

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL II**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Marco Antônio César Villatore, Romeu Faria
Thomé da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-113-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3.
Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do XXIV Congresso do CONPEDI, cujo tema foi Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O evento, realizado na capital das Minas Gerais, desenvolveu suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: a Faculdade de Direito da UFMG; a Universidade FUMEC; e a Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, no período de 11 a 14 de novembro de 2015.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, vinte e seis artigos foram aprovados e selecionados para compor o presente livro do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito do Consumidor, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados para as relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos. Os debates envolvendo tópicos de Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, já tradicionais nos Congressos do CONPEDI, também foram significativos neste encontro realizado em Belo Horizonte.

Convém, entretanto, registrar uma nota de destaque ao incremento substancial das discussões relativas às normas de proteção ambiental e ao princípio do desenvolvimento sustentável nos últimos eventos do CONPEDI, em especial no grupo de trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II do XXIV Congresso. Esse aprofundamento se deve à crescente preocupação do ser humano com a manutenção do equilíbrio ambiental, refletida em inúmeros Programas de Pós Graduação espalhados pelo Brasil que se propõem à análise do tema, como o Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, uma das instituições anfitriãs do evento. A estreita relação instaurada entre as normas de Direito Econômico e as de Direito

Ambiental, em busca de fomentar não apenas o crescimento, mas o desenvolvimento econômico em harmonia com o bem-estar social e a preservação ambiental, demonstra a absoluta adequação desse grupo de trabalho, que incentiva a pesquisa interdisciplinar, aproximando o Direito, a Economia e o Desenvolvimento Sustentável.

A catástrofe envolvendo as barragens de rejeitos da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, acontecida às vésperas do XXIV Congresso, com gravíssimas repercussões socioambientais, foi abordada pelos coordenadores e pesquisadores do grupo no início dos trabalhos, que prestaram homenagem às vítimas, além de reforçar a convicção de que o desenvolvimento se encontra inexoravelmente atrelado à proteção do meio ambiente.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrados, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, ofertam efetiva contribuição para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável se fortifique na corrente do CONPEDI. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva DOM HELDER

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore PUCPR/UNINTER/UFSC

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

**BACEN VS. CADE: POR UMA COMPETÊNCIA REGULATÓRIA
COMPLEMENTAR NA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO
ECONÔMICA DO SETOR BANCÁRIO**

**BACEN VS. CADE: FOR A COMPLEMENTARY REGULATORY COMPETENCE
IN REGARDS TO FINANCIAL INSTITUTIONS' ECONOMIC CONCENTRATION
ACTS**

**Felipe Guimarães de Oliveira
Suzy Elizabeth Cavalcante Koury**

Resumo

O presente trabalho objetiva proceder a um estudo crítico acerca da competência regulatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e do Banco Central do Brasil (BACEN), no que pertine aos atos de concentração econômica de instituições financeiras no Brasil. A polêmica doutrinária e jurisprudencial reside na competência complementar do CADE para autorizar as concentrações econômicas das instituições financeiras, no que diz respeito ao mercado concorrencial. Há entendimento de que a competência do BACEN não exclui, nem substitui, a do CADE, autoridade antitruste brasileira, que efetiva a defesa da concorrência, de modo que, os atos de concentração econômica de instituições financeiras devem, quando cabível, ser-lhe submetidos, previamente (art. 88, § 3º, Lei nº 12.529/11), aplicando-se o princípio da complementariedade, nos moldes do decidido pelo STF, quando do julgamento da ADI 2591-1/DF, que considerou que a Lei nº 4.595/64 e o CDC (Lei nº 8.078/90) incidem sobre as relações entre os bancos e os consumidores, com enfoques distintos. Proceder-se-á, inicialmente, à análise dos atos de concentração no setor bancário, tanto no que diz respeito à higidez do Sistema Financeiro, quanto nos aspectos concorrenciais. Após, discutir-se-á a competência do BACEN em matéria de concentração bancária, em contraponto à do CADE, a fim de verificar se há exclusividade ou complementariedade entre elas. Por fim, serão apresentados e discutidos alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência, ou não, de conflito de competências, com especial ênfase ao caso BCN/BRADESCO.

Palavras-chave: Instituições financeiras, Concentração econômica, Competência, Bacen, Cade

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to critically analyze the regulatory competence of the Administrative Counsel of Economic Defense (CADE) and of the Central Bank of Brazil (BACEN), in regards to financial institutions' economic concentration acts in Brazil. The doctrinal and jurisprudential controversy lies on CADE's complementary competence to authorize economic concentration of financial institutions, regarding the competitive market. There is an understanding that BACEN's competence doesn't exclude, nor substitutes, CADE's, the

Brazilian anti-trust authority, which is the competent authority to effectuate the defense of concurrence, so that economic concentration acts of financial institutions must be previously submitted to CADE when applicable (Law 12.529/11, article 88, § 3º), under the principle of complementarity, as decided by STF, on ADI 2591-1/DF, which considered Law 5.459/64 and the CDC (Law 8.078/90) to both regulate the relations between banks and consumers, under different approaches. In order to do so, BACEN's regulatory competence regarding matters of bank concentration will be analyzed, in contrast with CADE's, to verify if there is an exclusivity or complementarity relationship between them. Lastly, doctrinal and jurisprudential positions regarding the existence of a conflict of competence or not will be described and discussed, with special emphasis on the Itaú/Unibanco case.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Financial institutions, Economic concentration, Competence, Bacen, Cade

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fulcro o estudo crítico acerca da competência regulatória do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e do Banco Central do Brasil (BACEN), no que pertine aos atos de concentração econômica de instituições financeiras no Brasil.

O Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei nº 4.595/64, que, por decisão do Supremo Tribunal Federal¹, foi recepcionada pela CRFB/88 como a lei complementar a que se refere o seu artigo 192, com a finalidade precípua de garantir um sistema que promova o desenvolvimento equilibrado do país e os interesses coletivos.

O BACEN, como órgão integrante do Sistema Financeiro Nacional, exerce, dentre outras atribuições, a fiscalização sobre as instituições financeiras, o que abrange a concessão de autorização para transformações, fusões ou incorporações (art. 10, inc. X, al. “c” e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64).

Por outro lado, a regulação da concorrência, de que trata o § 4º do artigo 173 da CRFB/88, é realizada pelo CADE, autoridade antitruste brasileira, consoante a Lei n. 12.529/11, a quem compete, dentre outras atribuições, o controle dos atos de concentração econômica entre os agentes que operam no mercado, a fim de assegurar a efetiva concorrência e evitar posições dominantes que venham a prejudicá-la (art. 88, *caput* e §§, Lei n. 12.529/2011).

As concentrações econômicas que envolvam instituições financeiras, sem qualquer dúvida, submetem-se ao Banco Central, no que diz respeito à análise da higidez do Sistema Financeiro Nacional.

A polêmica doutrinária e jurisprudencial reside na competência complementar do CADE para autorizar as concentrações econômicas das instituições financeiras, no que diz respeito ao mercado concorrencial.

Há entendimento de que a competência do BACEN não exclui, nem substitui, a do CADE, autoridade antitruste brasileira, pois, consoante o artigo 31 da Lei n. 12.529/2011, a norma antitruste aplica-se a todas as pessoas jurídicas, sem qualquer exceção. Assim, os atos

¹STF - RE: 395171 RO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 28/08/2009, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11/09/2009 PUBLIC 14/09/2009. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5422297/agregno-recurso-extraordinario-re-395171-ro-stf>. Acesso em 17.08.2015, às 09:04.

de concentração econômica de instituições financeiras devem, quando cabível, ser-lhe submetidos, previamente (art. 88, §3º, Lei nº 12.529/11), vez que é o órgão competente para efetivar a defesa da concorrência.

Trata-se de aplicação do princípio da complementariedade, a que se referiu o STF quando do julgamento da ADI 2591-1/DF, que considerou que a Lei nº 4.595/64 e o CDC (Lei nº 8.078/90) incidem sobre as relações entre os bancos e os consumidores, com enfoques distintos: o BACEN, regulando a estrutura do sistema, os riscos prudenciais e a função dessas instituições, que integram o Sistema Financeiro Nacional, e o CDC, disciplinando a relação entre elas e os consumidores, no que concerne à exploração da atividade econômica e o mercado de consumo.

A questão, contudo, não é pacífica, o que restou evidenciado quando da análise da concentração dos bancos BCN e Bradesco, que suscitou conflito positivo de competência entre o CADE e o BACEN.

O objetivo desse estudo é buscar dar contribuição ao debate da questão, ainda não solucionada, de forma incontestada, pela jurisprudência pátria, como se demonstrará. Para tanto, proceder-se-á, inicialmente, à análise dos atos de concentração no setor bancário, tanto no que diz respeito à higidez do Sistema Financeiro, quanto nos aspectos concorrenciais.

Após, discutir-se-á a competência do BACEN em matéria de concentração bancária, em contraponto à do CADE, a fim de verificar se há exclusividade ou complementariedade entre elas.

Por fim, serão apresentados e discutidos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da existência, ou não, de conflito de competências, com especial ênfase ao caso BCN/Bradesco.

Espera-se, assim, contribuir para o debate da matéria que, contemporaneamente, tem, cada vez mais, maior relevância, face à constatação de que, em um mundo globalizado, a concentração econômica tem sido um dos meios para o comprometimento da concorrência.

1. OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO SETOR BANCÁRIO

As operações de concentrações bancárias, no Brasil, refletem a tendência global de rearranjo na configuração dos modos de exploração da atividade empresarial e de sua função, no mercado de bens e serviços, como decorrência do novo sentido atribuído ao capitalismo,

impondo a necessidade de acompanhamento, pelo direito², das demandas advindas desses novos fatos sociais, imiscuídos, como regra geral, nas intersecções entre o direito e a economia³.

Ressalte-se que, dentro do regime de defesa da concorrência e do direito antitruste, algumas categorias de concentrações econômicas moldaram-se com o passar do tempo, reunindo a doutrina uma classificação dos processos concentracionistas sob três formas: concentrações verticais, concentrações horizontais e concentrações conglomeradas.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por intermédio da Resolução nº 15/98, Anexo V, define cada uma destas categorias, classificando, as duas primeiras, da seguinte maneira:

Ocorre uma relação vertical quando uma empresa opera como vendedora no mercado de insumos de outra, mesmo não havendo uma relação comercial entre elas. Ocorre uma relação horizontal quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como vendedoras de produtos similares (leia-se substitutos) ou quando duas ou mais empresas atuam num mesmo mercado como compradoras.⁴

Assim também ensina Leonardo Vizeu Figueiredo, incluindo as conglomerações econômicas:

Por concentração horizontal entende-se a concentração que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante. Concentração ou integração vertical traduz-se na concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços diversos, fazendo parte da mesma cadeia produtiva. Conglomeração é a concentração que envolve agentes econômicos distintos, que igualmente ofertam produtos ou serviços diversos, podendo ou não ser complementares entre si, mas que certamente, não fazem parte da mesma cadeia produtiva. Genericamente, uma conglomeração é saudável à competição, pois significa a “entrada” de uma empresa em um determinado mercado de produto ou serviço. No entanto, uma conglomeração pode ter efeitos nocivos à concorrência quando houver complementariedade entre os produtos ou serviços envolvidos.⁵

Cabe destacar, também, que as concentrações econômicas podem, em regra geral, assumir alguns propósitos específicos, como neutralizar a competição entre agentes

² Evolução também presente no direito comercial. Cf. BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

³ Na teoria da empresa, aponta Raquel Sztajn: “Estabelecer vínculos mais estreitos entre o direito e a economia oferece, aos juristas, perspectivas novas de enfrentamento de questões relevantes no âmbito do Direito Comercial. Tomando como ponto inicial a disciplina dos mercados e das empresas, passando por contratos empresariais, o esquema de análise terá como centro institutos jurídicos em que o conteúdo patrimonial é intenso. Igualmente, em primeiro tempo não se discutirão aspectos éticos ou valorativos da atividade, considerando que a produção e circulação da riqueza têm como perspectiva a criação de mais riquezas, não sua distribuição. In: SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28. No mesmo sentido: BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Resolução nº 15 de 19 de Agosto de 1998**. Publicação DOU 28/08/1998. Brasília/DF.

⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 195-196.

econômicos⁶, tendo, por isso mesmo, um regramento próprio para disciplinar a forma como serão realizadas, almejando a defesa dos demais concorrentes competidores naquele dado mercado relevante material e/ou geográfico.

A concentração poderá, também, ocasionar a viabilização de economias de escalas e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis⁷, quando da análise dos chamados monopólios naturais e da necessidade de exploração de atividade econômica que envolva elevada injeção de capital, como as obras de infraestrutura e os demais serviços públicos.

A operação societária poderá, ainda, envolver, como ponto central, não apenas a compra de outro agente econômico, mas, também, a compra indireta de mão de obra especializada⁸, bem como os direitos decorrentes de patente de invenção ou de modelo de utilidade.

Embora possa parecer uma contradição, muitas vezes a venda da empresa é o meio mais eficiente ou mais seguro de preservar a continuação de suas atividades. O empresário que está encerrando sua vida profissional pode preferir deixar, a seus herdeiros, outros bens que não a unidade produtiva. Para os acionistas, administradores, fornecedores e empregados pode ser menos traumática a opção da venda àquela da bancarrota ou do declínio das atividades empresariais.⁹

Por fim, lembra-se que, mediante a concentração, ganhos ou economias tributárias podem ser viabilizados, o que não prejudica seu papel na forma de investimento de capital, caso não ocorra a distribuição dos lucros. O crescimento aparente poderá, de outro lado, consistir em uma estratégia empresarial de mercado, visando a diminuir os riscos da atividade econômica, com a ampliação do mercado em que a empresa atua.¹⁰

Ressalta-se que a concentração econômica, em si, não é considerada ilícita, tampouco, suscita presunção absoluta de restrição à concorrência, até porque ela é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, que se pauta, sobretudo, pela defesa da livre iniciativa, bem como porque pode propiciar o desenvolvimento econômico de certos mercados. O que deve ser reprimido são eventuais abusos decorrentes desse direito.

É o que aponta Waldírio Bulgarelli¹¹, assinalando que, muito embora a interpretação do objetivo de domínio de mercado e de eliminação total ou parcial da concorrência seja difícil, na realidade econômica, não se vislumbra uma proibição desses processos concentracionistas em si, mas somente de seus efeitos e consequências que sejam contrários ao direito.

⁶ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 360

⁷ Id. Ibid. p. 361.

⁸ Id. Ibid. loc. cit.

⁹ Id. Ibid. loc. cit.

¹⁰ Id. Ibid. loc. cit.

¹¹ BULGARELLI, Waldírio. **O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas**. São Paulo: Leud, 1975, p. 54.

As concentrações bancárias são classificadas como concentrações econômicas horizontais, envolvendo instituições financeiras, das quais resulte a união de dois ou mais agentes econômicos atuantes no mesmo mercado relevante material (produto ou serviço) e / ou geográfico.

Importante ressaltar, ainda, que a quantidade de bancos e de instituições financeiras em funcionamento no país, por si só, não é fundamento apto a constatar a existência de concentração no setor bancário, devendo outros aspectos serem observados nesta perspectiva. Neste sentido, Roberto Luís Troster¹² aduz que:

O número de bancos tem sido levantado como uma evidência forte de que o sistema bancário está se concentrando no Brasil. Entretanto, é uma proposição mal formulada, uma vez que a concentração não se dá em função do número absoluto de bancos. A mesma quantidade de serviços pode ser oferecida por diferentes estruturas de indústria bancária como: muitos bancos pequenos, alguns médios e poucos grandes; ou muitos médios, nenhum pequeno e poucos grandes; ou ainda três megabancos e nenhum pequeno e médio etc. Há um sem-número de combinações que dependem de diferentes fatores tais como: a existência de economias de escala e de escopo; tecnologia; regulamentação; dispersão geográfica da atividade econômica; concentração de renda; o conjunto de produtos oferecidos; estabilidade econômica etc.

Ainda assim, é importante ressaltar, no que tange à competição no mercado bancário, que, geralmente, é um aspecto desejável porque conduz ao aumento da eficiência institucional, a menores custos para os clientes e à melhoria na qualidade e na abrangência dos serviços financeiros oferecidos, de modo que, se houver ganhos significativos de escala, o custo pode cair¹³. Porém, maior concentração implica maior oportunidade de abuso de poder econômico e consequente aumento dos *spreads*.

Estabelecidas essas premissas iniciais, que justificam a defesa da concorrência e impõem a necessidade de estudo da matéria pelo direito, passa-se à análise das competências dos órgãos reguladores brasileiros sobre a matéria, em especial, do Banco Central do Brasil (BACEN) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

2. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, BACEN E CADE: COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE CONCENTRAÇÃO BANCÁRIA

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) pode ser compreendido como um conjunto de órgãos que regulamenta, fiscaliza e executa as operações necessárias à circulação da moeda e do crédito na economia. É composto por diversas instituições e, para efeitos didáticos, pode ser divididos em dois subsistemas.

¹² TROSTER, Roberto Luís. Concentração Bancária. p.1. In: *www.febraban.org.br*. Acesso em 03/08/2015.

¹³ DANTAS, José Alves et all. Relação entre Concentração e Rentabilidade no Setor Bancário Brasileiro. In: *Revista de Contabilidade e Finanças da USP*. v.22, n.55, jan-abr/2011. São Paulo/SP. p. 7.

O primeiro subsistema é o normativo, formado por instituições que estabelecem as regras e as diretrizes de funcionamento, além de definirem os parâmetros para a intermediação financeira e a fiscalização da atuação das instituições operativas. Tem, em sua composição: o Conselho Monetário Nacional (CMN), o Banco Central do Brasil (BACEN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e as Instituições Especiais (Banco do Brasil, BNDES e Caixa Econômica Federal).¹⁴

O segundo subsistema é o operativo. Em sua composição, estão as instituições que atuam na intermediação financeira e têm, como função, operacionalizar a transferência de recursos entre os fornecedores de fundos e os tomadores de recursos, a partir das regras, diretrizes e parâmetros definidos pelo subsistema normativo. Estão nessa categoria as instituições financeiras bancárias e não-bancárias e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), além das instituições não financeiras e auxiliares.¹⁵

Ainda assim, consoante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 192:

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

Compreendida, ainda que de maneira perfunctória, a estrutura do SFN, enfrentar-se-á a competência em matéria de concentração de um desses órgãos integrantes do sistema, qual seja, o Banco Central do Brasil.

O BACEN foi criado por meio da Lei nº 4.595/64, para substituir a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito, como autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônios próprios, competindo-lhe cumprir e fazer cumprir as disposições que lhes são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, consoante dispõe o artigo 2º da lei.

Competem-lhe, ainda, privativamente, consoante o artigo 10 do mesmo diploma, as seguintes atribuições: emitir papel-moeda e moeda metálica; executar os serviços do meio circulante; receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias; realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais; exercer o controle de crédito; exercer a fiscalização

¹⁴ FEBRABAN. **Sistema Financeiro Nacional (SFN)**. In: www.febraban.org.br. Acesso em: 10/08/2015.

¹⁵ Ibid. p. 1.

das instituições financeiras; autorizar o funcionamento das instituições financeiras; estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras; vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e controlar o fluxo de capitais estrangeiros no país.

Dentre as funções de competência do Banco Central, cabe mencionar a de maior destaque para o aprofundamento que se propõe neste trabalho, com previsão normativa no artigo 10, inciso X, alíneas c e g e no artigo 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, *in verbis*:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:
X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:
c) *ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;*
g) *alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.*

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

Resta patente a competência do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras para que realizem concentrações bancárias, nas suas variadas formas.

Paralelamente à competência atribuída ao BACEN, é importante frisar que o legislador brasileiro, no artigo 31 da Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), legitimou a aplicação da norma antitruste aos processos concentracionistas, de maneira ampla, incluído o setor bancário, senão, vejamos:

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.

De um modo geral, pode-se afirmar que o SBDC visa a prevenir e a reprimir infrações à ordem econômica, bem como a realizar o controle dos atos de concentração econômica entre os agentes que operem no mercado. Para o presente estudo, levar-se-á em consideração, portanto, apenas, a análise do controle de processos concentracionistas, no âmbito bancário.

Os atos de concentração econômica, que interessam ao presente estudo, são aqueles que tendem a constituir qualquer forma de concentração, de cunho estritamente econômico, por meio de fusões, incorporações e agrupamentos societários, dentre outros.

Todos esses tipos de atos de concentração econômica devem ser submetidos à análise do CADE, desde que se enquadrem no disposto no artigo 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, ou seja, que sejam atos em que, pelo menos, um dos grupos envolvidos na

operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e, pelo menos, um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).¹⁶

Com a edição da Lei nº 12.529/11, houve uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, representada pela obrigatoriedade de alguns agentes econômicos, em operações de concentrações empresariais, previamente, fazerem a comunicação ao CADE antes de realizar qualquer ato vinculativo ou contratual, consoante o artigo 90, incisos I a IV, da referida lei, que trata das concentrações empresariais.

A análise prévia está preceituada no artigo 88, § 2º, da Lei nº 12.529/11, bem como no artigo 108 da Resolução nº 1/2012 do CADE, *in verbis*:

Art. 88, § 2º. O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei nº 12.529, de 2011, será prévio.

A abordagem acima realizada quanto às competências regulatórias e às funções do Banco Central e do CADE, em matéria de concentração econômica, externaliza, sobremaneira, a necessidade de se operar na *práxis* mercadológica e financeira brasileira, o exercício de uma competência em matéria de concentrações econômicas, a partir de uma visão complementar da atuação destes dois órgãos, como se demonstrará.

Passa-se, então, à análise do conflito positivo de competência entre o BACEN e o CADE, resolvido, no seio do Poder Executivo, pelo Parecer n. 20/2001 da AGU, ressaltando-se que o cerne da questão, qual seja, a possibilidade de os referidos órgãos exercerem suas competências, de forma complementar, ainda carece de apreciação pelo Poder Judiciário.

3. O PARECER 20/2001 DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competências entre o BACEN e o CADE surgiu com a aquisição, pelo Bradesco, do Banco BCN, aprovada pelo Banco Central, mas não submetida ao CADE, em dezembro de 1997.

¹⁶ Valores alterados através da Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012 do CADE, modificando os valores previstos no artigo 88 da Lei 12.529/11.

Relata Tollini¹⁷ que, com a compra, o Bradesco passou a integrar a *joint venture* BCN Alliance, o que levou a uma concentração horizontal nos mercados onde ela atuava.

O desfazimento da *joint venture*, em 12.04.2001, foi submetido ao CADE, ocasião em que a autarquia tomou ciência de que a sua instituição não lhe havia sido submetida, o que a levou a aplicar multa aos envolvidos, apesar de já ter sido aprovado o Parecer n. 20/2001 da AGU.

O referido Parecer n. 20/2001¹⁸ da Advocacia Geral da União (AGU) foi exarado após consulta, motivada pela existência de posições conflitantes entre as Procuradorias do Banco Central do Brasil e do CADE, quanto à competência para a análise de concentrações econômicas de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

A conclusão contida no Parecer, datado de 5 de abril de 2001, que é vinculante para a Administração Pública, nos termos do disposto no artigo 40, § 1º, da Lei Complementar n. 73/93, foi a de que há competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.

Em apertada síntese, a AGU entendeu que, sob o ponto de vista infralegal, assistiria razão à Procuradoria do CADE, dada a abrangência da Lei Antitruste, então, a Lei n. 8884/94, revogada pela atual Lei n. 12.529/2011, que, neste aspecto, não trouxe qualquer alteração, quanto à compatibilidade entre a legislação antitruste e a Lei nº 4.595/64.

Todavia, com o artigo 192 da CRFB/88 exige que, qualquer alteração na Lei n. 4.595/64, seja procedida por meio de lei complementar, concluiu pela impossibilidade de atuação do CADE nos casos de concentrações que envolvam instituições financeiras.

Citando o referido Parecer, o Bradesco e o BCN impetraram mandado de segurança contra o ato do então Presidente do CADE (hoje, pela Lei n. 12.529/2011, Superintendente), tendo a segurança sido concedida, em 1º grau de jurisdição, pois o juiz entendeu correta a tese defendida pelos autores de que a competência para a análise das operações de aquisição do controle acionário de instituições financeiras é privativa do BACEN.

O TRF da 1ª Região reformou a decisão, ao argumento de que:

¹⁷ Cf. TOLLINI, Priscilla Tardelli. Complementariedade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 4, novembro de 2014, pp. 23-42.

¹⁸ Disponível em <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>. Acesso em 16/08/2015, às 17:46

1º) As leis do sistema financeiro e do antitruste deveriam ser interpretadas e aplicadas de forma complementar e que o parecer em questão não era vinculante;

2º) A atribuição de autorizar as instituições financeiras a serem transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei Antitruste para apurar e decidir, soberanamente, sobre os atos de concentração;

3º) A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade, de forma a coexistirem, uma vez que a primeira se limita ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa, especificamente, sobre a tutela da concorrência, refletindo, com mais propriedade e nitidez, os princípios que presidem a ordem econômica e financeira, destacando a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64, sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada, que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico e

4º) Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do artigo 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal; contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e à aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas, pois, se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, poderiam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

Em decisão adotada, por maioria, o STJ¹⁹ deu provimento ao Recurso Especial, interposto pelos bancos, em acórdão assim ementado, *in verbis*:

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

¹⁹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=915164&tipo=0&nreg=200801736771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110412&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16.08.2015 às 22:19.

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.

Apesar de os Ministros terem entendido que não havia como o CADE deixar de observar o Parecer da AGU, houve empate na questão de fundo, qual seja, a competência complementar do CADE e do BACEN.

O Ministro Castro Meira abriu divergência, afirmando que a possibilidade de Parecer da AGU, com caráter vinculante ao CADE, restringe-se a matérias que possam ser objeto de orientação geral, relativas às atividades-meio das entidades federais, mas não às suas atribuições específicas. Ademais, argumentou que, a competência do Banco Central está relacionada com a estrutura do Sistema Financeiro Nacional, o que não afasta a competência do CADE para preservar a incolumidade do ambiente concorrencial.

Ao proferir voto vencido, o Ministro Herman Benjamin destacou, dentre outros aspectos, não haver antinomia alguma entre essas normas de competência (Lei 4.595/1964 e Lei 8.884/1994), pois as atuações do CADE e do BACEN são, absolutamente, na medida em que as leis que os regem são, ambas, especiais, sendo certo que, ainda que a Lei 4.595/1964 tenha sido recepcionada como Lei Complementar, “é cediço que são materialmente complementares somente as disposições relativas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, como reconhecido pelo STF ao julgar a paradigmática ADIn dos Bancos (ADI 2.591/DF, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Pleno, j. 7.6.2006, DJ 29.9.2006).”

Aduziu, ainda, que:

“Compete ao Banco Central autorizar as fusões de forma a proteger e garantir a higidez do sistema financeiro nacional. O CADE, por sua vez, zelará pelo respeito ao ambiente concorrencial, analisando eventuais atos ou condutas "que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, vou resultar na dominação de mercados relevantes" (art. 54 da Lei 8.884/1994). A atuação do Bacen, por sua própria natureza, é preventiva e orientadora, razão pela qual o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/1964 refere-se à regulação das condições de concorrência entre as instituições públicas, sem embargo da competência para coibir abusos com aplicação de pena. O CADE age prioritariamente a posteriori, focando os atos e as condutas efetivamente ocorridos e julgando-os à luz da legislação antitruste, sem pretensão de regular, a priori, as condições de concorrência, como faz o Bacen. Trata-se, portanto, de atribuições complementares, em que cada uma das autarquias federais atua dentro do âmbito delineado pela fontes normativas, que, como visto, dialogam harmoniosamente. Por essas razões, inexiste, a rigor, conflito normativo a ser dirimido, havendo de se reconhecer a competência do CADE para analisar as fusões de instituições financeiras, sempre no que se refere a atos ou condutas que possam implicar ofensa à legislação antitruste.”

O CADE interpôs Recurso Extraordinário ao STF, que teve seu seguimento negado, tendo interposto, então, agravo regimental, que pende de apreciação.

Cabe referir, por oportuno, que, quando tramitava a referida ação, houve a fusão do Itaú com o UNIBANCO, que foi submetida, tanto ao BACEN, quanto ao CADE, e por ambos aprovada, cada um, evidentemente, em sua área de competência, o que demonstra ser, perfeitamente, factível a atuação complementar em nosso ordenamento jurídico, como se passa a demonstrar.

4. A COMPETÊNCIA REGULATÓRIA COMPLEMENTAR NA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA DO SETOR BANCÁRIO

A experiência concorrencial norte-americana tem sedimentado precedentes interessantes e promissores sobre o aparente conflito de competência entre a autoridade antitruste e o órgão estatal regulador, sejam quais forem o mercado e os agentes econômicos envolvidos, mostrando-se, ainda, essencial à manutenção e à coerência da atuação dos dois órgãos na regulação de concentrações empresariais envolvendo instituições financeiras.

Trata-se da aplicação da jurisprudência norte-americana do *Persuasive Power Doctrine*:

Dois e apenas dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente (*persuasive*) para afastar a competência de qualquer outro órgão. Em uma primeira hipótese o poder do órgão é *extenso* o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por poder extenso o suficiente entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial. (...) A segunda hipótese é aquela que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é *profundo* o bastante para fazê-lo. Nesta hipótese o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (FTC) ou pelas Cortes, simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento.²⁰

Assim sendo, para que o poder regulamentar possa ser exercido, sem consideração dos princípios concorrenciais, é necessário que a competência atribuída ao órgão regulamentar, no ordenamento jurídico brasileiro, ao BACEN, seja extensa o suficiente para excluir a aplicação do direito concorrencial. Isso se verifica quando a lei, claramente, substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando, expressamente, esse objetivo e/ou oferecendo os meios para tal.²¹

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 241-242.

²¹ Ibid. p. 243.

Em outra senda, a análise da profundidade dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada, de maneira eficaz, sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. Por isso mesmo, para que a aplicação desse método conduza a resultados coerentes, é necessário, também, que o órgão encarregado da regulamentação e da fiscalização seja dotado de capacidade técnica e de conhecimento do mercado superiores aos que é possível imaginar que o Judiciário ou, agências de controle da concorrência, possam ter.²²

No Brasil, a agência governamental competente é o Banco Central (BACEN) e o órgão encarregado pela aplicação do direito antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Neste sentido, segundo a jurisprudência norte-americana da *Persuasive Power Doctrine*, já mencionada, duas seriam as hipóteses de afastamento da competência da autoridade antitruste, ou seja, do CADE: a primeira, ocorreria no caso de o poder do Banco Central ser extenso e legitimado para substituir o sistema concorrencial estabelecido e a segunda, de o poder, concedido ao BACEN, ser profundo o suficiente, a ponto de lhe conferir competência para a aplicação do direito antitruste. Nenhuma dessas hipóteses ocorre no Brasil, em termos de concentração bancária, quer no que diz respeito à substituição do sistema concorrencial, quer quanto à competência para aplicar norma antitruste, o que permite concluir que a atuação do BACEN e do CADE, no controle de concentrações bancárias, é operada de forma complementar e não exclusionária.

Por isso mesmo, a teoria do *persuasive power* oferece um interessante instrumental para a análise dos setores regulamentados no sistema brasileiro. Isso porque, é preciso, em primeiro lugar, notar que a Constituição não cria imunidade para qualquer setor em relação à aplicação do direito antitruste.²³

Como já relatado, a Lei nº 12.529/11, no artigo 31, submete, expressamente, ao sistema concorrencial brasileiro (SBDC) todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, submetendo ao controle do CADE todos os atos e os ajustes entre empresas, mesmo aquelas sujeitas ao controle estatal.

Ao mesmo tempo em que, a teórica e a análise de competências do CADE e do BACEN, fornecem uma “válvula de escape” para o conflito aparente de competências para o

²² SALOMÃO FILHO. op. cit. p. 248.

²³ Ibid. p. 249.

controle dos atos de concentrações bancárias, há um problema operacional a ser enfrentado. Como, então, compatibilizar os poderes e instrumentalizar a atuação complementar destes dois órgãos, na *práxis* do mercado bancário brasileiro?

Uma resposta viável e factível é encontrada no estudo de Gesner Oliveira, com pequenas atualizações legislativas realizadas pelos autores do presente trabalho, que delinea a configuração institucional do modelo de competências complementares, que pode ser esquematizada da seguinte forma:

**Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 3
(competências complementares)**

	LC	RT	RE
AC	X	—	—
AR	—	X	X

Fonte: Relatório de Pesquisa nº 49/01 - FGV²⁴

Desse modo, na configuração de competências complementares, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória (AR) cuida, exclusivamente, das tarefas de regulação técnica (RT) e econômica (RE), enquanto a autoridade de defesa da concorrência (AC) aplica a lei antitruste (LC).²⁵

Por seu turno, independentemente dos modelos de configuração, a ratificação de um sistema de competências complementares na apreciação de concentrações bancárias pelo BACEN e pelo CADE, depende de uma análise, também normativa, debruçada sobre: 1º) o fenômeno da recepção constitucional, que busca interpretar a validade e o âmbito de competência da legislação infraconstitucional, a partir da análise das repartições de competências materiais estabelecidas na Constituição; 2º) a natureza ordinária da norma de

²⁴ OLIVEIRA, Gesner. Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário. In: *Relatório de Pesquisa nº 49/01*. EAESP/FGV/NPP. São Paulo, 2001. p. 13.

²⁵ Ibid. p. 12.

conteúdo concorrencial, prevista na Lei nº 4595/64, constatada a partir da aplicação da hermenêutica constitucional às normas de defesa da concorrência previstas nesta Lei e 3) a harmonização sistêmica entre as Leis nº 4.595/64 e Lei nº 12.529/11, que, considerando ambos os textos normativos e em conformidade com o direito intertemporal e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, busca construir exegese capaz de identificar o âmbito de incidência legal de cada norma analisada.²⁶

Sobre este primeiro item, destaca Gesner Oliveira:

As diferentes matérias reguladas pela Lei n.º 4.595/64 passaram a ter como fundamento de validade a nova carta política, sendo que a recepção de seus dispositivos condiciona-se ao apoio expresso ou tácito dessa norma maior. Considerando constituir tarefa improvável ou mesmo impossível ao legislador realizar, imediatamente após a entrada em vigor de uma nova carta magna, a completa regulação de todas as matérias por essa prevista, opera-se, por conseguinte, o fenômeno da recepção constitucional da legislação ordinária já existente. Assim, as normas ordinárias preexistentes devem ser reinterpretadas em toda sua extensão, para que possam adequar-se aos princípios componentes da nova ordem constitucional, e somente continuam a integrar o ordenamento jurídico os dispositivos consoantes com a lei maior.²⁷

Ainda assim, consoante a leitura do artigo 192 da CRFB/88, verifica-se que a matéria relativa ao Sistema Financeiro Nacional somente poderá ser regulamentada por meio de lei complementar. Por outro lado, não cabe à lei complementar regular outras matérias que não estejam, por força da Constituição, expressamente inseridas no âmbito de competência da referida espécie normativa. Restra claro, portanto, que não se confundem as esferas de incidência das diferentes espécies de lei, complementar e ordinária. Em verdade, o que existe é o fenômeno da reserva de lei, em razão da natureza da matéria.²⁸

Continua o autor, destacando que, é importante, nesse sentido, analisar a Lei nº 4.595/64, pela perspectiva de seus conteúdos normativos, com fulcro na identificação de quais normas teriam sido recepcionadas, com *status* de lei complementar e quais o teriam sido, com o *status* de lei ordinária.

A ordem econômica, por sua vez, notadamente o abuso do poder econômico, veio a ser previsto pela nova constituição em seu artigo 173 § 4º, in verbis: Art. 173 § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminações da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Depreende-se do texto legal que no tocante ao direito concorrencial, notadamente o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, a nova constituição atribuiu competência regulatória à lei ordinária com a exclusão de qualquer outra espécie normativa. Assim sendo, o dispositivo da Lei nº 4.595/64 que trata da regulação pelo Banco Central do Brasil das condições de concorrência entre instituições financeiras passou a deter status de lei ordinária, conforme determinação da lei maior. Verifica-se, por conseguinte, que dispositivos

²⁶ OLIVEIRA, Gesner. p. 38-39.

²⁷ Ibid. p. 39-40.

²⁸ Ibid. p. 42.

constantes de uma mesma lei passaram a deter natureza normativa diversa em razão da recepção constitucional de seu conteúdo, ou seja, a reinterpretação da matéria nele tratada, à luz do novo fundamento de validade, conduz a âmbitos de competência de normativos distintos.²⁹

O terceiro aspecto, suscitado por Gesner Oliveira em seu estudo, é a possibilidade de compatibilização entre as normas estudadas, uma vez que os conteúdos normativos dos artigos 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 e 31 da Lei nº 12.529/11, não são incompatíveis. Aditem, portanto, convivência pacífica no ordenamento jurídico por tratarem da defesa da concorrência de maneira específica e geral.

Verifica-se, por conseguinte, que dispositivos constantes de uma mesma lei passaram a deter natureza normativa diversa em razão da recepção constitucional de seu conteúdo, ou seja, a reinterpretação da matéria nele tratada, à luz do novo fundamento de validade, conduz a âmbitos de competência de normativos distintos. Deve-se, assim, interpretar os dispositivos mencionados de forma a distinguir as competências do Banco Central e do CADE na aplicação da legislação de defesa da concorrência. As tarefas do Banco Central assemelham-se às de um órgão regulador, responsável pela regulação técnica e pela observância das regras de defesa da concorrência no setor, devendo proceder à investigação de práticas que possam ser consideradas infrativas à ordem econômica. Do mesmo modo, deverá o Banco Central proceder à autorização de qualquer transferência societária. E para o cumprimento desta tarefa, deverá o Banco Central atentar para os efeitos de tais transferências, aquisições e fusões sobre a concorrência, elaborando parecer técnico sobre a questão. As funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica assemelham-se à de um Tribunal Administrativo que, de modo independente, procede ao julgamento administrativo dos processos que visem apurar dano à concorrência, bem como aqueles que visem a aprovação de ato de concentração econômica.³⁰

Ratificando o entendimento do autor, e respeitando a natureza jurídica e o âmbito de competência legal de cada entidade, ao Banco Central caberá, portanto, instruir os processos administrativos que visem à apuração de infração à ordem econômica, bem como emitir parecer legal acerca dos efeitos, de, por exemplo, determinada fusão ou aquisição, sobre a defesa da concorrência. Ao CADE, por sua vez, caberá apreciar, como instância decisória administrativa, os processos instaurados pelo Banco Central, bem como os requerimentos de aprovação de ato ou contrato, previsto no artigo 88 da Lei nº 12.529/11.³¹

Pode-se afirmar, portanto, que a configuração do modelo de sistemas complementares é uma alternativa factível para a atuação conjunta do BACEN e do CADE, o que, de modo semelhante, ocorre em outros ordenamentos jurídicos, como os da Austrália, da República Theca, da Finlândia, da Grécia, da Hungria, da Polônia, da Suécia, da Inglaterra e da República Eslovaca.³²

²⁹ OLIVEIRA, Gesner. p. 45-46.

³⁰ Ibid. p. 47-48.

³¹ Ibid. p. 48.

³² Ibid. p.22-37.

Por fim, faz-se ver, tal qual destacado pelo Ministro Herman Benjamin, no voto vencido proferido por ocasião do julgamento do caso BCN/Bradesco, acima mencionado, que o STF, ao julgar a ADI 2.591-1 DF, cujo relator para o Acórdão foi o Ministro Eros Grau, decidiu não haver razão para excluir, do âmbito de incidência do Código do Consumidor, a questão dos juros. Vejamos:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

(STF - ADI: 2591 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 07/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142)

O precedente do STF, na discussão sobre a submissão ou não das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor, teve como premissa a complementariedade de competências, exatamente o que se defende em relação ao CADE e ao BACEN, no que diz respeito às concentrações econômicas no setor bancário.

CONCLUSÃO

A submissão das concentrações financeiras à análise do CADE não tem qualquer relação com a regulação prudencial do BACEN, que visa a assegurar a credibilidade e a higidez do sistema financeiro.

O CADE tem, por atribuição principal, a de garantir a livre concorrência, coibindo eventuais abusos de posição dominante, o que, por certo, atende aos interesses dos consumidores.

Conforme ficou demonstrado, a Constituição da República de 1988 em nenhum momento criou imunidade antitruste para determinados agentes econômicos, muito pelo contrário, estabeleceu, dentro do capítulo da ordem econômica, artigo 174, que, 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.

Ainda assim, outro motivo determinante para o reconhecimento da inexistência de imunidade antitruste das instituições financeiras, no sistema brasileiro, é a análise da jurisprudência do *Persuasive Power Doctrine*, precedente do direito norteamericano amplamente utilizada por diversas jurisdições no mundo, consoante a qual, como visto, somente em duas hipóteses é verificado o afastamento da competência da autoridade antitruste, o primeiro no caso de o poder do Banco Central ser extenso e legitimado para substituir o sistema concorrencial constituído e o segundo, de o poder concedido ao BACEN, ser profundo o suficiente, a ponto de lhe conferir competência para aplicação do direito antitruste, nenhuma delas se configurando no caso em análise, motivo pelo qual não é possível falar em imunidade antitruste às instituições financeiras quanto à concentração econômica.

Ademais, o sistema normativo brasileiro, ao se estruturar na forma acima estudada, quanto ao controle de concentrações bancárias, claramente, constitui-se como um modelo de configuração institucional sob o regime de competências complementares, sendo este um dos modelos mais utilizados no mundo e referência nos sistemas jurídicos de diversos países.

Neste sentido pode-se concluir que as Leis ns. 4.595/1964 e 12.529/2011 incidem sobre os atos de concentração do setor bancário, com enfoques distintos: o BACEN, regulando a estrutura do sistema, os riscos prudenciais e a função das instituições, que integram o Sistema Financeiro Nacional e a lei antitruste, disciplinando a concorrência, a fim de verificar se o ato de concentração pode limitá-la ou, de qualquer forma, prejudicá-la, havendo claro precedente do STF quanto à incidência direta e à aplicação do princípio da complementariedade, firmado quando do julgamento da ADI 2591-1/DF, quanto à aplicabilidade do Código do Consumidor às instituições financeiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. CADE. **Resolução nº 15 de 19 de Agosto de 1998**. Publicação DOU 28/08/1998. Brasília/DF.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas**. São Paulo: Leud, 1975.

_____. **Sociedades Comerciais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DANTAS, José Alves et all. Relação entre Concentração e Rentabilidade no Setor Bancário Brasileiro. *In: Revista de Contabilidade e Finanças da USP*. v.22, n.55, jan-abr/2011. São Paulo/SP.

FEBRABAN. **Sistema Financeiro Nacional (SFN)**. *In: www.febraban.org.br*. Acesso em: 10/08/2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário**. *In: Relatório de Pesquisa nº 49/01*. EAESP/FGV/NPP. São Paulo, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SZTAJN, Raquel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

TOLLINI, Priscilla Tardelli. Complementariedade entre agente regulador e autoridade da concorrência: o caso do sistema financeiro. *In: Revista de Defesa da Concorrência*, v. 4,

novembro de 2014.

TROSTER, Roberto Luís. **Concentração Bancária**. Disponível em: www.febraban.org.br. Acesso em 03/08/2015.