

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BACEN SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Saulo Bichara Mendonça³⁶⁶

Felipe de Paula Ivo³⁶⁷

RESUMO

O trabalho em questão apresenta o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) e como este fato impacta a livre concorrência no mercado brasileiro, para tanto, faz-se, num primeiro plano, a análise histórica das autarquias em questão, da sua implantação até suas versões contemporâneas, seguido por um estudo do conflito positivo de competência e as consequências desse embate na seara concorrencial pátria, e, por fim, faz-se um exame crítico, a partir de preceitos teóricos doutrinários e jurisprudenciais, da dissidência sob a ótica do princípio constitucional da eficiência, a fim de interpretar como a Administração Pública lida com essa questão.

Palavras-Chave: Direito Concorrencial. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Banco Central do Brasil (Bacen). Conflito de competência. Princípio da eficiência.

ABSTRACT

The paper in question presents the conflict of competence between the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Central Bank of Brazil (BACEN) and as this fact impacts free competition in the Brazilian market, therefore, the historical analysis of the municipalities in question, from their implantation to their contemporary versions, followed by a study of the positive conflict of competence and the consequences of this clash in the competitive country, and, finally, a critical examination is made, from doctrinal and jurisprudential theoretical precepts of dissent from the point of view of the constitutional principle of efficiency, in order to interpret how the Public Administration deals with this question.

Keywords: Competition Law. Administrative Council for Economic Defense (CADE). Central Bank of Brazil (Bacen). Conflict of competence. Principle of efficiency.

³⁶⁶ Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida e Pós-doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

³⁶⁷ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

Introdução

Este estudo tem como objetivo basilar, estimular as discussões que tocam ao tema do conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, doravante CADE, e o Banco Central do Brasil.

Inicialmente será abordado a criação do CADE, nesse momento, era um órgão estatal criado pela Lei nº 4.137/62 e que só com o advento da Lei nº 8.884/94 passou a ser uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como função orientar, fiscalizar, prevenir e combater infrações no mercado brasileiro. Sua criação é feita a partir de uma necessidade histórica do governo, que então, precisava de uma forma mais contundente de atuar no mercado concorrencial. Entretanto, por questão de burocracia e demagogia, o CADE ficou inerte até o ano de 1991, auxiliando o Estado nas transações econômicas do momento e punindo aqueles que prejudicavam o mercado financeiro brasileiro. Após a entrada em vigor da Lei nº 8.884/94, o CADE sofreu mudanças substanciais. Passou a incorporar as funções da Secretaria de Direito Econômico (SDE), Ministério da Justiça (ao rigor das matérias de direito concorrencial), Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), os órgãos que atuavam junto ao SBDC e passaram a atuar de forma mais contundente nos atos de concentração de agentes econômicos.

Em seguida, com a Lei nº 11.529/2011, o CADE se reorganizou internamente, desconcentrando-se para uma atuação mais específica e eficaz. A mudança foi estrutural, onde a autarquia passou a contar com o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Passou a ter um caráter mais ativo nos atos de concentração envolvendo as fusões, aquisições e incorporações. Com essa mudança na estrutura, também vieram modificações procedimentais, onde passou a analisar de fato as transações que possuíssem um faturamento anual bruto de R\$400.000.000 (quatrocentos milhões de reais). E a legislação em questão, também passou a limitar qualquer forma de minar a livre concorrência ou dominação de mercado, caracterizado como abuso de poder econômico.

Adiante, observamos a criação e desenvolvimento do Banco Central do Brasil (Bacen), que se deu através da Superintendência da Moeda e do Crédito - Sumoc. Foi um período turbulento, onde havia um certo desânimo do executivo e legislativo em criar um órgão centralizador para emissão de crédito e confecção da moeda. Sendo assim, durante muito tempo, a atividade de banco central ficou nas mãos da Sumoc em parceria com o Banco do Brasil e o Tesouro Nacional.

Em 31 de dezembro de 1964, através da Lei nº 4.595, foi criado o Banco Central do Brasil. Este ficou responsável pela emissão de moeda, operações de crédito ao Tesouro e manteve o Banco do Brasil com a função de guardar a reserva monetária de outros bancos, entre outros. Sua criação, tinha como objetivo ter um mecanismo de gestão sem que sobrecarregasse os outros órgãos, que tinham como atividade o controle econômico. Sendo assim, a autarquia também passou a ser responsável pelos atos de concentração no sistema econômico brasileiro, pois é nítido que a concentração de agentes que detém um alto poder financeiro, influi no sistema bancário, seja na tributação ou realização de ofícios.

O cerne da questão, reside no conflito de competência propriamente dito. As legislações vigentes de ambas as autarquias aqui apresentadas, atribuem a competência de averiguar os atos de concentração no mercado fazendário para si. Esse debate é de imensa importância para o sistema econômico de forma ampla e geral, já que um agente econômico precisa saber qual legislação seguir para realizar seus atos de fusão e aquisição sem comprometer o andamento orgânico do mercado. Além desse problema, que já é preocupante por si só, as empresas ainda ficam sujeitas a sanções por descumprimento dessa ou daquela regra imposta ou pelo CADE ou pelo Bacen, instaurando um clima de insegurança jurídica gigantesca no que tange ao direito concorrencial.

Há de se levar em consideração, que houveram inúmeras disputas judiciais para se resolver essa questão e mesmo assim há uma lacuna na lei, melhor dizendo, uma obscuridade em relação a quem deve analisar os atos de concentração no mercado financeiro. Por parte das autarquias, há certa animosidade, porém não se caracteriza por uma má fé institucional, mas sim cada um buscando cumprir o que foi determinado em lei. No entanto, há lampejos de se encontrar um meio termo nessa discussão, comportamento este, evidenciado pelo convênio de cooperação técnica firmando entre os dois institutos a fim de se chegar a uma conclusão favorável aos agentes e ao mercado.

Por fim, é apresentado uma análise do conflito de competência entre o CADE e o Banco Central sob a perspectiva do princípio constitucional da eficiência. É feito um estudo amplo, com uma gama significativa de doutrinadores sobre o princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Foi possível perceber que há pareceres contrários sobre como sua utilização dever ser efetuada no direito brasileiro. Entretanto, pode-se notar que este princípio é um norteador das atividades da administração pública, e portanto, diretamente das autarquias já expostas aqui, o CADE e o Banco Central.

Dito isso, é feito um ensaio de como o princípio da eficiência incide sobre essa relação instável, baseando-se em sua definição e preceitos, sob uma concepção concorrencial efetiva. É possível adiantar que, o embate existente entre o CADE e o Banco Central, vai de encontro com aquilo proposto pelo legislador ao normatizar tal princípio, visto que é a desarmonia entre as autarquias é nítida, sendo assim, incompatível com a ideia de eficiência.

1. Análise do CADE ante aos atos do mercado bancário

O CADE é uma autarquia sob regime especial, com jurisdição em todo âmbito nacional. Teve sua instituição e regulamentação através da Lei nº 4.137/1962, como um instrumento do Estado cuja função era fiscalizar a gestão econômica e contabilidade das empresas. A lei que criou o CADE, contudo nunca teve um papel relevante no combate às práticas anticoncorrenciais até a entrada em vigor da Lei nº 8.884/1994, quando o órgão foi transformado em autarquia com vínculo ao Ministério da Justiça.

Com o advento desta lei passou-se a ter as competências e prerrogativas da Secretaria de Direito Econômico (SDE), Ministério da Justiça (no tocante ao direito concorrencial), Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e o CADE. Esses órgãos, fundidos, formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e eram responsáveis pela política de defesa da livre concorrência no Brasil.

A atuação dos órgãos do SBDC se dividiam em três: a) preventiva, com o controle das estruturas do mercado e analisando as fusões e aquisições de empresas; b) repressiva, controle incisivo das condutas e práticas anticoncorrenciais e c) educacional, através da divulgação da cultura de concorrência.

Através do novo modelo de gestão, o CADE passou a ser encarregado por julgar os processos administrativos sobre as condutas anticompetitivas e avaliar os atos de operações societárias, como concentrações por meio de fusões e incorporações, ou fragmentações como as cisões, além da composição de grupos societários, que eram submetidos à sua avaliação. A SDE em conjunto com a SEAE vinculava pareceres técnicos, mas sem força vinculante que em outro momento seriam julgados pelo CADE.

1.1. A nova legislação do CADE

A partir de maio de 2012, com a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011, o SBDC foi reorganizado e a política de concorrência no Brasil teve mudanças significativas. Em contrapartida, mesmo sendo uma autarquia em regime especial, o CADE não é uma agência reguladora de concorrência, mas sim uma autoridade de defesa da concorrência. Sendo assim, tem como responsabilidade julgar e punir administrativamente, pessoas físicas ou jurídicas, que de alguma forma infringam a ordem econômica e também, realiza a análise dos atos de concentração, no intuito de reduzir os possíveis efeitos negativos no mercado concorrencial.

Pela nova legislação, o CADE passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que eram antes da SDE e da Seae.

Nesse sentido, de mudanças instauradas pela Lei nº 12.529/2011, alterou-se também a estrutura organizacional de atividades do CADE, que passou a ser constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, juntamente pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos. Em contrapartida, a SDE foi extinta e a Seae teve sua função alterada, pois deixou de atuar na instrução do processo e assumiu a função de representar os interesses da concorrência perante órgãos do governo e sociedade.

A Superintendência-Geral, ficou responsável por desempenhar no recente *modus operandi*, a grande maioria das funções anteriormente realizadas pela SDE e pela Seae, relacionadas a investigação e a instrução de processos de repressão ao abuso do poder econômico e a análise dos atos de concentração. Vale ressaltar que a atuação do Departamento de Estudos Econômicos, tem como principal atividade aprimorar as análises do setor econômico e dar o respaldo de segurança sobre os efeitos das decisões proferidas pelo CADE e como tais ações influenciam o mercado.

Desta forma, tem-se o Cade composto por três órgãos a saber: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal), Superintendência-Geral (SG) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE); além da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) e Diretoria Administrativa (DA), que prestam apoio às suas atividades.

1.2. Alterações nos procedimentos do CADE com a Lei nº 12.529/2011

A Lei nº12.529/2011, que está em vigência, alterou substancialmente a forma de atuação do CADE, pois agora é necessária uma submissão prévia ao Conselho sobre as fusões e incorporações ou cisões de empresas, que possam ter alguma consequência anticompetitiva. Portanto, segundo a legislação em questão, o “ato, sob qualquer forma manifestado, que [possa] limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, [deve] ser submetidos à apreciação do Cade” (GIANNINI, 2012, p. 274). Sendo assim, os atos de concentração com certa magnitude, ou seja, de empresas ou participantes, que tivesse registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$400.000.000 (quatrocentos milhões de reais), precisam ser apreciados pelo CADE em atenção ao Art. 88, I, da Lei n 12529/11.

Todavia, desaprovava-se tal critério do faturamento pois, ele envolve qualquer participante da operação, ou seja, a operação de concentração pode ser realizada por uma empresa de capital considerado grandioso, com proporções econômicas gigantescas para o mercado e realizar o ato com um outro agente de representação menos relevante economicamente a fim de atender ao critério em tela.

De benesse, a aludida lei trouxe maior agilidade para as análises de concentração e também foi adotado um prazo de 240 dias (Art. 88, § 2º) para se analisar as fusões e em caso de operações mais complexas, há a possibilidade de uma prorrogação de noventa dias.

Outro ponto relevante da referida legislação foi a alteração do valor mínimo de multas que devem ser aplicados às empresas, caso aja um comportamento irregular no tocante às diretrizes de competição.

E, portanto, desde sua entrada em vigência, em 29 de maio de 2012, as penalidades aplicáveis por alguma infração na ordem econômica flutuam entre 0,1% e 20% do faturamento da empresa em sua área de atuação que gerou a infração.

Também pode-se evidenciar inovações no processo de análise dos atos de concentração. De acordo com Gaban e Domingues (2012. p. 119), os atos de concentração são “as operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado”.

A mudança provocada pela Lei nº 12.529/2011, nos atos de concentração, reside no fato de que se passou a exigir uma notificação *a priori* e, portanto, somente será eficaz no

mercado após o pronunciamento do CADE. Diferentemente de como era regida a legislação anterior, onde a notificação de atos de concentração era feita *a posteriori*, embora houvesse a possibilidade de se notificar previamente, utilizava-se com vigor o prazo máximo de 15 dias úteis, após a concretização da concentração. Gerando assim, uma insegurança no mercado, no sentido que não se tinha prévio conhecimento ante a fusão, aquisição ou incorporação de companhias, desestabilizando a balança do capital.

E, portanto, a nova política de atuação permitiu o aumento da capacidade do CADE, através de critérios nítidos, sanções proporcionais e adequadas para uma atuação mais contundente no sentido de combater condutas anticompetitivas, tais como promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes até mesmo acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente em qualquer aspecto.

A partir deste raciocínio, aborda-se o Banco Central, desde sua instituição, desenvoltura e o seu escrutinando o seu relacionamento com o CADE, permitindo assim, verificar o contexto no qual se dá o conflito de competência.

2. Análise do banco central ante aos atos do mercado bancário

Antes da criação efetiva do Banco Central, houveram tentativas de criação de uma autoridade monetária brasileira. Uma delas foi a Missão Niemeyer, a qual se refere, Marcelo de Paiva Abreu (1974), segundo o qual houve uma condução pelo direito do Banco da Inglaterra, em 1931, mas a efetiva criação veio através dos esforços dos economistas Eugênio Gudin e Octávio Gouvêa de Bulhões com a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), que estava de acordo com a ordem internacional, formalizada pelo Acordo de Bretton-Woods. Podendo-se argumentar também que a Sumoc, em conjunto com o Banco do Brasil, já executava as funções de um Banco Central.

A própria história de atuação da Sumoc foi uma história de conflitos com o Banco do Brasil, pois este, não tendo podido impedir a criação do novo órgão, procurou outras formas de controlar-lhe as ações. Prova disso é que os principais instrumentos de ação da Sumoc, como a Carteira de Redesconto e a Carteira de Mobilização Bancária (Camob), bem como a Caixa de Depósito das reservas bancárias, não ficaram com a Sumoc, mas passaram a fazer parte da estrutura do Banco do Brasil. (CORAZZA, 2006. p. 4)

Durante o processo de criação do Banco Central, havia certo lobby contra a criação de um órgão centralizador incorporado na figura do Congresso Nacional e pode-se dizer que dentro

do executivo. “Não podem ser esquecidos também os interesses do próprio Governo, a quem faltava vontade política para criar um banco central, pois isso poderia dificultar o uso da emissão monetária para suprir deficiências do seu sistema fiscal.” (CORAZZA, 2006. p. 3)

A Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc) foi regulamentada e instituída pelo Decreto-Lei nº 7.293, de 2 de fevereiro de 1945, com o desígnio de exercer o controle monetário e organizar um Banco Central e a fixação dos percentuais de reservas aos bancos comerciais, taxas de redesconto e assistência financeira de liquidez. De acordo com o artigo 3º deste Decreto-Lei, a Sumoc tinha atribuições de requerer emissão de papel-moeda ao Tesouro Nacional; receber, com exclusividade depósitos de bancos; delimitar, quando necessário, as taxas de juros a abonar as novas contas pelos bancos, casas bancárias e caixas econômicas; fixar, mensalmente, as taxas de redesconto e juros dos empréstimos a bancos, observando peculiaridades de cada região e das transações; autorizar a compra e venda de ouro ou de cambiais, empréstimos a bancos por prazo não superior a cento e vinte dias, garantido por títulos do Governo Federal até o limite de noventa por cento do valor em Bolsa; orientar a fiscalização dos bancos, a política de câmbio e operações bancárias em geral; promover a compra e venda de títulos do Governo Federal em Bolsa e autorizar o redesconto de títulos e empréstimos a bancos nos termos da legislação que vigorar.

(...) o projeto de criação da Sumoc resultou de uma tendência de controle monetário advinda de longa experiência. Resultou de conversações frequentes entre os funcionários do Banco do Brasil, do Ministério da Fazenda e de alguns empresários. E, sobretudo, da orientação do professor Eugênio Gudín. (BULHÕES, 1990, p 45)

Já o Banco do Brasil tinha como escopo funcionar como um banco do governo, ditando o controle de operações no comércio exterior, execução de operações de câmbio em nome de empresas públicas e do Tesouro Nacional. E em outro aspecto, o Tesouro Nacional era o órgão responsável pela emissão do papel moeda.

2.1. Criação e desenvolvimento do Banco Central do Brasil

Desde a criação da Sumoc, Banco do Brasil e Tesouro Nacional já se especulava sobre a criação do Banco Central, já que a atividade principal dos referidos órgãos era de criar um ambiente economicamente favorável para a efetiva criação de um Banco Central. Sendo assim, em 31 de dezembro de 1964 pela Lei nº 4.595 foi criado o Banco Central do Brasil.

A reforma do sistema monetário do Brasil assumiu uma nova configuração, pois incorporou as atribuições da Sumoc e passou a ficar responsável pelas seguintes funções:

(a) a emissão de moeda ficou sob sua inteira responsabilidade; (b) as operações de crédito ao Tesouro só poderiam ser feitas agora pelo Bacen, através da aquisição de títulos emitidos pelo Tesouro; (c) a Cared e a Camob foram abolidas, e seus valores líquidos incorporados ao Bacen; (d) o controle e a execução das operações de câmbio passaram do Banco do Brasil para o Bacen; (e) criou-se o Conselho Monetário Nacional (CMN), para substituir o Conselho da Sumoc, agora com nove membros, dos quais apenas um pertencente ao Banco do Brasil; (f) o Banco do Brasil permaneceu como agente financeiro do Governo, mas sem o privilégio de fornecer crédito ao mesmo; (g) o Bacen ficou com a possibilidade de delegar ao Banco do Brasil a função de guardar as reservas voluntárias dos bancos e de efetuar a compensação de cheques; (h) a Caixa de Amortização do Tesouro foi abolida, e a função de emitir tornou-se privilégio do Banco Central. (CORAZZA, 2006. p.7)

O Banco Central (BACEN) é uma autarquia federal que integra o Sistema Financeiro Nacional, vinculado intimamente ao Ministério da Fazenda e com o intuito de ser o “banco dos bancos” nas palavras de Octavio G Bulhões (1990).

Em 1985, durante a reestruturação do cenário financeiro governamental, ocorreu a separação das contas e das funções do Banco Central, Banco do Brasil e Tesouro Nacional com o propósito de ter um mecanismo articulado de gestão de contas, sem que sobrecarregasse nenhum dos entes gestores de depósitos, no caso o Banco do Brasil e o Banco Central.

O processo de reordenamento financeiro governamental se estendeu até 1988, quando as funções de autoridade monetária foram transferidas progressivamente do Banco do Brasil para o Banco Central, enquanto as atividades atípicas exercidas por esse último, como as relacionadas ao fomento e à administração da dívida pública federal, foram transferidas para o Tesouro Nacional.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu dispositivos importantes para a atuação do Banco Central, dentre os quais destacam-se o exercício exclusivo da competência da União para emitir moeda e a exigência de aprovação prévia pelo Senado Federal, em votação secreta, após arguição pública, dos nomes indicados pelo Presidente da República para os cargos de presidente e diretores da instituição. Além disso, vedou ao Banco Central a concessão direta ou indireta de empréstimos ao Tesouro Nacional. A Constituição de 1988 prevê ainda, em seu artigo 192, a elaboração de Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional, que deverá substituir a Lei nº 4.595/64 e redefinir as atribuições e estrutura do Banco Central do Brasil. (BCB)

Deste modo, nas palavras de Gentil Corazza, os bancos centrais:

(..) não são simples órgãos governamentais, mas instituições singulares complexas, ambivalentes, semipúblicas e semiprivadas, inseridas na

estrutura estatal e parte constitutiva do sistema privado de crédito. Essa posição de interdependência, entre o Governo e o sistema financeiro, que exclui tanto a completa subordinação quanto a total independência, é de fundamental importância para o desempenho de suas funções reguladoras da moeda, do crédito e do sistema financeiro. (2006. p.19)

Portanto, a consolidação do BACEN como órgão ativo no controle monetário e fiscal do Brasil, cria um ambiente propício para a consolidação das estruturas que agregam valor ao estabelecimento das formas de ação através de medidas prudências preventivas e medidas de saneamento. Trouxe inovações para as necessárias reformas a fim de adaptar a base normativa do sistema financeiro à nova realidade, sempre com a intenção para a estabilidade, tendo como princípio as revisões das regras de acesso ao sistema financeiro, aperfeiçoamento da estrutura de monitoramento e remodelação do Sistema Brasileiro de Pagamentos.

Assim, apresentada as autarquias com todas as suas características e peculiaridades, será escrutinado em seguida o conflito de competência entre a Lei nº 12.529/2011 que regulamenta o CADE e a Lei nº 4.595/64 que rege o Banco Central, perpassado pelo conflito propriamente dito, dentro dos ditames positivistas em conjunto com uma análise de como esse embate institucional prejudica os atos de concentração no modelo atual do direito concorrencial brasileiro.

3. A concorrência no sistema fazendário brasileiro

Tem-se em primeiro plano, que a concorrência bancária tem como cerne a rivalidade entre as instituições financeiras, seja ela para trazer mais benefícios do que as outras, inovações aos clientes, nova regulação cambial e outras atividades. (LOBO, 2001, p. 19)

Apesar da extensa oferta de serviços, dando ao cidadão uma gama de oportunidades para optar pelo que melhor lhe convém, a grande competitividade desenfreada pelo setor bancário, tende a “levar os bancos a posturas mais agressivas do ponto de vista de alocação de seus ativos, aumento dos riscos dos mesmos, o que pode levar às falências bancárias.” (NAKANE e ALENCAR, 2004, p. 8.)

Destarte, em uma perspectiva de crise financeira, o Estado pode abdicar de sua política de concentração econômica, onde um banco saudável se agrega àquele que está em dificuldade, podendo lesionar a concorrência, a despeito das interferências do CADE na forma regulada por

lei. Portanto, no mesmo nível de progressão em que o sistema financeiro vai se tornando mais fragilizado, maior é a sombra da ideia do *too big to fail*³⁶⁸.

Outrossim, o regulador pode, caso entenda necessário, estabelecer momentos de isenção antitruste, como discorrem Paula A. Forgioni e Eros Grau, “a não implementação de uma política de concorrência vigorosa pode expressar precisamente a implementação de uma determinada política.” (2004, p. 65)

Pelo, até então, exposto, as necessidades concorrenciais e regulatórias tem o mesmo destino final em diversos aspectos do setor financeiros, no entanto seu *modus operandi* em se tratando da política a ser aplicada são distintos, já que ambas almejam a estabilidade econômica. O pensamento de Carlos Baptista Lobo dialoga no mesmo sentido:

Na realidade, se a política de concorrência e as normas regulatórias diferem nos meios utilizados, esses meios poderão ser complementares na prossecução dos mesmos objectivos de eficácia e utilização dos recursos, devendo antes discutir-se quais os meios mais adequados para fazer face a um tipo determinado de atividade. (2001, p. 56)

Portanto, acomete ao regulador setorial e ao regulador antitruste fazer a análise concorrencial do setor econômico, para que a concorrência seja mantida integralmente, sem que a saúde do mercado seja rifada irresponsavelmente, podendo tal ação comprometer a economia a nível macroeconômico.

3.1. O conflito de competência entre o CADE e BACEN

A dissensão tem como princípio a interpretação da Lei do Sistema Financeiro Nacional, Lei nº 4.595/1964, recepcionada pelo artigo 192 da CRFB/88 que confere competência exclusiva ao Bacen, para a análise concorrencial e a compatibilidade com lei de concorrência, Lei nº 12.529/11, que instruía a competência do CADE.

Nas funções dadas ao BACEN, onde a corrente macroeconômica, que versa sobre a política monetária e cambial, e microeconômica, que trata da estabilidade do sistema financeiro, nota-se que os artigos 10 e 18, da Lei do Sistema Financeiro Nacional, expressam claramente sua vontade de atribuir a competência ao BACEN.

No entanto, por mais que as disposições que conferem poderes ao BACEN para regulamentar as condições concorrenciais não vão de encontro com os preceitos da Teoria

³⁶⁸ “Muito grande para falhar”. Termo designado para demonstrar que a falha de uma instituição financeira com grandes proporções seria terrível para o sistema econômico. Tradução livre.

Concorrencial da Regulação, nas palavras de W. Kip Viscusi, Vernon L. Smith e Joseph Harrington (1995), *regulation is the use of this power for the purpose of restricting the decisions of economic agents. [...] Economic regulation typically refers to government-imposed restrictions on firm decisions over price, quantity, and entry and exit*³⁶⁹.

Tal teoria tem como ideia central que o princípio da concorrência é o núcleo da regulação e por isso têm-se o início da questão entre a competência privada do CADE, onde possui autorização para realizar as concentrações no setor bancário, já que a Lei n 12.529/11, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência- SBDC determina sua aplicação , *in verbis*:

Art. 31. 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.

Percebe-se que do artigo transcrito, basicamente todos os setores da economia, empresas que possuem movimentação de capital, estão sob a égide do órgão concorrencial e, deste modo, pode-se deduzir que as instituições financeiras também estão conforme a legislação antitruste. Sendo assim, nos próprios termos da Lei nº 12.529/2011, em seu art. 9º, inciso X, compete ao Plenário do Tribunal apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração.

A atuação do CADE, independentemente de qualquer segmento econômico, dá-se através da análise das operações de concentração (fusões e aquisições) e devem seguir cumulativamente o disposto no artigo 88 da citada lei.

Vale ressaltar que os valores propostos nos incisos I e II do aludido dispositivo legal foram alterados pela Portaria interministerial nº 994/2012, vinculada ao Ministério da Justiça e da Fazenda, alterando os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país para R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011 e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

³⁶⁹ A regulação é o uso desse poder com o objetivo de restringir as decisões dos agentes econômicos. [...] A regulamentação econômica geralmente se refere a restrições impostas pelo governo sobre decisões firmes sobre preço, quantidade e entrada e saída. Tradução livre.

Isto posto, os atos de concentração que possuam as características dispostas no artigo 88 da já referida lei, serão analisados pelo CADE.

Consequentemente, entende o BACEN que tal norma é específica, pois atende a um setor financeiro, enquanto que a lei do CADE é genérica, sendo válida à concorrência de forma ampla, não limitando sua competência.

Portanto, é nítido que o conflito positivo entre o CADE e o BACEN é extremamente prejudicial, sob a vista do regulador uma vez que o ato de rejeição das medidas de concentração e a ótica concorrencial, tende a prejudicar a finalidade que baseou a medida.

No entanto, não é mais prejudicial do que o é para o mercado bancário, já que, há uma insegurança jurídica em torno das questões concorrenciais envolvendo grupos econômicos, pois não sabem se suas ações de fusões e aquisições, serão analisadas sob a égide da legislação do CADE ou BACEN, proporcionando um conflito extremamente danoso para as relações jurídicas-comerciais.

3.2. Análise do Caso Banco Francês e Finasa e o Parecer AGU 20

Pode-se levar em consideração que mesmo antes do Parecer GM-020, já havia uma maior aproximação entre o CADE e o BACEN, demonstrado pelo pela firmação do Convênio de Cooperação Técnica estimulando a prática de troca de informações nas operações notificadas.

No caso AFINCO (Itaú)/ Banco Francês e Brasileiro (2001), o BACEN foi notificado pelo órgão antitruste para que se manifestasse sobre o conflito de competência surgido. Em contrapartida, foi notificado pelo BACEN que o mesmo é competente para a apreciação dos atos de concentração entre bancos, mas se colocando disposto a fornecer informações relevantes para a tomada de decisões no caso em questão.

No entanto, o primeiro sinal de embate entre o CADE e o BACEN tem como marco o início da década de 2000. Em 2001, foi expedido o Parecer GM- 20 da Advocacia-Geral da União, ratificado pelo Presidente da República, dando poder unicamente ao BACEN para examinar as condutas anticompetitivas e aprovar os atos de concentração entre as instituições financeiras, onde concluiu-se que:

[...] a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva

do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE. (Advocacia-Geral da União. Parecer GM-020/2001)

Apesar de ser constantemente desmotivado a atuar, o CADE manteve a postura de afirmar sua soberania e competência frente ao BACEN, mantendo-se contrário a vinculação do já tratado parecer e por ter fé que sua legislação, permite uma competência ampla por ambas as autarquias, se posicionando dessa forma no julgamento do Ato de Concentração, ou também conhecido como o caso Finasa (Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, Relatora Conselheira Hebe Teixeira Romano).

O conflito teve início após o CADE julgar o citado Ato de Concentração (caso Finasa/Brasmetal/Zurich), onde o Tribunal do CADE decide de forma expressamente oposta ao parecer o Parecer GM- 20 da Advocacia-Geral da União, reafirmando sua competência no mérito de exames concorrenciais na seara do Sistema Financeiro Nacional. A partir da apreciação desse Ato de Concentração, o CADE passou a analisar os atos de concentração financeira e econômica que são de conhecimento do SBDC e, até mesmo, de decretar *ex officio*³⁷⁰.

Neste momento, o plenário do CADE foi firme em sua posição onde o Conselheiro Celso Campilongo expôs que há competências complementares entre o CADE e o BACEN refutando alguns dos argumentos retratados no Parecer GM-20 e “rechaçando a possibilidade de vinculação da autarquia antitruste, aos termos do parecer, especialmente em razão da autonomia técnica e independência decisória das quais gozam o CADE.” (FREIRE, p. 110, 2014)³⁷¹.

O conflito positivo foi levado ao Judiciário, a partir da revolta dos polos ativo e passivo envolvidos no Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23 (Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo), analisando o caso da Alliance/BCN, que teve sua lide debatida e autorizada pelo Tribunal do CADE, recebendo uma multa pela dilação de sua notificação. Na sequência, houve a discussão a nível de duplo grau de jurisdição no TRF 1ª Região (Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida), em decisão de

³⁷⁰ No despacho da Superintendência-Geral do CADE, que, em 21.09.2015, determinou a notificação à autarquia antitruste da aquisição do Banco Carrefour – CSF pelo Itaú Unibanco. O ato de concentração econômica deveria ter sido apresentado ao CADE, segundo a lei n. 8.884/94, Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.009520/2015-97. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?58eb3acf21f60d16e06ec190a3a8>. Acesso em: 31.10.2018.

³⁷¹ Em suma, prevaleceu no CADE o entendimento segundo o qual (a) inexistiria setor da economia contemplado por isenção antitruste; (b) não haveria hierarquia ou antinomia entre a Lei n. 4.595 e a Lei n. 8.884; e (c) a competência do Bacen para evitar crises sistêmicas no SFN não excluiria a tutela antitruste exercida pelo CADE, ao contrário, seriam ambas complementares.

2007, por conta de uma apelação em mandado de segurança impetrado contra decisão do CADE, pois o mesmo havia determinado a notificação do ato de concentração.

A 5ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em decisão majoritária deu o primeiro sinal do reconhecimento institucional ao CADE, quando declarou a competência do Conselho, para apreciar atos de concentração no setor financeiro e sendo assim, as Lei nº 4.595/1964 e Lei nº 8.884/1994 deveriam ser aplicadas com base na regra da complementariedade.

Também foi prolatado a independência do CADE frente ao parecer da AGU, por conta da autonomia particular da referida autarquia, considerando que suas decisões não são suscetíveis de reexame na esfera administrativa.

No entanto, ao se deparar com o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 109.4218/DF cuja relatoria pertenceu à Ministra Eliana Calmon, foi derrotado, sendo o CADE determinado sua vinculação ao parecer GM-20, como se extrai da ementa do acórdão:

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

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

Todavia, o CADE recorreu novamente, agora adentrando na competência do Supremo Tribunal Federal, considerando que a decisão monocrática proferida pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, no tocante ao Recurso Extraordinário nº 664.189, em junho de 2014, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo órgão concorrencial reafirmando a competência do Bacen, pois o CADE não preencheu os pressupostos recursais para a análise daquela corte.

Diante de toda essa situação, o então Presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, nos termos: “Respeitamos a decisão do STF, mas o tribunal do CADE vai avaliar a necessidade e a possibilidade de impetrar um recurso. Acreditamos que o CADE tem atribuições em relação ao setor financeiro como tem em outros setores” (MARTINS e SOUZA, 2014).

O BACEN, durante esse contexto, gerou uma circular extremamente pertinente sobre a análise dos atos de concentração, perto da entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, que substituiu a Lei nº 8.884/1994. Cerca de um mês antes, a Circular nº 3.590/2012 é editada e passa a expor certas diretrizes a serem aplicadas pelo BACEN.

A circular é omissa quanto a qualquer tipo de avaliação concorrencial pelo BACEN, insurgindo assim a ideia que todos os negócios jurídicos que envolvam as instituições financeiras estariam sob seu jugo.

Ela ainda trata de certos critérios para uma avaliação prática antitruste, sendo eles: (i) definição de mercado relevante, (ii) determinação de parcela do mercado, (iii) análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, (iv) geração de eficiências e (v) ponderação de custos e benefícios, conforme art. 4º, parágrafo único da citada Circular. No entanto, tal artigo foi revogado pela Circular nº 3.800/2016, dando um novo entendimento aos atos de concentração já que sua análise deve ser feita nos termos do Guia para Análise de Atos de Concentração. Deste modo, a análise do ato de concentração leva em conta cinco estágios:

- (i) definição do mercado relevante das instituições participantes, (ii) determinação das parcelas de mercado sob controle das instituições participantes, (iii) análise quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado pela instituição ou instituições resultantes da operação pretendida, (iv) análise quanto às eficiências econômicas que possam ser geradas pelo ato e (v) avaliação da relação entre custo e benefício do ato de concentração econômica. (SCHNEIDER, 2016, p. 272.)

O controle estrutural em matéria concorrencial realizado pelo BACEN através de seus atos normativos, ofertam maior solidez aos agentes econômicos. Contudo, se mantém no ar a neblina da insegurança jurídica advinda do embate com o CADE, implicando em um gravame maior por parte dos administradores, que para evitar sanções, necessitam duplicar suas notificações em prol do mesmo fim, para atender às expectativas do BACEN e do CADE, estufando cada vez mais a máquina pública e administrativa com atuações redundantes e exaustivas. Há também a eminência de um incidente mais custoso como numa conjuntura, onde as duas autarquias sejam divergentes quanto a autorização de certa concentração econômica. (FARACO, 2012)

Há um claro embate pelo controle da competência exclusiva entre as autarquias no cenário concorrencial brasileiro.

Tal conflito é extremamente prejudicial no que tange gerar uma insegurança jurídica para o administrado, já que o mesmo se mantém fronteiro entre a guerra autárquica, tendo que se manter estável num cenário de instabilidade, necessitando prover aos requisitos tanto do CADE como do BACEN, mesmo cada um tendo uma função institucional diferenciada. E a divergência é extremamente prejudicial para a Administração, pois deve conviver com a ineficiência e ter que atuar como mediadora dessa lide, se atribulando cada vez mais em suas funções.

Sendo assim, essa animosidade e diálogo institucional pode comprometer o Direito Concorrencial propriamente dito, já que a soma dos esforços tornaria a atividade concorrencial muita mais proativa e efetiva.

Finda a exposição do conflito de competência propriamente dito e seus reflexos no mercado, vale a ênfase de que nada adianta um sistema concorrencial e financeiro com atribuições bem definidas se, os mesmos não estão de acordo com a eficiência do Estado e da administração pública. Sendo assim, prontamente será analisado o princípio constitucional da eficiência e também sua importância para o direito concorrencial brasileiro.

4. Análise do princípio constitucional da eficiência

As normas constitucionais, segundo Canotilho (2003, p. 1160), manifestam-se na forma de princípios e regras. Os primeiros possuem um grau de abstração elevados, sendo genéricos e amplos quando comparados às regras. Funcionam como um norte para a adequação dos preceitos que permeiam o ordenamento jurídico a fim de otimizar as relações jurídico-institucionais.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2009), expõe que os princípios constitucionais são a soma de valores condensados no ordenamento jurídico e possuem a função de: a) solidificar valores; b) unificar o sistema; c) aclimar a ação de atividade. Explicita também, que não há hierarquia entre os princípios e regras constitucionais.

No entanto, José Afonso da Silva (2018), não considera a eficiência como um conceito de natureza jurídica, mas sim econômica já que o objeto em questão a ser qualificado não são as normas, mas sim as atividades. Segundo o princípio da eficiência, a administração pública deve conseguir o melhor resultado, com o melhor emprego de recursos para atender à necessidade coletiva se forma plena e isonômica.

Em comunhão com o pensamento de José Afonso da Silva, Vladimir da Rocha França (2000, p.168), preceitua que “o princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo.”

Para Juliano Henrique da Cruz Cerejido (2001), o princípio da eficiência está intimamente ligado aos meios empregados. Defende que os agentes públicos devem empregar criteriosamente os melhores meios para uma efetiva e boa administração. Tem como cerne, que o princípio da eficiência incide no meio utilizado para a execução de determinado ato administrativo e não, no fim alcançado. Explicita a necessidade de interpretação da eficiência em conjunto entre os demais princípios constitucionais da administração pública.

É necessário se ater que os princípios se completam e dialogam de forma a manter a unicidade do sistema constitucional. Dito isso, para Alexandre Santos de Aragão (2004), a eficiência não tem como escopo atenuar a legalidade, mas sim propor uma nova abordagem para esta, buscando o efetivo resultando prático advindo da administração pública, e não apenas os aspectos formais de conduta que emanam do princípio da legalidade.

Uma parte da doutrina, como Rogério Gesta Leal (2006), acredita que o princípio da eficiência é a base da atividade administrativa. Mas, há uma crítica contundente para a Emenda Constitucional nº 19/1998, já que a mesma não estabeleceu critério para fiscalizar e aferir a eficiência, ficando a cargo do poder público, que infelizmente, tende a não respeitar as diretrizes morais propostas pela Constituição.

Pode-se deduzir, segundo Sergio Andrea Ferreira (2001), que da inspeção do inciso II o princípio da eficiência já submetida a administração aos seus ditames, antes mesmo da efetiva entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 19/1998, trouxe ao seio constitucional, os princípios da administração pública.

Em contrapartida, alguns doutrinadores vêm tecendo críticas contundentes ao princípio da eficiência. Encabeçada por Maria Zanella Di Pietro (2018), a discordância reside na relação entre o princípio com a ciência da Administração e não, fundamentalmente ao Direito. Para a autora, a eficiência representa oposição e tende a cada vez mais ultrajar o princípio da legalidade.

Em seguida, Bandeira de Mello (2015) sucinta certa dificuldade na definição jurídica do princípio da efetividade e seu controle. Ainda é enfático no tocante que a eficiência deve estar sempre de acordo com a legalidade e a premissa contrária também é válida. Segundo o

doutrinador, de nada vale aplicar um princípio fundamental e em oposição mitigar completamente o outro. Deve-se buscar um equilíbrio entre os norteadores do direito.

Mas deve-se levar em consideração que, mesmo perpassando por diversos doutrinadores, chega-se ao denominador comum, sendo este, a preocupação mor do princípio da eficiência em proporcionar uma melhor forma de atuação do agente público na gestão de suas atividades, com o objetivo de lograr os melhores resultados, como também ao modo da organização e disciplina da administração pública.

Pode-se pontuar, pelo que foi exposto, que o manto administrativo incide sobre a administração pública de forma ampla e irrestrita e conseqüentemente sobre os atos do mercado financeiro, sendo indispensável fazer uso de sua integralidade norteadora, função inerente aos princípios, para regular os atos de concentração, fusões e aquisições, na seara concorrencial. Sendo assim, atuando de forma simbiótica com o Direito Concorrencial.

E, portanto, o princípio constitucional da eficiência permeia os ditames econômicos do ordenamento concorrencial constitucional, ainda que se tenham divergências doutrinárias contundentes quanto à sua fiscalização e efetivo comprometimento por parte do Estado e dos agentes econômicos. Todavia, é necessário sempre a transparência das atividades econômicas, incluindo um esforço mútuo entre os agentes das operações de concentração, a fim de que haja o direcionamento das atividades e do serviço público para a real efetividade do bem comum. Seguindo essa concepção, postula Alexandre de Moraes (1999, p. 30):

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

4.1. A presença do princípio da eficiência no conflito de competência CADE x BACEN

Não obstante, pode-se analisar a querela envolvendo o Banco Central e o CADE, sob a perspectiva principiológica, já que a defesa da concorrência compõe um sistema constitucional norteado por princípios e também, subsiste sob a ótica do controle de constitucionalidade, interpretando assim a Constituição propriamente dita.

Nesse aspecto, é relevante que o princípio da eficiência é extremamente expressivo no tocante aos atos da administração pública de maneira geral, e conseqüentemente das autarquias

trabalhadas nessa dissertação. A eficiência, na administração pública deve ser tratada como um propósito concreto e não mera intenção. A nomenclatura *conflito* enseja que há uma divergência e, portanto, para se atingir a eficiência almejada pelo princípio é necessário ao mínimo, consenso na atuação das autarquias quanto a análise dos atos de concentração

A análise de acordo com a Constituição, ou a decisão por conta do controle de constitucionalidade, é a análise de uma norma, para que a mesma se mantenha no ordenamento jurídico.

Nesses termos, o STF declara a constitucionalidade de uma norma, desde que a mesma tenha aptidão semelhante com o amparo constitucional ou declarar a constitucionalidade certa interpretação e suprimir parte do texto (FERNANDES, 2016, p. 1449 e 1450), consoante prescreve o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999.

Extrai-se do citado artigo que os efeitos da decisão do STF são *erga omnes* e vinculantes. Sendo assim, caso o magistrado profira uma decisão que vá de encontro a um posicionamento pacificado pelo STF, cabe protesto conforme o artigo 102, I, alínea "I" da CRFB/88.

[...] tem-se que a interpretação conforme à Constituição permite ao STF negar a possibilidade de leis contrárias à Constituição permanecerem no ordenamento. É nesse sentido que se pode sustentar a constitucionalidade da Lei no 4.595/1964 desde que a parte de seu texto que trata do controle antitruste seja suprimida. (Schneider, 2016, p. 280)

A Lei nº 12.529/2011, veio como uma ferramenta de controle do abuso de poder econômico, fim do abuso de poder para dominação do mercado, extirpação da concorrência e vedação do aumento indiscriminado de lucros e almeja alcançar, com essas medidas, a segurança jurídica, percebida em conceito simétrico ao apresentado por Jorge Vanossi (1982): “A ‘segurança jurídica’ consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

É evidente que a Lei nº 12.529/2011, tem fundamento constitucional evidenciado no artigo 173, § 4º da CRFB/88. Portanto, a Lei nº 12.529/2011 é uma lei de repressão ao abuso de poder econômico e não uma lei de que, protege, fomenta e incentiva a livre concorrência, assim como o *Sherman Act* (FORGIONI, 2012, p. 240).

Pode-se concluir que, o Brasil tem a política administrativa de reprimir o abuso do poder econômico, o que não é necessariamente infundado e prejudicial, já que a legislação veda

algumas condutas, como o aumento arbitrário de lucros, disposto no artigo 36, III da Lei nº 12.529/2011. Contudo, deixa de lado o objeto principal da equação, incentivar e proteger a livre concorrência.

Por fim, cabe uma postura mais intensa dos legisladores para acabar com o conflito de competência, já que ele reside em uma seara positivista. Há, em tramitação, o Projeto de Lei nº 350/15 e o projeto de Lei Complementar nº 265/07, com intuito de resolver essa pauta que tanto prejudica o mercado brasileiro.

Propõe-se uma análise conjunta entre o CADE e o BACEN, visto que, a atuação de cada um parte de diferentes óticas, propiciando uma análise mais ampla e completa do ato de concentração em questão, além de ser um ato em consenso e não, dissenso. É preciso estimular uma combinação de esforços cada vez maior entre as autarquias, através da celebração de pactos e portarias que visem uma atuação conjunta e concreta na análise de atos de concentração. Tal atitude, é muito valorosa para contornar a situação danosa que emana do conflito de competência. E, pode-se levar em conta, a atuação extensa e contundente do princípio da eficiência, como condutor das finalidades e execução dos atos da administração.

Considerações finais

O direito concorrencial brasileiro foi instituído como principal objetivo para garantir a liberdade do comércio de forma saudável para a sociedade, seja para os agentes econômicos, seja para o consumidor. Mas pode-se afirmar que, sem uma intervenção (mesmo que mínima) do Estado, os conglomerados econômicos, não usariam da ética e responsabilidade social que advém da concorrência dentro dos trâmites legais.

Dito isso, a evolução no ramo concorrencial é nítida e até muito recente no ramo do direito brasileiro, e, portanto, passível de imperfeições. Desde a efetiva criação e participação do CADE, as instituições, muitas vezes praticavam condutas anticompetitivas sem qualquer tipo de sanção ou reprimenda, indo de encontro com toda e qualquer preceito que hoje é abarcada pelo direito concorrencial. De outro modo, a criação do Banco Central foi de suma importância, visto que possibilitou a centralização do poder econômico dentro de um órgão autossuficiente e estruturado para ser responsável pelo manejo de toda a ordem orçamentária do país.

Mas, há de se ter claro de que o conflito de competência entre o CADE e o BACEN não contribui de forma positiva para o eficiente desenvolvimento do sistema econômico

brasileiro, já que a insegurança jurídica se perpetua por conta de uma omissão por parte do legislador e a falta de cooperativismo entre as autarquias, onde muitas vezes a disputa pelo interesse passa a ser inerente a cada órgão e não à coletividade do sistema financeiro brasileiro. A judicialização desse conflito, demonstra que essa é uma situação de instabilidade constante, visto que o judiciário é sempre acionado quando as partes não conseguem realizar uma auto composição de sua lide e, portanto, precisam de um terceiro munido de jurisdição para resolver o objeto em questão. Tal posicionamento, demonstra uma imensa fragilidade por parte dos órgãos responsáveis pela análise dos atos de concentração.

Há de se enfatizar a insegurança jurídica que advém dessa relação não amistosa do CADE com o BACEN. Em primeiro momento, é impossível para o agente econômico, quando não há um posicionamento concreto, tomar decisões sobre os atos de concentração, onde não se sabe qual legislação se deve seguir a fim de ficar alinhado com a legislação brasileira e evitar problemas futuros. Depois, pode-se elucidar que o mal ajuste de competência entre as autarquias gera um déficit na gestão concorrencial, visto que, uma aprovação pelos dois órgãos sobrecarrega a máquina pública de burocracia, além de ser um ônus aos agentes econômicos que devem ser submetidos a dois tipos de análise e que muitas delas podem ser antagonistas.

Por último, é preciso ter em mente que um dos norteadores das atividades de análise dos atos de concentração devem ser os princípios constitucionais. Os mesmos, servem para auxiliar e dar diretrizes a todo e qualquer tipo de ação devidamente regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, os atos de concentração. Em especial, o princípio constitucional da eficiência, deve ser encarado como um objetivo por parte da administração pública. Não como algo simplesmente figurativo, um fragmento da moral de realização, mas sim como um objetivo concreto a ser alcançado pela administração pública de uma forma geral. O princípio da eficiência, atua como um coadjuvante nos atos que envolvam a máquina pública, não necessariamente estando em primeiro plano, mas devendo sempre estar lá para dar o suporte necessário ao ato protagonista.

Enfim, é notório que o conflito de competência entre o CADE e o BACEN é prejudicial ao sistema brasileiro de direito concorrencial, visto que a própria palavra *conflito* já vem carregada de um teor pejorativo. Mas, com esforços mútuos das autarquias, para cessar as divergências mecânicas advindas do conflito positivo propriamente dito, através de medidas a serem efetuadas, atividades em conjunto com intenção de dar mais unicidade e concretude para análise de atos de concentração no sistema econômico brasileiro, é de suma importância. Levando-se em consideração, o apoio incondicional da matriz principiológica direcionada pela

eficiência, sendo esse, sempre disposto a auxiliar a administração pública. Com a soma de todos esses afincos, é possível que os atos maléficados advindos dessa conflagração, possam ser dirimidos até que uma medida definitiva seja tomada pela autoridade competente, com o propósito de apaziguar e por fim ao conflito de competência entre o CADE e o BACEN.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Marcelo de Paiva. **A missão Niemeyer**. Revista de Administração de Empresas. Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, 1974.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº GM-020**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>.

_____. **Parecer GM-020/2001**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>.

ALCANTARA, Christian Mendez. **Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha**. Revista da Academia de Direito Constitucional, Curitiba, nº 1, Ago-Dez 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Revista de direito administrativo, nº 237, 2004.

BANCO ITAÚ HOLDING FINANCEIRA S.A. **Extrato da ata da Assembleia Geral Extraordinária de 21.11.2002**. Disponível em: <http://ww13.itau.com.br/portali/html/port/download/Ata_Itau_Holding.pdf>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASILE, J. **BC pede ao STF fim da ação do Cade sobre fusão bancária**. Jornal Valor Econômico, Finanças, Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/3040716/bc-pede-ao-stf-fim-da-acao-do-cade-sobre-fusaobancaria>>.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 3.590/2012**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v2_P.pdf>.

_____. **Circular nº 3.800/16**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50220/Circ_3800_v1_O.pdf>.

_____. **Convênio de cooperação Técnica que entre si celebram o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/convenioBacenCADE.pdf>.

_____. **Evolução da Regulação Bancária no Brasil**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresentacao_Isaac_Sidney_Seminario_Direito_Bancario.pdf>.

_____. **História da Sumoc**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/Historia/Sumoc/historiaSumoc.asp.Acesso>>.

_____. **História do Banco Central**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/Historia/HistoriaBC/historia_BC.asp>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_37_.asp>.

_____. **Decreto-Lei nº 7.293, de 2 de fevereiro de 1945**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-7293-2-fevereiro-1945-416335-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>.

_____. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm#art92>.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

BULHÕES, Octávio Gouvêia de. Depoimento / Ignez Cordeiro de Farias (coord.). Brasília: **Memória do Banco Central**, Rio de Janeiro: CPDOC-FGV, 1990.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar nº 265, de 26 de dezembro de 2007**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382643>>.

_____. **Projeto de Lei nº 350, de 11 de maio de 2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946627>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Julia Mendes de. **A nova lei da concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de atos de concentração pelo Cade**. RDC, Vol. 1, nº 2, novembro 2013.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. **O princípio constitucional da eficiência na administração pública**. Revista Direito Administrativo, 226, 2001.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Apreciação do ato de concentração nº 08012.002381/2001-23** (caso Alliance/BCN). Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a5798f978c61b34cdd2b0f21>>.

_____. **Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09**. Relatora Conselheira Hebe Teixeira Romano, Requerentes Banco Finasa de Investimento S.A., Brasmetal Indústria S.A., e Zurich Participações e Representações. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?58eb3acf21f60d16e06ec190a3a8>>.

_____. **Cartilha do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>.

_____. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

_____. **Histórico do CADE**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>> .BRASIL.

_____. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>.

CORAZZA, Gentil. **O Banco Central do Brasil: evolução histórica e institucional.** PERSPECTIVA ECONÔMICA, São Leopoldo; v.2, n, 1: 1 - 23, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4372>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18. ed. Atlas. São Paulo, 2005.
_____. **Direito Administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>.

DYMSKI, Gary. **O gênio fora da garrafa: a evolução da política Too Big to Fail e a estratégia bancária dos Estados Unidos.** In: CINTRA, Marcos Antonio Macedo; GOMES, Keiti da Rocha (Orgs.) **As Transformações no Sistema Financeiro Internacional [The Transformations of the International Financial System].** Brasília, 2012, IPEA.

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

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

FERREIRA, C. K. L. e FREITAS, M. C. P. de 1990. **A independência do Banco Central e o controle dos agregados monetários no contexto internacional: questões para o Brasil.** Brasília, Anais do XX Encontro Nacional de Economia (Anpec).

FERREIRA, Sérgio de Andrea. **Estudo jurídico sobre a natureza da PARAPREVIDÊNCIA.** Revista de Previdência Funcional, ano I, nº 0, 2001.

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

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa.** In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

FREIRE, André Luís M. **Concorrência no mercado bancário: Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional.** RDC, Vol. 2, nº 1, p. 106-129, maio, 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/96/58>>.

GABAN, E.; DOMINGUES, J. **Direito Antitruste,** 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

GIANNINI, A. et al.; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **CADE v. BACEN: Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, 2004.

HISTÓRIA DO BANCO DO BRASIL. Belo Horizonte: 2010, 2.ed. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração e sociedade – Novos Paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOBO, Carlos Baptista. **Concorrência bancária**. Coimbra: Almedina, 2001.

MARTINS, Victor; SOUZA, Nivaldo. **Cade sofre novo revés em disputa com o BC**. Revista Exame, Economia, 02 de julho de 2014. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-sofre-novo-reves-em-disputa-com-o-bc-imp-,1522102>>.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

NAKANE, Márcio I; ALENCAR, Leonardo S. **Análise de fusões e aquisições horizontais no setor bancário: uma reflexão a partir da experiência internacional**. 2004. Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/pec/semecobancred2004/port/paperVIII.pdf>>

PINTO, Daniel Becker P. B. **O benefício econômico da análise dos atos de concentração**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.16, n. 31, jan./jun. 2013

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

SCHNEIDER, Andressa Caroline. **Repensando o conflito entre BACEN e CADE sob a perspectiva da interpretação conforme a constituição e do diálogo das fontes**. Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS. Porto Alegre, Volume XI, nº 2, p. 264-292, 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58844>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**,41. Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 109.4218/DF**, relatora a Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 664.189** relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE664189.pdf>>.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF**, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1079273/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-33475-df-20023400033475-0/inteiro-teor-100631649?ref=juris-tabs>>.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

VISCUSI, W. K.; VERNON, J. M.; HARRINGTON, J. E. Jr. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge, Mass., The MIT Press. 1995.

ZWIERZIKOWSKI, Eduardo Mendes. **Conflito de competência entre o Bacen e o Cade para análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional: uma verificação empírica**. 2014. 70f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37587/38.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >.