilongo considera que esta modalidade de eficiência refere-se ao sucesso de determinada norma na obtenção dos resultados pretendidos com a sua edição.²⁹³ Vale destacar que não se está diante da eficácia da norma jurídica. Afinal, como assevera Edson Luis Kosmann, uma norma jurídica pode ser eficaz quanto a sua aplicabilidade específica e, mesmo assim, não produzir os resultados pretendidos com a sua edição. A eficiência jurídica está ligada ao resultado pretendido, e não somente a eficácia da norma, quanto a sua observância e aplicabilidade específica.²⁹⁴

Deste modo, é correto o entendimento que a eficácia jurídica não se confunde com a eficácia da norma. A eficiência jurídica complementa-se pela ideia que toda a ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade post pela lei, segundo os cânones do Direito administrativo.²⁹⁵ Dentro deste contexto exposto, a eficiência é um princípio multifacetado que pode ser interpretado a partir de diversas perspectivas.

Entende-se que para se obter a solução ótima de eficiência regulatória no conflito CADE X BACEN é necessária a análise do problema com base na ideia de

²⁹⁰ GABARDO, Emerson. Op. cit., p. 26.

²⁹¹ ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y Administracion – três estudos**. Madrid: Instituto Nacional da Administração Publica. Traduzido por Edson Luís Kossmann, 1995, p. 97-98.

²⁹² LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a Eficiência e Garantia de particulares**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 132.

²⁹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max limonad, 1997. p. 55.

²⁹⁴ KOSMANN, Edson Luis. **Op. cit. p. 91**.

²⁹⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 168

eficiência jurídica, consubstancia no fato de que a norma deve atender a sua finalidade e, portanto, obter os resultados pretendidos com a sua promulgação. Vale destaque o fato de que o Direito, como teoria, não admite antinomias normativas. Duas leis atribuindo competência idênticas a entidades reguladoras distintas, provoca, evidentemente a ineficiência regulatória, tendo em vista que, diante de duas entidades com o mesmo poder, deverá se submeter as duas, aumentando a burocracia. E, poderá provocar uma carência de regulação e fiscalização, eis que uma entidade poderá esperar da outra que exerça tais finalidades.

A primeira premissa sugerida para se alcançar a eficiência jurídica é se reconhecer a complementaridade e a especialização de competência. Assim, o BACEN é a entidade competente para analisar a higidez e estabilidade do sistema financeiro nacional e, o CADE, é o ente responsável para analisar a prática de condutas anticoncorrenciais. Não há dúvidas que a escolha por uma das competências, estaria por se aniquilar a outra. Desta forma, é imprescindível a se garantir a eficiência jurídica, a identificação que as complementas são complementares e cada uma das autarquias detém a *expertise* necessária no seu respectivo segmento.

A segunda premissa base encontra respaldo na economicidade, celeridade e racionalidade. Diante do crescimento de interações entre instituições financeiras, sendo bastante comum verificar-se a sua aglomeração, é importante coordenar operações conjuntas ou até mesmo instituir um grupo único para análise de concentrações entre instituições financeiras, com membros de ambas as autarquias. Isto permitiria que as operações fossem menos onerosas, mais céleres e racionais. Deverá atender a celeridade na medida em que a norma promulga deverá conferir ao processo de concentração econômica, a maior agilidade possível na sua aprovação, a fim de responder, no menor tempo possível, se o ato será deferido ou indeferido. Assim, as partes interessadas terão de imediato o retorno desejado. Ainda, as taxas para registros deverão ser econômicas de modo a não inviabilizar a operação societária. Merece destaque que o ingresso dos pedidos perante as duas autarquias, provoca um incremento de custo, sendo que as empresas deverão pagar duas taxas. Portanto, a questão da economicidade, neste caso, não é preservada. Há, ainda, ligado a ideia da economicidade, a pretensão de se tornar o procedimento mais racional, mediante o maior número de procedimentos. Reduzir o processo permite uma sensível diminuição no custo da operação, tendo em vista que não demandarão uma quantidade expressiva de agentes públicos envolvidos no procedimento.

A terceira premissa base é a lei. A lei devidamente promulgada garante a segurança jurídica. Uma norma que não assegura a segurança aos interessados é uma norma que não alcança a finalidade almejada pela sua edição. Desta maneira, viola a eficiência jurídica. Assim sendo, a eficiência se revela como sendo à escolha de medidas regulatórias cujo os benefícios sejam melhores ao Estado, mercado, consumidores e sociedade. No caso em comento, se o Estado brasileiro observasse um procedimento rigoroso para análise do impacto de uma regulação, provavelmente não expediria uma lei que estivesse em desconformidade com outra, ou, mais que isso, que atribuísse competência idêntica a entidades distintas.

Portanto, um dos instrumentos para se garantir a eficiência jurídica é a adoção da Análise de Impacto Regulatório. Esta ferramenta, já regulada e à disposição do Estado, serve como mecanismo para se materializar a eficiência jurídica. Assim, durante o processo da AIR, deve se apurar se a norma, que está em processo de aprovação, atende parâmetros da celeridade, economicidade, racionalidade e segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito de competências administrativas, envolvendo CADE X BACEN, para análise prévia e julgamento de atos de concentrações econômicas, entre instituições financeiras, decorreu da incompatibilidade normativa da Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 8.884/1994. A primeira criou o BACEN como entidade responsável pela regulação do sistema financeiro nacional, incluindo, dentre as suas competências, a prerrogativa de autorizar fusões entre instituições financeiras. A segunda lei, por sua vez, instituiu o CADE como autoridade máxima em matéria concorrencial, competindo-lhe não só prevenir e reprimir as condutas infracionais contra a ordem econômica, como também permitir ou proibir atos de concentração de qualquer natureza que venham a prejudicar a concorrência. Desta forma, ambas as leis admitiam a interpretação de modo a atribuir competência privativa a alguma das duas entidades para análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica entre instituições financeiras.

Contudo, o tema provocou diversas outras análises realizadas pela doutrina, não se limitando a incompatibilidade normativa. Exemplo disso, foi a discussão a respeito da sujeição do CADE aos pareceres oriundos da Advocacia-Geral da União, após sanção do Presidente da República. Isto porque, em consulta, a AGU manifestou-se favoravelmente a competência privativa do BACEN para análise da matéria. Assim, com base no parecer, exigiu-se do CADE o seu devido cumprimento, por força do que estabelece o artigo 40, parágrafo primeiro, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União nº 73/93.

O fato é que a incompatibilidade das leis provocou uma ineficiência regulatória, na medida em que as empresas que desejavam se submeter a algum processo de concentração econômica, não tinham a certeza sobre a autoridade competente para julgamento. Este fato se agravou após a judicialização do tema. O tema da eficiência regulatória tornou-se um dos assuntos mais importante ao Direito Administrativo. A partir da constitucionalização do princípio da eficiência, intensificou-se a preocupação também a eficiência jurídica, consubstanciada no entendimento de que a norma deve atender a finalidade que se destina, quando da sua criação. Neste sentido, as normas que são incompatíveis entre si, não sobrevivem num mesmo ordenamento jurídico.

Assim, em 21 de agosto de 2017, por meio da Portaria Conjunta nº 3/2017, foi instituído grupo de trabalho entre as duas autarquias, com a finalidade de realizar estudos sobre a defesa da concorrência no âmbito do sistema financeiro nacional,

sobretudo no que se refere à forma de atuação e os limites do CADE e do BACEN. A ideia central era o intercâmbio de informações, acervos de estudos e conhecimentos técnicos, além da promoção de seminários, palestras, cursos e visitas técnicas. O grupo de trabalho foi composto por quatro agentes de cada órgão com o intuito de desenvolver mútua cooperação e atuação harmônica. A referida ação conjunta resultou na aprovação, em fevereiro de 2018, de um Memorando de Entendimentos n.º 2018, que dispõe sobre o acordo de cooperação estabelecido entre as duas autarquias, para o fim de se reconhecer a competência conjunta das entidades para julgamento de ato de concentração bancária, sendo que o BACEN ocupa a função de regulação setorial e, portanto, deve aprovar a fusão entre instituições financeiras e o CADE, como órgão máximo concorrencial, analisa os aspectos antitruste de operação.

Ainda que se reconheça a eficiência do memorando, ele não é a solução ótima, na medida em que não encerra o assunto. Deste modo, a presente dissertação sugeriu o atingimento da solução ótima de eficiência jurídica com base em três premissas. A premissa base sugerida para se alcançar a eficiência jurídica é se reconhecer a complementaridade e a especialização de competência. A segunda premissa base encontra respaldo na economicidade, celeridade e racionalidade. A terceira premissa base para se garantir a eficiência jurídica, diz respeito a edição de lei que deve garantir a segurança jurídica das operações.

Neste contexto, a Análise de Impacto Regulatório surge como uma ferramenta de implementação da política pública com vistas a se garantir a eficiência jurídica. Desta forma, antes de veicular o ato normativo, se faria uma análise profunda do impacto daquela regulação. Registre-se, por fim, que não se pretende colocar a sugestão, ora apresentada, como a única solução do impasse normativo. No entanto, entende-se que ela seria a melhor.

REFERÊNCIAS

ADAMI, Mateus Piva. **A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a regulação no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 12, pp. 69-94, out./dez. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e Agências Executivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 105-122, abr. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46657>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório: Instrumento de uma Regulação mais eficiente e menos invasiva. **Justiça & Cidadania**. Edição 129, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-instrumento-de-uma-regulacao-mais-eficiente-e-menos-invasiva/>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. *Revista do IBRAC*. São Paulo, v. 16, n. 1, pp. 29-43, 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/RevistadoIBRAC/Revista%2016%20N%C2%BA%201.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O conceito jurídico da regulação da economia. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XL, v. 122, pp. 38-48, abr./jun. 2001.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Agências Reguladoras. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 213, pp. 141-148, jul./set. 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n. 232, pp. 1-9, abr./jun., 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A integração Regional Perspectivas e aspirações. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 11, pp. 37-41, jan./mar. 2003.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA JR., Onofre Alves. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. Coimbra: Editora Almedina, 2015.

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

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, pp. 147-165, abr./jun. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. **Pensar**. Fortaleza, v. 22, n. 3, pp. 1-15, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/4219/pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. A implantação da administração na Emenda Constitucional 19/98. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24, 2006.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. **Plano diretor de reforma do aparelho do Estado**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil - 1988**.

BRASIL. **Lei n. 4.595/1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n. 8.884/1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

BRESSAN, Regiane Nitsch. A institucionalização do Mercosul e o sistema de solução de controvérsias. **Perspectivas**. São Paulo, v. 42, pp. 17-39, jul./dez. 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, pp. 49-69, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Introdução. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

CARVALHO, Fernando Cardim de Carvalho. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, pp. 63-72, out./dez. 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, pp. 1-38, 2008. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/339340385/COASE-Ronald-O-Problema-Do-Custo-Social>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

CORREA, Darwin. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CORRÊA, Darwin. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações de Lege Ferenda. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A emenda constitucional n° 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. **Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 66, ago. 1999.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O serviço postal no direito brasileiro**. Curitiba: JM Editora, 2006.

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: Editora Malheiros, pp. 581-617, 2013.

CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. **Stanford Law Review**, v. 43, n. 2, p. 361-398, jan. 1991. Disponível em: <<https://law.stanford.edu/publications/passing-on-the-costs-of-legal-rules-efficiency-and-distribution-in-buyer-seller-relationships/>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

CRETELLA JR, José. **Direito Administrativo Comparado**, São Paulo: Editora Forense, 1990

CRETELLA JR., José. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3. ed., Curitiba: Juruá, 2010

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Reforma Administrativa e os contratos de gestão. **Revista Licitar**. São Paulo, ano 1, n. 4, pp. 10-19, out. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

DREIFUSS, René Armand. **Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUARTE JR., Ricardo. A natureza jurídica dos atos normativos elaborados pelas agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 15, n. 61, pp. 181-207, jul./set. 2015,

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patrimônio político brasileiro**. São Paulo: Editora Globo, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial (As Telecomunicações)**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003

FERREIRA, Carlos de Almeida. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

FERREIRA, Daniel; FERREIRA FILHO, Miguel. Legalidade e Regulação na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**. v. 2. N.2. jul/dez.2016. p. 136.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FORGIONI, Paula Andréa; GRAU, Eros Roberto. CADE vs. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da advocacia geral da União. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, v. 8, 2004.

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

FREITAS, Juarez. Regulação Administrativa e os principais vieses. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, pp. 93-105, jan./mar. 2016.

FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. **Revista brasileira de Direito Público**. Salvador, v. 12, n. 46, pp. 177-200, jul./set. 2014.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Controle judicial e o princípio da eficiência administrativa no Brasil. *In*: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coords.). **Controles da administração e judicialização de políticas públicas**. São Paulo: Almedina, 2016.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

HERZ, Monica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. **Organizações internacionais: história e práticas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Olympio, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 212, pp. 109-133, abr./jun. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

KRIEGER, César Amorin. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá. 2006.
LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito Estrangeiro**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. Curitiba: Editora Contracorrente, 2017.

LIMA JR., Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 49, n. 2, pp. 5-31, abr./jun., 1998.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, v. 17, n. 49, pp. 149-168, jul. 1990.

MACRAE, Donald. Análise do Impacto Regulatório – AIR: a experiência do Reino Unido. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.). **Regulação e Agências Reguladoras: Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Anvisa. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, ano 8, v. 32, pp. 121-132, abr./jun. 2008.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Concorrência e Regulação do sistema Financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano.3, n. 9, jan./mar. 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Agências reguladoras e suas características. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 218, pp. 71-91, out./dez. 1999.

MEDAUAR, Odete. Conflito de competência entre o CADE e BACEN?. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto-regulação. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 228, pp. 123-128, abr./jun. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília, v. 51, n. 2, pp. 105-120, abr./jun. 2000.

MONFREDO, Cintiene Sandes. **Sistemas de solução pacífica de controvérsias em perspectiva comparada**: o modelo do Mercosul para o projeto de integração. 2016. 216f. Tese (Doutorado em História Comparada). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016

MONTEIRO, Vera. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Orgs.). **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Editora Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba: Juruá, ano 1, n. 2, pp. 119-129, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 214, out./dez. 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOUËL, Jacques le. **Crítica de la eficacia: ética, verdad y utopía de un mito contemporáneo**. Traducción de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992.

MOURA, Emerson Auonso da Costa. Estado Gerencial, regulação econômica e serviços públicos – o papel das agências na promoção do desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

NETO, Francisco Taveira. A evolução da Administração Pública e de seus mecanismos de controle na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, pp. 135-144, jan./mar. 2006

NOHARA, Irene Patrícia. Contrato de gestão para ampliação da autonomia gerencial – Case jurídico de malogro na importação e novas formas de se alcançar maior eficiência na gestão pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, pp. 169-185, jan./mar. 2014.

NOHARA, Irene. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

OLEA, Manuel Pérez. Burocracia. In: MIRANDA NETO, Antonio Garcia de et al. (Coord.). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.

OLIVEIRA, Gesner. Regulação pró-concorrencial e o novo ciclo de abertura econômica comercial no Brasil. **Escola de Economia de São Paulo**. Texto para discussão n. 132. São Paulo: FGV, pp. 1-23, fev. 2004. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1931/TD132.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira**. 2005. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Il nuevo servicio público. In: **Princípios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado e seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**. Minas Gerais, v. 7, pp. 35-51, 1955. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/889/832>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (Orgs.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Cia. das Letras, , pp. 222-259, 2001.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1977.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento e Reforma Institucional: os exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Benetti. (Orgs.). **Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI**. Brasília: Ipea: CONPEDI, 2013.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago.2015.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado Brasileiro na economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SADDY, André. **Regulação Estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 19.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Editora Íthala, 2016.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 173, pp. 15-34, jun./set. 1988.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Editora Ltr, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; DA ROCHA, Jean Paula Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação do Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SZRAJN, Rachel e SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro**. **Revista de Direito Mercantil**, nº 123. São Paulo: Malheiros, 2001.

TÁCITO, Caio. A reforma do estado e a modernidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 215, pp. 1-7, jan./mar. 1999

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

WAHRLICH, Beatriz M. De Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, n. 8, pp. 27-75, abr./jun. 1974.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 141, pp. 143-171, jan./mar. 1999

ZINGALES, Luigi. **Um Capitalismo Para o Povo**. Reencontrando a Chave da Prosperidade Americana. São Paulo: Bei Editora, 2015, capítulo 1.