

## DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

**Paolo Zupo Mazzucato \***

**SUMÁRIO:** Introdução **1.** Dos Possíveis Modelos de Relação entre os Órgãos de Regulação do Sistema Financeiro e os de Defesa da Concorrência **2.** Considerações Acerca da Competência para a Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro **3.** O Posicionamento dos Especialistas em Sistema Financeiro **4.** O Posicionamento do CADE **5.** Nosso Entendimento **6.** Bibliografia

### *Introdução*

O Sistema Financeiro é o centro nervoso da economia de um país, e tudo que nele acontece repercute nos demais setores econômicos. A respeito dessa afirmação, é oportuno lembrar o pensamento de Ricardo Ferreira de Macedo:

“(…) A estrutura e funcionamento do sistema financeiro dizem respeito ao interesse e à felicidade de todo o povo, na medida em que o fluxo dos meios de pagamento e todos os fatores a ele conexos (taxas de juros, câmbio, etc.) são elementos aptos a influenciar diretamente o nível de produção (e, portanto, de emprego) e a eficiência de toda economia”<sup>1</sup>.

No mesmo sentido, as palavras do Prof. Geraldo Facó Vidigal, segundo o qual “a regulamentação do sistema financeiro é essencial, não só à política de moeda e crédito governamental, como é também essencial à

---

\*Aluno do 8º Período da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, monitor das disciplinas Direito Econômico I e II e Tópicos de Direito Econômico, sob a orientação da Profª. Dra. Isabel Vaz, membro-fundador do GRIDE - Grupo Interdisciplinar de Atualização em Direito Econômico - coordenado pela Profª. Dra. Isabel Vaz, e estagiário da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça..

1 MACEDO, Ricardo Ferreira de. “Autonomia do Banco Central do Brasil e Despolitização da Moeda”; in Revista de Direito Mercantil, nº 113. Editora Malheiros Editores, São Paulo, janeiro/março de 1999, p. 238.

irrigação das atividades de produção de bens e serviços, à circulação e distribuição das riquezas pelo corpo social”<sup>2</sup>. A Constituição da República de 1988, atenta a estas questões, determina, no *caput* do art. 192, que o Sistema Financeiro Nacional seja estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. Talvez por estas razões, Guido Zanobini, citado pelo ilustre Prof. Alberto Venâncio Filho, bem observa que “a ação do Estado sobre o crédito é a mais extensa e profunda em confronto com qualquer outra relativa a outras formas de atividade econômica”<sup>3</sup>.

Uma das maneiras pela qual o Estado intervém, regulando o funcionamento das instituições financeiras, é a fiscalização da autorização para funcionamento e para transferências de controle acionário daquelas. Esta atividade de transferência de controle acionário, verificada primordialmente sob a forma de aquisições e de fusões, pode caracterizar o que se chama de ato de concentração no Direito Econômico da Concorrência<sup>4</sup>. Entretanto, apesar da já mencionada forte intervenção estatal no sistema financeiro, inclusive nas fusões e aquisições no setor, subsiste uma situação de incertezas e dúvidas, incompatível com o postulado da segurança jurídica a que todo administrado tem o direito de aspirar. Até o momento, não se definiu, com certeza, qual é o órgão responsável pela a análise destes casos.

Algumas situações referentes à concentração no setor bancário indicam a existência de um conflito de competência entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), oriundo de uma antinomia jurídica entre alguns artigos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei do Sistema Financeiro Nacional), e da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência). Este será o ponto central de nosso estudo, com o objetivo de estudar este conflito de competência, buscando oferecer uma reflexão crítica sobre a questão.

Esse conflito gera instabilidade ao setor econômico e à sociedade, acarretando também o risco de um tratamento inadequado ou divergente do assunto. As análises de atos de concentração no sistema financeiro têm de levar em conta questões referentes não apenas à política monetária, o que

---

2 VIDIGAL, Geraldo Facó. “Sistema Financeiro Nacional: Atualidades e Perspectivas”, in Primeiro Ciclo de Estudos de Direito Econômico, Editora IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo, 1993, p. 08.

3 VENÂNCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico - O Direito Público Econômico, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998, edição fac-similar da de 1968, p. 273.

4 Expressão cunhada pela Profª. Isabel Vaz e que dá nome à sua obra Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

parece ser a única meta do BACEN<sup>5</sup>, como também critérios que visem a proporcionar e a garantir a concorrência no setor, tema afeto à competência do CADE.

O aumento da concentração no sistema financeiro, desacompanhado de uma análise que a possa avaliar e evitar seus eventuais efeitos nefastos, pode provocar um colapso no setor, e, conseqüentemente, também na economia brasileira. Esta afirmação está longe de ser sensacionalista, mas pode ser explicada pela teoria *too big to fail*<sup>6</sup> (grande demais para falir). De acordo com esta teoria, um banco grande não pode quebrar, pois criaria um cenário de crise sistêmica e efeito dominó (devido à falta de credibilidade no sistema financeiro, valor que lhe é essencial), com a conseqüente falência de outras instituições e a ruína da economia nacional. Para evitar este quadro, o auxílio do erário se torna indispensável (como o foi no caso do PROER - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional), reduzindo recursos destinados a áreas essenciais como saúde, educação e segurança.

Outro grande perigo está no fato de que, desde o advento do Plano Real e da subseqüente estabilização da economia, os bancos deixaram de auferir os fabulosos ganhos com a inflação. Diversificar passou a ser um dos

---

5 A este respeito vide SALOMÃO FILHO, Calixto; “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, in Revista de Direito Mercantil nº 114; Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999, p. 55. O Prof. Calixto Salomão Filho afirma que os dois pilares da política do Banco Central, os requisitos de capital mínimo e os empréstimos compulsórios, induzem à formação de um oligopólio no setor. O primeiro, devido ao fato de a exigência de capital mínimo ocorrer em quantia superior à definida no Acordo da Basileia (acordo realizado nesta cidade suíça em julho de 1988 pelos bancos centrais dos países que compõem o Grupo dos Dez, com vistas a criar um padrão de liquidez e solvência internacionais a serem seguidos), o que aumentaria as barreiras à entrada de novos bancos. Quanto aos empréstimos compulsórios, o Banco Central não definiria a porcentagem destes de acordo com o tamanho da instituição financeira, o que reduziria o montante de recursos disponíveis para as pequenas instituições, tornando-as incapazes de competir e crescer. Na matéria “Exigências do BC influem na decisão dos banqueiros”, veiculada no jornal Gazeta Mercantil em 21.10.99, à p. B-1, o Banco Central demonstra sua postura de incentivo às autoliquidações dos bancos pequenos, preferíveis às liquidações extrajudiciais, na atual fase de reestruturação do sistema financeiro. Tais medidas, desacompanhadas de outras que possam promover a concorrência entre as instituições financeiras, têm por efeito o aumento da concentração neste setor e dos riscos a ela inerentes.

6 SADDI, Jairo. “Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Econômico, nº 26; Editora CADE, Brasília, agosto-dezembro de 1997, p. 36.

novos lemas, e hoje vários bancos figuram como controladores de grandes empresas, fenômeno que no Japão ficou conhecido por *keiretsu*<sup>7</sup>. Assim, a união de dois bancos pode representar também a união de várias empresas concorrentes em outro setor. Tal questão, apesar de importante, não é levada em consideração ao se aprovar um ato de concentração bancário<sup>8</sup>.

Não obstante a importância e a atualidade do assunto - uma vez que as fusões bancárias são hoje uma tendência inexorável, parte do processo de reestruturação do sistema financeiro - a bibliografia é escassa. Poucos são aqueles que abordam o tema do conflito de competência entre o CADE e o BACEN, justificando-se, assim, essas reflexões.

Esperamos, pois, contribuir para a discussão desta difícil questão, cuja gravidade e relevância tornam imperiosa a busca de uma resposta adequada.

### *1. Dos Possíveis Modelos de Relação entre os Órgãos de Regulação do Sistema Financeiro e os de Defesa da Concorrência*

Gesner Oliveira<sup>9</sup>, ex-presidente do CADE, em palestra proferida por ocasião do “Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, identifica a existência de vários modelos

---

7 SADDI. Op. cit., p. 34.

8 O Banco Central divulga, em seu site na internet, o Roteiro de Procedimentos de Acesso ao Sistema Financeiro Nacional, no qual apresenta as instruções de autorização para funcionamento e transferência de controle societário de instituições financeiras ([www.bcb.gov.br/htms/acesso.shtml](http://www.bcb.gov.br/htms/acesso.shtml)). No tópico em que são tratadas as condições para transferência de controle societário, o BACEN estipula como tais a ausência de restrição cadastral, capital integralizado, comprovação de capacidade econômico-financeira e origem dos recursos. Importante reparar que não há menção alguma a qualquer preocupação referente a questões concorrenciais. Como bem observa Jairo Saddi, se tais requisitos aqui citados forem preenchidos, o BACEN está obrigado a autorizar a transferência de controle e, “uma vez dada autorização para a transferência do controle, constitui-se em ato administrativo formal irretroatável”. SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, nº 5, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2, p. 97-98.

9 OLIVEIRA, Gesner. “A evolução do Sistema Bancário e a Necessidade de Harmonização de Atuação dos Organismos Reguladores” in *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Editora SGAN, Brasília, 1999, p. 20.

possíveis de relação entre o órgão incumbido de regulação do setor financeiro e a autoridade de defesa da concorrência.

Um primeiro modelo seria o de “isenção antitruste”. A autoridade de defesa da concorrência não teria competência para atuar no sistema financeiro. A legislação antitruste seria aplicada eventualmente pelo órgão regulador do sistema financeiro; em alguns países, ela sequer seria aplicada, daí a razão do termo “isenção”. Assim, a regulação ficaria restrita a questões técnicas e de regulação econômica apenas, não se cogitando de uma política de defesa da concorrência.

O pólo oposto também seria possível. Neste caso, a exemplo do que ocorre na Austrália, a agência antitruste atuaria na defesa da concorrência e também na regulação técnica e econômica do sistema financeiro.

Outra configuração seria a de competências concorrentes ou compartilhadas, aliás, o modelo mais utilizado no mundo neste setor. Trata-se de um sistema em que há complementaridade entre as incumbências de cada instituição. Logo, no sistema financeiro, questões concorrenciais ficariam a cargo da agência antitruste e as técnicas e econômicas seriam de responsabilidade do órgão regulador, geralmente um banco central. Este modelo é o adotado no Brasil no setor de telecomunicações, havendo semelhante divisão de competências entre o CADE e a ANATEL. Nas palavras do então presidente do CADE, este seria o modelo ideal, e inclusive reduziria os custos burocráticos de transação:

“(…) Não há vantagem de uma única autoridade fazer tanto o antitruste quanto a regulação técnica e econômica. Portanto, é baixa a economia de escopo; é alta a economia de especialização. Nós entendemos muito de defesa da concorrência (...), mas não entendemos certamente de regulação técnica e regulação econômica no setor bancário. Portanto, há especialização, então optáramos por isso.”<sup>10</sup>

Haveria também, por fim, o modelo de mera desregulamentação, não adotado por nenhum país, no setor bancário, face ao entendimento de que esta área precisa de uma regulamentação, devido à sua enorme importância e à complexidade das questões que envolve.

---

10 OLIVEIRA. Op. cit., p.26

## 2. Considerações Acerca da Competência para Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional

No tópico anterior expusemos as várias formas possíveis de convivência entre os órgãos encarregados de regular o sistema financeiro e as autoridades antitruste. Cumpre, agora, responder à seguinte pergunta: qual o modelo ideal para o Brasil? E responder à questão crucial desta monografia: quem é, ou deve ser, o responsável pela análise de atos como fusões, incorporações, aquisições e *joint-ventures* no Sistema Financeiro Nacional?

Não há um consenso na doutrina. Há quem diga que apenas o Banco Central possui competência para lidar com atos de concentração no sistema financeiro; outros, por sua vez, entendem ser o CADE a autoridade responsável para apreciar tais operações.

Inicialmente, é importante destacar a existência de uma antinomia jurídica nestes casos. A Lei nº 4.595/64 dispõe da seguinte forma:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central 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 forma, transferir o seu controle acionário.

(...)

Art. 18. (...)

(...)

§2º O Banco Central, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos nos termos desta Lei.”

A Lei nº 8.884/94, por sua vez, estipula que:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

(...)

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.

(...)

§3ºIncluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica , seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

A respeito dos dispositivos citados, julgamos pertinente fazer algumas considerações.

A primeira observação é a de que a Lei nº 4.595/64 é uma lei formalmente ordinária, mas que teria sido recepcionada pela Constituição da República de 1988 com o *status* de lei complementar, vale dizer, estamos diante de uma lei materialmente complementar<sup>11</sup>. Quanto à Lei nº 8.884/94, não paira dúvida de que este diploma legal é lei ordinária, tanto em sentido formal, quanto material.

A segunda consideração é a de que BACEN e CADE teriam recebido, *a priori*, idênticas funções: análise de fusões e fenômenos semelhantes entre instituições financeiras e defesa da concorrência no setor financeiro (a Lei nº 8.884/94 se aplicaria a qualquer setor, inclusive o financeiro, de acordo com a letra de seu art. 15.).

Outro ponto ao qual devemos atentar é o de que a Lei nº 4.595/64 se refere a transferência de controle acionário, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência usa o termo ato de concentração. Há uma diferença profunda entre uma expressão e outra.

Ato de concentração, como se infere do texto da própria lei, é um ato, sob qualquer forma manifestado, que possa limitar ou de qualquer forma

---

11 De acordo com Celso Bastos, face ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal entendendo que apenas quando vier a lei complementar de que trata o art. 192 da CF/88, regulamentando o SFN, é que será revogada a Lei nº 4.595/64. Apud SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2, p. 90.

prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços. Em outras palavras, é todo e qualquer ato capaz de repercutir de forma negativa no mercado relevante considerado, em razão das alterações estruturais que provoca.

O termo transferência de controle acionário, por sua vez, indica todo e qualquer ato que implique reorganização e modificação do quadro societário de uma instituição financeira, de forma a promover uma alteração na relação de poder dentro dela ou da composição de acionistas. A idéia de que este ato pode repercutir de maneira negativa no mercado, ou seja, a necessária tomada em consideração de aspectos macroeconômicos, pode ou não estar presente. Conclui-se, portanto, que o termo aqui analisado possui sentido mais amplo do que aquele conferido à expressão ato de concentração.

Assim, toda fusão, aquisição, incorporação, *joint venture* ou qualquer outra forma de rearranjo societário são, necessariamente, hipóteses de transferência de controle acionário, na medida em que promovem alterações nas relações de poder entre os controladores da instituição financeira e em sua composição acionária. Devem ser tratados como atos de concentração se, porventura, puderem alterar as estruturas do mercado. Logo, o que distingue um termo do outro é a noção de potencialidade de dano ao mercado, implícita na noção de poder econômico. Tudo vai depender da análise do caso concreto e dos agentes envolvidos para que se possa apurar o caráter inofensivo ou não do ato, sob o aspecto macroeconômico.

Em conclusão, haverá conflito de competência entre o BACEN e o CADE somente quando a transferência de controle acionário no Sistema Financeiro Nacional for caracterizada como um ato de concentração. Se estivermos diante de uma mera alteração societária, sem repercussão na estrutura daquele mercado relevante, a competência será única e exclusivamente do Banco Central.

A última observação cabível é a de que a Lei nº 4.595/64 estabelece que as competências estipuladas no art. 10 são privativas. Compreender o significado e o alcance desta expressão é fundamental na discussão acerca da competência para análise de fusões bancárias.

O grande constitucionalista José Afonso da Silva, citado por Jairo Saddi<sup>12</sup>, classifica as competências, quanto à extensão, em exclusiva, privativa, comum (cumulativa ou paralela), concorrente ou suplementar.

A competência exclusiva é aquela atribuída a uma entidade apenas, excluindo-se qualquer outra. Privativa é a atribuição tida como própria de uma entidade, havendo possibilidade, no entanto, de delegação e de competência

---

12 SADDI. Op. cit., p. 92.

suplementar. Quanto à comum, é a faculdade de legislar ou de praticar certos atos em determinado campo em igualdade com outros entes institucionais. Diz-se concorrente a competência exercida por mais de uma entidade sobre uma mesma matéria, e, por fim, suplementar a competência, quando existe a possibilidade de complementar ou suprir a omissão de determinada entidade. Comentando a classificação do constitucionalista face à Lei nº 4.595/64, o Prof. Jairo Saddi conclui:

“Portanto, pela doutrina depreendida, a competência privativa é espécie de competência exclusiva; no entanto, a competência privativa permite uma amplitude maior, delegando poderes ou mesmo permitindo a competência suplementar. (...) Logo, temos no art. 10 as competências privativas do BC, ou seja, aquelas faculdades particulares da autoridade monetária, passíveis de delegação, mas que são próprias dele e somente dele.”<sup>13</sup>

Acreditamos que a chave para a resposta desta intrincada questão do conflito de competências entre o CADE e o BACEN para a análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional passa pela consideração daqueles quatro pontos enumerados. Entretanto, antes de nos manifestarmos, apresentaremos o entendimento de alguns especialistas, como Marcos Martins de Souza, Jairo Saddi e Calixto Salomão Filho.

### **3. O Posicionamento dos Especialistas em Sistema Financeiro**

A doutrina ainda não chegou a um consenso a respeito da competência para análises de transferências de controle acionário caracterizadas como atos de concentração.

Marcos Martins de Souza, assessor do CADE e funcionário do Banco Central, defende a idéia de que o CADE teria de participar da análise de atos de concentração no sistema financeiro, mesmo ciente de que a Lei nº 4.595/64 teria sido recepcionada pela nossa Constituição Federal de 1988 como lei complementar:

“Mencionada lei [Lei nº 8.884/94], é bem de assinalar, não contempla exceção, tampouco mitigações, no atribuir ao CADE a missão de defender a concorrência, haja vista que a tônica dos pertinentes dispositivos nela descritos aparece com a consigna ‘sob qualquer forma manifestados’,

---

13 SADDI. Op. cit.. p. 93.

para se referir aos atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos de limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre iniciativa (...).”<sup>14</sup>

E conclui que:

“Não se lhe importará, vinculadamente, se o ato negocial integrativo lograra chancela do Banco Central, na medida em que são distintas as competências, malgrado complementares. Vale dizer: toda e qualquer alteração verificada no âmbito do sistema financeiro por intermédio de fusão, incorporação, transferência de controle depende de prévia aprovação do BACEN, mas se redundar porventura em vinte por cento de participação nesse mercado ou qualquer das partes ostentar faturamento equivalente a quatrocentos milhões de reais, a eficácia plena somente será obtida após o crivo do CADE.”<sup>15</sup>

Ao final, o assessor do CADE afirma a importância da cooperação que deve estar na atuação destes órgãos nas análises de atos de concentração no sistema financeiro.

O Prof. Jairo Saddi, especialista em Direito Bancário e grande estudioso do assunto, em seus vários artigos a respeito do conflito de competência para análise de atos de concentração no sistema financeiro, entende que o Banco Central é a autoridade competente para estes casos, apesar de acreditar que as duas autoridades poderiam atuar juntas.

Jairo Saddi, como visto no tópico anterior, verifica que a Lei nº 4.595/64 trata da competência privativa para a análise da transferência de controle; vale dizer, há possibilidade de complementaridade entre a atuação do Banco Central e do CADE. Necessário se torna indagar se há mecanismos que a permitam e a viabilizem. Assim se pronuncia o professor, *in verbis*:

“(...) A abrangência da Lei nº 8.884/94 envolve também uma derrogação parcial de alguns dos conceitos de outros textos legais, especialmente a Lei nº 4.595/64. (...) Claramente há um conflito de competência formal, no sentido de que existem duas leis do mesmo nível no ordenamento jurídico que dispõem sobre a mesma matéria. Por essa razão, um banco que quiser fundir-se deve submeter-se às decisões do Cade e também do Banco Central. Tal entendimento é esposado por muitos juristas, embora ele não apresente precisão. Fica patente a falta de mecanismos institucionais

---

14 SOUZA, Marcos Martins de. “Organização das Instituições Financeiras e o CADE” in Revista de Direito Econômico, nº 24, Editora CADE, Brasília, julho-dezembro de 1996, p. 75.

15 SOUZA, Marcos Martins de. Op. cit., p. 76.

para que, por se tratar de competências privativas e não exclusivas, possam ser delegadas partes desta análise às agências responsáveis pelo sistema de concorrência.”<sup>16</sup>

Apesar de mencionar que o CADE e o BACEN já possuem acordo firmado no intuito de atuação técnica e consultiva conjunta referente a esta questão, ele acredita na necessidade de uma certa supremacia do Banco Central para lidar com a questão:

“ O poder de aprovar atos de concentração deve estar adstrito ao Banco Central. Além do CADE não possuir especialização em matéria monetária e financeira é evidente que o CADE já se encontra assoberbado com suas próprias atividades.(...) É o Banco Central quem deve manter sobre [sic] seu controle a aprovação de toda e qualquer atividade no mercado financeiro. Além de ser especializado na tarefa, atos de concentração no mercado financeiro podem ter implicações na política monetária, na ampliação dos riscos sistêmicos e nos parâmetros de fiscalização.”<sup>17</sup>

O professor Calixto Salomão Filho apresenta um ponto de vista *sui generis*. Em seu artigo “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, afirma:

“A fiscalização das instituições financeiras do ponto de vista concorrencial é dever não apenas do CADE, mas também do Banco Central do Brasil- BACEN. A Lei nº 4.595, de 31.12.64, prevê, em seu art. 10, inc. X, letras c e g, que toda fusão, incorporação, transformação e alienação de controle das empresas deve ser autorizada pelo BACEN. O BACEN tem, portanto, com relação às instituições financeiras, a mesma competência fiscalizatória atribuída pelo art. 54 ao CADE com relação à generalidade das empresas. Por outro lado, tratando-se a lei bancária de regulamento específico, não pode ser derogada pelas disposições mais genéricas da lei concorrencial.”<sup>18</sup>

Já em seu livro “Direito Concorrencial - As Estruturas”, ele diz, baseado na teoria norte-americana *Pervasive Power Doctrine*, que o CADE deve praticar essa função de análise dos atos de concentração até que o Banco

---

16 SADDI. Op. cit., p. 95/96.

17 SADDI, Jairo. “Considerações sobre Alguns Aspectos Jurídicos dos Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Mercantil, nº 113, Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999, p. 105.

18 SALOMÃO FILHO. Op. cit., p. 54.

Central exerça sua atribuição legal de defesa da concorrência no sistema financeiro, algo que, segundo a sua opinião, jamais teria ocorrido<sup>19</sup>.

Como dissemos, a *Pervasive Power Doctrine* é importada dos Estados Unidos, tendo sua origem em julgados das cortes daquele país. Seu nascimento foi uma resposta à discussão acerca da compatibilização entre atividade regulada pelo Estado e imunidade à legislação antitruste, em que se questionava até que ponto uma excluiria ou incluiria a outra. A aplicação dessa teoria requer a ocorrência simultânea de três requisitos, o que traria como consequência ou a imunidade do setor às regras concorrenciais, ou se verificaria que ao órgão competente para regular o setor já se reconheceria o poder de aplicar tais regras, excluindo a atuação do órgão encarregado da regulação concorrencial genérica.

Primeiro, “(a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise”<sup>20</sup>, quer dizer, legislação versando sobre a matéria, desdobrando seus dispositivos constitucionais e infraconstitucionais de forma a prever a imunidade a dispositivos antitruste ou a implantação de uma política concorrencial no setor. No caso em tela, a Lei nº 4.595/64 prevê que o setor financeiro se pautará também pela concorrência entre as instituições financeiras. Aliás, o Prof. Calixto Salomão Filho fala em total compatibilidade entre a proteção da poupança popular, finalidade da atuação das autoridades do SFN, e concorrência no setor, já que esta seria meio para se garantir aquela<sup>21</sup>.

Em segundo lugar, “(b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado”<sup>22</sup>; ou, em outras palavras, autoridade competente para aplicar e fazer ser cumprida a legislação referente à matéria. A própria lei fala que o Banco Central será o responsável para regular as condições de concorrência no SFN.

E, por fim, “(c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos”<sup>23</sup>. O próprio Calixto Salomão Filho faz a ressalva de que,

---

19 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*; Editora Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 220.

20 SALOMÃO FILHO. *Op. cit.*, p. 218.

21 Cf. nota de rodapé nº 5 e considerações a respeito da teoria *too big to fail* na Introdução supra.

22 *Idem*. *Op. cit.*, p. 218.

23 SALOMÃO FILHO. *Op. cit.*, p. 218.

aqui, o que se pretende verificar realmente é a atividade habitual do órgão, não havendo necessidade de que, para determinado ato, tenha sido feita referência às conseqüências mercadológicas.

Assim, analisando o sistema financeiro, sua legislação e a atuação do BACEN frente aos postulados desta doutrina, emite a seguinte opinião:

“Cumpridos estão, portanto, os requisitos previstos nas letras ‘a’ e ‘b’ referidas acima. Falta, no entanto, o requisito ‘c’, que é fundamental para a caracterização do poder como *pervasive*. O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência a análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre a efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão judicial mas também a revisão administrativa do próprio ato administrativo. O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária”.<sup>24</sup>

Fundamental, neste momento, observar que, por mais que a *Pervasive Power Doctrine* seja fruto da construção doutrinária e jurisprudencial de outro país (aliás, de um país do *Common Law*, com princípios totalmente diferentes daqueles encontrados no Sistema Romano-Germânico), ela já é aplicada pelo CADE. Exemplo disso é a utilização de sua “teoria-irmã”, a *State Action Doctrine*, no Processo Administrativo nº 08000.021660/96-05, em que CEBRACAN foi Representante e RODONAL, Representada<sup>25</sup>. Naquela ocasião, o CADE entendeu aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro a “teoria-irmã” da *Pervasive Power Doctrine*, devido ao fato de a Constituição da República de 1988 ter erigido como princípio da Ordem Econômica a livre concorrência e também pelo disposto

---

24 Idem. Op. cit., p. 220.

25 De acordo com o Conselheiro do CADE Marcelo Calliari, em voto proferido em 20 de janeiro de 1999 no acórdão referente ao Processo Administrativo nº 08000.002605/97-52, em que a AMUT P & C (Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga) foi Representante e BHTRANS (Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte) e outros foram Representados. Acórdão extraído do site do CADE: [www.mj.gov.br/cade/inicial.htm](http://www.mj.gov.br/cade/inicial.htm)

no art. 15 da Lei nº 8.884/94 que impõe a sua incidência mesmo a setores sujeitos à regulamentação estatal.

Infelizmente, a discussão acerca da recepção de tais teorias pelo nosso ordenamento não chegou aos nossos Tribunais (pelo menos não há registro). Grande avanço seria levar às Cortes a discussão a respeito dessas duas teorias, como forma de tornar mais eficiente a legislação de defesa da concorrência. Impende notar o quão importante isso seria. Basta observar o que ocorreu com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*): também importada dos Estados Unidos, onde era aplicada, tendo sido discutida e aceita em nosso ordenamento, trazendo inegáveis benefícios na luta contra fraudes.

#### 4. O Posicionamento do CADE

Gesner Oliveira, à época em que era presidente do CADE, afirmou em palestra proferida por ocasião do “Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, que o sistema ideal para defesa da concorrência no campo em questão seria aquele em que houvesse atuação conjunta da autoridade reguladora do sistema financeiro e da autoridade antitruste. Visando a defender sua tese, assim se pronunciou:

“A livre concorrência é um princípio constitucional. Isso, por si só, a colocaria de forma diferente de algumas outras jurisdições onde não é um princípio constitucional. Por si só, já dá força ao argumento de que não há exceção [BACEN excluir atuação do CADE]. Mas a Lei nº 8.884/94, que regulamenta a Constituição neste ponto, não prevê nenhuma exceção ao sistema bancário ou a qualquer outro sistema, e é posterior à Lei nº 4.595/64, lei ordinária, ainda que se possa argumentar que tenha status de lei complementar, trinta anos anterior à Lei nº 8.884. Portanto, haveria um forte argumento de que há, sim, que implementar a defesa da concorrência no setor bancário.”<sup>26</sup>

Apesar das várias posições sustentando que o CADE não teria competência para analisar atos de concentração no SFN, ele já o faz. Exemplo disso é o pronunciamento do órgão ao analisar a aquisição do Banco Francês e Brasileiro S/A (BFB) pelo *American Finance Company Limited* (AFINCO), pertencente ao Banco Itaú S/A (Ato de Concentração nº 87/96). Entretanto, como veremos adiante, não há um entendimento consolidado do Conselho acerca da questão da competência para análise de atos de concentração no sistema financeiro, e isto porque o Plenário do CADE ainda não se

---

26 OLIVEIRA. Op. cit., p. 29.

pronunciou, mas apenas o Relator, o Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, em seu voto.

Comunicado à Secretaria de Direito Econômico (SDE) pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em 10 de outubro de 1995, com fulcro no art. 54, § 10º da Lei nº 8.884/94, o expediente foi classificado como “Ato de Concentração” entre AFINCO/Itaú e BFB e originariamente fora tratado como “Averiguações Preliminares”, equívoco corrigido pelo então Conselheiro-Relator, o Dr. Edson Rodrigues Chaves. Após terem sido redistribuídos duas vezes e passado por várias suspensões, os autos foram enviados ao Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, atual Relator do processo, que concluiu, em seu pronunciamento, que não se estaria diante de um ato de concentração, mas, sim, de uma consulta. O fundamento da comunicação por parte da CVM, além do já citado dispositivo legal, foi o § 3º do art. 54 do mesmo diploma legal (uma das partes envolvidas possuía faturamento anual bruto registrado no último balanço superior a R\$ 400.000.000,00).

Em 26 de julho de 2000, o *soi disant* Ato de Concentração foi finalmente a julgamento. No entanto, não foi decidido. O atual Presidente do CADE, Dr. João Grandino Rodas, pediu vista dos autos. Cumpre ressaltar que a discussão em pauta não era a viabilidade ou não da operação, mas apenas a competência do CADE para apreciá-la.

Antes disso, a SDE, invocando o art. 10º da Lei 4.595/64, entendeu, em seu parecer, que não disporia de competência para analisar a operação. O Banco Central defendeu a mesma tese em sua manifestação, e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda) alegou a existência de questão prejudicial: manifestar-se-ia somente após conclusão inequívoca por parte do CADE de que o mesmo teria competência para lidar com a causa. A Procuradoria do CADE posicionou-se no sentido de ser competente o Conselho, para julgar o ato de concentração em tela, e isso, basicamente, porque a Lei nº 8.884/94 não teria excluído de sua incidência nenhum agente econômico, fosse ele público ou privado.

O Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, no voto proferido no julgamento, posicionou-se afirmando a competência do CADE para a análise de atos de concentração ocorridos no âmbito do sistema financeiro:

“Ora, o mercado financeiro, bem como o mercado de valores mobiliários devem inserir-se num contexto mais amplo de mercado, genericamente tomado, regido pelas disposições dos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal.

O Título VII da Constituição Federal estabelece os princípios fundamentais da **ordem econômica**, dentre eles o da **livre concorrência**, fixando ainda o **§ 4º do artigo 173**, que *‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.’*

[...]

Adotando, portanto, o entendimento de que os diplomas legais, independentemente de sua posição hierárquica, 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.

Ora, quando o **§ 3º do artigo 54** da Lei nº 8.884, de 1994, determina que devam ser incluídos nos atos de que trata o *caput* **“aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário”**, e quando o *caput* do artigo determina que todos estes atos **deverão ser submetidos à apreciação do CADE**, está claramente o legislador ordinário atribuindo a um órgão a competência para apreciação de **toda e qualquer forma de concentração**, incluídas logicamente as concentrações bancárias.

Se o Banco Central do Brasil deve ser visto como uma **agência reguladora** do sistema bancário, não se há de querer retirar do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sua competência legal, fundada em dispositivo constitucional, para apreciar quaisquer atos que *‘possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.’*

[...]

Como conclusão de toda a fundamentação acima exposta, arrimado finalmente, na norma contida no **§ 10º, do art. 54** da lei nº 8.884/94, agora mencionado, devo responder à consulta, afirmando que o ato de concentração comunicado pela CVM deverá ser **submetido à apreciação do CADE.**” [trechos grifados e em itálico no original].<sup>27</sup>

---

27 Trecho extraído do voto do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca em 26 de julho de 2000 no julgamento do Ato de Concentração nº 87/96, ainda não publicado (documento cedido pelo Relator).

Devido ao pedido de vista do Presidente do Conselho, a análise do Ato de Concentração encontra-se novamente suspensa, e a resposta do CADE a esta importante questão de conflito de competência somente será conhecida ao final do julgamento.

### *5. Nosso Entendimento*

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 societário bancária redundar em um ato de 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 a aprovação destas autoridades. Se, porventura, a transferência de controle não for capaz de alterar a estrutura do mercado, bastará apenas a atuação do BACEN<sup>28</sup>. 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 a responsabilidade do CADE.

Impende ressaltar um aspecto suscitado no voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca: tanto o mercado financeiro, quanto o mercado de valores mobiliários devem ser vistos como mercado, e, portanto, como institutos regidos pelos artigos 170 e seguintes da Constituição da República. Tal raciocínio decorre de uma interpretação sistêmica da CR/88, uma vez que seu Título VII é denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” e a ementa da Lei nº 8.884/94 diz que a mesma “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a **ordem econômica**” (sem grifo no original).

A conseqüência lógica e óbvia desta construção é a afirmação de que os princípios elencados no art. 170 da CR/88, ditos “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (Capítulo I), como, *v.g.*, livre concorrência e livre iniciativa, se aplicam a toda e qualquer atividade econômica. O Sistema Financeiro Nacional (Capítulo IV) está inserido no Título VII e, portanto, os princípios mencionados devem ser observados tanto pelas instituições financeiras (poder privado), quanto pelas autoridades (poder público) na aplicação da legislação infraconstitucional.

---

28 Cf. tópico de nº 3. A priori, nossa tese seria a mesma defendida por Marcos Martins de Souza; entretanto, como se verá a seguir, nossa fundamentação difere em alguns pontos.

A Lei nº 8.884/94, em sua ementa, declara ter por objeto a prevenção e a repressão às infrações à **ordem econômica**. Dentre várias funções, este diploma legal atribuirá ao CADE, em seu art. 54, competência para aprovar todo e qualquer ato capaz de alterar a estrutura do mercado, e, em seu art. 15, submete todo e qualquer agente econômico, seja ele público ou privado, sem qualquer exceção, à sua aplicação. Assim, enquanto o BACEN não observar os imperativos constitucionais do art. 170 na análise de atos de concentração bancários, o CADE será responsável por este papel, havendo necessidade de duplo exame. Se, porventura, o BACEN passar a exercer de forma consentânea com a Constituição da República suas competências estatuídas no art. 10, X, c,g e no art. 18 § 2º, desnecessária se tornará a presença do CADE, posto que a lei do sistema financeiro é específica e, além disso, hierarquicamente superior.

A Lei 4.595/64, como se mostrou neste estudo, confere competência **privativa** ao Banco Central para autorizar transferências de controle acionário no sistema financeiro (art. 10, X, c, g) e estipula que o órgão regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras (art. 18, § 2º). Entretanto, como demonstrou Calixto Salomão Filho, as medidas do BACEN não promovem a concorrência no setor, aliás, pelo contrário, oligopolizam-no<sup>29</sup>. A autorização para transferências de controle bancários não considera nenhum critério relevante do ponto de vista concorrencial, restringindo-se, praticamente, a uma verificação de cumprimento da cartilha do Acordo da Basileia, em especial das exigências de capital mínimo.

Cumpra observar a importância do termo competência privativa. Não se trata de competência exclusiva do BACEN, vale dizer, há espaço para o exercício de competência suplementar, para que outro órgão preencha alguma lacuna no seu exercício, de forma parcial ou plena. O caso, como se observa, é de lacuna parcial, uma vez que o BACEN exerce a competência de analisar transferências de controle societário financeiras, mas o faz de forma incompleta, quando as mesmas caracterizam um ato de concentração, pois não cuidaria da observância dos ditames constitucionais de defesa da livre concorrência e da livre iniciativa, os mais diretamente afetados.

Jairo Saddi afirmou a inexistência de mecanismos institucionais que permitissem a competência suplementar decorrente da competência privativa<sup>30</sup>. Questionamos esta afirmação, pois a Lei nº 8.884/94, em seu art. 54, § 10º, prescreve que a CVM deverá comunicar à SDE todas as mudanças de controle acionário em companhias abertas financeiras, assim como as

---

29 Cf. nota de rodapé nº 5, supra.

30 Cf. tópico nº 3, supra.

fusões do setor. Vale lembrar que esta foi a origem do Ato de Concentração entre BFB e AFINCO/Itaú. Não há palavra ou expressão sem sentido na lei; claramente percebe-se a intenção do legislador de também submeter ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência os atos de concentração financeiros.

Um grande avanço seria dado se o Congresso Nacional regulamentasse o art. 192 da Constituição da República de 1988, criando a nova lei do sistema financeiro, respondendo, de forma inequívoca, esta e outras questões não menos importantes correlatas. O notável Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ponderou, de maneira lapidar, que o Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de forma a prescrever absurdos e incoerências<sup>31</sup>. Este é o espírito que procuramos seguir nesta monografia. Acreditamos que este conflito de competência, apesar da diversidade de opiniões, pode ser juridicamente equacionado, e, apresentamos estas sugestões, esperando de alguma forma contribuir para o debate.

## 6. Bibliografia

MACEDO, Ricardo Ferreira de. “Autonomia do Banco Central do Brasil e Despolitização da Moeda”; in Revista de Direito Mercantil, nº 113. Editora Malheiros Editores, São Paulo, jan/mar. de 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito; Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000.

OLIVEIRA, Gesner. “A evolução do Sistema Bancário e a Necessidade de Harmonização de Atuação dos Organismos Reguladores” in Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, Editora OESP, Brasília, 1999

SADDI, Jairo. “Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira” in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, nº 5, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, maio-agosto de 1999, ano 2.

\_\_\_\_\_ “Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Econômico, nº 26; Editora CADE, Brasília, agosto-dezembro de 1997.

---

31 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*; Editora Forense, 18ª edição, Rio de Janeiro, 2000, p. 166.

\_\_\_\_\_. “Considerações sobre Alguns Aspectos Jurídicos dos Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional” in Revista de Direito Mercantil, nº 113, Editora Malheiros Editores, São Paulo, janeiro/março de 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto; “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário”, in Revista de Direito Mercantil nº 114; Editora Malheiros Editores, São Paulo, abril/junho de 1999,

\_\_\_\_\_. Direito Concorrencial - As Estruturas; Editora Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

SOUZA, Marcos Martins de. “Organização das Instituições Financeiras e o CADE” in Revista de Direito Econômico, nº 24, Editora CADE, Brasília, julho-dezembro de 1996

VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência; Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Intervenção do Estado no Domínio Econômico - O Direito Público Econômico, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1998, edição fac-similar da de 1968.

VIDIGAL, Geraldo Facó. “Sistema Financeiro Nacional: Atualidades e Perspectivas”, in Primeiro Ciclo de Estudos de Direito Econômico, Editora IBCB - Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, São Paulo, 1993.