

SUBMISSÃO AO CADE DE ATO DE CONCENTRAÇÃO FIRMADO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

*Pedro Dutra**

Controladores do banco A e do banco B firmaram negócio jurídico – “contrato de associação”¹ – por meio do qual pretendem integrar em uma única empresa – AB –, cujo controle compartilharão por meio de outras empresas, “as operações financeiras” dos dois bancos A e B. Os efeitos irradiados desse ato de integração de poder econômico – ato de concentração, em linguagem corrente – afetarão diferentes mercados relevantes, nos quais têm lugar as referidas “operações financeiras”.²

Os figurantes do ato de concentração, no Fato Relevante que divulgaram, declararam, sob a rubrica “Instituições Reguladoras”, que “a conclusão da associação entre o banco A e o banco B depende da aprovação do Banco Central do Brasil e das demais autoridades competentes”³ (grifo nosso).

Embora refiram outras “autoridades competentes”, além do Banco Central – BACEN, aos figurantes do negócio jurídico remanesce dúvida sobre o alcance da competência de tais autoridades, nomeadamente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Essa dúvida acha-se na consulta, que é objeto deste parecer.

1. A questão controversa

É ou não competente o CADE para exercer o controle preventivo de ato de integração de instituições financeiras submetidas à ação regulatória do BACEN, prescrita na Lei 4.595/1964? Essa questão chegou ao exame do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, inconformado o CADE com decisão

* Advogado e Conselheiro do IBRAC.

¹ Cf. O Fato relevante.

² Ob. cit.

³ Ob. cit.

de juízo de primeiro grau que declarou competente exclusivamente o BACEN para analisar atos de concentração a envolver instituição financeira.⁴

O negócio jurídico ora em análise, objeto do Fato Relevante citado, não versa diretamente sobre a aquisição do controle de um banco por outro, mas trata, inegavelmente, de ato de integração – em uma empresa para esse fim constituída – de dois bancos – e suas respectivas operações financeiras – antes distintos os seus controladores, e concorrentes os bancos entre si. Os argumentos expendidos na disputa judicial aplicam-se, portanto, ao ato em causa, e a seguir são referidos, extraídos do voto vencido da relatora Desembargadora Selene Maria de Almeida, do voto-vista do Desembargador João Batista Gomes Moreira e do voto-vista do Desembargador Fagundes de Deus.

2. O entendimento do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região

Os bancos Bradesco e BCN,⁵ adquirente e alienante, em face de decisão do plenário do CADE determinando modificassem ato de concentração que entre si haviam realizado, recorreram ao Judiciário argumentando ser competência privativa do BACEN – excepcionada a do CADE – para analisar aquele negócio jurídico.

O CADE contraditou, arguindo que a Lei 8.884/1994 – em conformidade com o artigo 173, § 4.º, da Constituição Federal – não “conferiu imunidade a nenhum setor da economia”, dizendo inexistir “hierarquia entre as Leis n. 4.595/64 e a 8.884/94”, pois “a primeira trata do controle prudencial e tem raiz no art. 192 da Constituição Federal, (...) a segunda cuida do controle concorrencial de estruturas e funda-se nos artigos 170 e 173, § 4.º, da Carta Magna (e) o artigo 192 não tem qualquer relação com o problema da concorrência, a relação que pode eventualmente existir é a mesma de qualquer outro setor que trate de uma atividade econômica ou de um serviço público específico”.⁶

Refutou o CADE o argumento de que a Lei 4.595/1964 fosse de natureza especial, e a Lei 8.884/1994 de caráter geral; e defendeu a complementaridade das ações do CADE e do BACEN, dizendo que ao primeiro

⁴ Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF, Apelante: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Apelados: Banco BCN S/A e Banco Bradesco S/A, Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida.

⁵ BCN e Bradesco, ver nota anterior.

⁶ Fl. 9, Voto da Desembargadora Selene Maria de Almeida.

competia “a análise de concentrações e aplicação de sanções, à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional”, enquanto ao segundo “compete uma análise de natureza regulatória, no marco de suas atribuições de fiscalizar e aplicar a política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Decidindo esse ponto, a relatora assim se manifestou:

“Em síntese, em análise do conteúdo das normas da Lei 4.595/64 e com base no art. 173, § 4.º, da CF/88, conclui-se que os dispositivos da Lei 4.595/64 que dispõem sobre o direito da concorrência têm natureza de lei ordinária”.⁷

Fixada a natureza ordinária da Lei 4.595/1964, a relatora firmou o seu entendimento:

“Mas qualquer que seja a crítica que se ofereça à ineficácia da autoridade monetária no que diga respeito a possíveis condutas abusivas das instituições financeiras, o certo é que *legem habemus* que pela sua especialidade afasta a Lei 8.884/94, aplicável aos outros setores da ordem econômica.

A Lei 4.595/64 é especial porque diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de controle de atos de concentração bancária. Já a Lei Antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral.

O art. 10 da Lei 4.595/64 dispõe que a competência do BACEN é privativa, valendo dizer que resta excluída a competência de outra agência. Logo, inexistente conflito ou é aparente o conflito de competência no caso *sub examen*, porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (Lei 4.595/64, art. 10, ‘c’ e ‘g’, e art. 18, § 2.º).

É fato que o art. 54 da Lei Antitruste não tem previsão de exceção à competência do CADE, mas tal exceção não necessita ser expressa, eis que a existência de lei especial dispondo regra específica para o controle dos atos de concentração de instituições financeiras significa

⁷ Fls. 43-44, Voto da Desembargadora Selene Maria de Almeida.

que um segmento específico do mercado foi objeto de disciplina legislativa diferenciada.

(...)

Ao fim e ao cabo, nota-se que o BACEN atua como agência reguladora ao mesmo tempo que congrega a atividade da defesa da concorrência. Tal modelo teve inspiração no direito americano da década de 30, segundo o qual a decisão sobre fusões aquisições, etc. é do Federal Reserve System”.

A relatora negou provimento ao recurso de apelação formulado pelo CADE, afirmando a competência privativa do BACEN – e não do CADE – para decidir sobre ato de concentração que tenha por objeto instituição financeira.

O Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, em voto oral, divergiu da relatora, entendendo que “o interesse protegido na lei específica do sistema financeiro e o interesse protegido na lei do CADE” podem coexistir harmonicamente “dentro do princípio da complementaridade”, não havendo incompatibilidade entre eles. Em consequência, os atos de concentração envolvendo instituições financeiras deveriam, também, passar pelo crivo da legislação de defesa da concorrência.⁸

O Desembargador Fagundes de Deus, apoiando-se no voto oral do Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, entendeu que a Lei 4.595/1964 não prefere à Lei 8.884/1994, nem a substitui em relação à competência legal do CADE:

“(…) legislador estabeleceu, no art. 10, inciso X, alínea ‘c’, da primeira lei referida, a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação. A dita atribuição legal, a meu ver, diz respeito à sua atividade típica de ente regulador do sistema financeiro nacional; não, porém, de regulador, no que toca à defesa da concorrência, é dizer, relativamente aos atos de concentração. Correta, portanto, *data venia*, a posição assumida pelo CADE”.

Em linha com o entendimento do Desembargador João Batista Gomes Moreira, o Desembargador Fagundes de Deus assim decidiu, divergindo também da relatora:

⁸ Fl. 1, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

“De tudo quanto ficou registrado, extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, sendo elas aplicadas de forma complementar, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, enquanto a segunda cuidaria especificamente da tutela da concorrência.

Dúvida não remanesce de que é competente o CADE para o exame da operação que resultou na aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob a ótica da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)”.⁹

3. Análise da decisão do TRF

Ao elevar a livre concorrência a princípio regente da ordem econômica, o legislador constitucional nela proscreveu o abuso do poder econômico de mercado, determinando-lhe a prevenção e a repressão, na forma da Lei.¹⁰ Esta, de n. 8.884/1994, outorgou competência ao CADE para, especialmente, exercer o controle preventivo de ato de integração de poder econômico firmado entre empresas atuantes nos mercados (todos eles) de bens e serviços. Atendido o índice de jurisdição fixado na Lei 8.884/1994, art. 54, § 3.º, todo ato de integração, qualquer que seja a sua forma jurídica, os seus figurantes e o mercado, ou mercados, em que estes atuem – deve ser notificado ao CADE, que verificará se os efeitos dele irradiados sobre o mercado, ou mercados, relevante(s) afetado(s), nele consistirá posição dominante, restringirá a livre concorrência ou aumentará arbitrariamente os lucros.

A guarda da livre concorrência é, portanto, inerente à ordem econômica constitucional e, para ser exercida, requer, e a Constituição Federal assim dispõe, que o Estado nela intervenha. A experiência mostrou ser indispensá-

⁹ Fl. 7, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

¹⁰ Constituição Federal, art. 170, IV: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; (...)”.

Constituição Federal, art. 173, § 4.º: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

vel, e não contrário, à afirmação do princípio da livre -iniciativa – fixado em forma preambular na Constituição Federal¹¹ – a defesa da livre concorrência. Em uma palavra, não se afirma a livre-iniciativa sem a defesa da livre concorrência. Igualmente, mostrou a experiência não ser efetiva a guarda da livre concorrência e, pois, a prevenção e a repressão do abuso do poder econômico, se a sua execução não for cometida a um órgão especial, criado por Lei e a esse fim destinado.

O legislador infraconstitucional atendeu à prescrição constitucional e atribuiu ao CADE o controle preventivo da concentração de poder econômico – ao lado da repressão às infrações decorrentes de seu abuso – de todos os atos que integrem poder econômico, antes centrado em agentes econômicos distintos e independentes entre si, inclusive atos a envolver agentes atuantes nos mercados regulados, sob a jurisdição de agência reguladora. Nesse caso, o CADE age em sequência à agência reguladora, a esta cabendo aprovar o ato de concentração do ponto de vista estritamente regulatório e emitir parecer, não vinculante, sobre aspectos concorrenciais respectivos ao mercado sob a sua jurisdição, e encaminhá-lo ao CADE para este analisar-lhe os efeitos concorrenciais e aprová-lo, com ou sem condições compensatórias, ou não.¹²

É inteiramente diversa a disciplina constitucional da ordem econômica vigente daquela disciplinada na Carta Federal de 1946, em cujo âmbito, então especialmente conflagrado, foi editada a Lei 4.595/1964. É no contexto da atual Carta, a condicionar necessariamente a questão aqui posta, que a sua análise deve ser feita, como bem registrou o Desembargador Fagundes de Deus em seu voto-vista, em especial porque o ponto inicial da demanda

¹¹ Constituição Federal, art. 1.º, IV: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”.

¹² Cf. Lei Geral de Telecomunicações, art. 7.º: “As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1.º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2.º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador”.

versa, precisamente, sobre a recepção daquela lei no regime constitucional atual.¹³

Com efeito, os dispositivos da Lei 4.595/1964 que disciplinam a competência do BACEN para verificar as “condições de concorrência” no mercado que lhe cabe fiscalizar são de natureza ordinária.

Essa, também, a opinião de Odete Medauar:

“E nem se diga que a Lei 4.595/64, na sua inteireza, foi recepcionada pela Constituição Federal como lei Complementar, ante o *caput* do art. 192. A matéria dessa Lei complementar cinge-se somente ao Sistema Financeiro Nacional. Se entre seus preceitos devem constar as atribuições do BACEN, não se pode deduzir que daí advenham competências do mesmo em matéria concorrencial. Mesmo porque tal matéria insere-se na Lei indicada pela Constituição Federal, hoje a Lei 8.884/94, nenhuma outra”.¹⁴

Sob esse ponto, é unânime o entendimento contido nos votos acima citados, o que mostra ser a Lei 8.884/1994 aplicável aos atos de concentração a envolver instituições financeiras, sendo assim competente o CADE a julgá-los. Todavia, como transcrito acima, o entendimento da Desembargadora Selene Maria de Almeida desdobra-se no sentido de ser a Lei 4.595/1964 especial em relação à Lei 8.884/1994, cabendo, por conseguinte, privativamente ao BACEN exercer o controle preventivo de atos de concentração que envolvam instituições financeiras.

Sobre os fundamentos do voto vencido da Desembargadora Selene Maria de Almeida, além das considerações expendidas nos demais votos, entendo pertinente aduzir as considerações a seguir.

Diz a relatora ser aplicável privativamente a Lei 4.595/1964 a atos de concentração a envolverem instituições financeiras,

“porque (a Lei) diz respeito a setor particular das relações econômicas, inclusive os atos de concentração bancária. Já a lei antitruste estabelece a disciplina dos atos de controle das empresas de uma forma geral”.

¹³ Fls. 2-3, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. Concorrência no sistema financeiro. Conflito de competência entre CADE e BACEN?. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS Paulo Todescan Lessa (org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 125.

Na ordem econômica constitucional não se distinguem setores, ou mercados, particulares, e assim a Lei 8.884/1994. Refere a Constituição Federal mercados de bens e de serviços.¹⁵ O fato de a Lei preceituar alguns deles especialmente – como é o caso dos serviços ditos públicos e de outros mercados igualmente submetidos à intervenção do Estado para os fiscalizar e regular por meio de órgãos para esse fim especialmente criados – não os particulariza, sobretudo a ponto de os excluir da competência do órgão especial de defesa da concorrência.

Porém, mesmo se esse entendimento – vencido – fosse admitido, para argumentar, ainda assim o seu desdobramento, como se tem no voto da relatora, ao meu juízo não encontraria amparo legal. Seria privativa a competência do BACEN, como está no voto da relatora, “excluída a de outra agência”,

“porquanto, segundo norma especial, compete ao BACEN com exclusividade coibir o abuso do poder econômico no âmbito das instituições financeiras (art. 10, X, *c*) e art. 18, § 2.º” (da citada Lei 4.595/1964).

Ou seja, a Lei n 4.595/1964 seria norma especial em matéria de defesa da concorrência em relação à Lei 8.884/1994.

Essa especialização, defendida pela relatora, sugere, porém, exame mais acurado dos artigos 10, X, *c*) e 18, § 2.º, da Lei 4.595/1964. Diz o artigo 10, X, *c*:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

(...)

X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(...)

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; (...).”

¹⁵ Constituição Federal, artigo 173, § 1.º: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”.

E o 18, § 2.º:

“Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

(...)

§ 2.º O Banco Central da Republica 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”.

Note-se que a referência à eventual ação do BACEN, a guardar relação com a defesa da concorrência, está no citado artigo 18, § 2.º, que trata, exclusivamente, de conduta de instituição financeira, ou seja, de sua forma de conduzir (sob o ângulo concorrencial) seus negócios no mercado onde atua. No citado artigo 10, X, *c*, que versa sobre ato de concentração de instituição financeira, inexistente referência à “*condição de concorrência*”, a dele resultar.

Ou seja, a Lei 4.595/1964 só tratou de matéria concorrencial em relação à conduta de agente econômico sob sua jurisdição; não em relação a ato de concentração que o envolva.

Assim, mesmo se vingasse o entendimento de ser aplicável privativamente a Lei 4.595/1964 à matéria concorrencial, como, em minoria, entendeu a relatora, a competência do BACEN, ao meu juízo, estaria limitada aos casos de infração à ordem concorrencial, não alcançando ato de concentração, em face do silêncio daquela norma sobre essa hipótese.

Esse silêncio desabilitaria o BACEN a agir, de analisar um ato de concentração, fosse a sua competência, que é privativa, admitida em desfavor da competência do CADE. Não se acham disciplinados na Lei 4.595/1964 os termos em que tal competência privativa do BACEN seria exercida: seria o ato simplesmente aprovado, ou não aprovado? Poderia ser ele aprovado sob condição compensatória aos efeitos anticoncorrenciais dele decorrentes?

Ainda nesse sentido, considere-se a possibilidade de o BACEN deparar-se com um ato de concentração cujos efeitos fossem benignos no plano regulatório, devendo, portanto, ser aprovado nesse âmbito, mas negativos sobre a ordem concorrencial, o que importaria em sua não aprovação. Ao primeiro exame, o BACEN estaria habilitado, assim os termos claros do artigo 10, X, *c*, citado; e, ao segundo exame, dos efeitos concorrenciais irradiados

do mesmo ato sobre os mercados por ele afetados, onde buscaria o BACEN amparo e roteiro legal à sua atuação?

Indubitavelmente, a competência privativa do BACEN segue íntegra em relação à aprovação regulatória – esta distinta daquela concorrencial, atribuída ao CADE: ao BACEN, e só a ele, cabe autorizar as “instituições financeiras (...) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas” – vale dizer firmar negócio jurídico de integração empresarial, ato de concentração – em cumprimento das “disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9.º da Lei 4.595/1964).

Ou seja, o fato de ser o CADE competente para decidir sobre os efeitos irradiados de ato de concentração a envolver instituições financeiras não elimina, reduz ou modifica a competência privativa do BACEN para decidir sobre os efeitos do mesmo ato no plano regulatório.

A finalidade da ação regulatória do BACEN é, de forma preventiva sobretudo, zelar pela estabilidade do mercado financeiro, sob sua jurisdição. Em verdade, a regulação dita prudencial é um atributo da função preventiva ordinária de regulação do mercado financeiro cometida ao BACEN.

Ao contrário, a ação do CADE não visa à disciplina dos mercados de bens e serviços, senão à prevenção e à repressão do abuso do poder econômico que neles possam ocorrer.

A ação do CADE, no exame de ato de concentração de instituição financeira, justapõe-se à ação regulatória do BACEN. A natureza preventiva das funções exercidas por esses órgãos faz coincidir e possibilita a fluência natural e sequencial de suas ações voltadas ao exame daqueles atos.

A necessidade de o BACEN aprovar, ou mesmo estimular, a elevada concentração de instituições financeiras será, por sua natureza, extraordinária – atenderá, sempre, a injunções conjunturais, identificadas e irreprimíveis, as quais poderão ser admitidas como justificativa à alta concentração pelo órgão de defesa da concorrência. Nessa hipótese, o CADE, com amparo na Lei 8.884/1994, não poderá cegar à necessidade de determinadas instituições integrarem-se, para, com maior solidez financeira, oferecer respostas às exigências de um mercado convulsionado, cujo colapso, ou prejuízos consideráveis, comprometeriam gravemente a economia popular. A Lei 8.884/1994 é aplicada sob o princípio da razoabilidade – a regra da razão – e esta regra acha a sua medida entre as variáveis de cada mercado, como se apresentem no momento da aplicação da lei.

Tem-se, portanto, que a ação preventiva do BACEN coaduna-se com a ação preventiva do CADE, mesmo em situações extremas, de aguda crise financeira, a reclamar medidas extremas.

A Lei 4.595/1964 não é, ao meu juízo, especial em relação à Lei 8.884/1994. Elas harmonizam-se perfeitamente, assim como as ações do BACEN e do CADE, na apreciação de atos de concentração de instituições financeiras: o BACEN as analisa no âmbito da regulação do mercado financeiro; o CADE no âmbito da defesa da concorrência nesse mercado, em uma sequência linear e fluente.

Nesse sentido, o voto do Desembargador Fagundes de Deus, já citado:

“[o] legislador estabeleceu, no art. 10, inciso X, alínea ‘c’, da primeira lei referida, a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação. A dita atribuição legal, a meu ver, diz respeito à sua atividade típica de ente regulador do sistema financeiro nacional; não, porém, de regulador, no que toca à defesa da concorrência, é dizer, relativamente aos atos de concentração. Correta, portanto, data venia, a posição assumida pelo CADE.

Dúvida não remanesce de que é competente o CADE para o exame da operação que resultou na aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob a ótica da Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94)”.¹⁶

4. Respostas aos quesitos

- 1) Há obrigação por parte dos figurantes do ato de concentração em causa em submeter a recente operação de associação ao CADE em sua totalidade, ou apenas no que diz respeito às atividades não financeiras?
 - Há. Os figurantes do contrato de associação devem notificá-lo integralmente ao BACEN e ao CADE. Como acima visto, decidiu o Judiciário, confirmando entendimento anterior do CADE, ser ele competente para analisar os atos de concentração firmados por instituições financeiras, entendimento ao qual me associo, pelas razões aqui expostas. A doutrina partilha desse entendimento, majoritariamente.¹⁷

¹⁶ Fl. 7, Voto do Desembargador Fagundes de Deus.

¹⁷ Cf. GOLDBERG, Daniel K. (org.). *Sistema financeiro: o desafio da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008 (em especial, o artigo da Profa. Odete Medauar, p. 119 e ss.).

- 2) Se o posicionamento for pela não submissão ao CADE da operação no que diz respeito às atividades financeiras, qual tem sido o entendimento do CADE acerca do conceito de atividades financeiras e que estaria fora de seu âmbito de atuação?

Ver resposta anterior.

- O CADE entende que a Lei n. 8.884/1994, que lhe atribui competência para analisar atos de integração de poder econômico – atos de concentração –, não excepcionou desse exame nenhum mercado de bem ou serviço, e por conseguinte não isentou agente econômico atuante no mercado financeiro de notificar ao CADE ato de concentração em que seja figurante.
- 3) Há decisão do CADE posterior ao julgamento da TRF-DF que decidiu pela competência do CADE, tendo em vista que julgados anteriores do próprio órgão já vinham na linha de atribuírem ao Banco Central a análise de atos de concentração envolvendo atividades financeiras?
- Sim. O CADE deu-se por competente para apurar atos de concentração envolvendo instituições financeiras em doze casos julgados a partir da decisão do TRF, datada de agosto de 2007.
- 4) Por fim, gostaríamos de entender se o quanto mencionado acima também se aplica às operações envolvendo BANCOS PÚBLICOS.
- Ao meu ver, aplica-se, sim.

Em artigo recente, dois ex-Conselheiros do CADE assim se manifestaram: “(...) em suporte ao entendimento de que a competência do Banco Central não poderia ser exclusiva, sustentou-se nos votos então proferidos que não há isenção ou imunidade para as instituições financeiras na Lei n. 8.884/94. Não há, tampouco, conflito entre o disposto nessa lei e na Lei n. 4.595/64, já que não existe superioridade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária, e as competências previstas na lei bancária e na lei da concorrência não são excludentes, mas concorrentes. (...) O *impasse institucional entre a autoridade de supervisão bancária e a autoridade da concorrência encontra-se hoje superado no Brasil. O caso Finasa foi determinante para que o debate sobre as competências formais e as funções efetivas dessas autoridades demonstrasse a necessidade de cooperação entre elas...*” (PRADO, Luiz Carlos Delorme; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. *Concorrência e sistema financeiro: a construção de um modelo de política de defesa da concorrência no setor bancário brasileiro*. In: GOLDBERG, Daniel K. (org.), op. cit., p. 148 e 161.

Pública é a titularidade do controle dos bancos públicos; privado, o regime a que estão submetidos em sua ação ordinária. Atuam eles no mesmo mercado relevante em que atuam os bancos sob controle privado (e nele os bancos públicos detêm expressiva participação). A Constituição Federal não criou regime especial próprio às empresas sob controle estatal; ao contrário, submeteu-as ao regime aplicável às empresas de capital privado.¹⁸ Assim já nos manifestamos sobre esse tema:

“É clara a finalidade da norma igualitária: todas as empresas que explorem atividade econômica sujeitam-se ao mesmo regime jurídico e esse regime é de natureza privada. O princípio, subjacente a esta norma, há muito acha-se inscrito no direito nacional, referindo a isonomia que deve estar à base da exploração da atividade econômica, na qual o Estado não age como poder público, e sim como agente econômico organizado como os demais, privado”.¹⁹

¹⁸ Constituição Federal, art. 173, § 1.º, II: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...)”.

¹⁹ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228-229.

