

# CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) E BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN): CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

*Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita*

## 1. Introdução

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) enfrentam-se há alguns anos quanto à competência de cada qual na defesa da concorrência no setor bancário nacional.

Busca-se no presente fazer um breve histórico da discussão, apresentando várias teses discutidas ao longo do caminho, bem como analisar a natureza e os efeitos das decisões do CADE, principalmente tendo em vista outras autoridades da Administração Pública.

Ao fim, conclui-se pela competência complementar do CADE quanto aos atos de concentração e concorrente quanto às condutas.

Traz-se também breve notícia das alterações legislativas que podem vir a fixar a competência exclusiva do Conselho quanto a todos os atos e condutas, salvo quanto aqueles atos que possam afetar a higidez do Sistema Financeiro Nacional, ocasião em que a competência será exclusiva do BACEN.

## 2. Histórico

A história desse embate no Brasil pode ser separada em duas partes: a antes e a depois do parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001.

### *2.1. A fase pré-parecer da Advocacia-Geral da União.*

O CADE julgou todos os atos de concentração envolvendo instituições financeiras que lhe chegaram à pauta, embora desde o Ato de Concentração nº 87/96, de 1996, envolvendo o Banco Francês e Brasileiro S.A. e Americas Finance Company Limited (Empresa do Banco Itaú S.A.)<sup>1</sup>, tenham surgido questionamentos

---

<sup>1</sup> Embora o processo tenha sido autuado como Ato de Concentração, acabou sendo tratado pelo Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da FONSECA como Consulta formulada pela Comissão de Valores Mobiliários, a partir de que se iniciou.

sobre a sua competência para analisar tais atos em face do disposto principalmente no art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que determina competir ao Banco de Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, “coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei”<sup>2</sup>.

O Conselheiro Relator apreciou o mérito destacando que, a despeito, principalmente, do art. 10, X, “c”, e do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, não exclui a competência do CADE para apreciar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, não havendo quaisquer incompatibilidades entre esses diplomas normativos<sup>3</sup>.

Depois, no Ato de Concentração nº 08012-005424/99-00, envolvendo a DaimlerChrysler Administradora de Consórcios S.C. Ltda., a Starexport Trading S.A. e a CIM Comercial e Importadora Ltda., que se tratava de operação de transferência de controle de uma administradora de consórcio, cuja atividade

---

<sup>2</sup> Nesse caso, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) determinou o arquivamento do processo por entender ser órgão incompetente para analisar atos de concentração envolvendo instituições financeiras em virtude da existência de regulação específica, devendo tão-só haver notificação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de tais operações, escapando-lhe, porém, a competência para analisar seu mérito. O Conselheiro Relator cancelou o despacho da então Secretária da SDE e colocou em pauta o processo. A Procuradoria do CADE opinou no sentido de que a participação do Conselho na análise de atos envolvendo instituições financeiras dependeria de regulamentação pelo BACEN, já que seria de sua exclusiva alçada regular a matéria. O BACEN foi então instado a manifestar-se duas vezes: na primeira, limitou-se a informar que lhe compete autorizar alterações societárias em instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, podendo o CADE solicitar-lhe informações adicionais a respeito do assunto; na segunda, ficou silente. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), por sua vez, expediu parecer condicionando a sua apreciação da questão à decisão do CADE sobre sua própria competência para analisar ou não, enfim, atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

<sup>3</sup> “Adotando, portanto, o entendimento de que os diplomas legais, independentemente de sua posição hierárquica [Lei nº 4.595/64 com ‘status’ de lei complementar e a Lei nº 8.884/94 com de lei ordinária], devem ser vistos num *contexto de integração* e que os órgãos por eles criados *devem exercer todas as funções estabelecidas pela lei que os criou*, não posso fugir à conclusão de que deve *haver uma colaboração estreita* entre todos estes órgãos para que possam exercer plenamente todas as suas competências legais (...) Como conclusão de toda a fundamentação acima exposta, (...) devo responder à consulta, afirmando que o ato de concentração pela CVM deverá ser *submetido à apreciação do CADE*” (AC nº 87/96, voto do Cons. Rel. João Bosco Leopoldino da FONSECA, grifos dele).

depende de autorização do BACEN, de acordo com o art. 33, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, o Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da FONSECA, em decisão datada de 23 de agosto de 2000, entendeu que os dispositivos da Lei nº 4.595/64 que tratam da concorrência foram revogados pela Lei nº 8.884/94<sup>4</sup>.

No Ato de Concentração nº 08012.000765/00-41, que se tratava de uma operação de aumento de participação acionária do BNY International Financing Corporation no capital social do Banco Credibanco S.A., o Conselheiro Relator Thompson ANDRADE esposou o entendimento de que o art. 54, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.884/94 não estabeleceu exceções à competência do CADE, que deve, portanto, apreciar toda e qualquer forma de concentração, inclusive as envolvendo instituições financeiras.

A operação de aquisição pelo Banco Santander Central Hispano S.A. de cerca de 94,5% das ações de emissão da Patagon e de cerca de 76,5% dos direitos de participação na Patagon detido por outras empresas, consubstanciada no Ato de Concentração nº 08012.007435/00-02, continuou a “saga” da disputa dos estudiosos sobre a competência do Conselho para julgar casos envolvendo o Sistema Financeiro Nacional.

O Conselheiro Celso Fernandes CAMPILONGO, em voto vista, ressaltou seu entendimento de que não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, existindo, sim, matérias reservadas, no texto constitucional, a uma e outra. Assim, o conteúdo não-financeiro da Lei 4.595/64 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF) como lei complementar, não lhe competindo regular matéria referente ao controle das estruturas do mercado e das condutas anticoncorrenciais<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> “(...) a Lei nº 4.595/64 foi revogada pela Lei nº 8.884/94 no que tange à *concorrência*. Donde se conclui que o BACEN tem competência para análise da presente operação sob o ponto de vista de regulamentação. Mas o CADE a tem sob o aspecto da concorrência. Defendi esta mesma posição no Ato de Concentração nº 87/96 (...) Neste processo (...) *existem duas relações jurídicas* regidas por normas específicas. A primeira se concretiza entre o *poder público* num pólo e *as empresas* no outro. Existe aí uma relação de Direito Administrativo, regida pela *Lei nº 4.595/64*, que atribui ao BACEN o poder regulamentar sobre as empresas. A segunda se configura no contexto concorrencial *entre as empresas*, a ser examinado pelo CADE. Este examina o presente ato sob o ponto de vista da defesa da concorrência, para impedir qualquer lesão à *coletividade*, titular dos direitos regulamentados pela *Lei nº 8.884/94*” (grifos dele).

<sup>5</sup> O Conselheiro entendeu que “a Ordem Econômica alberga todos os setores da economia e possui como um de seus pilares de sustentação a noção da *defesa da concorrência* (...) É preciso deixar claro, no entanto, que o raciocínio supramencionado não afasta a

## 2.2 Parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001

O parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001, anexo ao parecer GM-020, que teve origem no Processo nº 00001.006908/2000-25 do Ministério da Justiça, consulta sobre conflito positivo de competências entre o BACEN e o CADE para análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras suscitado com base em pareceres da Procuradoria-Geral do BACEN, da Procuradoria do CADE e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, além de estudo intitulado “Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário”, de Gesner OLIVEIRA e Carlos Jacques Vieira GOMES, procurou solucionar a questão.

O parecer da AGU sumariou as posições defendidas por cada um<sup>6</sup> e concluiu pela competência exclusiva do BACEN 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”.

---

tarefa regulatória do BACEN em torno, inclusive, de aspectos concorrenciais. Explico. A regulação do setor financeiro no sentido de produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas do setor financeiro e em busca da proteção da poupança popular, é perfeitamente possível. Mais: *não há incompatibilidade alguma entre essa regulação e as funções de adjudicação da matéria concorrencial pelo CADE. Ao contrário, são mecanismos perfeitamente harmoniosos e complementares (...)* Quanto à competência do Banco Central para autorização das instituições financeiras ‘a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas’ (art. 10, inc. X, ‘c’ da Lei nº 4.595/64), tem-se que não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no art. 54 da Lei nº 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, e de proceder, conforme o caso, à sua aprovação com ou sem restrições ou à sua desconstituição” (grifos dele).

<sup>6</sup> A Procuradoria-Geral do BACEN entendeu que a competência é exclusiva do BACEN, pois a Lei nº 4.595/64 é lei complementar e, além disso, lei específica em relação à Lei nº 8.884/94, lei ordinária geral. Já a Consultoria do Ministério da Justiça e a Procuradoria do CADE, com base no estudo *supra* referido, entenderam que as competências do BACEN e do CADE quanto à análise dos atos de concentração (caráter preventivo) são complementares, enquanto que a das condutas (caráter repressivo) é exclusiva do CADE, com base no entendimento de que cabe ao BACEN autorizar previamente atos de concentração e instruir os processos administrativos envolvendo tais atos e condutas infrativas à ordem econômica, competindo ao CADE, a seu turno, funcionar como tribunal administrativo e julgar definitivamente esses processos.

Aprovado pelo Presidente da República, esse parecer tem caráter vinculante aos órgãos da Administração Federal, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Sendo o CADE uma autarquia, embora de regime especial, integra, nos termos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Administração Indireta federal. Estaria ele, então, sujeito a esse parecer?

### 2.3 Caso *Finasa Seguradora*

O Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Caso *Finasa Seguradora*) tornou-se um marco desta atribulada discussão na jurisprudência do CADE, pois foi o primeiro ato de concentração envolvendo sujeitos regulados pelo BACEN julgado após o parecer vinculante da AGU.

A Conselheira Relatora Hebe Teixeira ROMANO entendeu estar o CADE vinculado ao parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, cabendo, portanto, ao BACEN analisar os atos de concentração do setor financeiro<sup>7</sup>, no que foi seguida pelo Conselheiro Presidente João Grandino RODAS.

Não foi, contudo, a posição adotada pela maioria, que considerou ser o CADE o órgão competente para analisar atos de concentração e condutas no âmbito do sistema financeiro nacional. Decidiu-se não estar o Conselho vinculado ao parecer da AGU quanto a suas atividades-fim, ou seja, de adjudicação, mas somente quanto a suas atividades-meio.

O Conselheiro Celso Fernandes CAMPILONGO, abrindo voto divergente do da Relatora, destacou que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, havendo, sim, matérias reservadas à primeira por exigência constitucional; não vislumbrou conflito real de competências entre o CADE e o BACEN, entendendo ambos terem competências complementares para analisar atos de concentração, não sobrevivendo também o argumento defendido pela Procuradoria do BACEN de que a Lei nº 4.595/64 seja específica em relação à Lei nº

---

<sup>7</sup> Ela entendeu que “(...) nestes específicos casos, deve o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica remeter, imediatamente, àquela Autarquia [BACEN] este Ato e todos os que estejam em apreciação no âmbito deste Conselho, orientando o Senhor Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça que proceda, de igual modo, em relação aos feitos que ainda estejam sob análise daquela Pasta, bem assim que, de agora por diante, oriente aos Representantes Legais das Instituições que àquela Secretaria dirijam peças na forma das disposições da Lei nº 8.884/94 que o façam diretamente na Autarquia – Banco Central do Brasil, em estrita observância à conclusão acima transcrita”.

8.884/94, pois que se poderia argumentar que a Lei da Concorrência é específica no que tange a defesa da concorrência em relação àquela.

O Conselheiro estabeleceu a distinção entre controle prudencial, ou regulação, que deve ser exercida pelo órgão regulador, o BACEN, e o controle posterior, adjudicatório, pelo CADE.

O Conselheiro Roberto PFEIFFER, por sua vez, asseverou que a “norma do art. 15 da Lei nº 8.884/94 estabelece de forma clara, sem conferir imunidade nenhum setor da economia, a atribuição do CADE em efetivar a análise de atos de concentração de entes privados (...) Igualmente, ao referir-se às condutas que tipificam infração à ordem econômica, a Lei nº 8.884/94, em seus artigos 20 e 21 não estabeleceu nenhuma exceção em relação aos sujeitos vinculados a tais normas”.

#### *2.4 Situação após o Caso Finasa Seguradora até os dias atuais*

O entendimento do CADE, entretanto, não importou em efetividade.

Na prática, a maioria das operações envolvendo instituições financeiras não vêm sendo apresentadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), restando à margem de uma análise concorrencial.

Além disso, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, órgãos da Administração Direta cuja função é instruir os processos que chegam ao Conselho, consideram-se vinculadas ao parecer da AGU, declinando de sua competência, dificultando a análise dos casos, já que o CADE acaba por ficar alijado de seus braços probatórios.

É o que se verifica, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.005581/2002-19, Caso Mellon Bank, em que se analisou operação de criação de uma *joint venture* de prestação de serviços de custódia global entre o Mellon Bank N.A. e o ABN AMRO Bank N.V.

Aí, a SDE e a SEAE recusaram-se a se manifestar, posição reforçada pelo parecer do Ministério Público Federal (MPF), restando ao Conselho tentar instruir canhestamente o processo.

O Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme PRADO chegou a sugerir que fosse implementada uma maior cooperação entre o CADE e o BACEN, cabendo a esta autarquia ajudar na instrução dos processos administrativos (num sentido amplo) envolvendo instituições financeiras, sendo de seu entendimento “que compete ao CADE tratar de questões concorrenciais, em cooperação e de forma concorrente com o BACEN, exceto nos casos em que, por razões de

risco sistêmico argüido pelas autoridades monetárias, seja necessária uma rápida e pronta intervenção do BACEN”, seguindo, no mais, a jurisprudência do Conselho firmada pelo Caso Finasa Seguradora.

O Conselheiro Ricardo Villas Bôas CUEVA, em voto vista, reconheceu a não efetividade da posição do Conselho quanto à matéria, entendendo, inclusive, como “erro escusável, excludente de punibilidade no que tange aos atos de concentração”, qualquer apresentação intempestiva ao SBDC.

Por fim, caso recente, julgado em janeiro de 2005 – Ato de Concentração nº 08012.002617/2004-74 –, que se tratava de uma fusão mundial entre a Bank One Corporation e a J.P. Morgan Chase & Co., apenas reafirmou a competência do CADE para julgar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, não tendo havido aí, novamente, qualquer instrução por parte da SDE e da SEAE.

### **3. Conflito de competência entre o CADE e o BACEN**

Afinal, após quase 10 anos de discussões, a quem compete analisar e julgar atos de concentração e condutas envolvendo instituições financeiras?

Seguem algumas questões sobre o conflito, muitas delas já analisadas no parecer da AGU e no Caso Finasa Seguradora.

#### *3.1 A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o parecer da AGU*

Da disputa entre o BACEN e o CADE, acabou surgindo processo junto à Advocacia-Geral da União, do qual emanou o parecer nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001, anexo ao parecer nº GM-020 de 5 de abril de 2001, aprovado no mesmo dia pelo Presidente da República para os efeitos do art. 41 combinado com o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (LC nº 73/93)<sup>8</sup>, que instituiu a lei orgânica da Advocacia-Geral da União, concretizando o comando do art. 131 da CF.

---

<sup>8</sup> Tal é a redação desses dispositivos: “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. (...) Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

À Advocacia-Geral da União cabe, nos termos constitucionais, “atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

Nesse âmbito, o parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República foi uma forma encontrada de dar fim ao conflito positivo de competências entre o CADE e o BACEN.

Logrou êxito, na prática, posto que a SDE e a SEAE declararam-se vinculadas a ele e, portanto, incompetentes para desenvolverem suas funções instrutórias, embora o CADE tenha se declarado vinculado apenas quanto a suas atividades-meio, procedimentais, não quanto a suas atividades-fim.

Porém, há, aí, duas questões: i) é constitucional esse § 1º do art. 40 e o art. 41 da LC nº 73/93; e ii) pode o CADE eximir-se de sua observância, declarando, inclusive, a sua inconstitucionalidade?

Parece-nos ser inconstitucionais esses dispositivos por extrapolarem o seu âmbito material. Ao concretizar o comando do art. 131 da CF, a LC nº 73/93 só poderia cuidar de matéria atinente ao funcionamento e pormenores da AGU, e não inserir cláusulas de interpretação de normas e de vinculação de toda a Administração indiscriminadamente.

Estar-se-ia, por esse modo, inserindo um mecanismo oblíquo de controle de toda a máquina pública pelo Presidente da República, quando, na realidade, tal não pode dar-se com tamanha extensão e profundidade, em flagrante burla ao espírito e, por vezes, à letra da lei.

Existem órgãos da Administração Pública, notadamente autarquias de regime especial, dotadas de elevado grau de autonomia, cujas decisões não podem ser revistas no âmbito administrativo por qualquer “superior” hierárquico, como é o caso do próprio CADE, conforme expressamente consignado no art. 50 da Lei nº 8.884/94<sup>9</sup>.

Isso vale também para as assim denominadas “agências reguladoras”, elas também autarquias de regime especial; se assim não o fosse, seria total desperdício de recursos humanos e financeiros instituir tais entidades, pretensamente mais independentes e técnicas, se suas decisões ficassem comprometidas ou condicionadas por um parecer da AGU assinado pelo Presidente da República.

Dessa forma, pode-se dizer que os arts. 40 e 41 da LC nº 73/93 são, nos seus termos, inconstitucionais. Pode-se, porém, conferir-lhes “interpretação

---

<sup>9</sup> “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.



conforme” à Constituição, para atribuir-lhes o sentido de vinculação somente dos órgãos que compõem a AGU ou daqueles somente da Administração Direta, ou, então, como o CADE entendeu, quanto às atividades-meio. No máximo, podem ser entendidos como norma geral cuja aplicação deve ser analisada no caso concreto.

Mas poderia o CADE recusar-se a dar cumprimento a esse parecer?

Entendemos que poderia fazê-lo com base no art. 50 da Lei nº 8.884/94, tanto mais quando paira severas dúvidas quanto à abrangência da aplicação desse parecer.

Contudo, não poderia alegar inconstitucionalidade do disposto na LC nº 73/93, já que o controle de constitucionalidade só cabe ao Poder Legislativo quando da elaboração das leis, ao Chefe do Poder Executivo através do veto e ao Poder Judiciário, nas modalidades concentrada e difusa. Somente a CF ou a lei (em princípio) poderia atribuir ao CADE o poder de analisar incidentalmente a constitucionalidade de uma lei<sup>10</sup>.

### 3.2 *Lei complementar e lei ordinária*

O art. 192 da CF trazia extensa redação reservando à lei complementar a regulação do sistema financeiro nacional, enumerando, inclusive, algumas matérias que dela deveriam constar.

A Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, revogou todos os incisos, alíneas e parágrafos, deixando um singelo “caput” conferindo a leis complementares, no plural, a atribuição de regular o sistema financeiro nacional<sup>11</sup>. Ou seja, não alterou muita coisa na realidade.

Discussão travada no Caso Finasa Seguradora e no parecer da AGU disse respeito a suposta superioridade da lei complementar sobre a lei ordinária: argumentou-se que a Lei nº 4.595/64 seria superior à Lei nº 8.884/94, derogando-a

---

<sup>10</sup> O mesmo argumento não poderia ser alegado em relação à SDE e à SEAE, órgãos da Administração Direta e sujeitos a uma estrutura hierárquica em que, no topo, encontra-se o Presidente da República, isso se se considerar constitucional e legal o arts. 40 e 41 da LC nº 73/93 e considerar-lhes aplicável fora da estrutura da AGU.

<sup>11</sup> “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

e, assim, conferindo ao BACEN a competência exclusiva para analisar atos de concentração e condutas anticoncorrenciais no setor financeiro.

Existe doutrina já ultrapassada que afirma ser a lei complementar superior à lei ordinária; tal não subsiste. Conforme leciona José Afonso da SILVA, não existe hierarquia entre essas leis, mas, sim, matérias reservadas, por expressa disposição constitucional, à lei complementar. São assim leis complementares, de quorum privilegiado, não pelo simples quorum em si, mas porque a CF determina que sejam matérias por esse modo reguladas<sup>12</sup>.

Se a matéria não for daquelas reservadas à lei complementar, é materialmente ordinária, tendo esse *status* mesmo que se edite lei complementar para regulá-la, podendo, inclusive, ser alterada por lei ordinária posterior.

Relacionado a esse debate, houve outra discussão: os dispositivos da Lei nº 4.595/64 que tratam da regulação dos aspectos concorrenciais do setor financeiro são materialmente ordinários e teriam então sido revogados pela Lei nº 8.884/94, que trata da mesma matéria e é posterior?

Entendemos que a resposta seja negativa: os dispositivos “concorrenciais” da Lei nº 4.595/64 regula os aspectos “prudenciais”, apriorísticos, do setor financeiro. Referem-se a aspectos regulatórios, atuando o BACEN como órgão regulador, embora não dotado do alto grau de autonomia das autarquias de regime especial. Já a Lei nº 8.884/94 regula a concorrência num momento posterior, de julgamento, tendo em vista a defesa da concorrência como direito subjetivo da coletividade.

São, portanto, compatíveis as duas leis, não havendo de se falar em derrogação ou revogação das normas concorrenciais da Lei nº 4.595/64 pela Lei nº 8.884/94.

Sustentar que apenas leis complementares devem reger o sistema financeiro nacional é, no mínimo, temerário, pois estar-se-ia defendendo a necessidade de toda uma legislação complementar estritamente financeira, isto é, um código de processo financeiro, um código de defesa do consumidor das instituições financeiras, uma justiça financeira, enfim, um mundo jurídico destacado do sistema jurídico brasileiro, com regras próprias, alheio até, no limite, do resto da Constituição Federal.

---

<sup>12</sup> O autor entende assim quanto àquelas matérias cuja regulamentação é privativa de lei complementar, entendendo, no entanto, haver hierarquia quando uma lei complementar é lei geral, fundamento de leis ordinárias e atos normativos, como o é, por exemplo, o Código Tributário Nacional (conferir *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª edição, pp 246-250).

Claro, o art. 192, na nova redação, remete a leis complementares para regular o sistema financeiro nacional, mas ele não existe sozinho no ordenamento; pelo contrário, está no “Título VII – Da ordem econômica e financeira”, sendo regido pelos princípios da ordem econômica enumerados no art. 170, dentre os quais encontra-se a livre concorrência<sup>13</sup>.

### *3.3 Derrogação de lei geral por lei específica*

O parecer da AGU trouxe um segundo argumento para sustentar a competência exclusiva do BACEN, qual seja, a de que a Lei nº 4.565/64 é lei específica em relação à Lei nº 8.884/94, competindo a ela dispor sobre as condições de concorrência entre instituições financeiras e, por conseguinte, ao BACEN analisar os atos e condutas concorrenciais do setor.

Essa regra aplica-se quando há antinomia aparente de normas e está expressamente prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução do Código Civil – LICC): “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

O Conselheiro CAMPILONGO, entretanto, pôs a seguinte indagação: por que seria a Lei nº 4.595/64 específica só porque regula o sistema financeiro? Pode-se dizer, por outro lado, que a Lei nº 8.884/94 é específica em relação àquela no que concerne à defesa da concorrência, aplicando-se, portanto, inclusive, ao sistema financeiro.

### *3.4 Imunidades ou isenções concorrenciais implícitas*

Imunidades, determinadas pela CF, ou isenções concorrenciais, por lei infraconstitucional, são hipóteses de não incidência ou derrogação da Lei nº 8.884/94 a determinadas pessoas ou situações ou a certos setores.

---

<sup>13</sup> Arnaldo Wald, entretanto, dentre outros, entende que só a Lei nº 4.595/64, lei recepcionada como lei complementar, regula a concorrência no sistema financeiro nacional, já que a Lei nº 8.884/94 é ordinária, além daquela ser específica em relação a esta (“O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção dos consumidores nas operações financeiras”, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 10, out./dez. de 2000, pp. 18-9).

Se explícitas, não contrariando a CF, não há maiores discussões. Não existe, porém, tal modalidade no ordenamento jurídico brasileiro<sup>14</sup>.

Costuma surgir polêmica quanto a ditas “imunidades implícitas” no que tange especialmente a setores regulados, em que, via de regra, existem órgãos reguladores e as condições de mercado são no todo ou em parte definidas ou limitadas por uma autoridade pública, como é o caso do setor financeiro.

Assim, o setor financeiro, por possuir legislação específica (vide item 3.3), estaria isento da aplicação da Lei nº 8.884/94 pelo CADE; seria da alçada do BACEN regular e fiscalizar as condições de concorrência entre as instituições financeiras com base nas “disposições genéricas” da Lei nº 4.595/64, segundo parecer da AGU.

O Conselho não reconheceu tal argumentação no Caso Finasa Seguradora, nem a doutrina tende a fazê-lo.

Duas teses que costumam surgir no diapasão das imunidades implícitas são a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*, importadas da jurisprudência norte-americana, tendo o CADE considerado, algumas vezes, aplicar-se a setores regulados uma versão da primeira<sup>15</sup>.

### 3.5 A Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997

Argumento utilizado em prol da competência exclusiva do BACEN para analisar atos de concentração é a faculdade conferida à autoridade monetária de, “visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da pos-

---

<sup>14</sup> Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única exceção, uma única imunidade à aplicação dos princípios concorrenciais: a hipótese do planejamento econômico impositivo prevista no artigo 174 da Constituição Federal: “note-se que para que a imunidade ocorra não basta uma situação jurídico-formal. É necessário, portanto, que haja definição de metas e que órgãos governamentais, empresas estatais e de economia mista ajam ao estrito cumprimento dessas metas” (“Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”, in Celso Fernandes CAMPILONGO et al. (org.), *Concorrência e regulação no setor financeiro*, p. 134).

<sup>15</sup> Há, no direito norte-americano, basicamente duas doutrinas, com fundamento na jurisprudência, sobre o relacionamento das autoridades concorrenciais e os órgãos reguladores (“agências”): a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*. A primeira surgiu dos confrontos de competência entre agências reguladoras estaduais e a agência antitruste, federal, nos EUA. Essa doutrina estabelece dois critérios ou requisitos cumulativos para que haja a isenção da regulação de dado setor em relação às normas

terior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária”, determinar a transferência de controle acionário (art. 5º, II) e a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão (art. 5º, III). Foi uma das teses formuladas pela Procuradoria-Geral da autarquia e pela AGU.

Podem ser tecidas três considerações a esse respeito: i) a Lei nº 9.447/97 remete a uma hipótese de risco sistêmico, e, portanto, excepcional. Não se pode pretender criar uma regra a partir da exceção; ii) ainda que um ato de concentração se dê por iniciativa do BACEN em virtude de risco sistêmico, nada impede que a operação seja submetida, posteriormente, ao crivo do CADE. Não se pode usar o “risco sistêmico” como desculpa a toda e qualquer concentração bancária; iii) essa lei é formalmente inconstitucional, pois é lei ordinária regulando matéria reservada pela CF à lei complementar.

#### 4. Concorrência e regulação no setor financeiro

Concorrência e regulação não se excluem, embora haja sempre uma tensão entre o setor regulado e seu órgão regulador e a autoridade concorrencial.

Sempre surge debate quanto a imunidades do setor regulado ou competência exclusiva do órgão regulador para normatizar, fiscalizar e sancionar aspectos concorrenciais, de um lado, e o tribunal concorrencial, de outro, que busca concretizar o mandamento constitucional e infraconstitucional de defesa da concorrência e a sua competência de julgar todas as pessoas, sem exceção.

Não é diferente no que concerne ao sistema financeiro nacional: o BACEN entende ser de sua exclusiva competência a análise de atos de concentração e condutas potencialmente anticoncorrenciais, enquanto o CADE enten-

---

concorrenciais: i) que os atos normativos ou as decisões do órgão regulador substitua expressa e claramente a concorrência pela regulação e ii) que haja supervisão ativa e constante das obrigações impostas pela agência. A segunda doutrina surgiu para determinar se e quando há isenção antitruste quando existe uma agência federal regulando um mercado. Consoante a *Pervasive Power Doctrine*, o poder da agência deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão e aplicar-se-ia quando: i) o poder do órgão regulador fosse extenso o suficiente para substituir a concorrência pela regulação ou ii) o poder da agência seja profundo o suficiente, isto é, sua competência já abranja a de aplicar diretamente a lei concorrencial (a lei criadora da agência tem de conferir-lhe poder de aplicar a lei antitruste). Calixto SALOMÃO FILHO explica bem as origens e desenvolvimento, bem como sua eventual aplicação no direito brasileiro (ver *Direito Concorrencial – As estruturas*, 2ª ed., pp. 209-233).

de ser de competência complementar a análise de atos de concentração e exclusiva a de julgar condutas.

#### *4.1 Conselho Monetário Nacional (CMN) e BACEN: regulação do sistema financeiro nacional*

O CMN é o órgão superior do Sistema Financeiro Nacional, composto pelo Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro do Planejamento e do Orçamento e pelo Presidente do BACEN (art. 2º do Regimento Interno do CMN, anexo ao Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994). Reúne-se ordinariamente uma vez por mês ou extraordinariamente por convocação do seu Presidente (art. 13 do Regimento Interno), sendo as decisões normativas adotadas mediante resoluções assinadas pelo Presidente do BACEN, veiculadas pelo Sistema de Informações Banco Central (SISBACEN) e publicadas no Diário Oficial da União (DOU) (art. 30 do Regimento Interno).

Nos termos da Lei nº 4.595/64, compete ao Conselho Monetário Nacional (CMN), segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas” (art. 4º, VIII).

Já ao BACEN cabe “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9º), sendo de sua competência privativa, dentre outros: i) conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas ou encampadas (art. 10, X, “c”) e alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário (art. 10, X, “g”), podendo ainda, com base nas normas emitidas pelo CMN, “inserir as cláusulas que reputar convenientes para o interesse público” (consoante art. 10, § 1º); e ii) exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (art. 10, IX).

O art. 18, § 2º, determina que “[o] Banco Central 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*” (grifo nosso), cominando a pena de “multa pecuniária variável” (art. 44, II), aplicada até 200 vezes o valor do salário mínimo, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo (art. 44, § 2º), cometerem abusos de concorrência (art. 44, § 2º, “b”, parte final).

Assim, cabe ao CMN regular o setor financeiro e ao BACEN executar as normas daquele e exercer as funções de fiscalização e punição. Pode-se dizer que, em conjunto, fazem as vezes de “órgão” de regulação do sistema

financeiro nacional; ao invés de existir um único órgão com todas as atribuições, existem dois, um órgão de formação temporária (o CMN) e uma autarquia (o BACEN) dotada de baixa autonomia.

#### 4.2 Da natureza e efeitos das decisões do CADE em relação ao BACEN

Como visto, as decisões normativas do CMN traduzem-se em resoluções implantadas pelo BACEN, a quem cabe fiscalizar sua execução e sancionar as transgressões.

E dentre as funções do BACEN, como inclusive assinalado no Caso Finasa Seguradora e no parecer da AGU, é regular as condições de concorrência no setor e também punir abusos de concorrência, mas nos termos e limites da Lei nº 4.595/64.

Quanto às estruturas, compete-lhe autorizar, previamente, operações que envolvam transformação, fusão, encampação ou alteração de controle acionário.

Logo, indaga-se, em relação a esse sistema, qual deve ser a extensão e alcance das decisões do CADE na medida em que resvalam na competência do BACEN.

Na análise que se segue, desconsidera-se, para fins doutrinários, o parecer da AGU e seu caráter vinculante, discutidos *supra*.

##### 4.2.1 Das decisões do CADE quanto às estruturas

Se o CMN e o BACEN têm a função de agentes reguladores, o CADE tem natureza de tribunal administrativo (art. 3º da Lei nº 8.884/94) e suas decisões “quase judiciais” têm efeitos condenatórios e mandamentais, fazendo, pode-se dizer, “coisa julgada” no âmbito administrativo, não podendo ser modificadas mais aí (conforme art. 50 da Lei nº 8.884/94). Aliás, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou recentemente entendimento de que as decisões do CADE têm natureza administrativa judicial no julgamento do REsp 590.960/DF<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Cujas ementa é: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. 1. “A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial

Antes de tudo, deve-se atentar para o fato de que a competência quanto a estruturas entre o BACEN e o CADE é complementar, cabendo àquele autorizar previamente os atos de concentração e a este analisá-los e aprová-los (com ou sem restrições)<sup>17</sup>, quando só então terá eficácia “*ex tunc*”. Se o ato for rejeitado pelo CADE e dele já tiverem advindo efeitos perante terceiros, o Plenário “determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades *ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica*, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros” (art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94, grifo nosso)<sup>18</sup>.

à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título executivo que poderá ser de origem judicial ou extrajudicial. No inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, ‘todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva’. Assim, a disposição do art. 60 da Lei nº 8.884, de 1994, está em consonância com a lei que disciplina o processo comum. (...) A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um ‘órgão judicante’. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.” (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313) (...) 3. O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIn 1094-8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art. 65 da Lei 8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. 4. O art. 60 da Lei 8.884/94 dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial(...)” (Rel. Min. Luiz FUX, 1ª Turma, publicado no DJ de 21/03/2005, p. 234).

<sup>17</sup> Aliás, se o BACEN rejeitar um ato de concentração, este nem chegará ao CADE, pois a autorização pela autoridade monetária é condição necessária e indispensável para que chegue ao julgamento pelo tribunal da concorrência. O CADE não pode aprovar ato sem aprovação prévia pelo BACEN, pois esta não é sua função dentro da estrutura jurídica desse mercado, não sendo também órgão regulador.

<sup>18</sup> “Chegamos à conclusão, desde já, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, possui competência para a análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. Toda vez que uma transferência de controle acionário redundar em um ato de



Em outras palavras, a autorização da operação pelo BACEN é condição necessária e essencial, mas não definitiva, para que, numa fase subsequente, chegue à apreciação do CADE, que, por sua vez, poderá rejeitá-la ou aprová-la, dentro dos limites da legislação antitruste. A autorização prévia pelo órgão monetário não vincula o tribunal concorrencial, mesmo porque o CADE é o único ente competente para zelar na seara administrativa pela aplicação específica da Lei nº 8.884/94, conforme os procedimentos estabelecidos nela.

Desse modo, é como se houvesse dois “filtros” para uma operação ser aprovada: o do BACEN e, a seguir, superado o primeiro, o do CADE, um independente do outro.

O problema é que o ordenamento não estabelece um relacionamento entre o CADE e o BACEN, gerando entendimentos dissonantes.

O BACEN entende ser o único órgão competente para supervisionar o sistema financeiro em todos os seus aspectos, enquanto o CADE entende-se competente para defender a concorrência mesmo nesse setor, com a ressalva de que, nos segmentos regulados (ao menos no concernente a “serviços públicos”, idéia que pode ser transportada para aqui), as “condições para aprovação” constantes de suas decisões traduzem-se em meras recomendações para que o órgão regulador adote-as, como se vê no Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, voto do Conselheiro Roberto PFEIFFER<sup>19</sup>.

---

concentração, duplo exame será necessário: a transação deverá necessariamente e em primeiro lugar, passar pelo crivo do Banco Central e, numa segunda etapa, do CADE, buscando obter aprovação destas autoridades. [...] Logo, sob a atual conjuntura normativa, nosso modelo é o de competência compartilhada: questões técnico-econômicas ficam a cargo do BACEN, e as concorrenciais, sob responsabilidade do CADE” (Paulo Zupo MAZZUCATO, “Do conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional”, Revista do Ibrac, vol. 8, nº 2, pp. 22-3).

<sup>19</sup> Como vê-se no seguinte excerto do voto proferido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos PFEIFFER: “(...) Cabe, agora, analisar se elas [sugestões] devem ser adotadas como recomendações ao órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Nesse contexto, cumpre inicialmente mencionar a decisão pioneira do Conselheiro Mércio Felsky, no Ato de Concentração nº 08000.021006/97-65, requerentes Gas Natural SDG S.A., Ementhal Participações e Empreendimentos Ltda., Borgogna Participações e Empreendimentos Ltda. Conforme se definiu à época, sob referendo unânime do Plenário do CADE, é prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção das medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público [como o é o de distribuição local de gás canalizado]. Assim, ressaltou-se que não cabe a este Conselho determinar modificações nos contratos de

Ainda que se tomasse essa posição do CADE como correta, não se aplica ao sistema financeiro, pois o BACEN não celebra contratos com os agentes econômicos no exercício de suas atribuições regulatórias, apenas autoriza ou rejeita operações que ocasionam mudanças na estrutura do mercado ou dos próprios agentes.

Qualquer alteração estrutural do setor financeiro deve passar necessariamente pelo crivo do BACEN, mas só se completa e tem eficácia com o aval do CADE (art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/94).

---

concessão, uma vez que na prestação de serviços públicos, incumbe ao Estado constituído deliberar livremente quanto à estrutura do mercado a teor do art. 175 da Constituição. (...) Nunca é demais lembrar que, não obstante a norma do art. 175 e, no caso em questão, do art. 25, § 2º, também da Constituição Federal, prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV, e art. 173, § 4º). Neste contexto, a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público (no caso em análise pertencente aos Estados Federados, por força do já citado art. 25, § 2º, da CF) não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, creio que a solução ideal seja a de expedir uma recomendação ao poder concedente para que adote as providências listadas pela ANP e SEAE”. Na verdade, de uma leitura mais profunda deste voto, percebe-se que o Conselheiro defende que o CADE tem o poder de ordenar o cumprimento de suas decisões às autoridades federais, entendendo ele apenas que o Conselho não tem o mesmo poder em relação aos outros entes federativos. Entretanto, os casos que se seguiram não entraram nessas minúcias, limitando-se a peremptoriamente afirmar, como no AC nº 08012.003971/2001-73 (Gás Natural São Paulo Sul S.A.), que “(...) dada a competência estadual para explorar os serviços locais de gás canalizado, e sendo estes serviços públicos, a sua regulamentação pelo Estado de São Paulo não pode ser objeto de revisão por este Conselho [CADE]. O Estado da Federação, por determinação constitucional, dispõe de um poder tão amplo e extenso que é capaz de determinar o padrão concorrencial. Dessa forma, é plenamente possível, sob o ponto de vista estritamente legal, a criação de verdadeiros ‘monopólios’ de produção e prestação de serviço. Em contrapartida, é necessária a substituição do autocontrole do mercado pelo sistema regulamentar, que deve passar a estabelecer as variáveis relevantes a serem controladas, devendo ser inclusive objeto de fiscalização constante pelo poder concedente” (voto do Conselheiro Cleveland Prates TEIXEIRA). O Conselho tem aplicado, então, uma forma da *State Action Doctrine* quando se trata de serviços públicos.

Mesmo a possibilidade que a Lei 4.595/64 abre ao BACEN de exigir a inclusão de cláusulas que julgar de interesse público a fim de aprovar dada operação (art. 10, § 1º) não contradiz o que afirmamos, posto que tais cláusulas inserem-se em contratos firmados entre *terceiros*, e não com a autoridade monetária, o órgão regulador, como costuma ocorrer, por exemplo, com os serviços públicos, geralmente realizados sob regime contratual com terceiros. A inserção de tais cláusulas, nesse contexto, é condição de autorização, mas continua a não obrigar o tribunal concorrencial.

Pode ocorrer de o CADE, porém, entender que alguma ou todas essas cláusulas, ou alguns de seus aspectos, sejam anticoncorreciais, hipótese em que sua decisão, nos seus termos, deverá ser cumprida pelos agentes econômicos e tolerada pelo BACEN.

Assim, por exemplo, se uma aquisição de banco, autorizada pelo BACEN, for aprovada com restrições pelo Plenário do CADE, essas devem ser implementadas pelos agentes econômicos em questão, não restando nada a ser feito ou avaliado pela autoridade monetária. O art. 50 da Lei 8.884/94 suporta esse entendimento, haja vista determinar que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, devendo, desde logo, serem executadas.

#### 4.2.1.1 Dos casos de risco sistêmico

Nos casos de risco sistêmico, é imperativa a atuação célere da autoridade monetária que tem o poder de, sendo necessário, promover as alterações societárias necessárias, inclusive atos de concentração.

Entendemos que mesmo nesses casos, o CADE deveria ser ouvido, analisar o ato. Seria necessário, certamente, a implantação de um procedimento sumaríssimo nesses casos, ou, alternativa ou cumulativamente, a celebração de compromissos de desempenho entre a autoridade concorrencial e os agentes envolvidos na operação.

Entretanto, o entendimento a esse respeito não caminha nesse sentido, como vê-se no item 4.3 *infra*.

#### 4.2.2 Das decisões do CADE quanto às condutas

Não existe tratamento às condutas concorreciais na normatização do sistema financeiro nacional, existindo, tão-só, um lacônico art. 18, § 2º, na Lei nº 4.595/64 que determina que o BACEN regulará as condições de concorrência

entre instituições financeiras, coibindo-lhe os abusos com aplicação de pena nos termos daquela lei.

Ocorre que a lei prevê apenas a pena de multa, não existindo qualquer regulamentação específica nem detalhamento.

Não há, ainda, previsão legislativa de articulação entre o BACEN e o CADE, como, por exemplo, competência instrutória para aquele, como ocorre em outros setores regulados com as “agências” (ANP, ANATEL, entre outras).

A par disso, não existe conflito real de competências na atuação do BACEN e do CADE na prevenção e repressão de condutas lesivas à concorrência, pois a autoridade monetária tem competência para, querendo, regular e aplicar sanções às instituições financeiras sob o prisma regulatório-prudencial, tendo em vista as características técnicas e econômico-financeiras peculiares do setor, como a garantia da higidez do sistema, enquanto ao tribunal concorrencial cabe analisar as condutas que lhe chegam sob a luz adjudicatória.

Não existe *bis in idem* nas punições infligidas pela autoridade monetária e pela autoridade concorrencial num mesmo caso, pois são áreas diferentes, punições distintas para infrações distintas. A própria Lei nº 8.884/94 ressalta que “[a] repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei” (art. 19).

Problema pode surgir quando a conduta tida como anticoncorrencial pelo CADE fundar-se em ato normativo do CMN e do BACEN.

Ora, tendo as decisões do CADE caráter mandamental, têm de ser cumpridas tanto pelos agentes econômicos quanto pelas autoridades. Não pode desconstituir a norma editada por outro órgão, pois não pode substituir-se às autoridades competentes. Deve-se interpretar a decisão do CADE como ordem a ser cumprida inclusive pela autoridade, pois não existe qualquer setor econômico imune ou isento à aplicação da lei concorrencial.

O não cumprimento das decisões do CADE importa até em crime de desobediência por parte do agente público recalcitrante e dos agentes econômicos envolvidos, conforme art. 330 do Código Penal.

Lembre-se do art. 36 da Lei nº 8.884/94, que reforça as decisões do CADE ao dispor que as autoridades federais, dentre outras que exemplifica, são obrigadas “a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE [Secretaria de Direito Econômico], inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”, ao que o art. 7º, X, completa, determinando que compete ao Ple-

nário “requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal [...] *as medidas necessárias ao cumprimento desta lei*” (grifo nosso).]

O verbo “requisitar” apenas remete à inexistência de hierarquia entre órgãos e entes distintos da Administração. Ou seja, a decisão do CADE não prevalece sobre o ato normativo do BACEN porque aquele é hierarquicamente superior a este, mas porque é ato administrativo (ordem) produzido por entidade legítima no cumprimento estrito da Lei, que vincula, a princípio, a todos, inclusive a própria Administração Pública e, por conseguinte, seus agentes. O mesmo se dá, por exemplo, com uma ordem judicial: uma decisão judicial contra a Administração vincula-a não porque o Poder Judiciário sobrepõe-se ao Executivo, mas porque se consubstancia em ordem validamente emitida por órgão legitimamente competente e nos termos da legislação.

Enfim, o fato de uma operação ou uma conduta contar com a autorização ou fundar-se em ato normativo do CMN e do BACEN não as isenta de apreciação e decisão final do CADE, única que tem o condão de tornar um contrato ou ato de concentração eficaz ou declarar ilegal dada conduta por anticoncorrencial, conforme a Lei nº 8.884/94, no âmbito administrativo.

O CADE, de certo modo, é a última instância administrativa na análise de atos de concentração e condutas atual ou potencialmente lesivas à concorrência, no modo como construído o nosso sistema jurídico.

Além do crime de desobediência e de responsabilidade, a Lei nº 8.884/94 é repleta de mecanismos para assegurar a sua efetividade, como a competência que atribui ao Plenário de “ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar” (art. 7º, V) e de “requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei” (art. 7º, X) (grifo nosso).

Poder-se-ia argumentar que a Lei nº 8.884/94 usa o verbo “requisitar” quando trata dos órgãos do Poder Executivo e “solicitar” quando trata das autoridades dos demais entes políticos, emprestando a ambas palavras o sentido de “pedir” e destituindo-as de qualquer efetividade, deixando ao arbítrio do órgão requisitado ou solicitado atender a autoridade concorrencial.

O Conselho, porém, já teve a oportunidade de analisar o sentido da expressão “recomendação”, contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.884/94, que cuida da pena de licenciamento compulsório de patentes, na Consulta Prévia nº 31/99, em que se chegou à conclusão de que é dever do CADE, atendidos os requisitos da Lei, a “recomendação” ao órgão público competente para que tome as provi-

dências de sua alçada, que se traduz, para este, no “poder-dever” de cumprir aquela “recomendação” no âmbito de sua competência<sup>20</sup>.

Logo, se “recomendar”, expressão de sentido semântico mais fraco que “requisitar” ou “solicitar”, traduz-se, nas palavras do Conselheiro Mércio FELSKY, em um “poder-dever” do órgão a que se dirige de fazer cumprir tal “recomendação”, e tendo em vista os deveres explícitos das autoridades federais e dos diretores de autarquias, dentre outros, de colaboração previstos no art. 36 da Lei nº 8.884/94, e o poder do CADE de fazer cumprir a lei concorrencial, as ordens e decisões do Conselho devem ser cumpridas pelas entidades a que se destinam<sup>21</sup>.

A Lei nº 8.884/94 corrobora esse entendimento ao dispor, como visto, que a execução das decisões do CADE é promovida de imediato, sem revisão no âmbito do Poder Executivo, com a comunicação subsequente do Ministério Público, para que tome providências de sua alçada (art. 50); e ao determinar também que as decisões do Plenário, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer (art. 60), e o compromisso de cessação (art. 53, § 4º) constituem título executivo extrajudicial, executável pelo Procurador-Geral do Conselho naquilo, no todo ou em parte, que não for cumprido (arts. 60 e 48).

---

<sup>20</sup> Segundo o Conselheiro Mércio FELSKY, “(...) [o] órgão público competente para apurar e reprimir práticas abusivas do poder econômico é o CADE, nos termos da Lei nº 8.884/94. Uma vez, pois, comprovada a prática de abuso de poder econômico decorrente de patente, e se a gravidade da infração assim o exigir, a penalidade prevista no art. 24, inciso IV, alínea “a” *deve* ser imposta pelo CADE, através de *recomendação* ao INPI para que conceda licença compulsória. (...) Por outro lado, de acordo com o art. 68 da Lei nº 9.279/96, tem o INPI o *poder-dever* de impor a penalidade prevista no art. 68, porquanto a norma legal expressa a vontade do seu titular – no caso, a coletividade – e é no sentido da satisfação dessa vontade – interesse público – que deve ser dirigida a atividade do Órgão” (grifos dele).

<sup>21</sup> A força do Conselho fica patente quando observa-se a competência do Plenário de zelar pela observância de Lei nº 8.884/94 (art. 7º, I), requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções (art. 7º, IX) e determinar à Procuradoria do Cade a adoção de providências administrativas e judiciais (art. 7º, XV), competindo ao seu Presidente cumprir e fazer cumprir a lei concorrencial (art. 8º, V), sendo expresso que “[a]s autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência” (art. 36 da Lei nº 8.884/94).

Se a execução tiver por objeto obrigação de fazer ou não fazer, como, por exemplo, a alteração de uma ou mais cláusulas de um contrato de concessão, pode ser concedida a tutela específica pretendida ou o magistrado pode determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente (art. 62 da Lei nº 8.884/94 e art. 461 do Código de Processo Civil), podendo ser concedida a tutela liminarmente se relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil e art. 66 da Lei nº 8.884/94).

O magistrado pode também determinar, dentre outras medidas cabíveis no caso concreto e proporcionais aos fins buscados, multa diária por descumprimento da decisão judicial (arts. 65 e 67 da Lei nº 8.884/94 e art. 461, §§ 4º, 5º e 6º do Código de Processo Civil)<sup>22</sup>.

Além disso, o MPF pode ser instado a agir no âmbito de suas competência quanto a infrações à ordem econômica.

Enfim, se as decisões e acórdãos do CADE tivessem apenas o caráter de recomendação (num sentido fraco) aos órgãos reguladores, estar-se-ia pura e simplesmente desperdiçando uma grande quantidade de recursos humanos e financeiros por nada. Se se entender que aquilo que o Conselho decide nos mercados regulados não tem força coercitiva, melhor seria deixar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fora da análise de atos e condutas desses setores, como pretendeu o BACEN, relegando eventual competência concorrencial aos próprios órgãos reguladores ou não aplicando a legislação antitruste.

Portanto, tendo as decisões do CADE natureza condenatória e mandamental, o BACEN, além dos agentes econômicos, deve obedecê-las.

Recusando-se a fazê-lo, resta recorrer ao Poder Judiciário para fazer cumprir a decisão do CADE, seja através da Procuradoria da autarquia, seja através do MPF.

#### *4.3 Articulação e cooperação entre os órgãos reguladores e os órgãos concorrenciais.*

É recomendável que a autoridade concorrencial e a autoridade monetária estabeleçam convênios e atos normativos conjuntos, de articulação, que sedimentem um processo administrativo (em sentido amplo) a ser trilhado no controle das condutas e das estruturas, com todas as suas etapas, incluindo penalidades, no que for cabível.

<sup>22</sup> A Lei 8.884/94 prevê até a intervenção judicial na empresa, conforme arts. 63 e 69 a 78.

Deveriam ser previstos mecanismos de consulta mútua obrigatória e prévia: a consideração de aspectos concorrenciais pelo órgão regulador, que atua prudencialmente, é tão importante quanto o parecer do BACEN na análise de condutas e atos de concentração pelas autoridades concorrenciais.

A consulta mútua reduz riscos de incongruências e conflitos de abordagem, colaborando fortemente na confluência de decisões dos dois órgãos.

Além disso, um procedimento institucionalizado traz maior segurança jurídica e previsibilidade para todos aqueles que atuam no mercado, especialmente no que tange à natureza e conseqüências jurídicas das decisões das autoridades reguladora e concorrencial, eliminando as incertezas que até hoje pairam no sistema, já que o CADE, apesar do parecer da AGU, continua a considerar-se competente para analisar atos de concentração e condutas concorrenciais envolvendo instituições financeiras, enquanto a SDE e a SEAE, órgãos instrutores do SBDC, declaram-se vinculados à decisão da AGU.

A criação de grupos de estudo e discussão pode beneficiar tal cooperação, fomentando o diálogo e o entendimento dos princípios e funções do sistema de defesa da concorrência e do aparato regulatório, gerando decisões técnicas mais apuradas, mais céleres e em sintonia com a realidade do setor.

Porém, após negociações e debates, caminha-se para uma solução simplista quanto aos atos de concentração e insatisfatória, inócua, quanto às condutas: o PLS nº 412/2003 em trâmite no Senado Federal atribui expressamente ao BACEN a competência exclusiva para analisar atos de concentração que possam afetar a higidez do sistema, devendo remeter os demais atos ao julgamento do CADE, enquanto as condutas, por interpretação a *contrario sensu* de regra de transição estipulando que a análise das condutas e atos de concentração anteriores à entrada em vigor da lei (se e quando vier) são de competência do BACEN, ficam a cargo da autoridade concorrencial.

Percebe-se, principalmente no tocante às condutas, que não resolve o problema.

O Projeto de Lei nº 5877/05, tramitando na Câmara dos Deputados, que reestrutura o SBDC, não traz também nenhuma disposição a respeito.

Ideal seria a legislação explicitar quais os efeitos das decisões do CADE sobre setores regulados, espancando, de vez, todas as dúvidas.

## 5. Conclusão

Há praticamente dez anos discute-se a quem compete a análise de



atos de concentração e condutas anticoncorrenciais envolvendo instituições financeiras.

O CADE defende competência concorrente quanto aos primeiros e exclusiva quanto aos últimos, enquanto o BACEN entende ser o único competente para ambos. Tem prevalecido, na prática, o entendimento da autoridade monetária em virtude do parecer vinculante da AGU, que acabou destituindo o tribunal concorrencial de seus órgãos instrutórios em casos do setor financeiro.

Mas esse parecer solucionou a questão de modo canhestro, apressado, incompleto: ao concluir pela competência exclusiva do BACEN para defender a concorrência no sistema financeiro nacional, não especificou como tal se daria, em quais circunstâncias, quais critérios. Como já alertara o Presidente do CADE, João Grandino Rodas, no Caso Finasa Seguradora, não se definiu critério por objeto da operação ou pelos sujeitos envolvidos. Assim, a título ilustrativo, se um banco participar de consórcio para o desenvolvimento de uma atividade tipicamente industrial, não financeira, quem será competente para analisar a operação? O CADE ou o BACEN?<sup>23</sup>

Abstraindo a questão desse parecer, procuramos ressaltar nosso entendimento pela competência complementar do CADE quanto aos atos de concentração e concorrente quanto às condutas, bem como pelo caráter executivo e mandamental das suas decisões<sup>24</sup>, inclusive em relação a outras autoridades da Administração, como as do BACEN, podendo elas recair até em crime de desobediência e de responsabilidade caso não as cumpram.

O CADE, a fim de dar efetividade a suas decisões, pode, em última instância, valer-se do Poder Judiciário.

---

<sup>23</sup> Jairo Saddi oferece quatro critérios para se saber de quem é a competência: i) se a matéria diz respeito a atividade monetária (BACEN) ou envolve assuntos ligados ao mercado de consumo (CADE); ii) qual público sofrerá os impactos. Se o consumidor for o “cidadão médio”, a competência é do CADE; iii) urgência. O BACEN, por não ser um órgão colegiado, pode agir rapidamente em casos em que a celeridade seja essencial; e iv) o cumprimento das demais normas do Sistema Financeiro Nacional, inclusive dos acordos internacionais (ver “A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional”, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Pública, nº 21, out./dez. de 1997, p. 28).

<sup>24</sup> Não existe, porém, tratamento legal expresso quanto à defesa da concorrência nesse setor e o CADE tem entendido que, embora não haja imunidade nem isenção antitruste, suas decisões definitivas em processos administrativos (num sentido amplo) envolvendo setores regulados contêm apenas sugestões ao órgão ou agência reguladora, que tem a prerrogativa de adotá-las ou não consoante critérios discricionários de oportunidade e conveniência.

O melhor, contudo, é as autoridades concorrenciais e monetárias articularem-se amigavelmente, através de convênios ou portarias conjuntas, grupos de estudo, intercâmbio, consultas mútuas obrigatórias e prévias, entre outros. Ideal seria se adviesse da lei.

Mas se aprovado o PLS 412/2003, a competência exclusiva para julgar atos de concentração e condutas passará ao CADE, cabendo ao BACEN apenas analisar, previamente, se há risco sistêmico quanto aos primeiros. Se houver, a competência será sua, e não do Conselho. Não dispõe o que ocorre, porém, se cláusulas impostas pelo BACEN para aprovação de dada operação for rejeitada ou alterada pelo CADE.

Esse projeto também não soluciona o problema das condutas, pois, embora atribua ao CADE competência para analisá-las, não explicita quais as consequências de sua decisão em relação àquelas que se fundam em atos normativos expedidos por outros entes da Administração, como, no caso, o CMN e o BACEN.

Não há, ademais, qualquer detalhamento adicional neste projeto e nem no Projeto de Lei nº 5877/05 em trâmite na Câmara, que traz alterações ao SBDC, perdendo-se boa oportunidade de se estabelecer um sistema claro, coeso e eficiente.

## 6. Bibliografia

FONSECA, Antonio. Posfácio – questões recentes discutidas no CADE. In: FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 379-392.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista do Ibrac**, vol. 4, nº 5, p. 5-34, 1997.

MAGALHÃES, José Carlos de, e SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeiro**, nº 113, p. 30-44, jan./mar. 1999, nova série.

MAZZUCATO, Paulo Zupo. Do conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista do Ibrac**, vol. 8, nº 2, p. 7-25, 2001.

NEVES, Leonardo de Brito S. Parte III – Defesa da concorrência no sistema financeiro nacional: conflito de atribuições entre o Banco Central e o CADE. In: FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da con-**

**corrência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 217-325.

SADDI, Jairo. A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 21, p. 283-9, out./dez. de 1997.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 113, p. 99-107, jan./mar. 1999, nova série.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. 374 p.

\_\_\_\_\_. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (org.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129-147.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. 277 p.

WALD, Arnoldo. O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção dos consumidores nas operações financeiras”. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, nº 10, p. 13-34, out./dez. de 2000.

