

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

O conflito de competência entre CADE e Banco Central acerca da análise das operações de
concentração envolvendo instituições financeiras.

Marcos Vinicius Horvath Duarte

Orientadora: Prof. Dra. Juliana Oliveira Domingues

Ribeirão Preto

2014

Marcos Vinicius Horvath Duarte

O conflito de competência entre CADE e Banco Central acerca da análise das operações de concentração envolvendo instituições financeiras.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de
São Paulo para aprovação na
disciplina DFB4001 – Iniciação à
Pesquisa e Elaboração de
Monografias.

Orientadora: Prof. Dra. Juliana
Oliveira Domingues.

Ribeirão Preto

2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Horvah Duarte, Marcos Vinicius

O conflito de competência entre CADE e Banco Central acerca da análise das operações de concentração envolvendo instituições financeiras / Marcos Vinicius Horvath Duarte – Ribeirão Preto, 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Orientadora: Prof. Dra. Juliana Oliveira Domingues

Nome: HORVATH DUARTE, Marcos Vinicius

Título: O conflito de competência entre CADE e Banco Central acerca da análise das operações de concentração envolvendo instituições financeiras.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof^(a). Dr.^(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr.^(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr.^(a) _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente aos meus pais. Sem eles jamais teria conseguido galgar os degraus necessários para chegar aonde cheguei.

Em seguida, gostaria de agradecer aos meus amigos. Docentes, discentes, funcionários e todos aqueles que me acompanharam nessa jornada.

Aos professores, agradeço pela paciência e força de vontade que tiveram e têm em ensinar em um país que valoriza tão pouco o estudo.

Aos discentes, meus companheiros de jornada, agradeço por todos os momentos em que estiveram ao meu lado. As discussões intermináveis na química, os momentos de festa e alegria, as choradeiras por todos os motivos imagináveis.

Gostaria de agradecer aos funcionários que sempre se mostraram solícitos para nos ajudar em todos os momentos.

Em especial, agradecer à Prof^a. Dra. Juliana Oliveira Domingues, que aceitou o desafio de me orientar.

“A vida é como andar de bicicleta. Para manter o equilíbrio, é preciso se manter em movimento”

Albert Einstein.

05 de fevereiro de 1930.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a disputa existente entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (Bacen) acerca do conflito de competência existente na análise dos atos de concentração envolvendo instituições financeiras. Serão utilizadas as opiniões doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação conjunta das leis 4.595/64 e 8.884/94 (revogada pela nova lei antitruste). Foram demonstrados arranjos institucionais possíveis entre agências reguladoras e órgãos antitruste, bem como os benefícios de cada modelo, além de ter sido comentado sobre as mudanças advindas a partir da Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/11).

Palavras-chave: Antitruste. Concorrencial. CADE. Bacen. Concentração de Instituições Financeiras.

ABSTRACT

The objective of this work is analyze the existent dispute between the Council of Economic Defense (CADE) and the Central Bank of Brazil (Bacen) concerning to the conflict of competence present in the analysis of the merger acts involving financial institutions. It has been mentioned the doctrine and jurisdiction opinion regarding the conjoint interpretation of the Law No. 4.595/64 and the Law No. 8.884/94 (not in force anymore, revoked by the New Antitrust Law). It has been demonstrated the possible institutional arrangements between the regulatory agencies and the antitrust authority, as the benefits of each model. Besides, it has been explained the changes that became with the New Brazilian Antitrust Law (Law No. 12.529/11) to the Brazilian scenario.

Keywords: Antitrust. CADE. Bacen. Financial Institutions Mergers.

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – O CONFLITO ENTRE A LEI 4.595/64 E A LEI 8.884/94.....	12
1. Introdução	12
2. Análise do conflito	15
2.1. Caso Banco Francês	15
2.2. Parecer nº GM - 020 da Advocacia Geral da União	16
2.3. Caso FINASA	22
2.4. Posição da doutrina	25
2.5. Decisões dos Tribunais	33
CAPÍTULO 2 – As possíveis interações entre o CADE e o BACEN	39
1. Introdução	39
2. A função de regulação técnica e econômica e a aplicação da lei antitruste	40
2.1. Isenção antitruste	42
2.2. Competências concorrentes	43
2.3. Competências complementares	43
2.4. Regulação antitruste	43
2.5. Desregulação	44
3. Critérios para a escolha do modelo ideal	47
3.1. Flexibilidade institucional	47
3.2. Eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico	47
3.3. Custo burocrático de transação	48
3.4. Minimização do risco de conflito de competências	48
3.5. Minimização do risco de captura	49
4. Vantagens e desvantagens de cada modelo	50
4.1. Isenção Antitruste	50
4.2. Competências concorrentes	51
4.3. Competências complementares	52
4.4. Regulação Antitruste	53

5.	Risco Sistêmico	53
6.	Conclusão.....	56
CAPÍTULO 3 – A NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO.....		57
1.	Introdução	57
2.	As mudanças no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	57
2.1.	A criação do Departamento de Estudos Econômicos (DEE)	59
3.	A possibilidade de participação das agências reguladoras	59
CAPÍTULO 4 – CONCLUSÃO		60
BIBLIOGRAFIA.....		63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o conflito existente entre duas instituições brasileiras, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil, acerca da análise concorrencial sobre as concentrações entre instituições financeiras.

Esse conflito decorre da dificuldade em que os juristas brasileiros tiveram na hora de interpretar duas leis vigentes à mesma época: a Lei 4.595, de 1964, e a Lei 8.884, de 1994. As duas, cada uma de sua forma, abrangem a referida análise, o que iniciou uma disputa que há mais de uma década trouxe instabilidade jurídica no setor financeiro. Não há certeza por parte dos bancos para qual instituição deve ser feita a notificação de concentração. Se para o Banco Central, para o CADE, ou para ambos.

Para analisar esse conflito o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro trata sobre a análise do conflito de forma direta. Traz, primeiro, os motivos pelos quais as duas instituições iniciaram interpretações opostas sobre o tema. Quais foram as defesas e os argumentos utilizados por cada parte.

Em seguida são demonstrados dois casos paradigmáticos para a discussão: o Caso Banco Francês e o Caso Finasa. São feitas análises sobre os argumentos utilizados para defender cada posicionamento, sobre os votos proferidos pelos conselheiros, bem como a decisão final que prevaleceu.

Entre a análise dos casos é feita uma alusão e um estudo sobre o Parecer nº GM-20 da AGU. Nele, foram discutidos temas interessantes e prolatados argumentos que foram utilizados no decorrer do trabalho. Além disso, sua decisão se tornará chave para mais discussões, uma vez que foi aprovada e publicada por despacho pelo Presidente da República, devendo, segundo esse próprio órgão, vincular o CADE.

Este, contudo, não concorda com essa vinculação e, como será demonstrado, inicia outra discussão importante acerca da vinculação das autarquias às decisões do Governo Federal, o que também será aludido no trabalho.

Mais adiante, o primeiro capítulo traz alguns posicionamentos doutrinários acerca do tema, embasando alguns argumentos utilizados nos julgados e nos pareceres já citados.

Por fim, o primeiro capítulo traz a cadeia de decisões judiciais sobre mais um caso ímpar relacionado ao tema. Este, como será demonstrado, ainda continua em aberto, cabendo decisão final do Supremo Tribunal Federal.

Passamos, então, ao segundo capítulo. Neste está presente um estudo muito importante do Prof. Gesner Oliveira, que além de pesquisador e professor foi Presidente do CADE.

Esse estudo busca analisar quais são as possibilidades que os países possuem de arranjo institucional para a regulação concorrencial. A análise vai desde a situação em que há apenas a autoridade antitruste como reguladora do setor, bem como a situação contrária, em que não há autoridade antitruste, e o que seria seu trabalho de análise é feito por uma agência reguladora setorial.

Após a demonstração de quais são as possíveis constituições institucionais regulatórias de cada país, passa-se à descrição de quais seriam os critérios a serem utilizados para determinada escolha, demonstrando, logo em seguida, quais seriam as vantagens e desvantagens de cada modelo.

Por fim, o segundo capítulo ainda traz uma análise do que seria o risco sistêmico. Tema este importante para a análise do presente estudo, uma vez que é um dos fortes argumentos utilizados pelo Banco Central para centrar nele a competência de análise antitruste do setor bancário.

Até este momento foi analisado o conflito com base na Lei 8.884/94, a qual alterou de forma significativa a estrutura do CADE na época de sua promulgação. Todavia, não estamos mais sobre a sua vigência, o que nos leva ao terceiro capítulo.

Este, com o objetivo de trazer a análise para o presente, busca demonstrar de forma sucinta quais foram as alterações que a Nova Lei Antitruste Brasileira (12.529, de 2011) trouxe e que influenciam de forma significativa o tema aqui estudado, como a maior possibilidade de participação das agências reguladoras na decisão do CADE e a criação do Departamento de Estudos Econômicos.

No quarto capítulo tem-se a unificação dos entendimentos em uma conclusão, a qual busca o fim do conflito de forma harmoniosa, ou seja, de forma que as duas leis (4.595/64 e 12.529/11) possam continuar a exercer seus papéis em cada campo de atuação específico, sem que as instituições sejam prejudicadas com a invasão da competência de uma delas pela outra.

CAPÍTULO 1 – O CONFLITO ENTRE A LEI 4.595/64 E A LEI 8.884/94.

1. Introdução

A Lei 4.595/64 dispõe sobre “a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”¹. Além disso, a referida lei transformou a então Superintendência da Moeda e do Crédito no Banco Central, que passou a ser uma autarquia federal².

Dentre as diversas atribuições que o foram designadas ao Banco Central, tem-se a referente à fiscalização das instituições financeiras, conforme é possível observar abaixo:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

(...)

IX - **Exercer a fiscalização das instituições financeiras** e aplicar as penalidades previstas;

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

a) funcionar no País;

(...)

c) ser **transformadas, fundidas, incorporadas** ou encampadas;

(...)

f) **alterar seus estatutos**.

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário³ (grifamos)

Essa lei determina, de forma expressa, que a fiscalização das instituições financeiras será realizada pelo Banco Central, mesmo no que diz respeito às suas concentrações, matéria que normalmente é analisada pela autoridade antitruste. É importante dizer que à época de sua promulgação não havia um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como há hoje.

O regramento antitruste que vigorava naquela época era composto pela Lei nº 4.137/62. Contudo, a regulação do mercado no âmbito concorrencial não ocorria de forma muito expressiva, ao contrário do que podemos observar hoje em dia.

Segundo a Prof. Paula Forgioni⁴, de 1962 até 1975, “apenas onze processos haviam sido julgados pelo CADE”, sendo que em somente um a conduta investigada foi considerada abuso de poder econômico.

¹ Preâmbulo da referida lei. Encontrado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acessado em 12/08/2014.

² Art. 8 da lei 4.595/64.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm. Acessado em 03/08/2014.

⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 116.

Apenas para se ter uma ideia, em 2014, até o mês de Julho, foram analisados 22 atos de concentrações⁵ (AC) pelo CADE. Em 2013 foram analisados 104 ACs⁶.

Na época da antiga lei citada, a força detida pelo órgão regulador da concorrência era muito menor do que o que podemos observar hoje. A política econômica do governo daquele período era justamente contrária a uma efetiva regulação da concorrência. Dessa forma, o CADE funcionava basicamente para legitimar algumas práticas incentivadas pelo governo, e não para combater aquelas que eram prejudiciais, de uma forma geral, à livre concorrência ou ao consumidor⁷.

Nesse cenário que a Lei 4.595/64 foi promulgada, trazendo para o Banco Central a competência de regulação e fiscalização das instituições financeiras, mesmo naquilo que, em teoria, deveria ser matéria regulada pela autoridade antitruste.

As duas leis conviveram de forma harmoniosa até a promulgação da nova lei antitruste, a Lei 8.884/94. Essa lei trouxe uma revolução no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, uma vez que “sistematizou a matéria antitruste”⁸, transformando o CADE em autarquia federal.

A referida lei tem um enfoque duplo de atuação. Ela regula no âmbito concorrencial tanto as atitudes tomadas pelos *players* de mercado, o chamado controle de condutas, quanto a possível concentração de poder em algumas empresas que pode ser prejudicial ao mercado, chamado de controle de estruturas.

Contudo, com a promulgação da lei 8.884/94 e sua efetiva entrada em vigor, nasce uma discussão acerca da sua interação com a Lei 4.595/64, no que diz respeito ao controle de estruturas feito sobre as instituições financeiras.

Como pôde ser visto acima, o Banco Central é o órgão que detém essa competência de forma privativa, segundo a sua lei de criação. Todavia, a nova lei antitruste, posterior àquela, determina que toda e qualquer instituição deverá notificar o CADE quando tomar atitudes que podem vir a de “**qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes** de bens ou serviços”⁹ (grifamos).

⁵ Segundo a Prof. Juliana Domingues e o Prof. Eduardo Gaban, no livro *Direito Antitruste*, Ed. Saraiva, pág. 119: “As operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado são denominadas pela Lei Antitruste Brasileira como atos de concentração. Na perspectiva jurídica, essas operações podem se revestir das mais variadas formas e modalidades societárias, como fusões, incorporações, *joint ventures* (...)”

⁶ CADE em números. <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>. Acessado em: 12/08/2014

⁷ FORGIONI, op. cit. Pág. 115.

⁸ GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 76.

⁹ Lei 8.884/94, Art. 54.

Dessa forma, não havia qualquer exceção na Lei 8.884/94 que possibilitasse que os bancos não fizessem a notificação ao CADE de seus atos de concentração. Ou seja, caso houvesse uma concentração entre instituições financeiras que cumprissem os requisitos estipulados pela referida lei, deveriam as duas instituições comunicar o feito ao CADE.

Para ilustrar o aludido, segue a transcrição do art. 54:

Art. 54. Os atos, **sob qualquer forma manifestados**, que possam **limitar** ou de **qualquer forma prejudicar a livre concorrência**, ou **resultar na dominação de mercados relevantes** de bens ou serviços, **deverão ser submetidos à apreciação do CADE.**

(...)

§ 3º **Incluem-se nos atos de que trata o caput** aqueles que visem a **qualquer forma de concentração econômica**, seja através de **fusão** ou **incorporação de empresas**, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou **qualquer forma de agrupamento societário**, que implique **participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante**, ou em que **qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00** (quatrocentos milhões de reais).¹⁰ (grifamos)

O que fica claro ao observar a Lei 8.884/94 é que o CADE deveria ser notificado sempre que fossem tomadas atitudes que “de qualquer forma” viessem a prejudicar a livre concorrência, sendo essas decorrentes de “qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas” ou “qualquer forma de agrupamento societário”.

Ou seja, não havia nenhum tipo de isenção feita a qualquer empresa de qualquer setor econômico. As instituições financeiras não estavam, pela lei, isentas de submeterem notificação ao CADE quando se encontrassem dentro dos parâmetros ditados pela Lei 8.884/94.

Eram dois os filtros utilizados pela lei antitruste para determinar se as empresas deveriam ou não notificar o CADE de fusões e concentrações empresariais.

O primeiro era tido pela porcentagem de mercado. Caso a fusão de duas empresas alcance mais de 20% de concentração em um determinado mercado deveria ocorrer a notificação.

O segundo filtro se baseava no faturamento anual das empresas em concentração. Deveria ser feita a notificação caso uma das companhias alcançasse um mínimo de faturamento anual de quatrocentos milhões de reais

Alcançados os filtros, deveriam as empresas obrigatoriamente notificar o CADE da concentração que seria realizada – ou, no caso da lei 8.884/94, que já havia sido realizada, uma vez que a notificação poderia ser feita *a posteriori*¹¹.

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acessado em 03/08/2014.

¹¹ Art. 54, § 4º da lei 8.884/94. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm. Acessado em: 12/08/2014.

Essa intersecção entre as leis 4.594/64 e 8.884/94, no que diz respeito à necessidade de notificação ao CADE ou apenas ao Bacen – uma vez que ele detinha, em tese, competência privativa para essa análise –, sobre as concentrações entre as instituições financeiras foi a base para uma longa discussão doutrinária e judicial.

Esse conflito que será analisado nos itens a seguir.

2. Análise do conflito

2.1. Caso Banco Francês

Um dos primeiros casos de concentração bancária que foi submetido ao SBDC foi feito por intermédio da CVM¹², em seu ofício nº 139/95¹³, de 10 de outubro de 1995.

Essa instituição estava analisando a alteração societária realizada entre o Banco Francês e Brasileiro S.A. e a empresa America Finance Company Limited (Grupo Itaú). No decorrer da análise a CVM achou que seria necessário o pronunciamento da autoridade antitruste acerca dos teores concorrenciais desse novo arranjo societário. Com isso, o referido ofício foi enviado à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ).

As palavras da CVM, *in verbis*¹⁴:

Estando tal operação sendo analisada também no âmbito desta Superintendência, solicitamos a V.Sa. informar se nada obsta a concretização da mesma, tão logo essa SDE conclua seu exame ou, ainda, outras informações que considere relevantes prestar.

Em seguida, no dia 13 de março de 1996, a SDE proferiu parecer¹⁵ com um teor um tanto quanto estranho. Decidiu que segundo a legislação antitruste as instituições financeiras deveriam, sim, comunicar os atos de concentração ao SBDC. Contudo, por ser um setor regulado por lei específica, a SDE e, por consequência, o CADE, não poderia obstar a concretização da união das empresas. Isso só poderia ser feito pelo Banco Central. O argumento era pautado pelo art. 10 da lei 4.595/64, já demonstrado acima.

¹² Comissão de Valores Imobiliários, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda criada pela Lei 6.385/76 com diversos objetivos, dentre eles podemos destacar a fiscalização do mercado de valores mobiliários, fiscalizar e inspecionar companhias abertas, propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preços, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado. (Encontrados na referida lei, art. 8º, incisos III, IV e V)

¹³ Está presente no AC 87/96 (Nº do Processo: 0087/1996), no site do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6dcd21f73ed326fe11020f2b05>. Acessado em 11/08/2014.

¹⁴ Ofício CVM nº 139/95. Pode ser encontrado no site do CADE, na análise dos documentos do AC 87/96 citado na Nota de Rodapé 13.

¹⁵ Apuração de Ato de Concentração Econômica nº 08000.023802/95-80. Também pode ser encontrado no AC 87/96 já citado.

Importante a citação de um trecho do parecer¹⁶:

No que tange, à Consulta originária, envolvendo o Banco Francês e Brasileiro e a AFINCO – Americas Finance Company Limited, em tese, tratando de instituições financeiras, persiste a necessidade de comunicação, muito embora, à SDE não caiba apor óbice a concretização dessa operação, por envolver empresas, cujo setor é regulamentado por legislação própria, fugindo, portanto, da competência legal da atuação deste órgão.

O parecer da SDE foi então enviado ao CADE para que este analisasse o tema e proferisse a sua decisão.

O CADE, todavia, decidiu de forma diversa. Foi proferido acórdão no sentido do conhecimento da consulta, uma vez que acreditava-se que a referida concentração econômica estava contemplada pelo § 3º do Art. 54 da lei 8.884/94, o que tornaria a autoridade antitruste competente para a análise.

Acordaram o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros do CADE, por unanimidade, “tratar-se de Consulta e considerou (sic) competente, o CADE, para analisar operações bancárias”.

O argumento principal foi a leitura do Art. 15 da lei 8.884/94, *in verbis*:

Art. 15. 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. (grifamos)

É possível identificar nesse artigo a vocação de abrangência geral e irrestrita da lei antitruste. Qualquer ente, seja pessoa física ou jurídica, seja entidade constituída de fato ou de direito, dentre outras variações, deve sofrer os efeitos dessa lei. Com isso, foi entendido que as instituições financeiras também deveriam estar sob sua tutela.

A partir dessa decisão, começa a surgir a dúvida de qual instituição realmente seria competente para analisar tais casos, ou, inclusive, se seriam as duas instituições complementarmente ou concorrentemente competentes.

2.2. Parecer nº GM - 020 da Advocacia Geral da União¹⁷

Com o objetivo de se encerrar a discussão sobre qual órgão deveria fazer a análise das concentrações entre instituições financeiras, principalmente sob a ótica do direito antitruste,

¹⁶ Apuração de Ato de Concentração Econômica nº 08000.023802/95-80. Pág. 132.

¹⁷ Parecer constante no site da AGU: www.agu.gov.br/. Acessado em: 13/08/2014.

o Poder Executivo fez uma consulta à Advocacia Geral da União (AGU), solicitando-lhe um parecer com a indagação de qual seria a instituição competente.

A AGU analisou os dois posicionamentos. O argumento que reconhecia a competência como sendo do Bacen vinha do parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, e o que a reconhecia como sendo do SBDC vinha do parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do CADE, além do estudo do Dr. Gesner Oliveira, que será citado no próximo capítulo.

O Banco Central utilizou diversos argumentos no sentido de que ele seria o órgão responsável por essa análise. Trazemos abaixo os considerados mais relevantes.

O parecer refuta dois dos argumentos utilizados pelos estudos favoráveis ao CADE: o primeiro seria que a Lei 8.884/94 não determina nenhuma exceção à sua aplicação, como já foi dito acima; o segundo que essa lei é posterior à Lei 4.595/64, sendo que, dessa forma, teria aquela revogado parcialmente esta – pelo menos no que diz respeito ao teor concorrencial.

O primeiro argumento é refutado pelo parecer do Bacen com a alegação de que a lei antitruste trata do tema concorrencial de forma geral, sendo que a lei 4.595/64 é específica em relação ao setor bancário. Ou seja, se há uma legislação específica acerca do setor bancário não há qualquer motivo para que as instituições que a ele pertençam sigam os ditames da legislação geral. Nesse sentido, devem apenas os setores que não são regulados por leis específicas seguirem a legislação antitruste.

Sobre o segundo argumento, o parecer do Bacen alega que a Lei 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição como Lei Complementar, não podendo ser revogada por lei “hierarquicamente inferior”, como seria no caso da Lei 8.884/94 – que é ordinária –, conforme já foi dito acima.

Sobre isso, os pareceres pró-CADE aludiram que apenas os dispositivos da Lei 4.595/64 que diziam respeito ao Sistema Financeiro Nacional, elencado na própria Constituição, no Art. 192, foram recepcionados por ela como Lei Complementar. Dessa forma, aqueles que, por exemplo, versavam sobre matéria concorrencial teriam sido recepcionados como dispositivos de hierarquia de Lei Ordinária, uma vez que são escorados no Art. 173, § 4º, da Constituição Federal. Podendo, dessa forma, ser revogados por lei ordinária posterior, como a Lei 8.884/94.

O parecer do Bacen refuta esse argumento, alegando que a matéria descrita no Art. 192 da Constituição é apenas exemplificativa, e não taxativa. Com isso, haveria outras questões que diriam respeito ao Sistema Financeiro Nacional que não estariam ali presentes, como as questões concernentes à análise concorrencial no setor financeiro.

Por fim, o parecer pró-Bacen cita a Lei nº 9.447/97, que concedeu ao Banco Central o poder de determinar possíveis transferências de controle acionário e reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão¹⁸.

Teria o Bacen, dessa forma, o poder de determinar a transferência do controle acionário das instituições financeiras, bem como de reorganização societária. O parecer conclui¹⁹, com isso, que sendo o Bacen competente para alterar o arranjo societário de uma instituição, podendo gerar uma concentração entre instituições, não há que se falar que ele não é competente para analisar concentrações propriamente ditas, já que seriam essas, em tese, análises menos invasivas que aquelas.

Depois dessa análise, a AGU trata dos argumentos levantados pelos pareceres pró-CADE, sendo que esses são pautados pelo estudo feito pelo Dr. Gesner Oliveira. Esse estudo terá papel fundamental no presente trabalho a partir do próximo capítulo. Todavia, cabe neste momento apenas elencar quais foram os argumentos mais utilizados para se chegar à conclusão de que o CADE é competente para a análise em discussão.

O Dr. Gesner Oliveira inicia o estudo com uma análise sobre quais os modelos institucionais são possíveis de se ter em um sistema de regulação econômico-concorrencial. Depois, passa à análise da forma que foi recepcionada a Lei 4.595/64 pela Constituição Federal, chegando à conclusão de que, como já foi dito, apenas aqueles dispositivos que versam sobre o Sistema Financeiro Nacional foram recepcionados com hierarquia de Lei Complementar, sendo que os dispositivos que tratam da matéria concorrencial foram recepcionados com hierarquia de Lei Ordinária, podendo ser revogados pela Lei 8.888/94 – também ordinária²⁰.

O estudo da AGU retorna seu foco para o parecer emitido pela Procuradoria do CADE, dizendo que esse ainda traz um argumento no sentido de que, caso o Bacen fosse responsável pela referida regulação concorrencial, haveria lacunas legislativas intransponíveis

¹⁸ Lei 9.447/97. Art. 5º, II e III.

¹⁹ Parecer GM-20 da AGU, parágrafos 21 e 22.

²⁰ Parecer GM-20 da AGU, parágrafos 28 em diante.

que poderiam deixar impunes instituições financeiras claramente culpadas por cometerem certas condutas.

O exemplo utilizado pelo parecer²¹ traz a situação em que o banco tomou uma atitude considerada infração concorrencial pela Lei Antitruste, mas que não está refletida na Lei 4.595/64. Supondo que o Bacen seja a instituição com competência privativa para regular a concorrência nesse setor, ele deveria agir de forma a coibir possíveis abusos. Contudo, não há disposição nesta lei que o autorize a punir o referido banco com base na Lei Antitruste. Ou seja, o CADE não poderia punir a instituição por não ter competência para tal, e o Bacen não poderia puni-la por não haver em sua lei o mesmo dispositivo coercitivo que há na Lei Antitruste, e por também não haver, naquela, autorização expressa para que ele puna com base nesta.

Dessa forma, segundo o parecer da procuradoria do CADE, fica clara a sua competência para regular esse setor, uma vez que não haveria o referido problema legislativo, sendo o CADE a instituição existente voltada para a regulação da concorrência.

Esse parecer, contudo, não busca a extinção completa da competência do Bacen na questão concorrencial. Busca, de outra forma, demonstrar que há possibilidade de compatibilização entre as duas instituições.

O Banco Central seria o órgão regulador, tendo a competência da análise técnica e concorrencial do setor financeiro, emitindo pareceres e instruindo processos administrativos com a coleta de informações e realização de estudos diversos necessários para a decisão.

Já o CADE teria a competência de apreciar os processos administrativos instruídos pelo Bacen, utilizando, inclusive, seus pareceres como norte decisório, além de continuar atuando por meio da Lei Antitruste, principalmente do Art. 54.

Segundo o entendimento do parecer da AGU, o estudo do Dr. Gesner Oliveira reduz a competência do Banco Central²², deixando-lhe apenas a oportunidade de instruir os processos e emitir pareceres, retirando dele a oportunidade decisória nesses casos. Busca, com isso, o modelo de organização institucional de competências complementares, que veremos no próximo capítulo.

²¹ Parecer nº GM 20 da AGU, parágrafo 33.

²² Parecer nº GM 20 da AGU, parágrafo 43.

Obtidos os argumentos gerais das duas partes do conflito, cabe, neste momento, analisar a decisão e a repercussão do referido parecer da AGU.

Logo no início da argumentação sobre a solução do conflito a AGU deixa claro que entende ser correto o posicionamento do Banco Central, emitido pelo parecer de sua procuradoria.

Concorda, em decorrência disso, com o argumento de que os dispositivos que dizem respeito ao Banco Central presentes na Lei 4.595/64 foram, sim, recepcionados com hierarquia de Lei Complementar²³. Dessa forma, só poderiam ser alterados por lei de igual hierarquia. A decisão da AGU traz, nesse sentido, a alegação de que todos os dispositivos citados que fazem menção à regulação da concorrência por parte do Bacen não foram revogados pela Lei Antitruste, que é ordinária, continuando em vigor.

A AGU entende, também, não haver complementariedade entre as duas instituições no que diz respeito à análise concorrencial do setor bancário. Em seu parecer fica clara a distinção relatada entre a relação do CADE e da Anatel, onde há clara complementariedade de funções, e a relação CADE – Bacen. Alega, assim, que o Bacen possui competência privativa para as referidas análises.

Logo após, o parecer passa a analisar o argumento de que poderia haver prejuízo à punição de instituições bancárias pela lacuna legislativa presente²⁴, uma vez que, como já foi dito, o Bacen não teria autorização expressa por parte da Lei 4.595/64 para atuar de acordo com a Lei 8.884/94, sendo que, todavia, algumas punições estariam presentes apenas nesta lei, e não naquela.

A AGU entende que o argumento seria procedente “em parte”²⁵. Realmente a Lei 4.595/64 não dá competência para o Banco Central aplicar a Lei Antitruste. Entretanto, é entendido que aquela lei possui seus meios de aplicação de punição, prevendo penalidades “inclusive para o caso de abusos de concorrência”. As penalidades podem ir desde uma simples pena de multa até a cassação de autorização da instituição financeira.

²³ Parecer nº GM 20 da AGU, parágrafo 56.

²⁴ Parecer nº GM 20 da AGU, parágrafo 70.

²⁵ Parecer nº GM 20 da AGU, parágrafo 71.

Com isso, a AGU entende não ser razoável o argumento de que o fato de o Banco Central não ter competência para aplicar a Lei 8.884/94 retira a possibilidade de punição a possíveis atentados contra a concorrência.

Esses foram os argumentos centrais do parecer proferido pela AGU relativo ao tema, que é concluído com o seguinte teor:

À vista de todo o exposto, parece-me lícito concluir, em síntese, que, à luz da legislação vigente, 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.

Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos da Lei nº 4.595/64 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar.²⁶

Esse parecer, com a respectiva conclusão, foi aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial. Essa atitude, pela análise da Lei Complementar 73/93, vincula a administração pública federal à decisão emitida pelo parecer, conforme vejamos:

“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”²⁷

Dessa forma, surgiu uma dúvida acerca da linha que o CADE deveria seguir a partir da publicação do referido parecer. Essa dúvida foi suscitada por esse órgão ser uma autarquia especial, tendo, em teoria, autonomia em relação ao executivo federal. Todavia, ao mesmo tempo a lei determina que a administração federal deverá seguir o parecer, sendo o CADE membro dessa administração, mesmo que de forma indireta.

Essa dúvida surgiu particularmente na análise do Caso FINASA, que será visto no próximo item.

²⁶ Parecer GM nº 20 da AGU. Parágrafo 96 e 97.

²⁷ Lei Complementar 73, de 1993.

2.3. Caso FINASA²⁸

O Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Caso Finasa) foi um dos casos mais importantes já analisados pelo CADE no que diz respeito ao tema. Nele, foi descrito o posicionamento da instituição acerca de temas importantes, como “a articulação de sua função com a de outros organismos do Estado brasileiro”²⁹, sendo esses organismos o Banco Central e o Presidente da República. Como foi dito no item anterior, era necessário o entendimento se o CADE deveria ou não seguir o parecer vinculante da AGU.

Na análise desse Ato de Concentração houve divergência entre os conselheiros do CADE acerca da obrigatoriedade da vinculação dessa instituição ao parecer da AGU.

O então presidente da autoridade antitruste, João Grandino Rodas, defendeu a vinculação ao parecer³⁰, alegando que, mesmo o CADE sendo uma autarquia, não é totalmente independente do executivo federal. Para sustentar seu ponto o presidente do CADE à época alega que esse controle sobre as instituições da administração pública é necessário, uma vez que com ele é possível que haja coordenação entre os órgãos da administração, evitando o caos entre elas. Deveria haver, com isso, uma solução administrativa para o conflito de competências, que seria dada pelo referido parecer.

Finaliza seu voto da seguinte forma³¹:

Pois, efetivamente, hoje, o Parecer proferido pela AGU vincula o CADE e não há como entender de modo contrário. *De lege ferenda*, as sugestões podem ser muitas e, certamente, o serão. *De lege lata*, porém, o Parecer AGU/LA-01/2001 é vinculante, de modo que voto pela incompetência do CADE para aprovar o presente ato de concentração.

Já a tese sobre a não-vinculação foi capitaneada pelo conselheiro Campilongo, que destacou algumas ideias importantes³².

Os poderes exercidos pela administração direta nas autarquias estão pré-fixados nas suas próprias leis de criação. Como exemplo, “(...) a sujeição do Conselho [CADE], evidentemente, só se dá em relação à Lei, nunca ao poder hierárquico e diretivo da autoridade de governo”³³, sendo, com isso, um órgão independente. A ideia é que o efeito vinculante dos

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, in CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.); et al. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Editora Max Limonad. 2002: São Paulo. Pág. 31 e ss.

²⁹ SUNDFELD, op. cit. Pág. 29.

³⁰ Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheiro João Grandino Rodas.

³¹ Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/200-09. Conselheiro João Grandino Rodas, parágrafo 50.

³² Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheiro Celso Campilongo.

³³ Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheiro Celso Campilongo, pág. 2.

pareceres aprovados pelo Presidente da República influenciaria apenas os órgãos da Administração Direta e os entes da Administração Indireta cuja lei de criação deixasse tal possibilidade de vínculo e submissão clara.

Outro argumento é que o Art. 40, § 1º da LC 73/93 não pode se estender às atividades-fim do respectivo órgão da administração indireta, uma vez que estaria extrapolando sua competência e invadindo a competência da lei que criou o órgão em questão³⁴.

O terceiro argumento é que o CADE representa uma política de Estado, e não de Governo. Dessa forma, não pode ser submetido aos mandos e desmandos de um governo específico.

Por fim, é utilizada a linha de pensamento no sentido de que a LC 73/93 não é hierarquicamente superior à Lei Antitruste, muito menos há “campo material comum” entre elas³⁵.

Em resumo, o CADE seria entidade livre para interpretar a lei da forma que achasse correto, dentro, é claro, da limitação de sua lei de criação.

No fim do julgamento do Caso FINASA, tem-se a votação, por maioria³⁶, pela aceitação da tese de que o CADE não deve se ver vinculado ao parecer da AGU, podendo, se assim entender, decidir que é competente para decidir sobre concentrações entre instituições financeiras.

Passada essa etapa, no que diz respeito ao tema principal, ou seja, a decisão se o CADE é competente ou não para decidir sobre concentrações que envolvam instituições financeiras, a conclusão da maioria foi que a competência entre as duas instituições é complementar, não havendo, com isso, conflito.

A decisão foi no sentido de que o Bacen é o órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional, sendo responsável pela sua hígidez e segurança. Deve atuar protegendo a poupança popular, mitigando o risco sistêmico, etc. Já o CADE deve atuar como órgão “adjudicatório” no que diz respeito ao teor concorrencial, aplicando a Lei 8.884/94.

³⁴ Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheiro Celso Campilongo, pág. 20.

³⁵ SUNDFELD, op. cit. Pág. 32 e 33.

³⁶ Conselheiros Hebe Romano e Grandino Rodas a favor da vinculação e Conselheiros Celso Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Jr., Roberto Pfeiffer, Thompson Andrade e Afonso Arinos de Mello Franco Neto contrários.

Além disso, mesmo que a Lei 4.595/64 determine a fiscalização da concorrência das instituições financeiras pelo Bacen, ela não possui caráter específico para esse fim. Dessa forma, a Lei Antitruste foi pensada para exercer o controle concorrencial e, justamente por isso, tem caráter de especialidade frente às outras leis gerais que mencionam a defesa da concorrência. Trata-se de uma importante discussão entre lei especial e geral.

A decisão do CADE no caso FINASA também adentrou nesse campo, alegando que o conceito de lei especial e lei geral não pode ser visto como petrificado, podendo haver variações³⁷.

Realmente, a Lei 4.595/64 é especial no que diz respeito à análise da regulação das instituições financeiras. Entretanto, pode ser, dependendo do ponto de vista, geral no que diz respeito à análise concorrencial dessas instituições, uma vez que essa matéria não faz parte do objetivo central da lei. Esta, nesse sentido, não foi pensada e criada com o objetivo de se proteger a concorrência brasileira no setor financeiro, mas sim de estruturá-lo como um todo.

Já a Lei 8.884/94, diferentemente, seria especial naquilo que diz respeito à análise antitruste, uma vez que seu objetivo de criação foi justamente esse. Com isso, seus dispositivos encontram-se em patamar de especialidade quando confrontados com outros dispositivos de teor concorrencial de leis que versam sobre outros campos do direito.

No mesmo sentido, o Banco Central não tem um histórico pautado pela luta para a promoção da livre concorrência. Mesmo porque não foi criado com esse fim. Não há, com isso, *know-how*³⁸ no que diz respeito a decisões antitruste acerca de concentrações econômicas, o que esbarraria na eficiência decisória, uma vez que o CADE possui arcabouço jurisprudencial, estudos e conhecimento profundo sobre essa matéria, sendo mais indicado para esse tipo de decisão³⁹.

Essa foi uma análise resumida do que ocorreu no Caso FINASA. Quais foram as decisões obtidas e os argumentos utilizados para se chegar até elas. Cabe, neste momento, iniciar a análise do posicionamento da doutrina e do Poder Judiciário acerca do tema, o que será feito nos próximos itens.

³⁷ Voto Vista no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Conselheiro Celso Campilongo, pág. 13. Também citado pelo Prof. Sundfeld, em sua obra aqui citada, pág. 35.

³⁸ Conhecimento, especialidade de atuação.

³⁹ SUNDFELD, op. cit., pág. 36.

2.4. Posição da doutrina

Não seria possível fazer uma análise sobre o tema sem que fossem citadas as opiniões dos pesquisadores e professores da área.

Como ocorre na esmagadora maioria das áreas do direito, não há um consenso sobre qual a instituição que deveria ter competência para julgar os atos de concentração das instituições financeiras, ou, até, se essa competência deveria ser complementar ou concorrente entre o Bacen e o CADE.

As primeiras opiniões que citaremos nesse estudo partem do Prof. Calixto Salomão Filho, um dos mais importantes doutrinadores na área do Direito Econômico e Concorrencial⁴⁰.

O professor inicia o seu trabalho discutindo a relação entre o “poder regulamentar e direito antitruste”. Nesse momento tenta-se estabelecer uma relação entre o poder exercido pela agência reguladora de determinado setor e a autoridade antitruste, buscando-se uma harmonização entre seus trabalhos, mesmo que uma agência exclua a competência da outra – nesse caso haveria harmonização pela ausência de conflito, considerando harmonização nesse caso quando as duas agências entendem e aceitam o seu papel naquele setor.

A análise parte de um estudo sobre a Constituição. Há setores em que o Estado, por meio da Carta, achou por bem limitar a participação do particular, sendo necessária, com isso, a autorização da respectiva autoridade para que seja exercida a atividade.

Um dos casos de limitação, onde é exigida a anuência do Estado, é a atividade comercial de grande escala. Empresas que possuem grande mercado ou que têm grande possibilidade de alterá-lo devem ser fiscalizadas pelo governo. Esse é o princípio que norteia a análise antitruste: o Estado busca evitar abusos de grandes *players* de mercado, garantindo a livre concorrência, a livre iniciativa, a proteção do consumidor, etc.

Todavia, há mercados que são ainda mais específicos. Além de possuírem a necessidade de regulação usual, são setores estratégicos para o país, que precisam de uma regulação mais incisiva e presente. Há casos, inclusive, que a própria Constituição determina a regulação desses mercados de forma especial.

⁴⁰ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. Editura Malheiros, São Paulo: 2007. Pág. 236 e ss.

Nessas situações, é necessário determinar:

(...) se e em que circunstâncias essa regulamentação pode desconsiderar os princípios concorrenciais, e em que circunstâncias pode eximir o agente econômico a ela sujeito da aplicação do direito antitruste. Importa, portanto, verificar se o constituinte pretendeu criar uma ordem excepcional, não concorrencial, para essas atividades regulamentadas.⁴¹

Com isso, é necessário se fazer uma análise com dois pontos: primeiro, deve ser observado se o órgão estatal que recebeu a competência para a referida análise é legítimo do ponto de vista concorrencial, ou seja, até que ponto pode esse órgão substituir a autoridade antitruste; segundo, deve ser analisado se há possibilidade de o particular que atua nesse setor se tornar imune à aplicação das regras antitruste por força da aplicação da regulamentação estatal – o que já foi discutido acima no caso do Bacen não poder aplicar a legislação antitruste.

Partindo dessa análise, o Prof. Calixto chega à conclusão de que a única possibilidade de os poderes regulamentares não-concorrenciais atuarem excluindo a autoridade antitruste é se eles forem extensos o suficiente a ponto de excluir a aplicação do direito concorrencial, ou seja, absorvê-la como um todo, não sendo necessário o seu exercício. “Isso se verifica quando a lei claramente substitui o sistema concorrencial pela regulamentação, declarando expressamente esse objetivo e/ou oferecendo meios para tal”⁴².

É citado o exemplo das concessões públicas, que muitas vezes são atividades que compreendem um monopólio passado para o particular, que via de regra não é regulado pelas regras antitruste comuns, mas sim pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar. Isso ocorre porque esse órgão estabelece os preços, a quantidade, e a maneira que o concessionário irá comercializar aquele serviço.

A nossa Constituição, contudo, não conferiu de forma expressa imunidade à aplicação do direito antitruste a nenhum setor. Com isso, é necessário analisar se há essa imunidade de forma implícita no nosso ordenamento jurídico.

Essa análise deve partir da verificação de dois critérios.

O primeiro deve ser a verificação dos tipos de poderes que foram conferidos ao órgão que regulará o mercado. Essa instituição deve ter o poder de regular as decisões fundamentais para o mercado, que, segundo o Prof. Calixto, citando V.P. Areeda e D. Turner,

⁴¹ FILHO, op. cit. Pág. 237.

⁴² FILHO, op. cit. Pág. 243.

seriam o controle de entrada e saída das empresas e dos preços por elas cobrados⁴³. Sendo o órgão estatal responsável por essas análises, não haveria razão para a autoridade antitruste também o ser.

O segundo critério é a análise sobre a profundidade analítica do outro órgão governamental que substituirá a autoridade antitruste. Nesse caso, deve ser aquele órgão dotado de uma considerável capacidade técnica e de um conhecimento do mercado superiores aos que o judiciário ou a autoridade antitruste teriam.

Ou seja, o órgão que regulará aquele setor específico deve ter uma capacidade consideravelmente mais alta de análise do que teria a autoridade antitruste ou o judiciário, sendo justamente essa necessidade de maior especialização que determinará a substituição das autoridades antitruste e judiciária pelo órgão governamental específico – que neste caso poderia ser o Bacen, por exemplo.

Para a análise dos setores regulados no sistema brasileiro o Prof. Calixto utiliza a teoria do *pervasive power*⁴⁴, importada dos Estados Unidos.

Primeiro, é importante destacar que a Constituição brasileira não determina qualquer tipo de imunidade para qualquer setor em relação à aplicação do direito antitruste. Além disso, a lei 8.884/94 submetia de forma expressa toda e qualquer pessoa – física ou jurídica – ao regime antitruste. “Isso faz com que a não aplicação do direito antitruste só seja possível em hipóteses excepcionais”.

Para se ter essas situações excepcionais estão presentes duas razões, segundo o Prof. Calixto.

A primeira é no sentido de ter uma preocupação redistributiva sobre aquele setor específico. Sendo esse setor socialmente importante, deve o Estado regulá-lo exaustivamente, não permitindo a influência das forças de mercado. Há necessidade de substituição por parte do Estado, o que é feito por meio de monopólios, como as já citadas concessões. O Estado determina a quantidade de produtos, os preços e a forma de prestação de serviço. Não há, com isso, a atuação da autoridade antitruste justamente pela regulação ser muito mais atuante pelo órgão regulador específico, ou pelo órgão que realizou a concessão, como já foi dito acima.

⁴³ FILHO, op. cit. Pág. 247.

⁴⁴ FILHO, op. cit. Pág. 249.

A segunda razão diz respeito à necessidade de profundidade da análise feita sobre determinado setor. Como já foi dito, há setores em que uma análise concorrencial superficial, apenas naquilo que diz respeito à concorrência em si, é falha, já que outros fatores estão envolvidos, como o caso do risco sistêmico, que está presente na análise feita pelo Banco Central quando das concentrações bancárias. Esse conceito será melhor trabalhado no momento oportuno, mas é basicamente o risco do colapso do sistema financeiro por meio de falências de bancos ou outros problemas em suas composições.

Para que seja observada a profundidade do estudo acerca da análise do sistema financeiro é imprescindível a presença de três características:

(a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise; (b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado; (c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos⁴⁵.

É necessária a presença dessas características por não haver incompatibilidade na Constituição entre a regulamentação e o controle da concorrência. Pode ocorrer de a regulação ser apenas um complemento para a análise antitruste. Ocorre que, com isso, a única forma de se ver livre da abrangência compreendida pela Lei 8.884/94, não tendo as empresas que se reportar ao CADE no caso de uma concentração, por exemplo, é estar dentro de uma conduta justificada, como diz o Prof. Calixto.

Isso ocorreria, para ilustrar, no caso de se obter uma autorização dada por órgão estatal com competência e capacidade para analisar a referida conduta, afastando a existência do ilícito da sua não comunicação ao CADE.

No que diz respeito ao setor financeiro específico, o Prof. Calixto elenca que sua fiscalização “também do ponto de vista concorrencial, é perfeitamente possível ao Banco Central”. Dessa forma, o Bacen teria a mesma competência em relação às instituições financeiras que o CADE tem em relação às empresas em geral – segundo o Art. 54 da lei 8.884/94.

Todavia, como a Lei 4.595/95 é específica ao setor financeiro, não pode, também segundo o Prof. Calixto, ser revogada por lei geral posterior, no caso a Lei 8.884/94.

⁴⁵ FILHO, op. cit. Pág. 256.

Além disso, os fins da atuação do Bacen são estreitamente ligados a uma regulação antitruste, principalmente pela análise do Art. 18, § 2º da Lei 4.595/64:

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. (grifamos)

Com isso, é possível observar o cumprimento dos dois requisitos acima citados, uma vez que há dispositivos legais que regulamentam a regulação concorrencial exercida no sistema financeiro por parte do Bacen, e há um órgão estatal independente encarregado da fiscalização desse setor, que é justamente o Bacen.

Todavia, não é possível encontrar a mesma resposta quando se procura o quesito “c” observado acima. Não há efetiva atuação do Bacen no controle e na fiscalização concorrencial do setor. Nas palavras do Prof. Calixto “o Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial”. Com isso, no que diz respeito à sua profundidade, não pode o Bacen ser considerado *pervasive* e

as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre a efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão judicial mas também a revisão administrativa do próprio ato administrativo. O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária.

Em resumo, podemos considerar que o Prof. Calixto entende ser possível um cenário em que há regulação antitruste apenas por parte da autoridade reguladora daquele determinado setor. Inclusive, essa é a tendência, uma vez que a maior especialidade desse órgão beneficiaria uma análise mais profunda.

Contudo, ao se observar o cenário brasileiro atual do setor bancário, essa situação ainda não é possível. O Bacen é, segundo a legislação, autoridade competente para regular a concorrência nesse setor. Entretanto, ainda lhe falta experiência no que diz respeito à análise antitruste, o que impede que sejam tomadas decisões acerca das concentrações bancárias sem que haja uma revisão por parte da autoridade antitruste ou do judiciário.

Com isso, o Prof. Calixto se aproxima do entendimento no sentido de que estamos em um momento de competência concorrente entre CADE e Banco Central, devendo os dois

órgãos participarem da análise de concentração entre instituições financeiras da mesma forma, sobre os mesmos aspectos.

Uma opinião em sentido próximo ao entendimento do Prof. Calixto é tida pelo Prof. Eduardo Molan Gaban⁴⁶. Ele também entende ser mais natural a convivência harmoniosa entre o Banco Central e o CADE na análise antitruste em estudo, e não a exclusão de uma das instituições. Todavia, o professor chega à conclusão de que a competência mais indicada nesse cenário seria a complementar, e não a concorrente. Em seu estudo, o professor destaca alguns pontos interessantes.

A discussão é iniciada com a dúvida de como seria o setor bancário caso o Bacen tomasse para si todas as competências de análise regulatória, bem como se o CADE o fizesse.

O órgão antitruste possui regulação “*ex-post*”, ou seja, tem uma atuação reativa, vindo a regular apenas quando ocorre algum fato prejudicial à concorrência. Caso haja algum abuso de posição dominante, por exemplo, o CADE investiga a atitude e pune o infrator e/ou impede a continuação da referida ação. Suas ferramentas de regulação do mercado são limitadas no que diz respeito a uma fiscalização “*ex-ante*”.

Já o Banco Central, no que diz respeito ao mercado financeiro, “tende a ser propositivo e ativo”. O Prof. Gaban utiliza o exemplo da circular 3.371 do Bacen, de 06 de dezembro de 2007, “que instituiu tabela padronizada de serviços financeiros prioritários a serem prestados pelas instituições financeiras e pacote básico padronizado para pessoa física”. Com isso, o Bacen determinou serviços mínimos que as instituições financeiras deveriam proporcionar, regulação essa que o CADE não teria competência para exercer.

Como já foi dito, é possível observar que o Banco Central tem uma possibilidade de atuação mais incisiva no setor bancário, por meio de atitudes que visam proteger o mercado e a população de possíveis futuras atitudes danosas, ou seja, sua atuação é *ex-ante*.

No decorrer do estudo o Prof. Gaban admite que o Bacen tem maior *expertise* “para julgar questões de risco sistêmico do setor financeiro”, sendo, contudo, o CADE o órgão mais indicado para a análise das concentrações naquilo que diz respeito especificamente à questão

⁴⁶ GABAN, Eduardo Molan. *Concorrência no setor bancário na perspectiva do CADE*, in ZANOTTA, Pedro (Org.); BRANCHER, Paulo (Org.). *Desafios atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. Editora Atlas, São Paulo: (2010). Pág. 56 e ss.

concorrencial. Diz, ainda, que “parece-nos que a harmonização das *expertises* se mostra a melhor saída”, aproximando-se do modelo de competência complementar já citado.

Contudo, é colocado no estudo um problema administrativo. À época das análises e do início desta discussão, a Lei Antitruste vigente era a 8.884/94. Em seus termos, a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência era composta pela SEAE/MF, pela SDE/MJ e pelo próprio CADE. As duas primeiras tinham competência de instrução processual e posterior elaboração de pareceres com suas opiniões acerca da decisão a ser tomada naquele caso. Esses documentos eram reunidos e enviados ao CADE, que, por meio de uma análise própria e que não era vinculada às decisões já tomadas por aquelas secretarias, tinha a competência de julgamento.

Ocorre, todavia, que a instrução processual não estava a cargo do CADE, órgão apenas decisório, o que o deixava, de certa forma, preso às vontades das já citadas secretarias. O que já era um limitador à análise do órgão antitruste tornou-se ainda mais problemático após o aludido parecer da AGU, uma vez que as secretarias entenderam que, por serem órgãos da administração direta do executivo, estavam a ele vinculadas. Com isso, não mais adentraram na seara da discussão das concentrações bancárias, já que o parecer limitava essa análise ao Bacen.

Nesse sentido, por todo o período de vigência restante da Lei 8.884/94⁴⁷ o CADE utilizou uma interpretação extensiva de suas atribuições para continuar atuando no setor bancário, uma vez que tomou para si a competência de instrução processual “ampliando *ex officio* sua competência além do disposto em Lei”⁴⁸.

Ou seja, mesmo o Prof. entendendo que o CADE deveria atuar conjuntamente com o Bacen na análise antitruste das concentrações bancárias, existe o problema da atuação além daquilo que é determinado pela lei⁴⁹. Dessa forma, mesmo sendo essa estrutura complementar a entendida como mais indicada, não agiu de forma correta o CADE ao tomar para si uma competência que não lhe era designada pela Lei Antitruste à época.

Com isso, não seria o agente privado levado a cumprir o entendimento particular do CADE, uma vez que a Lei não o obrigava a isso. Vindo o órgão competente pela instrução processual a ficar inerte, exclui-se do agente privado a necessidade de notificação.

⁴⁷ Posteriormente revogada pela Lei 12.529/11, que seria discutida no momento oportuno.

⁴⁸ GABAN, op. cit. Pág. 67.

⁴⁹ Princípio da legalidade.

Todavia, até que se chegasse a uma decisão judicial com efeito *erga omnes*, ou até que houvesse uma alteração legal que determinasse de forma expressa de quem seria a competência, resolvendo a situação, entendeu o Prof. Gaban que ao agente privado caberiam duas alternativas:

Contrariar a vontade do CADE com base em recurso ao Poder Judiciário, ou, no exercício de clara boa-fé, atender voluntariamente ao pedido de instrução complementar e contribuir para que o CADE continue a desenvolver a metodologia de análise dos mercados financeiros até que, enfim legalmente revestido de tal competência, haja segurança jurídica quanto ao procedimento de análise e quanto ao mérito.⁵⁰⁵¹

Há outros autores que defendem argumentos no sentido de que o Banco Central é competente para a regulação do Sistema Financeiro, mas que deve atuar em conjunto com o CADE na análise antitruste.

Carlos Ari Sundfeld⁵², por exemplo, elenca que a maioria dos autores se posiciona no sentido de que não há no nosso sistema “isenção antitruste”, inclusive a minoria contrária à regulação pelo CADE entende dessa forma. Com isso, a aplicação da Lei 8.884/94 se daria única e exclusivamente pelo CADE, ficando o Bacen responsável pela Lei 4.595/64. Continua, ainda, dizendo que “acredito que a harmonização de competências é perfeitamente possível. É até mesmo imperativa, posto que não foi dado ao BACEN competência para efetuar uma tutela da concorrência propriamente dita”.

Além disso, o autor lembra que a atuação das duas instituições é possível, de forma harmoniosa, também porque os objetivos de suas atuações são diversos. Enquanto Bacen busca uma maior higidez do sistema financeiro, evitando seu colapso e o seu abuso pelos bancos, o CADE busca garantir a livre-iniciativa, o mercado justo e a consequente proteção ao consumidor.

Outro ponto interessante, defendido pelo Prof. Carlos Scarpinella Bueno⁵³, é que o CADE jamais poderia se sujeitar ao Parecer da AGU, uma vez que essa atitude estaria simplesmente determinando a extinção parcial daquele órgão. As autarquias são importantes instituições públicas que necessitam de autonomia para atuar. Não há sentido em cercear seus

⁵⁰ GABAN, op. cit. Pág. 68.

⁵¹ Importante ressaltar que com a promulgação da Lei 12.529/11 houve uma grande modificação estrutural no SBDC, o que acabou com o problema relacionado à instrução processual anteriormente discutido. Essa alteração será demonstrada em item próprio.

⁵² SUNDFELD, op. cit. Pág. 46 e ss.

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Quatro variações sobre o tema: Regulação e Concorrência no Setor Financeiro*, in CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org), et. al. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. Editora Max Limonad, São Paulo: 2002. Pág. 66 e ss.

poderes por meio de um parecer assinado pelo Presidente da República, chefe do executivo. Não havendo derrogação da competência do CADE por força de lei, não há que se falar em sua subordinação ao parecer da AGU, uma vez que esse instrumento não tem a força de revogar a Lei 8.884/94.

Essas foram algumas das opiniões exaradas pelos doutrinadores acerca do tema aqui discutido. No próximo capítulo será demonstrado o estudo do Prof. Gesner Oliveira, que será de importante análise. Passaremos agora à análise do histórico decisório do judiciário brasileiro acerca do tema.

2.5. Decisões dos Tribunais

Após a análise sobre os posicionamentos de alguns dos principais doutrinadores que tratam sobre o tema, cabe elucidar qual o posicionamento do judiciário brasileiro acerca dessa grande discussão.

Essa análise será feita a partir de um processo em que figuram como partes o CADE, de um lado, e os bancos BCN S/A e Bradesco S/A do outro lado. Ele teve início a partir de um Ato de Concentração⁵⁴ entre as instituições Alliance Capital Management Corporation of Delaware e o Banco de Crédito Nacional S.A. (BCN).

Ocorre que as notificações ao CADE são feitas com diversos documentos. Entre eles há um formulário em que são descritas as diversas movimentações empresariais das requerentes nos últimos anos, como fusões, aquisições, etc.

No momento da referida notificação, o CADE identificou que o BCN havia sido adquirido pelo Bradesco. Contudo, essa compra não havia sido notificada ao CADE, o que fez com que o Conselheiro responsável determinasse sua expressa notificação.

Com isso, o BCN e o Bradesco impetraram um mandado de segurança contra a atitude do conselheiro do CADE. Os desdobramentos desse mandado de segurança que serão estudados nesse capítulo.

Como cita o Prof. Gaban⁵⁵, em primeira instância “a liminar foi deferida e, no julgamento do mérito, a segurança foi concedida para desconstituir o ato que determinou a submissão da operação (...)”.

⁵⁴ AC – 08012.002381/2001-23.

⁵⁵ GABAN, op. cit. Pág. 52.

Já na segunda instância, no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, a decisão foi contrária, cassando os efeitos do mandado de segurança e determinando, com isso, que os bancos fizessem a notificação ao CADE.

Sua ementa e seu acórdão podem ser vistos abaixo:

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
n.2002.34.00.033475-0/DF
Processo na Origem: 200234000334750

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. **ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU,** QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE.

1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o *status* de lei complementar (art. 192, CF). **As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.**
2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser 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 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.**
3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que **a primeira fica limitada 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 e, no particular, 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. Isso 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.**
4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. **Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. 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, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.**
5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas. (grifamos)

Essa decisão traz diversos pontos que já foram citados e serão citados neste trabalho no sentido de que o CADE é, sim, competente para a referida análise concorrencial.

O primeiro deles é a interpretação de que a Lei 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição Federal de forma mista. Naquilo que diz respeito ao Sistema Financeiro de forma pura ela recebeu o *status* de lei complementar. Já sobre os outros temas que a lei trata, como no caso da análise concorrencial, ela foi recepcionada com *status* de lei ordinária.

O segundo elenca que o fato de as atribuições delegadas ao Bacen pela Lei 4.595/64 sobre a regulação do Sistema Financeiro e suas mudanças não exclui ou altera as atribuições delegadas ao CADE pela Lei 8.884/94 para “apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração”. Ou seja, as leis devem ser interpretadas de forma complementar, e não excludente.

Esse ponto é tratado pelo terceiro argumento, no sentido de que deve haver a coexistência das referidas leis, já que o Bacen deve ser responsável pela “defesa do equilíbrio do sistema financeiro” e o CADE “especificamente sobre a tutela da concorrência”. Devendo este, inclusive, se preocupar com os princípios que “presidem a ordem econômica e financeira, levando-se em conta a concorrência e o consumidor, diferentemente do Bacen que se preocuparia mais com a higidez do Sistema Financeiro”. Além disso, como já foi dito neste trabalho, a autoridade antitruste tem mais experiência no trato da concorrência, o que traria “maior eficiência na proteção contra abusos do Poder Econômico”.

Por fim, o Tribunal decidiu que a AGU não poderia decidir qual era a instituição competente e vincular todas as outras a essa decisão. Poderia, sim, emitir um parecer. Todavia, ele, mesmo assinado pelo Presidente da República, não teria força para vincular as autarquias. Isso por que elas possuem uma “capa protetora” contra a ingerência do poder executivo, que seria justamente a sua lei de criação, a qual atribui ao órgão os poderes e deveres. Caso o poder executivo queira mudar algo, como a competência, deve fazê-lo por lei.

Como foi possível observar, o Tribunal decidiu de forma muito favorável ao CADE, uma vez que utilizou muitos dos argumentos que os pareceres pró-CADE haviam utilizado. Em seu entendimento o Executivo não tem condições de alterar as competências do CADE sem que o faça mediante lei. Sendo assim, entende também que o CADE e o Bacen possuem competência complementares acerca da análise das concentrações de instituições financeiras. Cada qual em sua esfera de competência estipulada por cada lei.

2.5.1. Posição do STJ

Em decorrência da decisão do TRF-1, acima descrita, o Banco de Crédito Nacional recorreu ao Superior Tribunal de Justiça. Este, em sentido oposto tomado pelo Tribunal Regional Federal, reconheceu os argumentos pró-Bacen, decidindo no sentido de que o Banco Central é a instituição competente para analisar os casos de concentrações bancárias, e não o CADE.

A ementa da decisão e o acórdão podem ser vistos abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (20080173677-1)

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin (voto-vista)." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Como foi possível ver, a decisão do STJ foi diametralmente oposta à obtida no TRF-

1. Foi decidido que o CADE tem competência para aplicar a Lei 8.884/94, mas desde que não haja conflito dessa com outra lei específica, que no caso seria a Lei 4.595/64, a qual determina ser o Bacen o competente.

Outro ponto da decisão no sentido oposto foi dizer que o parecer da AGU “se sobrepõe à Lei 8.884/94”. Essa questão, como já foi dito, é muito complicada. O entendimento nesse sentido traz a ideia de que o executivo, por meio da assinatura do parecer da AGU, tem condições de se sobrepor às leis, criadas pelo legislativo. É um forte indício de ingerência de um poder sobre outro, desrespeitando a tripartição de poderes presente na nossa república.

Além dos já citados conflitos entre as decisões, o CADE entendeu que o STJ simplesmente não decidiu a questão. Isso porque os votos não trouxeram uma decisão clara. A ementa descreve como sendo quatro o número de votos vencedores, no sentido de que o Bacen, e não o CADE, deveria efetuar a regulação aqui discutida.

Todavia, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques, apesar do que descrito na ementa, não é inteiramente favorável a essa ideia. Ao contrário, ele entende ser complementar a competência dos órgãos, como pode ser visto abaixo:

No caso que ora se analisa, penso que é possível, em tese, **harmonizar a atuação de cada entidade**, em deferência ao **princípio da complementariedade**, **conforme sustentado pelo Min. Castro Meira**.

Dessa forma, de um lado, o Bacen investir-se-ia da competência para controlar atos de concentração de instituições financeiras na perspectiva da saúde do sistema financeiro nacional; de outro lado, o Cade ficaria responsável pela avaliação da concentração sob o aspecto concorrencial.⁵⁶

Pelo exposto, acerca da decisão de quem deve ser competente para a análise da concentração de instituições financeiras o Ministro acima citado acompanhou o entendimento do Ministro Castro Meira, descrito como vencido neste julgamento.

Com isso, é possível entender que sobre a matéria em si houve um empate, sendo três ministros favoráveis à competência exclusiva do Banco Central, e três ministros favoráveis ao entendimento de que essa competência também pode ser exercida pelo CADE.

Mesmo assim o acórdão saiu com a contagem de quatro votos seguindo a relatora e dois votos contrários. Isso ocorreu provavelmente porque no fim do seu voto o Ministro Mauro Marques disse que “Com essas considerações, acompanho a relatoria no que tange ao resultado final deste julgamento, embora com outros fundamentos, pedindo vênias à divergência.”

⁵⁶ Voto obtido no Recurso Especial em estudo.

Contudo, parece absurdo o ministro adotar sobre o mérito um posicionamento, e decidir de forma contrária. Não poderia acompanhar a relatora se decidiu de forma contrária a ela.

Como pode ser visto, mesmo o STJ tem grande dificuldade em decidir a questão. Haveria, de certa forma, um empate entre os ministros. Entretanto, o acórdão foi redigido como sendo quatro votos contra dois. De qualquer forma o que podemos observar é uma dificuldade em se ter uma decisão unânime, uma vez que a primeira instância decidiu de uma forma, a segunda foi no sentido contrário, e o STJ confirmou, de forma um tanto quanto estranha, o entendimento da primeira instância.

2.5.2. Posição preliminar do STF

Inconformado com a decisão obtida pelo Recurso Especial o CADE recorreu ao Supremo Tribunal Federal⁵⁷. Em 14 de novembro de 2011 foi protocolado o Recurso Extraordinário contra a decisão do STJ já citada.

No dia 01 de agosto de 2014 foi obtida a primeira decisão. O ministro Dias Toffoli, de forma monocrática, entendeu que o STF não era competente para a análise em questão, uma vez que a matéria dizia respeito à interpretação entre duas leis infraconstitucionais, papel esse que seria, em tese, do STJ. Tendo este órgão julgado a questão, não caberia reapreciação por parte do Supremo.

Em suas palavras:

“Também há de se salientar que, para se modificar o resultado da decisão objurgada, da forma como tratada nos autos e pelos fundamentos apresentados pelo recorrente, necessariamente envolveria a **reapreciação do conjunto fático-probatório que permeia a causa, bem como da legislação infraconstitucional pertinente (Leis nºs 4.594/64 e 8.884/94, e Parecer Normativo GM-20 da AGU), o que é inadmissível na via extraordinária.**” (grifamos)

Dessa forma, o Ministro Dias Toffoli julgou “prejudicado o recurso extraordinário”, negando seu seguimento.

Essa decisão foi a mais recente sobre o tema. A partir dela o CADE pode recorrer ao plenário do STF, o que provavelmente o fez, uma vez que no dia 18 de agosto de 2014 foi

⁵⁷ RE 664.189.

protocolada petição desse órgão, juntada no dia 20 de agosto, com o teor de “agravo regimental”, recurso este utilizado quando um ministro nega um recurso apresentado⁵⁸⁵⁹.

Cabe, neste momento, aguardar o pronunciamento do plenário do Supremo, seja no sentido de acolher a decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, seja no sentido de encontrar necessidade de expor a opinião do STF acerca do tema, o que com certeza traria mais luz ao debate.

Essa análise acerca das decisões obtidas no judiciário sobre a disputa entre o CADE e o Bacen é capaz de demonstrar como o caso é importante e de difícil conclusão. Vale ressaltar que o trabalho em si trata da relação entre CADE e Bacen, duas agências federais. Todavia, o entendimento final dessa disputa valerá como norte interpretativo para futuras disputas entre órgãos da administração direta ou indireta.

O CADE se relaciona com diversas agências reguladoras, como Anatel e ANP. Sua força pode ser aumentada ou diminuída dependendo da decisão final o STF, que pode corroborar ou não a decisão do STJ. Claro que cada agência possui sua lei específica, que pode ou não determinar competência exclusiva em análises do seu setor, como a Lei 4.595/64 o faz. Mas, de qualquer forma, uma decisão favorável ao Bacen tende a tirar uma parcela da força do CADE sobre as outras agências.

CAPÍTULO 2 – As possíveis interações entre o CADE e o BACEN

1. Introdução

Nas discussões travadas no Capítulo 1 foi possível identificar quatro posicionamentos acerca da interação do CADE com o Bacen. Esses posicionamentos serão discutidos nesse capítulo, sendo analisadas as possibilidades de interação entre as duas instituições, quais os benefícios de cada modelo e em quais situações eles são mais indicados.

⁵⁸ Descrição encontrada no site do STF:

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=133> acessado em 24 de agosto de 2014.

⁵⁹ Art. 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: “**Art. 317** - Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.

§ 1º A petição conterá, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.

§ 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto.

§ 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito.

§ 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo.”

Conforme veremos a seguir, no que diz respeito à análise de concentrações entre instituições financeiras, o CADE e o BACEN podem atuar, de um modo geral, de três formas: excludente – só o CADE fazendo a análise ou só o Bacen –, complementar ou concorrente.

2. A função de regulação técnica e econômica e a aplicação da lei antitruste

A análise a seguir tomará como base o estudo realizado pelo Prof. Dr. Gesner Oliveira, Presidente do CADE de 1996 a 2000, a partir do Núcleo de Pesquisas e Publicações da EAESP-FGV⁶⁰, relatório de pesquisa nº 49/2001, e um trabalho feito pela OCDE⁶¹.

Segundo os referidos trabalhos, é possível existir diversos tipos de modelos de regulação. A determinação de qual tipo específico será escolhido para a utilização em seu país vai depender de quais segmentos econômicos serão regulados e de qual o momento de desenvolvimento esse país se encontra.

Com isso, segundo o estudo da FGV, a escolha não é meramente política, mas sim parte de uma evolução desenvolvimentista unida a uma análise de quais mercados serão regulados⁶².

Como será visto adiante, no caso do mercado financeiro, se houver a regulação apenas pelo órgão regulador específico desse mercado, no caso brasileiro o Bacen, a chance de captura pelos membros do setor é muito maior, o que pode ser prejudicial em um país que conta com grandes problemas de corrupção – nesse ponto entraria o quesito nível de desenvolvimento do país.

Porém, além dessa discussão sobre o desenvolvimento de cada país, há também a análise de qual o objetivo da regulação que será implementada. Segundo o estudo da OCDE⁶³, na teoria seria possível utilizar uma agência reguladora sem uma autoridade antitruste, sendo os funcionários daquela treinados para exercerem os cargos que os funcionários desta exerceriam. Ou, ao contrário, seria possível existir apenas a autoridade antitruste, sendo que seus funcionários exerceriam as atividades de regulação.

⁶⁰ OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário*. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001. 81 f. (Relatórios de pesquisa, 49/2001). Encontrado em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3092/Rel%2049-2001.pdf?sequence=1>. Acessado em 02/08/2014.

⁶¹ OCDE. <http://www.oecd.org/regreform/sectors/1920556.pdf>. Acessado em 02/08/2014.

⁶² OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 9.

⁶³ OCDE. Op. cit. Pág. 24-25.

Todavia, esse cenário em que uma agência cumpre o dever completo da outra, e vice-versa, não é possível, uma vez que:

“(...) na prática as divisões antitruste e regulatória vão ser muito influenciadas tendo em vista a perspectiva, o conhecimento e a experiência das pessoas para as quais elas prestam serviço ou as quais elas trabalham juntas”⁶⁴ – tradução livre.

Ou seja, mesmo que houvesse apenas o CADE ou o BACEN, e eles dividissem a responsabilidade de regular aquele determinado setor, no caso o financeiro, haveria prejuízo para cada uma de suas análises. A concorrencial seria prejudicada pela influência da análise regulatória, no caso de apenas o BACEN fazê-la, e o contrário ocorreria no caso de a autoridade responsável ser apenas o CADE.

Seguindo o raciocínio, é possível dizer que os objetivos das agências são diversos. O mesmo estudo continua a análise e deixa claro que tanto a agência reguladora quanto a autoridade antitruste buscam, de modo geral, uma economia de eficiência, ou seja, as duas vão buscar uma regulação que traga benefícios produtivos ao setor.

Entretanto, o peso que será dado à eficiência e aos outros objetivos que serão observados varia de uma agência para outra. É de se imaginar, por exemplo, que a autoridade antitruste vá levar em consideração a eficiência econômica de uma união entre duas instituições financeiras. Todavia, seu enfoque será mais voltado a saber se essa união trará benefícios ou malefícios competitivos naquele determinado setor, determinando se vale a pena ou não essa união de um ponto de vista do direito antitruste.

Determinada união entre duas empresas pode trazer eficiências que reduzirão de forma expressiva os preços ofertados aos consumidores, o que *a priori* seria bom tanto para o setor quanto para o consumidor. Entretanto, analisando o futuro desse mercado, essa operação pode não ser positiva uma vez que esse setor ficará dependente de apenas uma empresa, o que pode desequilibrá-lo e trazer prejuízos futuros aos consumidores.

Nesse sentido, de análise entre agência reguladora e autoridade antitruste, são trazidas, pelo estudo da FGV, situações hipotéticas que podem ser vividas por qualquer país, dependendo da sua estrutura regulatória.

⁶⁴ “(...) but in practice competition or regulatory divisions will be significantly influenced by the outlook, expertise and experience of the persons they report to and work with”.

Antes da exposição da análise, contudo, cabe o destaque para a forma que o estudo dividiu a possibilidade de atuação das autoridades. Foram três divisões:

Regulação técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotadas pelos agentes privados em um setor regulado;

Regulação econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados; e

Lei de Concorrência (LC): principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência⁶⁵.

2.1. Isenção antitruste⁶⁶

Nesse caso a regulação do setor é feita integralmente pela agência reguladora. O que ocorre é uma prevalência da legislação específica sobre a legislação antitruste.

A agência reguladora realiza as três tarefas citadas, como demonstrado no quadro abaixo. Dessa forma, o que ocorre é a tomada de decisões com tendência a observar mais a necessidade e o possível prejuízo ao setor do que a concorrência em geral.

Por exemplo, no caso de o Banco Central de um determinado país ter de decidir sobre a concentração entre duas instituições financeiras, supondo que é adotada a isenção antitruste, deverá esse órgão realizar tanto a análise econômica – no que diz respeito aos riscos da operação – quanto antitruste.

Todavia, o Bacen daquele país dará muito mais ênfase ao estudo econômico do que ao estudo concorrencial, uma vez que a sua *expertise* e seu objetivo principal não é a análise do setor no âmbito do direito antitruste, mas sim no âmbito econômico.

Essa análise falha e simplista do mercado pelo prisma concorrencial pode ser prejudicial para o setor, com possíveis negligências decisórias que uma autoridade antitruste especializada não deixaria ocorrer.

Autoridade responsável	Lei de Concorrência	Regulação Técnica	Regulação Econômica
Autoridade Concorrencial	----	----	----
Agência Reguladora	X	X	X

⁶⁵ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 10.

⁶⁶ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 10 e 11.

2.2. Competências concorrentes⁶⁷

Já nesse cenário o que podemos ver é que tanto a autoridade antitruste quanto a agência reguladora exercem papel de regulação econômica e de defesa da concorrência. Segue, contudo, apenas com a agência reguladora a regulação técnica do setor, uma vez que não faria sentido a autoridade antitruste exercê-la.

Autoridade responsável	Lei de Concorrência	Regulação Técnica	Regulação Econômica
Autoridade Concorrencial	X	----	X
Agência Regulatória	X	X	X

2.3. Competências complementares⁶⁸

No caso de competências complementares não há sobreposição de análises. A autoridade antitruste seria responsável pela análise concorrencial, ou seja, pela aplicação da Lei de Concorrência, e a agência reguladora pela regulação técnica e econômica do setor.

Autoridade responsável	Lei de Concorrência	Regulação Técnica	Regulação Econômica
Autoridade Concorrencial	X	----	----
Agência Regulatória	----	X	X

2.4. Regulação antitruste⁶⁹

A regulação antitruste ocorreria com a aplicação conjunta das regulações técnicas e econômicas, mais a Lei de Concorrência, pela autoridade antitruste. Sendo essa forma oposta à Isenção Antitruste.

⁶⁷ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 11 e 12.

⁶⁸ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 12 e 13.

⁶⁹ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 13 e 14.

Nesse caso, diferentemente do que ocorreria com a Isenção Antitruste, a ênfase é dada justamente para a análise concorrencial, sendo esta sobreposta, quando preciso, à uma possível análise de regulação econômica do setor.

Autoridade responsável	Lei de Concorrência	Regulação Técnica	Regulação Econômica
Autoridade Concorrencial	X	X	X
Agência Regulatória	----	----	----

2.5. Desregulação⁷⁰

A competência é apenas da autoridade antitruste. Contudo, não há para ela sequer a responsabilidade pela regulação técnica ou econômica do setor, não havendo órgão por elas responsáveis.

Autoridade responsável	Lei de Concorrência	Regulação Técnica	Regulação Econômica
Autoridade Concorrencial	X	----	----
Agência Regulatória			

O estudo entende ser uma evolução que pode partir de um estado de maior regulação para um de maior defesa da concorrência, ou vice-versa⁷¹.



⁷⁰ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 14 e 15.

⁷¹ OLIVEIRA. Op. cit. Pág. 16.

Contudo, nós entendemos que a evolução pode ser analisada de forma diversa.

Um país que está no início da sua defesa da concorrência ou da sua regulação do setor financeiro pode se encontrar em uma das duas pontas desse gráfico.

O Brasil, na década de 1960, a nosso ver, se encontrava na ponta esquerda dessa evolução, havendo praticamente uma isenção antitruste. A lei que criou o Banco Central trouxe grande preocupação sobre a regulação desse setor. Essa própria lei determinava que o BACEN que era responsável pela análise antitruste acerca das instituições financeiras

O momento era de governo militar, em que o Brasil precisava, aos olhos dos governantes, se desenvolver de forma robusta, com empresas de grande porte e de importância internacional. Todavia, tal política não coadunava, no entendimento da época, com uma defesa concorrencial atuante. Dessa forma, a regulação era muito mais importante do que a defesa antitruste.

Um exemplo disso foi que da promulgação da lei concorrencial à época, Lei 4.137/62, até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo CADE, sendo que apenas um foi considerado abuso de poder econômico⁷².

Inclusive, uma das maiores dificuldades de o CADE interpretar e cumprir a lei ocorreu porque o poder judiciário concedia medidas de urgência para os prejudicados pelas decisões dessa instituição, tirando dela a força que se vê necessária a um órgão desse tipo.⁷³

Com isso, o CADE começou a perder cada vez mais força em seu âmbito de atuação, não sendo mais reconhecido como instituição eficaz do governo. Mais uma vez é importante citar que o poder executivo também não fazia muito esforço para que esse órgão fosse respeitado, como já foi dito acima.

Hoje, pode-se dizer que uma política governamental de fortalecimento de empresas não é contrária à legislação antitruste. Na verdade, essa política deveria seguir justamente essa legislação, para que a longo prazo as empresas sejam competitivas internacionalmente.

⁷² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5 ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2012. Pág. 116.

⁷³ FOGRIONI. Op. Cit. Pág. 116.

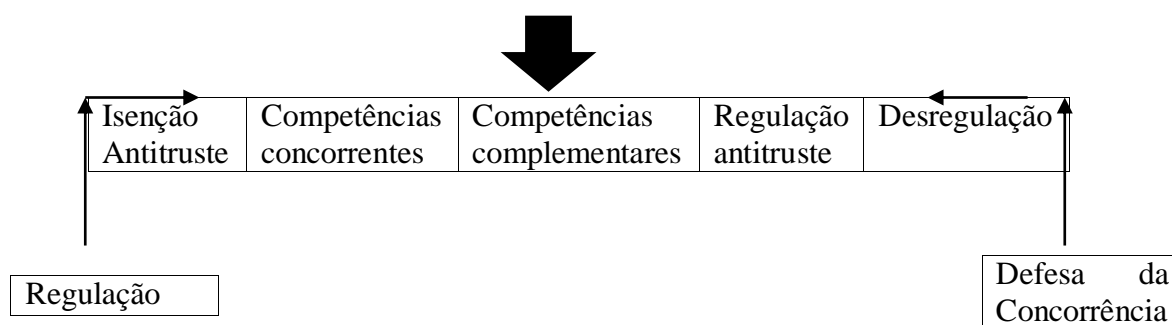
Todavia, naquela época o que se pensava era que um incentivo ao incremento e à execução desse arcabouço jurídico seria prejudicial para a economia e para as empresas brasileiras, motivo pelo qual, de certa forma, não houve, como já foi dito, grande preocupação com a sua ineficácia.

Esse foi o cenário brasileiro, que partiu da Isenção Antitruste para a atual fase, de atuação constante da autoridade antitruste.

Há também, de forma oposta ao que ocorreu com o Brasil, a possibilidade de o país não possuir uma instituição específica com o objetivo de regular determinados setores, como o financeiro. Nesse caso o controle é feito por meio da instituição que aplica a legislação antitruste. Esse seria o cenário que se iniciaria pela ponta direita da evolução descrita, a regulação antitruste.

Na teoria, um país que adotasse esse modelo institucional viria, no futuro, a desenvolver um órgão próprio para o controle do setor financeiro. Contudo, como se verá abaixo, a execução dessa mudança – de regulação antitruste para competências complementares ou concorrentes – pode não ser, por diversos fatores, indicada. Todavia, entendemos que as duas pontas desse gráfico seriam os inícios de uma evolução que chegaria ao seu centro.

Com isso, entendemos que a evolução das configurações institucionais regulatórias poderia ser descrita dessa forma:



Tanto o país que iniciou a regulação de seus setores econômicos pela Isenção Antitruste, como aqueles que a iniciaram pela Desregulação, devem chegar ao estágio de competência complementar entre as instituições. Contudo, chegaremos a essa discussão no momento certo. Cabe agora descrever quais seriam as situações políticas e os anseios governamentais ideais para cada modelo de regulação acima demonstrado.

3. Critérios para a escolha do modelo ideal

Mesmo acreditando que há uma evolução de modelos de regulação, sendo o de competência complementar aquele a ser almejado, não se pode dizer que o que interessa a um país interessará a outro. Ou seja, o modelo que é interessante para o Brasil não é necessariamente interessante para a França, para a África do Sul ou para os Estados Unidos.

Dessa forma, passaremos agora a analisar os critérios que devem ser observados para que seja feita a escolha de maneira correta por cada governo⁷⁴.

3.1. Flexibilidade institucional

O mercado evolui de forma constante. Essa evolução ocorre em uma velocidade difícil de acompanhar principalmente pelo setor público, que por essência é mais rígido e possui mais burocracia que o privado.

Dessa forma, a flexibilidade dos órgãos regulatórios é um quesito importante na hora de se escolher o modelo institucional regulatório. O modelo de competência complementar, por exemplo, tem maior dificuldade em acompanhar as evoluções do mercado, uma vez que seriam dois os órgãos que precisariam ser adaptados às diversas evoluções.

A autoridade antitruste, contudo, teria uma facilidade ligeiramente maior que a autoridade regulatória para se adaptar às evoluções, uma vez que ela está acostumada a lidar com setores de todos os tipos em suas análises, não sendo especializada em apenas uma área, como a agência reguladora. Dessa forma, por ter que se adaptar a diversos setores diariamente, a tendência é que a autoridade antitruste tenha uma ligeira vantagem nesse quesito frente à agência reguladora.

3.2. Eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico

Assim como o setor público deve evoluir de forma rápida para acompanhar o setor privado, a decisão dos órgãos reguladores deve ser tomada em um tempo justo.

O órgão não deve ser pressionado para que haja uma decisão rápida, porém inconsistente, e não pode demorar de forma excessiva, já que suas decisões tratam de setores econômicos de grande importância. Por exemplo, uma fusão entre dois bancos não poderia demorar a ser analisada, seja para sua aprovação ou não, uma vez que as instituições estariam perdendo dinheiro diariamente com a demora.

⁷⁴ EAESP-FGV. Op. cit. Pág. 17-19

Dessa forma, também deve ser analisada a eficiência ao se unir ou não a regulação e a análise antitruste de um determinado setor em apenas uma instituição. Maior número de instituições responsáveis pela regulação de determinado setor traz mais segurança às decisões, mas também traz maior possibilidade de demora em se tê-las.

3.3. Custo burocrático de transação

Além disso, há também o custo burocrático, que seria a dificuldade de interação entre duas agências públicas. A comunicação dentro de um mesmo órgão é muito mais fácil de ser feita do que entre dois órgãos diferentes. Neste último caso há dificuldade em se determinar hierarquias, além de problemas de determinação de competências.

É o que podemos observar no caso CADE *v.* BACEN, investigado neste trabalho. Uma briga de competências que não ocorreria se uma das duas instituições não existisse e a instituição que restasse reunisse as duas competências. Como ocorria na época da promulgação da Lei 4.595/64.

3.4. Minimização do risco de conflito de competências

Como no caso da análise do custo de burocracia, o custo embutido em uma disputa de conflito de competências é alto para as duas instituições.

Aqueles que devem respeito a uma ou outra instituição – uma vez que há divergência de qual delas seria competente – acabam, por vezes, não respeitando aquela à qual deveria.

Isso ocorreria, por exemplo, no caso de um banco observar a disputa entre CADE e BACEN e resolver simplesmente não comunicar aquela instituição sobre uma fusão, por achar que realmente quem tem competência é o Banco Central. Passados alguns anos descobre-se que o CADE teria, sim, competência para analisar o caso. Nesse cenário o banco seria multado pela falta de notificação da referida fusão? Seria mais uma discussão que se iniciaria, com mais custos para as instituições.

Outro exemplo que pode ser descrito é no caso do banco não saber para qual órgão deve ser feita a notificação, fazendo-a para os dois.

Tal atitude só viria a aumentar a burocracia, a demora e o valor gasto na elaboração dessas notificações – como honorários advocatícios. Essas notificações, quando desnecessárias, só trazem mais gastos às instituições que, em decorrência deles, aumentam os custos repassados aos consumidores, sendo estes os reais prejudicados.

3.5. Minimização do risco de captura

Essa é uma das questões mais sensíveis a que o governo deve prestar atenção no momento da escolha de um modelo regulatório. O risco de captura trata justamente sobre o risco de o órgão regulador ser capturado pelo regulado, ou seja, de o servidor agir de forma benéfica a um ente regulado por benefícios ou entendimentos próprios, não necessariamente corretos do ponto de vista econômico ou jurídico.

Com base em estudos⁷⁵, é possível dizer que é grande a probabilidade de captura, mesmo nos países maduros. Isso ocorre principalmente pela identificação entre os reguladores e os regulados, muitas vezes pessoas que atuaram ou atuam na mesma área, e pelo grande aparato técnico-financeiro das empresas, que, para alcançar seus objetivos, contratam grandes e renomadas bancas de advocacia e muitas vezes conseguem mudar o entendimento dos tribunais.

Diante disso, é possível chegar à conclusão de que a estruturação de um aparato regulatório com mais de um órgão responsável pela regulação traz menores riscos de captura. No caso deste trabalho, por exemplo, é muito mais difícil um banco ter sucesso fazendo *lobby* sobre o CADE e o BACEN do que se só tivesse que fazer sobre este último.

Não podemos negar que os grandes economistas que trabalham ou irão trabalhar no Banco Central trabalharam ou trabalharão um dia nos bancos que futuramente serão alvo de investigação por essa instituição. Se não ocorre tal cenário, é grande a chance de que o membro do Bacen que fará a análise ao menos conheça alguns membros do referido banco que será alvo de investigação, o que dificultaria um julgamento de caso com a lisura que o referido cargo exige.

Já no caso de haver o acompanhamento conjunto entre Bacen e o CADE essa possibilidade diminui, uma vez que este órgão tem caráter geral, vindo a decidir sobre concentrações decorrentes de todos os setores econômicos. Isso diminui a chance de captura por não haver uma ligação direta entre órgão, ou membros do órgão, e o setor.

Resumindo, o risco de captura quando utilizadas duas agências reguladoras é muito menor do que quando utilizada apenas uma, a especializada naquele setor.

⁷⁵ OLIVEIRA, Gesner. *Aspectos concorrenciais da Privatização em Setores Regulados: Diretrizes para a Defesa da Concorrência*. Relatório de pesquisa NPP nr. 21 da EAESP/FGV. 1998. http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/P00144_1.pdf. Acessado em 02/08/2014. Pág. 47.

4. Vantagens e desvantagens de cada modelo

Neste momento cabe a diferenciação de cada modelo pelas suas vantagens e desvantagens. Nenhum é perfeito, o que entendemos é que há uma evolução política e social de cada país para se chegar a um modelo, até o momento, final.

4.1. Isenção Antitruste

Como dissemos anteriormente, um dos modelos que são utilizados do início de uma regulação dos setores econômicos é o de isenção antitruste.

Os benefícios desse modelo são claros: por haver concentração de atividades em apenas um órgão governamental, há grande eficiência no que diz respeito às economias de escala. Menos dinheiro é gasto com estrutura, pessoal, etc. Além disso, o tempo e a burocracia relacionados aos processos tende a ser menor, uma vez que as hierarquias são bem postas e não há interação com outro órgão público, o que poderia trazer atrasos.

Um dos malefícios pode ser citado como o maior risco de captura, justamente por ser apenas uma agência responsável pela regulação. Além disso, essa agência é especializada naquele setor – o que já demonstramos que tende a facilitar a captura pelos agentes econômicos.

Outra questão é a da flexibilidade institucional, que pode ser explicada em um exemplo. Imagine que aquele determinado órgão cuida da regulação do setor financeiro. Ele consegue regular esse setor com maestria, uma vez que é nele especializado. Contudo, quando há uma variação mínima de mercado, como o início de atividades pelos bancos que estão no limiar entre esse e outro setor, a mesma instituição não tem muita habilidade para se adaptar a esse novo cenário como teria um órgão de regulação generalista, conforme já dissemos acima.

Dessa forma, podemos entender que esse modelo até poderia ser útil para um governo que quer iniciar a regulação de seus setores internos. Todavia, não é um modelo sustentável, principalmente em países com históricos de corrupção e de tráfico de influência.

Nesses locais haveria maior dificuldade em se fazer esse modelo funcionar, uma vez que a captura tenderia a ser constante. Com isso, em países com baixa segurança institucional o ideal seria migrar o quanto antes desse modelo para algum em que haja regulação por duas instituições, conforme veremos a seguir.

4.2. Competências concorrentes

Nesse modelo institucional estão presentes dois órgãos reguladores.

Seus benefícios são a maior flexibilidade institucional, comparada ao item anterior, tendo um órgão especializado no setor e outro de cunho geral, além de ter menor risco de captura, uma vez que, como já explicado, há menor probabilidade de isso ocorrer quando se tratam de dois órgãos diversos responsáveis pela regulação e, principalmente, quando um deles não é especializado naquele determinado setor.

Os malefícios são a diminuição das economias obtidas no modelo anterior, uma vez que duas instituições demandam mais servidores para se contratar, normalmente mais estrutura, dentre outros gastos, estando presente também um custo burocrático maior. Além disso, o tempo de decisão tende a ser prolongado, já que há necessidade de se passar por dois crivos decisórios para se chegar à decisão final.

Por fim, há o problema da disputa entre as duas instituições, uma vez que, não havendo hierarquia entre elas e sendo sua competência concorrente, há certa dificuldade em se entender qual instituição é responsável por qual parte do processo ou sobre qual regulação específica – econômica ou concorrencial.

Esse é o cenário vivido hoje no Brasil, em que o CADE e o BACEN possuem leis específicas, já citadas, e que determinam que as duas instituições cuidem, de certa forma, da mesma regulação, não especificando qual campo seria destinado especificamente a cada instituição.

Esse modelo pode ser indicado para países em que as instituições já são sólidas, não havendo, justamente por isso, disputas desnecessárias entre suas competências – ou seja, ingerência de uma instituição sobre as decisões da outra.

Essa fase poderá ser alcançada no Brasil, por exemplo, com o fim da disputa existente hoje entre o CADE e o BACEN, uma vez que cada instituição saberia o seu papel, mesmo a legislação não o determinando.

Além disso, é também indicado para países em que o risco de corrupção é maior, devido ao menor risco de captura.

Contudo, deve haver certa cautela no que diz respeito ao tempo decisório. Países em que a corrupção é maior tendem a ser mais burocráticos e demorados em suas decisões

administrativas – já que a demora estimula a corrupção, fazendo com que os servidores muitas vezes demorem mais do que o necessário buscando justamente um pagamento por parte daquele que tem interesse que o procedimento se encerre rapidamente –, o que pode vir a prejudicar esse modelo, uma vez que a corrupção pode fazer com que os processos demorem muito além daquilo que seria aceitável.

4.3. Competências complementares

Como dito anteriormente, o ideal no caso de haver duas instituições responsáveis pela regulação de determinado setor é que haja determinação específica da atuação de cada uma na própria lei. Esse é o caso das competências complementares, já que cada órgão é responsável por uma parcela determinada da regulação.

No caso da concentração das instituições financeiras, por exemplo, o CADE poderia ser responsável pela notificação inicial, julgando se a união daquelas instituições traria ou não prejuízos para a concorrência naquele setor.

Caso não houvessem riscos, seria passado o parecer do CADE para o Bacen, que analisaria os riscos econômicos da referida concentração e decidiria se ela traria riscos sistêmicos graves ou não para o sistema financeiro. Não os havendo, poderia decidir, com a anuência do CADE, pela aprovação da operação.

Importante ressaltar que na hipótese citada acima não há qualquer análise concorrencial por parte do Banco Central. O que ele faz é, sim, a análise econômica da operação e seus efeitos na economia brasileira.

Os malefícios seriam a falta de economia de gastos e a maior burocracia. Contudo, a disputa entre as instituições tende a ser menor, uma vez que é claramente delimitada a responsabilidade de análise de cada uma delas. Além disso, o tempo decisório também é menor, uma vez que a decisão do BACEN não será revista pelo CADE, o que poderia ocorrer no modelo de competências concorrentes.

A única análise que será feita pelo CADE é a concorrencial, e pelo Bacen a econômica. Ou seja, cada órgão ficaria responsável pela parte da análise em que é especializado, trazendo ainda mais segurança para suas decisões.

O menor risco de captura continua presente, já que a análise será feita por duas instituições e em tempos diferentes.

Todavia, apesar de tantos pontos positivos, há um pequeno problema técnico nesse modelo. O risco de captura realmente é menor do que se houvesse apenas uma instituição responsável pela regulação do setor. Contudo, é maior do que no caso das competências concorrentes, uma vez que, no modelo de complementariedade, como cada instituição cuida apenas do que lhe é designado, pode haver captura apenas em uma das fases decisórias.

Por exemplo, digamos que duas instituições financeiras queiram se fundir e que há grande risco sistêmico envolvendo essa operação. Já o risco concorrencial, diferentemente, é muito baixo. Pode ocorrer de o BACEN decidir de forma favorável por ter sido capturado pelo setor, sendo que essa decisão não seria analisada pelo CADE, uma vez que não faz parte de seu arcabouço decisório. O mesmo pode ocorrer no caso inverso, de a concentração ser prejudicial no quesito concorrencial, mas não econômico.

Contudo, como já foi dito, não há modelo perfeito, havendo prejuízos e benefícios em qualquer escolha.

4.4. Regulação Antitruste

Na regulação antitruste quem tem a competência para regular o setor, tanto no caráter econômico quanto concorrencial, é a autoridade que aplica a lei antitruste. No caso brasileiro seria o CADE.

Os benefícios são a maior eficiência e o menor custo burocrático, por se tratar de apenas um órgão decisório, além de também não haver conflito de jurisdição e interpretação legislativa.

O risco de captura está presente, mas em menor escala. Mesmo se tratando de apenas uma agência reguladora responsável pela análise, o que se tem é um órgão generalista, e não de análise especializada. Pelos motivos já aludidos, um órgão de regulação geral tem menor chance de ser capturado do que um órgão de regulação específica.

5. Risco Sistêmico

Neste trabalho já foi dito algumas vezes que a presença do Banco Central na análise das concentrações bancárias é importante para que sejam analisados alguns riscos econômicos. O mais importante deles é o risco sistêmico, que será visto neste item. O seu entendimento é importante por ter que ser levado em consideração no momento da escolha do modelo institucional que será implementado. Como será visto, o colapso do sistema financeiro depende da análise do risco sistêmico, o que traz grande importância para o estudo do Bacen.

Dessa forma, um dos argumentos utilizados pelo Banco Central para que ele detenha a competência exclusiva para a análise das concentrações entre instituições financeiras é pautado pela prevenção ao risco sistêmico. Mas o que compreende esse risco?

Leandro Novais e Silva⁷⁶ destaca – com interpretação dos estudos de Stephen Breyer – que a regulação é uma alternativa que deve ser utilizada com muita cautela, uma vez que, por diversas razões, não traz eficiência ao setor regulado.

Todavia, alguns setores necessitam de regulação, justamente por serem frágeis sob algum ponto de vista ou por serem estratégicos. Com isso, um mercado que possa acarretar grandes prejuízos para a população deve ser regulado, já que nesse caso a regulação, mesmo ineficiente, é melhor do que a sua ausência. Ideia essa que já foi citada no início do trabalho.

Segundo o autor, adaptando-se o referido argumento ao setor financeiro, temos que “é imprescindível ao sistema financeiro um aparato regulatório de natureza sistêmica, de forma a controlar e prevenir que uma instabilidade localizada não seja a desencadeadora de uma crise bancária generalizada”.

Dentro dessa regulação também se compreende a concorrência, uma vez que essa é benéfica tanto para o setor, uma vez que a chance de uma crise generalizada com diversos bancos em funcionamento é menor do que na situação de poucos *players* atuantes, quanto para os consumidores, já que, como em outros mercados, a concorrência pode diminuir as taxas bancárias, os juros e outros custos de operações que são repassados aos consumidores.

Podemos, com isso, dividir a tutela desse setor em dois campos distintos: a segurança da continuidade de sua atividade e a concorrência propriamente dita.

A segurança da continuidade deve ser tutelada pelo Banco Central, uma vez que compreende diversos conceitos e atividades que exigem grande capacidade técnica e conhecimento que só essa instituição possui.

Um dos exemplos das análises feitas pelo Banco Central, e citada pelo autor, é a assimetria de informação. Não há, a partir da população, conhecimento completo acerca da saúde financeira de seus respectivos bancos. Mesmo que a instituição divulgasse seus balancetes de forma completa – sem que omita os dados sigilosos – não seria comum e muito

⁷⁶ SILVA, Leandro Novais e. *Direito bancário: regulação e concorrência*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2005. Pág. 54 e ss.

menos razoável que todos os correntistas analisassem esses dados e chegassem a uma conclusão antes de decidir se vão ou não fazer investimentos.

Dessa forma, podemos dizer que esse é um mercado com grande influência de informações externas. Ou seja, há chances concretas de um boato ou uma informação mal interpretada gerar uma corrida da população aos bancos para sacar suas economias por medo da falência da instituição.

Essa corrida pode acarretar problemas graves no setor financeiro, já que os bancos, por sua própria natureza, não possuem guardados todos os depósitos de seus correntistas para eventual devolução imediata. Normalmente os valores depositados são reinvestidos em outros ativos para gerar lucro ao banco.

Com a necessidade de devolver uma grande quantia de dinheiro, o banco pode ter que vender esses ativos por preços muito abaixo do que valem, o que pode gerar grandes prejuízos às instituições e, em alguns casos, até chegar à situação em que o banco não tem dinheiro para pagar todos os credores.

Nesse ponto que o Banco Central difere do CADE, uma vez que aquele busca o equilíbrio do sistema como um todo, prevenindo-o – inclusive de forma *ex ante*, como já foi dito – de atitudes que possam desmoronar sua estrutura, ou seja, lutando contra o risco sistêmico.

Já o CADE tem a obrigação de fiscalizar e controlar o poder que cada instituição detém, assegurando que a população e os outros bancos não sejam prejudicados por atitudes abusivas daqueles que possuem poder de mercado, assim como é feito em outros setores da economia.

Dessa forma, é possível dizer que o Risco Sistêmico compreende o risco de o sistema financeiro entrar em colapso por atitudes dos próprios bancos, no sentido de não analisarem de forma correta seus investimentos ou sua concessão de crédito, ou por externalidades negativas, como boatos ou informações erradas que podem gerar uma corrida dos correntistas aos bancos para a retirada de seus fundos.

Esse risco deve ser evitado pelo Banco Central, e não pelo CADE. Este tem a obrigação de regular o sistema financeiro do ponto de vista do direito antitruste, assim como faz com os demais mercados regulados e não regulados.

Importante ressaltar, entretanto, que para que haja uma regulação ideal do setor é necessária a interação entre essas duas instituições, uma vez que não faria sentido o CADE negar uma fusão entre duas instituições por perigo à concorrência se essa operação for essencial para a saúde financeira do país.

Em outras palavras, a partir da importância dada à cada regulação elencada acima, o Banco Central deve dar a última palavra acerca da concentração das instituições financeiras, uma vez que deve evitar o colapso do setor.

Todavia, o CADE deve fazer sua análise, uma vez que pode surgir uma situação em que determinada concentração é prejudicial ao setor e à população, mas não é essencial à saúde do sistema financeiro nacional. Nesse cenário deve o CADE impedir a concentração e o Banco Central acatar sua decisão.

6. Conclusão

O importante nesse ponto é determinar o que deve ser levado em consideração por cada governo na hora de se delimitar o sistema institucional ideal.

Cada país deve analisar os pontos citados acima e analisar quais são importantes em seu cenário atual. Se é um país com altos índices de corrupção, um modelo com grande chance de captura pode não ser o ideal.

Contudo, além da análise a ser feita com base no que já foi dito, é também importante observar o custo de transição. Para um país que já possui uma autoridade antitruste forte pode não ser muito indicada a criação de um sistema diferente do já existente.

Treinamento de pessoal, tempo para se adquirir respeito em relação ao órgão, tempo para se chegar a uma segurança jurídica acerca da linha decisória da nova instituição, dentre outros fatores podem ser prejudiciais para um modelo que já está seguro em sua posição, que já é tradicional.

Com isso, mesmo que o modelo não seja o ideal, pode ser que funcione naquele determinado país, sendo sua alteração para um possível “melhor modelo” mais custosa do que a sua manutenção. Esse custo deve ser levado em consideração na hora de uma possível mudança.

Aplicando esse pensamento no presente estudo, cabe destacar a pergunta: será que seria interessante passar o arcabouço decisório acerca das concentrações de instituições

financeiras para o Bacen? Uma vez que o CADE já possui anos de experiência acerca da matéria concorrencial e, além disso, é o órgão especializado nesse tipo de análise.

O objetivo desse trabalho é, também, responder a essa pergunta. Se seria interessante alterar toda a estrutura do Banco Central para que ele passasse a ter um estudo mais profundo sobre a concorrência – além do estudo econômico – uma vez que já existe um órgão específico com essa preocupação.

CAPÍTULO 3 – A NOVA LEI ANTITRUSTE BRASILEIRA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO

1. Introdução

Até este momento nós trabalhamos com conceitos gerais do direito antitruste e regulatório e, basicamente, sob a rege da Lei 8.884/94. Isso se deu principalmente pela discussão ter se iniciado na sua vigência, bem como a grande maioria dos textos citados ter sido feita nesse período. Todavia, não podemos deixar de apontar as inovações trazidas pela Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB), uma vez que elas trazem mudanças significativas em relação ao tema.

2. As mudanças no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A estrutura do SBDC foi modificada com o início da vigência da Lei 12.529/11. Antigamente, o que víamos era uma estrutura composta por três instituições: a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A SDE era o órgão responsável pela instrução processual. Dava início ao processo com a elaboração de um parecer que, junto do parecer da SEAE, era enviado ao CADE, sendo que este órgão poderia, somente a partir da observação desses pareceres, decidir sobre determinada controvérsia. O CADE não era obrigado a decidir no mesmo sentido dos pareceres das referidas secretarias. Contudo, a autoridade antitruste ficava presa à decisão da SDE acerca de iniciar ou não determinado processo administrativo.

O problema residia no fato de a SDE ser um órgão do Ministério da Justiça. Com isso, sendo um órgão da administração direta, estaria, em tese, obrigado de forma irrestrita a seguir o parecer da AGU já citado neste trabalho. Ou seja, no período de vigência da Lei Antitruste antiga não havia como a SDE instruir processos que versassem sobre o sistema financeiro. Em decorrência disso, não havia como o CADE decidir acerca desses temas.

Como foi visto anteriormente, o CADE, em virtude dessa situação, chegou a tomar para si essa competência instrutória. Todavia, essa atitude foi tomada de forma arbitrária e sem qualquer apoio legal.

A promulgação da Lei 12.529/11 o SBDC foi alterado de forma significativa em sua estrutura. Segundo a Prof. Forgioni, o SBDC passou a ser constituído pela SEAE e pelo CADE⁷⁷. Este último possui a estrutura dividida em Superintendência Geral (SG), Tribunal Administrativo e Departamento de Estudos Econômicos.

Como já foi dito, antes da nova lei a instrução processual era feita pela SDE, o que limitava a possibilidade instrutória e investigativa do CADE. Com a nova lei, e a consequente nova estrutura, o CADE tomou para si a competência instrutória, sendo a Superintendência Geral por ela responsável. Além disso, a SG também é tida como a primeira instância decisória do CADE, uma vez que ela pode decidir sobre os casos mais simples sem que o Tribunal Administrativo se pronuncie.

Já o Tribunal Administrativo existe como segunda instância decisória, podendo responder por recursos de decisões da SG ou até por investigações mais complexas, que demandam um estudo mais aprofundado.

Essa alteração trouxe dois benefícios ao CADE. O primeiro foi a independência em relação aos órgãos da administração direta e, consequentemente, ao próprio Poder Executivo. O segundo benefício foi o aumento da segurança e da credibilidade da instituição, uma vez que esse órgão passou a ter duas instâncias decisórias, diminuindo de forma significativa os argumentos que alguns utilizavam para desprestigiar suas decisões ingressando na justiça para buscar uma alteração da decisão.

A dificuldade que havia em determinar se o CADE era ou não um órgão que tinha que seguir os pareceres da AGU assinados pelo Presidente da República continua. Contudo, se o órgão entender que não deve seguir o parecer, há possibilidade de instrução processual dentro da lei, uma vez que, como dito, é a SG que a faz.

Ou seja, até que haja uma decisão judicial ou uma alteração legal impedindo o CADE de investigar os atos de concentração entre instituições financeiras, ele pode continuar atuando da maneira que entender correta, uma vez que não está mais ligado ao já citado parecer

⁷⁷ FORGIONI, op. cit. Pág. 126 e ss.

da AGU de forma direta, já que esse é seu entendimento, ou indireta, uma vez que não depende mais da SDE para instruir os processos.

2.1. A criação do Departamento de Estudos Econômicos (DEE)

Um dos argumentos utilizados para defender que o Banco Central possui competência privativa para regular o sistema financeiro, mesmo no que diz respeito à análise antitruste, leva em consideração a falta de *expertise* e conhecimento econômico do CADE. Ou seja, o Bacen teria muito mais êxito na análise do risco sistêmico e de outras questões econômicas do que o CADE, por ter economistas especializados nesses assuntos e por já fazer a referida análise por mais tempo.

Contudo, a Lei 12.529/11 criou um órgão pertencente ao CADE chamado Departamento de Estudos Econômicos. Em tese esse órgão seria responsável por trazer maior profundidade econômica nas decisões da autoridade antitruste, já que ele será composto por economistas com conhecimento e experiência no setor.

Esse novo órgão poderá trazer mais embasamento técnico-econômico para as decisões do CADE, que mesmo não tendo a mesma experiência e pessoal especializado como tem o Bacen, dispõe agora de mais uma ferramenta para auxiliar em suas decisões.

Pelo que já dissemos no item anterior, o Bacen realmente teria a competência para analisar o risco sistêmico e para regular o setor de forma especializada. Contudo, o CADE, ainda mais agora com o DEE, teria a competência para analisar a concentração entre instituições financeiras no que diz respeito ao direito antitruste, tendo cada qual sua parcela intransferível de análise.

3. A possibilidade de participação das agências reguladoras

Outro ponto interessante da nova lei é a possibilidade de participação das agências reguladoras no processo decisório. O Art. 65, I, da Lei 12.529/11 é claro ao dizer:

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

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

Ou seja, qualquer agência reguladora, incluindo o Bacen, que encontre impedimentos para a aprovação de um ato de concentração pode recorrer da decisão da

Superintendência Geral ao Tribunal Administrativo, vindo a participar efetivamente do processo.

Mais uma mudança legislativa que trouxe maior participação dos outros entes públicos para as decisões do CADE, o que apenas aumenta a sua qualidade e eficiência decisória.

Não é o modelo citado anteriormente em que o Bacen participaria efetivamente da decisão de forma a analisar os riscos sistêmicos no caso de concentrações bancárias, como um segundo filtro. Todavia, demonstra uma abertura do CADE para receber auxílio de outros entes governamentais, o que pode, de certa forma, se aproximar daquele modelo.

CAPÍTULO 4 – CONCLUSÃO

Pelo que foi observado durante todo o trabalho, a discussão acerca de qual órgão é competente para analisar a concentração de instituições financeiras é árdua e longa. Todavia, é possível encontrar argumentos sólidos para se chegar a uma conclusão.

Como foi aludido no primeiro capítulo, grande parte dos juristas, abarcando nesse campo o judiciário, a doutrina, os membros do CADE e do Bacen, concordam em alguns pontos.

Não há que se falar que a Lei 8.884/94 efetivamente tenha revogado a Lei 4.595/95. Não o fez de forma expressa, nem de forma tácita. Seu teor dispõe sobre matéria diversa, mesmo que próxima.

A Lei 4.595/64 trata do arranjo institucional e material do Sistema Financeiro brasileiro, adentrando em alguns pontos que quase que dele escapam, como a regulação de concentrações entre instituições a ele pertencentes.

A Lei 8.884/94, de outra forma, é específica no que diz respeito ao controle concorrencial geral das empresas brasileiras.

Como já foi dito, esses dois campos se tocam, mas não se canibalizam. A análise que deve ser feita pelo CADE acerca das referidas concentrações não é a mesma que deve ser feita pelo Banco Central.

Inclusive, dentre todos os modelos institucionais citados no capítulo dois, o que mais se aproxima da perfeição para o Brasil é justamente o que utiliza duas agências reguladoras.

Segundo o estudo da Transparência Internacional⁷⁸, o Brasil se encontra na 72ª posição entre 177 países em um ranking que mede a corrupção mundial, o que demonstra necessidade de preocupação com esse tema. Além disso, pode-se dizer que o Banco Central não é uma instituição com histórico sólido de análise concorrencial no setor bancário, como também já foi aludido, o que pesa ainda mais para a presença do CADE em seu auxílio nessa análise.

Inclusive, há diversas ferramentas presentes no CADE, principalmente a partir da Nova Lei Antitruste Brasileira, que possibilitam que o Banco Central faça parte da análise de determinada concentração bancária desde o seu início, podendo até mesmo recorrer de possíveis decisões contra as quais seja contrário, como foi dito no capítulo 3.

Dessa forma, por toda a análise do trabalho, nós entendemos que o arranjo institucional possível e desejável para o setor regulatório econômico brasileiro é aquele composto pelo modelo de complementariedade entre as duas instituições, CADE e Bacen.

A nosso ver, o Ato de Concentração deveria ser notificado primeiro ao CADE, para que este órgão pudesse fazer a análise concorrencial pura, sem que fossem levados em consideração os temas econômicos.

A sua decisão seria enviada para o Banco Central em forma de parecer, como era feito antigamente entre SDE/SEAE e CADE. O Bacen analisaria a concentração e, a partir daí, veria os riscos que essa concentração acarretaria para a economia do Brasil, como o risco sistêmico. Sobre essa análise seria possível aceitar ou negar a referida concentração sob o ponto de vista estritamente econômico.

Importante ressaltar, contudo, que mesmo no caso de uma negativa por parte do CADE, seria necessário que o Ato de Concentração fosse enviado para o Banco Central, uma vez que essa operação bancária poderia justamente vir a ser necessária para a hígidez do sistema financeiro naquele momento.

Essa é a justificativa para que o Banco Central seja a última instância nesse julgamento. Ocorre que é mais importante se ter uma economia sólida e confiável do que um ambiente bom do ponto de vista concorrencial mas péssimo do ponto de vista econômico – ou, em uma situação extrema, nem sequer existir mais economia organizada.

⁷⁸ Pode ser encontrado em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-72-lugar-entre-177-paises.html>. Acessado em 09/09/2014.

Ou seja, de uma forma clara, não adianta o consumidor e as instituições do setor bancário serem beneficiados com um cenário de maior concorrência, como no caso da reprovação de uma concentração para evitar uma grande concentração de poder em apenas um banco, se tal atitude trazer prejuízo econômico e risco grave para a economia.

Pode ser que em determinado caso a concentração deva ter que ser aceita, mesmo com prejuízo para o cenário concorrencial. O colapso bancário deve ser evitado em um primeiro momento, para depois ser protegida a concorrência e seus institutos, buscando sempre a harmonia entre esses dois conceitos.

BIBLIOGRAFIA

Livros e Artigos

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.); et al. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Editora Max Limonad. 2002: São Paulo.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3ª ed. Editora Malheiros, São Paulo: 2007.

GABAN, Eduardo Molan. *Concorrência no setor bancário na perspectiva do CADE*, in ZANOTTA, Pedro (Org.); BRANCHER, Paulo Org.). *Desafios atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. Editora Atlas, São Paulo: (2010).

SILVA, Leandro Novais e. *Direito bancário: regulação e concorrência*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2005.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVEIRA MARCHI, Eduardo. *Guia de metodologia jurídica: Teses, Monografias e Artigos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário*. São Paulo: Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Núcleo de Pesquisas e Publicações, 2001. 81 f. (Relatórios de pesquisa, 49/2001). Encontrado em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3092/Rel%2049-2001.pdf?sequence=1>. Acessado em 02/08/2014.

Sites e leis.

Lei nº 4.594/64

Lei nº 8.884/94

Lei nº 12.529/11

Lei nº 4.137/62

Lei nº 9.447/97

<http://www.cade.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.agu.gov.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.oecd.org>

<http://bibliotecadigital.fgv.br>

<http://www.tjsp.jus.br>

<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/ranking-de-corrupcao-coloca-brasil-em-72-lugar-entre-177-paises.html>