

## Contextualização e Apresentação do Livro

Já há algum tempo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o Banco Central (BCB) têm divergido sobre o poder de analisar atos de concentração no sistema financeiro. O tema já foi objeto de ampla discussão na Administração Pública, polemizou a doutrina em volume dedicado ao assunto publicado em 2002<sup>1</sup> e inclusive foi dado como superado em volume de 2008,<sup>2</sup> após a decisão do Tribunal Regional Federal (TRF), com o reconhecimento da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para a análise de concentrações. Bastou um golpe do ciclo(ne) econômico atingir profundamente o sistema financeiro, seguido por uma reação dos agentes com acentuado movimento de consolidação, para fazer ressurgir o debate, expondo novamente as raízes dessa controvérsia.

Convém apontar os motivos de tal divergência. A Lei 4.595, de 31.12.1964, recepcionada pela atual Constituição como lei complementar (art. 192 da CF), previu a competência privativa do Banco Central para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos (art. 18, § 2.º),<sup>3</sup> e para conceder autorização às instituições financeiras para que possam

1. Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha e Paulo Todescan Lessa Mattos (coord.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002.
2. Daniel K. Goldberg (org.), *Sistema financeiro: o desafio da concorrência*, São Paulo: Singular, 2008.
3. “Art. 18. [...] § 2.º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições

ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (art. 10, X, c).<sup>4</sup> Nos termos dessa lei, o Banco Central estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público (art. 10, § 1.º).<sup>5</sup>

Posteriormente, a Lei 8.884, de 11.06.1994 (Lei de Defesa da Concorrência), lei ordinária, veio estabelecer de forma genérica a competência do CADE para apreciar atos de concentração que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (art. 54, *caput*).<sup>6</sup>

Adveio, ainda, a Lei 9.447, de 14.03.1997, que admite a possibilidade de o Banco Central, em alguns casos excepcionais, determinar de forma compulsória a capitalização de sociedade, a transferência de controle acionário e reorganizações societárias, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.<sup>7</sup>

---

financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.”

4. “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: [...] c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; [...] g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.”
5. “Art. 10. [...] § 1.º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.” Cabe destacar que a remissão ao inciso IX na realidade se direciona ao inciso X, tendo em vista a renumeração dos incisos provocada pelo art. 19 da Lei 7.730, de 31.01.1989.
6. “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.”
7. “Art. 5.º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2.º e 15 da Lei n. 6.024, de 1974, e no art. 1.º do Decreto-lei n. 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:
  - I – capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;
  - II – transferência do controle acionário;
  - III – reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, de um lado, a lei anterior, recepcionada como complementar, atribui ao Banco Central a função de analisar atos de concentração no setor financeiro e, de outro, a lei ordinária posterior incumbe o CADE da tarefa de apreciar quaisquer atos de concentração (a lei não se refere a setores específicos) capazes de gerar efeitos sobre a concorrência. Nessa conjuntura, passou-se a debater se a competência específica do Banco Central para atos de concentração no setor bancário foi revogada pela atribuição genérica do CADE relativa a toda a ordem econômica, ou se, ao contrário, aquela prevalece sobre esta, ou ainda se ambas coexistem (procedimentos duplicados). A competência do CADE, em outras palavras, seria plena, revogando aquela conferida ao BCB, teria sido excluída (ou mantida como competência suplementar a ser exercida diante da inação do BCB), ou seria concorrente à do BCB?

A Advocacia-Geral da União (AGU) dirimiu essa controvérsia no Parecer GM-020, de 05.04.2001, aprovado pelo Presidente da República em 05.04.2001, que concluiu “pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional”. Essa competência, segundo a AGU, excluiria a de qualquer outra autoridade, inclusive a do CADE.

Entendeu a AGU que as normas da Lei 4.595/1964, que tratam da competência do Banco Central para analisar atos de concentração de instituição financeira (ou seja, de um setor específico da economia) possuem natureza de lei complementar. O art. 173, § 4.º, da CF,<sup>8</sup> que prevê a regulação da concorrência por lei (ordinária), não teria o condão de afastar de tais disposições o caráter de lei complementar, por se tratar especificamente da concorrência no setor financeiro, o que estaria incluído na matéria de lei complementar prevista no art. 192 da CF.

O parecer apontou, ainda, que o relacionamento entre CADE e Banco Central seria substancialmente diferente do relacionamento entre CADE e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), tendo em vista que na Lei Geral de Telecomunicações “são claras as regras de convívio entre a Anatel e o CADE quanto às infrações à ordem econômica”, ficando expressamente definido que os atos de concentração envolvendo operadora de telecomunicações “serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador” (art. 7.º, § 2.º). De modo

---

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

8. “Art. 173. [...] § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

diverso, a Lei 4.595/1994 “[...] deu essa competência integralmente ao Banco Central”, de forma que “[...] o Banco Central, no que toca às instituições financeiras, tem poderes de certo modo análogos aos conferidos pela Lei n. 8.884/94 ao CADE, nos casos de sua competência”.

De acordo com a Lei Complementar 73, de 10.02.1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), “o parecer [do Advogado-Geral da União] aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (art. 40, § 1.º). O parecer da AGU em comento, aprovado pelo Presidente da República, continua vigente.

Porém o CADE, que já vinha defendendo sua competência para analisar atos de concentração envolvendo instituições financeiras,<sup>9</sup> voltou a afirmá-la mesmo após o parecer da AGU ser proferido e aprovado pelo Presidente da República. A definição desse posicionamento, contrário ao que havia determinado o parecer da AGU, deu-se no conhecido caso *Finasa*.<sup>10</sup> Na ocasião, o CADE assentou que o art. 40, § 1.º, da Lei Complementar 73/1993 não lhe gerava uma obrigação de cumprimento do referido parecer da AGU, tendo em vista a autonomia da autarquia em relação à Administração Pública direta.<sup>11</sup>

9. Ver, por exemplo, o Ato de Concentração 87/96, Conselheiro-relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. em 07.03.2001, e o Ato de Concentração 08012.005424/99-00, Conselheiro-relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, j. em 06.09.2000.
10. Ato de Concentração 08012.006762/2000-09, Conselheira-relatora Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, j. em 21.11.2001.
11. Nesse sentido, cabe fazer referência ao voto do Conselheiro Celso Campilongo, que destacou a autonomia das autarquias, cuja submissão à tutela ou controle do Poder Executivo se dá nos limites fixados em sua lei criadora. Uma leitura do art. 40, § 1.º, da Lei Complementar 73/1993 que abrangesse de forma irrestrita a administração indireta seria incompatível com a Constituição: “A consideração de que o referido comando da Lei Complementar deve vincular a administração indireta importa, também, em reconhecer uma autêntica delegação disfarçada de competência legislativa ao chefe do Poder Executivo, porquanto este poderá, com a aprovação das sugestões e pareceres da AGU, configurar a organização administrativa a seu bel-prazer, subordinando autarquias, fundações e empresas estatais criadas por leis específicas que tiveram o cuidado de detalhar o perfil administrativo de cada uma dessas pessoas”.

O Conselheiro Roberto Pfeiffer, em posicionamento com o qual o Conselheiro Celso Campilongo veio a concordar em seu aditamento de voto, defendeu que o CADE estaria vinculado a pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República apenas quando estes dissessem respeito à sua atividade meio: “o controle

Em favor da competência do CADE, os Conselheiros argumentaram que a Lei 8.884/1994 não apresenta isenção ou imunidade para instituições financeiras,<sup>12</sup> e que não haveria conflito entre a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei 4.595/1964, mas apenas definição de atribuições concorrentes.<sup>13</sup> Segundo o entendimento então manifestado, a Lei 4.595/1964 não seria superior ou es-

---

pode ser apenas quanto aos aspectos corriqueiros de gestão administrativa, não em relação à matéria de mérito apreciada pela autarquia. Para tanto, seria necessário que a própria lei que criou a autarquia, expressamente, permitisse que a autoridade à qual se vincula revisasse as suas decisões de mérito” (p. 9). Diante disso, propôs que se atribuisse interpretação conforme a Constituição ao art. 40, § 1.º, da Lei Complementar 73/1993, de forma a extrair que “a vinculação da autarquia a pareceres da AGU somente ocorre em relação às atividades típicas de sua área-meio, jamais àquelas concernentes à sua área-fim” (p. 9). Ou seja: “Entendo razoável que em tudo o que diga respeito à área-meio, a autarquia deva respeito às interpretações emanadas da AGU e aprovadas pelo Presidente da República. Com efeito, cabe ao Chefe do Poder Executivo a supervisão administrativa das atividades das autarquias, a fim de que haja uma unidade de procedimentos administrativos. [...]”

Porém, interpreto que a regra da Lei n. 73/93 não pode ser estendida à área-fim do CADE, ou seja, à aplicação da legislação de defesa da concorrência. Admitir isto seria violar a tão propalada independência decisória do órgão antitruste, infringindo a vontade do legislador.

Para que tal vinculação fosse admitida, seria necessário dispositivo legal expresso que limitasse a independência decisória do Conselho, o que não existe” (p. 9-10).

12. “[...] a Lei n. 8.884/94 não estabelece imunidade antitruste a qualquer setor da economia ou espécie de prática comercial e não dispõe de nenhuma exceção à competência do CADE para apreciar atos de concentração ou para impor sanções a infrações à ordem econômica” (voto-vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer, p. 2).
13. Sobre a circunstância de a Lei 4.595/1964 falar em competência privativa, sustentou o Conselheiro Roberto Pfeiffer: “Não me assusta a circunstância da lei em comento estabelecer a competência privativa do BACEN para autorizar atos de concentração, muito menos o fato de atribuir a tal autarquia a regulação das regras de concorrência entre as instituições financeiras. Isto porque tais atribuições dão-se no campo da regulação prudencial, típica dos órgãos reguladores.

Assim, a expressão ‘compete privativamente’ é utilizada no sentido de afastar a atribuição de qualquer outro órgão regulador. Porém, tal competência, por se dar apenas no marco da regulação prudencial, não afasta a atribuição complementar do órgão de defesa da concorrência em analisar os atos de concentração de instituições financeiras, bem como sancionar as condutas por elas praticadas que violem a ordem econômica”.

pecífica em relação à Lei 8.884/1994.<sup>14</sup> Admitiu-se apenas uma prevalência da decisão do Banco Central sobre a análise antitruste do SBDC em hipóteses excepcionais. Transcrevamos a esse respeito trecho do aditamento de voto do Conselheiro Celso Campilongo:

“O que se verifica, na hipótese aventada [reorganização artificial do sistema financeiro, mediante reestruturação compulsória], é a atuação de caráter regulatório do BACEN, como órgão regulador prudencial do mercado financeiro que, com base legal, em situações excepcionais, pode promover uma reorganização artificial e compulsória do mercado, com vistas à sua higidez.

Convém, neste ponto, tecer novas considerações sobre o conceito de risco sistêmico. Definido como o risco de que um evento (um choque) deflagre uma perda de valor econômico ou de confiança numa porção substancial do sistema financeiro, grande o suficiente para produzir efeitos adversos na economia real, o risco sistêmico tem sido banalizado no debate público brasileiro. É inegável que a traumática reestruturação bancária, particularmente após a implantação do Plano Real, exigiu uma atuação forte do Banco Central, com vistas à preservação dos sistemas bancários e de pagamentos. Entretanto, superado o período crítico, não se justifica a utilização gratuita do risco sistêmico como argumento *ad terrorem* que explique a isenção antitruste no Brasil”.

Em foro judicial, manifestou-se sobre o tema o TRF da 1.<sup>a</sup> Região, em decisão dada em agosto de 2007, no âmbito de apelação em mandado de segurança impetrado pelo Banco BCN S.A. e pelo Banco Bradesco S.A. O mandado de segurança havia sido impetrado contra ato do CADE que determinou a apresentação, para aprovação dessa autarquia, de ato de concentração envolvendo aquelas instituições financeiras.<sup>15</sup> Em decisão majoritária, a Quinta

14. O voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr. sintetiza esse posicionamento: “Os dispositivos acima mencionados tornam clara a competência privativa do BACEN para atuar plena e privativamente, inclusive autorizando atos de concentração e regulando as condições de concorrência entre as instituições financeiras, no âmbito da regulação prudencial.

Assim, a expressão ‘*compete privativamente*’ é utilizada no sentido de afastar a atribuição de qualquer outro órgão regulador. Ela não exclui, contudo, a competência complementar do CADE para, da perspectiva do direito concorrencial e judicante, apreciar um mesmo ato de concentração, analogamente ao que já ocorre, com a diferença de que através de legislação mais clara, que não demanda maiores esforços hermenêuticos do intérprete da lei, com o setor de telecomunicações”.

15. TRF 1.<sup>a</sup> Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007.

Turma do TRF da 1.<sup>a</sup> Região assentou que o CADE tem competência para apreciar concentrações econômicas no setor bancário<sup>16</sup> e que as Leis 4.595/1964 e 8.884/1994 devem ser aplicadas com base na regra da complementaridade.<sup>17</sup> Definiu, ademais, que o Parecer da AGU não vincula o CADE, dada a autonomia dessa autarquia em relação ao Poder Executivo central.<sup>18</sup>

Pouco após essa decisão judicial, que deu novo fôlego à afirmação de competência do CADE, o País passou a enfrentar os efeitos decorrentes da crise do sistema bancário norte-americano, entre os quais um estímulo ou pelo menos o adiantamento de um movimento de consolidação entre os bancos nacionais e a aquisição de carteiras de crédito pelos bancos de maior solidez. Nesse contexto de consolidação, duas operações de particular interesse foram notificadas, a aquisição da Nossa Caixa Nosso Banco pelo Banco do Brasil e

16. “A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgadas ao BACEN pelo art. 10, X, ‘c’, da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração” (TRF 1.<sup>a</sup> Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007).
17. “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” (TRF 1.<sup>a</sup> Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007).
18. “Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1.<sup>o</sup> 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” (TRF 1.<sup>a</sup> Região, Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007).

a fusão entre Itaú e Unibanco, se não reconhecendo explicitamente a competência do CADE, pelo menos informando conservadoramente a agência de defesa da concorrência em função da inegável importância daquela decisão do TRF. Esse evento criou a oportunidade para, pela primeira vez, ocorrer análise aprofundada de mérito de operações com impacto no setor financeiro, já que o tema levado ao Judiciário sobre a polêmica de competência, ironicamente, não trazia qualquer discussão relevante sobre concorrência, versando somente sobre tempestividade da notificação.

Mas a polêmica não foi encerrada pelo TRF. Contra essa decisão foi interposto recurso especial (REsp 1094218), ao qual a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento, por maioria, em decisão de 25.08.2010.<sup>19</sup> O voto condutor da Ministra-relatora Eliana Calmon afirmou que o CADE, enquanto entidade integrante da Administração Pública Federal (autarquia), sujeita-se ao Parecer GM-20 da AGU, aprovado pelo Presidente da República, na forma do § 1.º do art. 40 da LC 73/1993. O art. 50 da Lei 8.884/1994, segundo a relatora, não pode ter o alcance pretendido pelo CADE, pois as decisões do Conselho que não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo são aquelas proferidas “nos processos administrativos que se desenvolvem dentro de um *iter* próprio, como disciplinado na Lei Antitruste, a partir do artigo 30”. Argumentou, também, que a Lei 4.595/1964, ao regular a concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, é especial em relação à Lei 8.884/1994, aplicando-se o art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Posicionou-se, por fim, no sentido da inviabilidade de um modelo de competências concorrentes.

Ficaram vencidos os Ministros Castro Meira e Herman Benjamin. O Ministro Castro Meira defendeu a não vinculação do CADE pelo parecer normativo da AGU, pois a competência do CADE de apreciar atos de concentração, tendo sido conferida por lei, apenas pelo mesmo instrumento poderia ser restringida ou excepcionada. O poder de uniformização da interpretação normativa para a Administração Federal compreenderia somente matérias passíveis de uma orientação geral, a saber, aquelas que dizem respeito às atividades-meio dos entes descentralizados. A solução da lide, afirmou o Ministro, não deveria se dar com base no princípio da especialidade ou na hierarquia de normas, mas por meio de exame do âmbito de atuação de cada lei;<sup>20</sup> a re-

19. STJ, REsp 1094218/DF, 1.ª Seção, Min. Rel. Eliana Calmon, j. em 25.08.2010, DJ 12.04.2011.

20. “A competência privativa do BACEN estabelecida na Lei 4.595/64 está relacionada com a estrutura do sistema financeiro nacional. A exploração da atividade econômica, pautada pelos princípios consignados no art. 170 da Carta Maior, entre

gulamentação sistêmica e prudencial, a cargo do Banco Central, conviveria com a regulação geral antitruste pelo CADE com base no princípio da complementaridade. O Ministro Herman Benjamin acrescentou que o CADE tem posição peculiar em comparação com os demais órgãos do Executivo Federal, inclusive atribuições típicas da atividade judiciária, o que justifica a exclusão da delimitação de sua competência judicante da subordinação à orientação jurídica da Presidência. Concordou que as competências são complementares, afirmando que “o CADE age prioritariamente *a posteriori*, focando os atos e as condutas efetivamente ocorridos e julgando-os à luz da legislação antitruste, sem pretensão de regular, *a priori*, as condições de concorrência, como faz o Bacen”.<sup>21</sup>

O Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou a relatora no que tange ao resultado final, mas divergiu dos fundamentos por ela apresentados. Defendeu ser possível a harmonização da atuação das suas entidades à luz do princípio da complementaridade. Assim, “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”.<sup>22</sup> No entanto, tendo em vista a existência do parecer normativo, afirmou o Ministro, não poderia ser, a essa altura, imposta uma multa às empresas. Notou, contudo, que nada impediria que o CADE viesse a analisar as condições de concorrência acarretadas desde então, aplicando sanções se fosse o caso.

Assim, embora a maioria dos Ministros da Seção tenha dado provimento ao recurso para conceder a segurança, ficou sem solução a questão da competência, pois, quanto a essa razão de decidir, a Ministra-relatora foi apenas acompanhada pelos Ministros Humberto Martins e Benedito Gonçalves, en-

---

eles o da livre concorrência, não é tutelada exclusivamente pela Lei 4.595/64, sofrendo influxos da Lei 8.884/94, que confere ao CADE competência para preservar a incolumidade do ambiente concorrencial e apreciar os atos de concentração potencialmente nocivos ao mercado.

As instituições financeiras, portanto, sujeitam-se ao controle da autoridade antitruste, como qualquer outro agente econômico. Essa sujeição, contudo, não se confunde nem obstaculiza a atuação do BACEN no concernente à regulação e manutenção da higidez do sistema financeiro nacional” (STJ, REsp 1094218/DF, voto do Min. Castro Meira).

21. STJ, REsp 1094218/DF, voto do Min. Herman Benjamin.

22. STJ, REsp 1094218/DF, voto do Min. Mauro Campbell Marques.

quanto os outros três Ministros se posicionaram em sentido contrário. Em face da decisão do STJ, foi interposto recurso extraordinário.

Sobre a matéria, com o intuito de superar a relatada indefinição, tramitam projetos de lei no Congresso Nacional. O Projeto de Lei Complementar 344/2002, em trâmite na Câmara dos Deputados, propõe o acréscimo de dispositivo na Lei 4.595/1964, fixando expressamente a competência do Banco Central para decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro. Conforme o projeto, entendendo o Banco Central, no exercício dessa competência, que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, deve encaminhar de imediato a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência. O projeto apresenta ainda regra de transição, definindo que cabe ao Banco Central o exame dos atos de concentração e a punição das condutas lesivas à concorrência praticados por instituições financeiras anteriormente à sua vigência.

O Projeto de Lei Complementar 265/2007, originário do Senado Federal e em curso na Câmara dos Deputados, prevê alterações nas Leis 4.595/1964 e 8.884/1994, conforme as quais: (i) passa a competir ao CADE a prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional; (ii) as competências da SDE e da SEAE também passam a valer em relação às operações e instituições do Sistema Financeiro Nacional; (iii) ao BCB compete decidir acerca de atos de concentração que afetem a confiabilidade e a segurança do Sistema Financeiro Nacional; se, após concluído o exame do caso, entender que isso não ocorre, deve encaminhar de imediato a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência; (iv) regra de transição atribui ao BCB a função de examinar atos de concentração e punir condutas lesivas praticadas por instituições financeiras anteriormente à sua vigência.

Em dezembro de 2008, o CADE e o Banco Central assinaram um protocolo de entendimentos propondo à AGU a revisão do Parecer Normativo GM-20. De acordo com petição protocolada no STJ, assinada pelos Procuradores-Gerais das duas autarquias,<sup>23</sup> a proposta teria por base os seguintes pressupostos:

“(i) Os atos de concentração realizados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional devem ser submetidos inicialmente ao BCB, para apreciar, além dos demais aspectos de sua competência, se o ato de concentração afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro;

23. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/00000001.pdf>>. Acesso em: out. 2011.

(ii) Caso o BCB decida fundamentadamente que o ato de concentração, ou parte dele, afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro, sua decisão será terminativa, obstando-se a análise pelo CADE;

(iii) Se o BCB entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro, o processo, instruído com o devido parecer, será encaminhado ao CADE;

(iv) Compete ao CADE aplicar as sanções previstas na Lei 8.884/94 por práticas que configurem infração contra a ordem econômica, inclusive no âmbito do Sistema Financeiro Nacional”.

O conflito de competências voltou a ser discutido pelo CADE em despacho do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, de 30.08.2011, homologado pelo Plenário do Conselho em 31.08.2011, em procedimento administrativo sobre acusação de práticas anticoncorrenciais pelo Banco do Brasil por meio de cláusulas de exclusividade em seus contratos de crédito consignado.<sup>24</sup> Esse procedimento foi instaurado de ofício pelo Presidente do CADE tendo em vista o recebimento de comunicação oriunda da Secretaria de Direito Econômico a respeito de procedimento por ela arquivado, com o fundamento de que ela estaria vinculada ao parecer da AGU, conforme o qual a investigação dos fatos em questão é de competência do Banco Central. De acordo com carta juntada aos autos pela representante, diante de denúncia sobre esses mesmos fatos o BCB havia informado que “a ausência de regulamentação da matéria, no âmbito do sistema financeiro nacional, impede que as condutas sejam analisadas com vista a eventual instauração de processo administrativo punitivo contra a instituição financeira representada”. Posteriormente, foi expedido ofício pelo BCB ao CADE informando que “foi editada a Circular n. 3.522, de 14 de janeiro de 2011, que veda às instituições financeiras, na prestação de serviços e na contratação de operações, a celebração de convênios, contratos ou acordos que impeçam ou restrinjam o acesso de clientes a operações de crédito ofertadas por outras instituições, inclusive aquelas com consignação em folha de pagamento”.

O CADE decidiu que, tendo em vista a inação tanto da SDE quanto do BCB caberia a ele próprio instaurar e instruir o processo administrativo, e concedeu medida preventiva. No despacho homologado pelo Plenário, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo reiterou o entendimento de que o Plenário do CADE não está vinculado ao Parecer da AGU e observou que esse parecer dizia respeito a conflito positivo de competências em caso envolvendo ato de concentração, situação diversa do caso analisado, de investigação de conduta, para o

24. Procedimento Administrativo 08700.003070/2010-14, Rel. Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, despacho de 30.08.2011.

qual o BCB se diz incompetente. Manifestou, ainda, discordância em relação ao conteúdo do Parecer da AGU, entendendo viável a aplicação pelo CADE das normas da Lei 8.884/1994 ao setor financeiro, sobretudo no que diz respeito ao controle de condutas.<sup>25</sup> Por fim, afirmou inexistir incompatibilidade com a legislação ou prejuízo à defesa do representado na instauração do processo e na sua instrução pelo próprio CADE. O tema da vinculação da Administração Indireta ao Parecer da AGU, que restou bastante ambíguo na votação travada no STJ, ganha ainda maior relevo diante da Lei 12.529/2011, que reforma a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Se antes havia dúvida sobre a possibilidade de o CADE instruir processos sobre o setor financeiro, o que inviabilizaria a sua atuação diante da vinculação da SDE à AGU, na nova estrutura a instrução e julgamento ficam sob divisões distintas de uma mesma autarquia federal, o “Supercade”. A prevalecer o entendimento do CADE sobre a vinculação, o potencial conflito com o BCB pode ficar mais agudo. Some-se a isso a manifesta disposição do BACEN em analisar os atos de concentração no setor financeiro com a promulgação da Circular BCB 3590/2012.

Assim, ainda hoje há indefinição acerca da discussão sobre competência, muito embora com tendência para o reconhecimento da complementaridade ou, ao menos, da suplementaridade do CADE na faceta concorrencial da regulação do setor financeiro, nunca sua exclusão. De qualquer modo, a disposição tanto do BCB quanto do CADE em analisar as operações de concentração e investigar abusos de poder econômico no setor financeiro aponta para a necessidade de aprofundamento da compreensão de seus mercados relevantes, dinâmica de rivalidade e desenvolvimento da metodologia de exame dos efeitos concorrenciais de condutas, atos e contratos.

---

25. Em suas palavras: “Desse modo, não há como extrair das normas supra-referidas, constantes da Lei n. 4.595/64, isenção para a aplicação das regras antitruste no setor financeiro. Com a única exceção da regulação destinada a manter a higidez sistêmica do setor, não há sequer a possibilidade de interferência do Banco Central do Brasil no conjunto normativo e de competências estabelecidas pela Lei 8.884/94, para aplicação dos princípios estabelecidos nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. E, se isso é verdade no que diz respeito ao controle de *estruturas* (em que *pode*, eventualmente, haver razões de risco sistêmico a justificarem determinada concentração, já que o risco sistêmico diz respeito, principalmente, à *estrutura* do mercado de serviços financeiros), também o é com ainda maior razão no que diz respeito ao controle de *condutas*, pois é difícil imaginar razão de risco sistêmico que possa autorizar instituições financeiras a participarem de um cartel, por exemplo, ou mesmo que as possa autorizar a excluir concorrentes do mercado, adotarem práticas predatórias ou abusarem de posição dominante”.

Pela primeira vez, após os esforços e episódios ocorridos nos últimos dois anos, já podemos contar com algum conhecimento acumulado pelas autoridades envolvidas que discutiram as peculiaridades do setor e desenvolveram, pela própria necessidade de decisão, alguns métodos novos de análise para os atos de concentração. No CADE, embora tenha havido significativo avanço, ainda se observa a falta de harmonia típica das respostas a novas provocações. Não se formou entendimento uniforme sobre como devem ser definidos os mercados relevantes de produto ou geográfico para o setor financeiro, o que fica manifesto no fato de que a mesma composição do plenário do CADE adotou definições de mercado relevante de produto e geográfico distintas para os casos *Banco do Brasil/Nossa Caixa* e *Banco Itaú/Unibanco*. Em grande parte, a divergência decorreu da intensidade das provocações, ou seja, enquanto um caso apresentava maiores preocupações com a concentração no varejo, o outro apontava para maiores concentrações em alguns produtos financeiros. Essas decisões também fazem parte da compilação de decisões relevantes deste livro.

Diversas são ainda as questões importantes que devem ser tratadas para aprofundamento do entendimento sobre o setor. É objetivo deste livro não só (i) divulgar de forma consolidada o conhecimento acumulado pelas autoridades de defesa da concorrência acerca de critérios de análise de operações de concentração e de condutas no setor financeiro, como também (ii) contribuir para o aprimoramento das discussões iniciadas pelo CADE com artigos inéditos de economistas e juristas, em particular de personagens envolvidos acadêmica ou profissionalmente nesse esforço de entendimento do setor travado diante do CADE, que contou inclusive com dois Seminários de Concorrência promovidos pelo Banco do Brasil (o primeiro “Concorrência e o setor bancário” e o segundo “A concorrência no mercado de cartões de pagamento”<sup>26</sup>).

Este livro é, portanto, fruto trabalhado das discussões de alto nível e intenso rigor científico travadas naqueles seminários e é agora lançado com cinco artigos e um apêndice de documentos relevantes para facilitar a compreensão de determinados temas.

O artigo intitulado “O diabo nos detalhes: a definição dos mercados relevantes no setor bancário”, da economista e ex-Conselheira do CADE Elizabeth Farina, em coautoria com o também economista Rubens Nunes, trata do tema da assimetria de informações enquanto falha intrínseca do setor bancário. Os autores apresentam distinção entre os efeitos decorrentes do exercício do poder de mercado detido por uma instituição financeira e aqueles provenientes

---

26. O primeiro realizado em 13.11.2008 e o segundo em 03.12.2009, com a coordenação de Juliano Maranhão e do então diretor jurídico do Banco do Brasil, Dr. Joaquim Portes de Cerqueira César.

das demais falhas de mercado e da regulação. O artigo em muito contribui para o correto delineamento dos mercados relevantes financeiros ao retratar suas particularidades na sua dimensão quer material quer geográfica, considerando o efeito das redes de agências e o avanço da tecnologia no relacionamento com clientes.

No que diz respeito ao mercado relevante, o artigo “Elementos de análise do mercado relevante em atos de concentração no setor bancário” do economista e ex-Conselheiro César Mattos, em coautoria com o especialista em políticas públicas Paulo Vinícius, analisa o conceito de substitutibilidade dos produtos sob a ótica da oferta bancária e, com base em diretrizes da OCDE, aborda o fenômeno da assimetria informacional característico desse mercado. Após acurada análise sobre a importância dos clientes de pequeno porte, em especial das pessoas físicas, para a oferta de crédito no Brasil, o artigo apresenta uma crítica à tradicional segmentação do mercado relevante por grupos de clientes.

Jorge Fagundes, por sua vez, realiza estudo de caso da fusão entre as instituições bancárias Itaú e Unibanco com enfoque nos impactos da fusão de instituições dessa natureza sobre o ambiente competitivo no setor financeiro e bancário no artigo “Análise antitruste e atos de concentração no setor bancário”. Nesse contexto, enfatiza a relação entre a crise financeira internacional e a renovação da consolidação do setor bancário no Brasil e no mundo.

Todos esses aportes intelectuais encontram reflexos nos votos condutores das decisões do CADE nos casos Itaú/Unibanco e BB/NCNB, que estão compilados ao final do livro.

Mariana Mota Prado e Julia Cadaval Martins abordam questões relativas a bancos estatais e sua relevância como potenciais alternativas para o sistema financeiro após a crise econômica mundial no artigo “Bancos estatais e controle da concorrência: qual o papel do interesse público?”, tema que foi explicitamente abordado e discutido entre os Conselheiros no julgamento da operação BB/NCNB, notadamente em função da ostensiva política de estímulo ao crédito adotada pelo Governo no auge da crise econômica, instrumentalizada justamente por meio do Banco do Brasil. O tema do impacto de políticas públicas sobre as condições de concorrência, em função desses fatores, estava em plena efervescência no momento do julgamento daquela operação e mereceu posicionamentos divergentes dos Conselheiros, em diálogo que iluminou a questão, aliás, para além do mercado financeiro.

Por fim, sobre a necessidade de utilização de guia específico na análise concorrencial dos casos que envolvem o Sistema Financeiro Nacional, o artigo “Princípio da livre concorrência e sistema financeiro: análise de condutas

ilícitas”, do ex-Presidente do CADE Fernando de Magalhães Furlan mostra-se de extrema relevância. Apoiado na análise da experiência brasileira e estrangeira sobre o tema, o Conselheiro contrabalança os riscos com os benefícios trazidos pela competição no setor financeiro. Se, de um lado, ela diminui a confiança e aumenta a agressividade dos atores econômicos, de outro a concorrência enseja incremento em eficiência, inovação, melhores preços e qualidade, conclui o autor.

Espera-se que este livro, de interesse não só para a academia, mas também, e principalmente, para aqueles que atuam no setor (seja no dia a dia das operações, seja na elaboração de normas de regulação, seja ainda na análise dos aspectos concorrenciais e consumeristas decorrentes das operações bancárias) possa contribuir para o avanço das discussões.

JULIANO MARANHÃO E CARLA OSMO