



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

*Conflito de competência entre CADE e BACEN na análise de atos de
concentração: Perspectiva histórica e crítica ao PLP. 265/2007*

Luiz Guilherme Ros

Brasília, 07, de julho de 2014.

Resumo

Este trabalho busca abordar o conflito de competência existente entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e o Banco Central do Brasil (“BACEN”) na análise de Atos de Concentração envolvendo o sistema financeiro nacional. Nesta seara, serão analisados os argumentos suscitados pelo CADE e pelo BACEN, os quais se intitulam competentes para analisar estas operações. Será analisado, também, o Parecer AGU 020-GM, exarado pela Advocacia Geral da União, a qual defende que o Banco Central seria privativamente competente para análise de operações entre instituições financeiras. Por fim, será abordado, de maneira crítica, o Projeto de Lei Complementar 265/2007 que busca solucionar o conflito de competência existente entre estas autarquias.

Abstract

This work seeks to address the conflict of jurisdiction between the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) and the Banco Central do Brasil (“BACEN”) in the analysis of acquisitions involving the National Financial System. It will also be analyzed the arguments raised by CADE and BACEN, as also says that they are competent to analyze those operations. It will also analyze the arguments raised by CADE and BACEN, both stating that they are competent to analyze those transactions. The AGU 020-GM Opinion rendered by the General Attorney’s Office, which states that BACEN is the authority entitled to analyze the transactions between financial institutions, will also be discussed in this work. Lastly, a critical discussion on the Supplementary Law bill No. 265/2007, which seeks a solution to the conflict of jurisdiction between these two authorities, will be exposed.

*“E assim nas calhas de roda,
Gira, a entreter a razão,
Esse comboio de corda,
Que se chama coração.”
Fernando Pessoa*

Agradecimentos

Aos meus pais, Eliana e José Flávio, os quais cada um, de sua maneira, ajudaram-me na confecção do presente trabalho e que me orgulho todos os dias de tê-los comigo.

À Fernanda Ros cujo afeto é imensurável.

À Carolina Saito, por estar ao meu lado em todos os momentos, a quem admiro cada dia mais e me inspira a ser melhor.

Ao Elvino de Carvalho Mendonça, a quem serei eternamente grato.

À minha Orientadora, Ana Frazão, a qual, além de me orientar, me ensina cada vez mais.

Aos membros da banca, que me dão a oportunidade de ser avaliado por quem mais admiro.

Sumário

<i>Universidade de Brasília</i>	1
<i>Faculdade de Direito</i>	1
<i>Brasília, 07, de julho de 2014.</i>	1
1. Introdução	6
2. Comparando dois Sistemas Legais: Concorrencial e o Financeiro	9
2.1. <i>A Lei 4.595/64 e o seu enfoque concorrencial</i>	9
2.2. <i>O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência</i>	16
3. A controvérsia sobre o ente competente para apreciar Atos de Concentração 23	
3.1. <i>O Parecer AGU sobre o conflito de competência entre o CADE e o BACEN.</i> 23	
3.2. <i>A Lei 4.595/64, de natureza complementar, se sobrepõe a Lei 12.529/11, pela sua natureza ordinária?</i>	33
3.3. <i>A Lei 4565/64 seria específica por se tratar do sistema financeiro ou a Lei 12.529/11 por se tratar de questão concorrencial?</i>	41
3.4. <i>A utilização da teoria das imunidades implícitas para a solução do conflito de competência</i>	44
3.5. <i>Risco Sistêmico</i>	54
4. <i>Porque o Banco Central do Brasil não deve analisar as questões concorrenciais</i> 60	
5. O Projeto de Lei Complementar 265/2007 – Uma competência complementar entre essas instituições	68
6. Conclusão	77
7. Bibliografia	82

1. *Introdução*

O presente trabalho tem como objetivo abordar o conflito positivo de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN), no que se refere à análise de Atos de Concentração envolvendo instituições financeiras, isto é, operações que digam respeito ao sistema financeiro.

Em 31 de dezembro de 1964, com a edição da Lei 4.595, que reorganizou o sistema financeiro Nacional, foi criado o BACEN. De acordo com Art. 10, X, “c” desta lei, competiria privativamente a esta autarquia conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que pudessem ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas. Isso posto, parte da doutrina passou a admitir que uma análise combinada deste dispositivo com o §2º do artigo 18 do mesmo diploma autorizaria o Banco Central a analisar estas operações também quanto às questões relacionadas à concorrência.

Já em 1988, foi promulgada a Constituição Federal Brasileira, a qual recepcionou o supracitado diploma legal como se Lei Complementar fosse, em decorrência de seu artigo 192 da Carta Magna. Não se levou, entretanto, em consideração o surgimento de uma nova realidade instalada no Brasil¹.

É importante ter em mente que a década de 90 vivenciou a derrocada dos paradigmas mercadológicos existentes, bem como a construção de novos modelos econômicos. Apenas para exemplificar, o Estado passou a intervir menos de forma direta na economia, passando a atuar mais de forma indireta, seja por direção ou indução².

Com base nisso, em 1994 foi elaborada a Lei 8.884, que modernizou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)³. A legislação em questão determinou

¹ 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.*

² O presente trabalho usa como base a clássica distinção entre intervenção direta e indireta do Estado na economia, elaborada por Eros Grau, em *A ordem econômica na Constituição Brasileira*.

³ É consenso, dentro da literatura jurídica, que foi somente com a elaboração desta lei que foram criadas as bases do direito concorrencial no Brasil. Até então este praticamente inexistia.

que todos os mercados deveriam, sem qualquer exceção, ser analisados pelo CADE, o que incluiria o Sistema Financeiro Nacional.

Contudo, não foi esse o entendimento do ente regulador. O Banco Central compreendia que sua competência regulatória criaria uma isenção antitruste para o sistema financeiro, mesmo após a Lei 8.884/94, enquanto O CADE afirmava, reiteradamente, que o Sistema Financeiro Nacional deveria submeter-se ao diploma antitruste, não havendo razão para afastar de sua competência a análise de operações envolvendo o sistema financeiro.

Dessa feita, na tentativa de dirimir o conflito de competência existente, submeteu-se o tema à análise da Advocacia Geral da União (AGU) para que, nos termos da Lei Complementar 73/93, elaborasse parecer e o submetesse à Presidência da República, com o intuito de esclarecer qual das duas autarquias seria competente para a análise destas questões. Assim sendo, por meio do Parecer GM 020, ratificado pelo Presidente da República, entendeu-se que competiria privativamente ao Banco Central a análise de Atos de Concentrações realizados no Sistema Financeiro Nacional⁴.

Em sua fundamentação, a AGU afirmou que a Lei 4.595/64 teria natureza de Lei Complementar, enquanto a Lei 8.884/94, de Lei Ordinária. Assim, aquela prevaleceria por razões hierárquicas em face desta. Ademais, outro ponto abordado pela AGU é que aquela seria específica em relação à lei antitruste, no que se refere ao sistema financeiro.

Em 2007, no entanto, foi proposto o Projeto de Lei Complementar (PLP) 265/2007, o qual tentou dirimir o conflito de competência existente. À época, o que se previu era que o Banco Central, primeiramente, analisaria as questões regulatórias e se a operação estava inserida em um contexto de risco sistêmico. Caso estivesse, a decisão desta autarquia seria terminativa, obstando o CADE a analisar as questões concorrenciais. Contudo, caso a operação não estivesse inserida neste contexto, o que normalmente acontece, caberia à autarquia antitruste a análise da operação quanto às questões concorrenciais. Desta forma, este projeto, em sua gênese, previa uma competência complementar entre os dois entes.

⁴ Disponível em <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>.

É nesse contexto que foi elaborado este trabalho.

Antes de adentrar especificamente nas questões expostas, busca-se expor, primeiramente, que não cabe à AGU analisar o conflito de competência entre autarquias pertencentes à administração indireta, as quais não se submetem ao poder de direção do Executivo.

Posteriormente, ao contrário do que defende o Banco Central e a AGU, será questionada a discussão da hierarquia de normas expostas no parecer e, mais adiante, a discussão sobre a especificidade de normas, concluindo que nenhuma destas duas argumentações parece ser adequada.

Desse modo, este trabalho busca demonstrar, superadas as questões legais apontadas no parecer da AGU, que, em situações de normalidade, competiria ao CADE analisar o impacto concorrencial de operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional. Contudo, em situações de anormalidade, isto é, na existência de risco sistêmico, exige-se isenção antitruste para o sistema financeiro, o qual deve ser analisado, exclusivamente, pelo ente regulador.

Uma vez superada esta questão, abordar-se-ão as razões fáticas que demonstram a necessidade de atribuir ao CADE, na inexistência deste risco sistêmico, a análise destas operações.

Por fim, o presente trabalho abordará, de maneira crítica, o PLP 265/2007, em trâmite na Câmara dos Deputados, que busca solucionar o presente conflito de competências, por meio de uma competência compartilhada entre essas duas autarquias.

2. *Comparando dois Sistemas Legais: Concorrencial e o Financeiro*

2.1. *A Lei 4.595/64 e o seu enfoque concorrencial*

Criada na época da Ditadura Militar e sancionada em 31 de dezembro de 1964, a Lei 4.595/64 *dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*⁵.

Essa lei alterou os paradigmas do Sistema Financeiro Nacional, o qual é hodiernamente composto pelo Conselho Monetário Nacional, Banco do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, dentre outras instituições. De acordo com o artigo 8º da referida lei, foi criado o Banco Central da República do Brasil (BACEN), o qual também faz parte do Sistema Financeiro Nacional, *in verbis*:

Art. 8º A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei e ainda da apropriação dos juros e rendas resultantes, na data da vigência desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei número 8495, de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado.

O principal objetivo da lei foi realizar a reforma bancária, por meio da criação de um Banco Central, visto que, até então, o Brasil não possuía qualquer instituição semelhante a esta. O BACEN é de fundamental importância para o bom funcionamento do mercado, por ser o responsável exclusivo pela emissão da moeda, além de realizar operações bancárias – empréstimos, descontos às instituições financeiras.

Além disso, compete ao BACEN gerir as reservas oficiais de ouro e capital estrangeiro, bem como de ser o responsável por executar compra e venda de títulos públicos, facilitando assim a política monetária adotada pelo Governo. No entanto, uma das suas principais funções refere-se à fiscalização de outras instituições financeiras e a aplicação de penalidades, quando for o caso, a estas.

Apesar da sua importância, foi somente com a reforma bancária ocorrida em 1964 que esta instituição surgiu. Nessa linha alude Barbosa⁶ (p.2):

⁵ Tendo entrado em vigência 90 dias após a sua publicação.

“Os principais objetivos da Reforma Bancária de 1964 foram a criação do Banco Central e a concessão de autonomia das Autoridades Monetárias em relação ao Governo Federal. A autonomia se caracterizava pelo fato do Conselho Monetário Nacional, órgão de cúpula da política monetária, que deliberava pela maioria simples dos seus membros, ter seis membros com mandatos fixos e três membros demissíveis ad nutum pelo Presidente da República: o Ministro da Fazenda, que presidia o Conselho, e os presidentes do Banco do Brasil e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES). A diretoria do Banco Central do Brasil, órgão executivo da política monetária, era composta por quatro membros, escolhidos entre os seis membros do Conselho Monetário Nacional com mandatos fixos de seis anos. O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, da Junta Militar que governou o país naquela época, tornou letra morta esta autonomia ao suspender as garantias legais daqueles que exerciam mandato fixo. Posteriormente, a Lei nº 6.045, de 15 de maio de 1974, reconheceu esta situação de fato e estabeleceu que os diretores do Banco Central seriam demissíveis ad nutum pelo Presidente da República. Depois da redemocratização do país, a Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 192 que a organização do Banco Central deve ser objeto de uma Lei Complementar (que requer aprovação pela maioria absoluta do Congresso Nacional). Esta lei ainda não foi objeto de deliberação no Congresso.”

A criação do BACEN pode ser vista como a principal mudança trazida por este marco legal, sendo essa instituição vital para o Sistema Financeiro Nacional, que, como foi visto, dentre outras funções, passou a zelar pela regulação prudencial e pela garantia da higidez do Sistema Financeiro Nacional, antes não realizadas por nenhuma outra instituição⁷⁻⁸.

⁶ BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>

⁷ Regulação prudencial são as regras que visam a manter a estabilidade e a confiança do Sistema financeiro Nacional de um determinado país. Buscam preservar a solidez das instituições financeiras que agem neste mercado, garantindo assim sua solvabilidade. Além de buscarem preservar estas instituições, a regulação prudencial também tem outra função, qual seja, de proteger aqueles que utilizam os serviços ofertados por estas empresas contra eventuais abusos praticados, ou contra perdas, prejuízos resultantes, na maior parte das vezes de uma má gestão dos recursos financeiros. De acordo com o relatório do Banco Central Europeu, a regulação prudencial corresponde às “regras que as instituições financeiras têm de cumprir, de forma a assegurarem uma gestão eficaz do risco e a proteção dos fundos dos depositantes, acompanhada de divulgação de informação, fomentando assim a disciplina do mercado”.

Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/ecb/tasks/stability/html/index.pt.html>.

⁸ A manutenção da higidez do Sistema financeiro Nacional consiste em impedir eventuais falências de instituições financeiras, as quais podem produzir externalidades negativas desastrosas, em decorrência do efeito rede existente na interligação entre elas. A busca por um sistema financeiro cuja higidez seja garantida é, de fato, um interesse da União, como já exposto em decisões judiciais. À guisa de exemplificação a seguinte decisão STJ - CC: 82961 SP 2007/0081096-5, Relator: Ministro ARNALDO

Para garantir a implementação da lei e das funções do BACEN, a Lei 4.595/64 estabeleceu, nos artigos 10 e 11, as competências desta autarquia, as quais o próprio BACEN enumera em seu site, a saber⁹:

“O Banco Central do Brasil foi criado pela Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. É o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional, tendo por objetivos:

- *zelar pela adequada liquidez da economia;*
- *manter as reservas internacionais em nível adequado;*
- *estimular a formação de poupança;*
- *zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro.*

Dentre suas atribuições estão:

- *emitir papel-moeda e moeda metálica;*
- *executar os serviços do meio circulante;*
- *receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias;*
- *realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras;*
- *regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis;*
- *efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais;*
- *exercer o controle de crédito;*
- *exercer a fiscalização das instituições financeiras;*
- *autorizar o funcionamento das instituições financeiras;*
- *estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras;*
- *vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e*
- *controlar o fluxo de capitais estrangeiros no país.”*

É interessante notar que o BACEN, ao expor as suas competências em seu próprio site, diferentemente do exposto na lei, traz à tona apenas as questões relacionadas à higidez e à regulação do sistema financeiro, não expondo, em momento algum, que seria competente para análise de fusões e aquisições. Leva-se,

ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 27/05/2009, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/06/2009LEXSTJ vol. 241 p. 283.

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS. INTERESSE DA UNIÃO NA HIGIDEZ, CONFIABILIDADE E EQUILÍBRIO DO SISTEMA FINANCEIRO. LEI 6.385/76, ALTERADA PELA LEI 10.303/01. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO E INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O fato de tratar-se do sistema financeiro ou da ordem econômico-financeira, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal, embora a União tenha interesse na higidez, confiabilidade e equilíbrio do sistema financeiro.

⁹ Disponível em <http://www.bcb.gov.br/?LAICOMPETENCIAS> .

assim, a crer que estas questões estariam relegadas a segundo plano na atuação da autarquia, mesmo que essa função esteja, de certa forma, prevista no artigo 10.

Nota-se, no entanto, que a ausência de previsão da competência para análise de fusões e aquisições no sistema financeiro no site da própria autarquia não pode ser ignorada, de modo que é importante perquirir o que foi estabelecido na lei, ou seja, uma competência específica atribuída ao Banco Central pela Lei 4.595/64 a concessão de autorização às instituições financeiras para que estas possam fundir-se, serem incorporadas, ou encampadas, conforme o artigo 10, X, “c”, a seguir transcrito:

“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”

Verifica-se que, de acordo com a Lei 4.595/64, seria a autarquia privativamente competente a conceder autorização para que as operações acima listadas fossem realizadas. Em nenhum momento, porém, o artigo acima alude que o Banco Central seria competente para analisar as operações relacionadas às questões concorrenciais¹⁰. Tanto é assim que estas nunca se fizeram presente nas análises efetuadas pelo BACEN, de modo que seria possível afirmar que a política de *enforcement* desta autarquia, no âmbito concorrencial, é inexistente¹¹.

Assim, poder-se-ia conceber que a interpretação natural do artigo 10 seria a de que competência do BACEN, no que toca a estas autorizações, restringir-se-ia a análise das questões relacionadas à higidez do sistema financeiro, à regulação prudencial e ao risco sistêmico, temas descritos pelo próprio Banco Central como sendo de sua competência, com base na legislação que o criou.

¹⁰ Sabe-se que a análise de Atos de Concentração pode envolver outras questões que não apenas as relacionadas à adjudicação da concorrência. Um exemplo seria que a Agência Nacional de Saúde também analisa as operações envolvendo Operadoras de Planos de Saúde, sem nunca referir-se às questões concorrenciais, mas, apenas, a questões regulatórias, de modo que, às vezes, existem decisões conflitantes entre estas autarquias. À guisa de exemplificação, em 23 de maio de 2012, ocorreu uma fusão entre dois planos de saúde no município de Franca –Unimed Franca e Hospital Regional de Franca – a qual foi aprovada pela ANS, com base nas questões regulatórias, mas reprovada pelo CADE, por gerar um elevado poder de mercado para as requerentes, o que poderia implicar em efeitos deletérios para concorrência e para os consumidores.

¹¹ Este tema será posteriormente tratado, mas somente para exemplificar, citam-se os seguintes artigos e decisões: Corrêa (2002), Troster (2002), Santacruz (2002), Salomão Filho (2002 e 2008) e voto proferido pelo Conselheiro Alessandro Octaviani no AC n. 08012.000332/2011-28.

Apesar disso, há grande discussão doutrinária quanto à competência do BACEN para a análise de operações envolvendo instituições financeiras. São parte da doutrina e jurisprudência, no sentido de a competência limitar-se aos temas acima expostos, Sundfeld (2002), Campilongo (2001) e o Conselheiro Alessandro Octaviani Luis¹², dentre outros; enquanto outros, Sztajn e Salles¹³ (2001), entendem que a análise do BACEN também envolveria os impactos concorrenciais que poderiam decorrer dessas operações.

Para dar suporte a esta última interpretação, isto é, que seria facultada ao Banco Central a análise das questões concorrenciais, os autores citam que tal competência decorreria da aplicação combinada do artigo 10, X, “c”, já exposto acima, com o artigo 18, §2º, da Lei 4.595/64, cujos termos são expostos abaixo¹⁴:

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

§ 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (vetado) nos termos desta lei.

Essa interpretação combinada significa afirmar que o BACEN, ao analisar estas operações, bem como ao autorizá-las, estaria no *exercício da fiscalização* do Sistema financeiro Nacional, o que implicaria que este, nestas análises, levasse em consideração as questões concorrenciais.

Soa estranho, no entanto, essa interpretação. O artigo 18, §2º afirma que o Banco Central **regulará as condições de concorrência**. A interpretação literal do dispositivo seria permitir que BACEN, no exercício da regulação prudencial, regulasse o mercado financeiro, atuando, assim, de maneira preventiva, por meio da criação de regras jurídicas *in abstracto* sobre as condições de concorrência.

Além disso, o artigo é claro em estabelecer que seria permitida a análise do BACEN sobre condutas anticompetitivas eventualmente perpetradas por instituições

¹² BRASIL, Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28. Relatoria – Alessandro Octaviani Luis, voto proferido em 07 de dezembro de 2011.

¹³ SZRAJN, Rachel e SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Regulação e Concorrência no Sistema Financeiro. Revista de Direito Mercantil, nº 123. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

¹⁴ A guisa de exemplificação Sztajn (2002).

financeiras, não havendo autorização legal para a análise de estruturas, ou seja, de operações. Apesar dessa possibilidade, a Lei 4.595/64 menciona que esse tipo de análise apenas acontecerá por meio da imposição de multa, não havendo, porém, qualquer instrumento ou procedimento relacionado. Dessa forma, apenas se fosse criada regra jurídica que tratasse sobre práticas que poderiam ser consideradas como condutas anticoncorrenciais no sistema financeiro é que poderia o BACEN atuar nesse âmbito.

Contudo, a Lei 4.595/64 não foi criada com o intuito de preservar a concorrência¹⁵. Esta não instrumentalizou ou criou procedimentos para possibilitar a análise de atos de concentração por aquela instituição, sequer estabeleceu que a autarquia teria competência para fazer a análise das operações quanto aos impactos dessas à concorrência no mercado financeiro. Não existe, a partir dessa lei, um cenário institucional adequado para considerar que o Banco Central tenha capacidade, sequer legitimidade, para analisar atos de concentração no sistema financeiro. A Lei 4.595/64 não criou qualquer forma de celebração de compromissos de desempenho (hoje em dia denominado Acordo em Controle de Concentrações - ACC), ou quaisquer outros instrumentos necessários para a análise concorrencial, mecanismos previstos na lei de defesa da concorrência.

Quando o artigo 10, inciso X, alínea “c” alude que caberia ao BACEN a competência de conceder autorização às instituições financeiras no tocante à fusão, transformação ou incorporação, esta atribuição legal diz respeito, unicamente, à típica atividade do ente regulador. Tal competência foi atribuída, exclusivamente, para permitir que, no exercício da regulação prudencial, o BACEN tivesse aptidão para ditar as condições de concorrência no setor¹⁶. Um exemplo seria a possibilidade de

¹⁵ Nessa linha, Fonseca (2002, p.214) “*Vê-se, pois, que o dispositivo legal [da Lei 4.595/64] agora examinado não teve nunca qualquer sentido nem alcance de proteger a concorrência. A competência do Banco Central do Brasil, instituída por aquela norma era de caráter meramente regulatório.*”

¹⁶ Esse entendimento também foi adotado pelo desembargador Fagundes de Deus e pelo desembargador João Batista Gomes Moreira no julgamento do Mandado de Segurança nº 2202.34.00.014981-0 os quais expuseram que a relação existente entre as duas leis seria de complementaridade. Enquanto o CADE atuaria na proteção da concorrência, o BACEN atuaria na regulação prudencial deste setor.

estipular o máximo do capital estrangeiro que um banco nacional pode vir a ter. Nessa linha, expõe Medauar¹⁷ (2002, p. 125)

A competência para autorizar a transformação, fusão, ou incorporação de instituição financeiras, indicada no art. 10, X, c, não se há de inferir a atribuição em matéria concorrencial, dadas as finalidades diversas, já apontadas, do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Defesa da Concorrência.

Atribuir a esta instituição - que não possui *know-how*, não é dotada de tecnicidade, de especificidade para análise de atos de concentração, nem possui mecanismos para analisá-los e não possui uma visão transindustrial - a competência para permitir ou restringir operações no Sistema Financeiro Nacional, seria, praticamente, dar carta branca para fusões de empresas com amplo poder de mercado, colocando em risco o próprio sistema financeiro.

O que se verifica é que a finalidade desta foi de permitir que as questões concorrenciais fossem utilizadas como instrumento para regular o mercado financeiro. Nessa linha expõe Sundfeld¹⁸ (2002, p.44 e 45).

A persecução da tutela da concorrência pelo BACEN, na forma dos arts. 10,X,"c" e 18 §2º, da lei 4.595/64, tem caráter nitidamente instrumental, na medida em que vinculada à realização de outros valores próprios da regulação do sistema financeiro. É o que se vislumbra facilmente com a contextualização no âmbito da lei 4.595/64 das competências citadas, deixando-se de atentar apenas para a leitura de dispositivos isolados. Feita esta contextualização, contata-se a teleologia da lei, que obviamente não tem como foco a promoção da concorrência no setor financeiro.

No máximo, a concorrência poderia ser vista como um instrumento circunstancial para a realização de alguns dos objetivos apontados a ser perseguida e na medida necessária para atingi-los. (...) Se a concorrência é tutelada pelo BACEN, o é apenas e tão somente quando necessária para perseguir objetivos ínsitos à regulação do setor financeiro. Em outros termos, se existente esta tutela, ela se mostra totalmente subordinada à realização dos objetivos da política monetária nacional.

¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Conflito de competência entre CADE e BACEN?**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

Pode-se concluir, assim, que a vedação ao abuso de concorrência foi estipulada na Lei 4.595/64 somente como função secundária e instrumental. Naquela época, não se cogitava no Brasil que a defesa da concorrência viria a ser um bem tão importante a ser tutelado, como constata-se nos dias de hoje. Na época da criação da referida lei, após o golpe militar, verificou-se que a economia brasileira era influenciada pela criação de empresas públicas, característica da intervenção direta do Estado no domínio econômico.

Assim, em uma economia marcada pela intervenção direta do Estado no domínio econômico, a livre concorrência não é, algumas vezes, levada em consideração. Basta imaginar que, até 1986, com os chamados fiscais do Sarney, existia a regulação de preços, principal diferencial competitivo que uma empresa pode ter¹⁹.

Isto posto, passa-se à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

2.2. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

Antes de expor como o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é hodiernamente composto, torna-se necessário fazer um breve introito sobre o momento histórico em que a Constituição de 1988 foi promulgada, bem como expor a evolução legislativa que marcaram as leis antitrustes – a saber, 4.137/62; 8.158/91; 8.884/94; e 12.529/11.

A primeira Lei de Defesa da Concorrência existente no Brasil, Lei 4.137/62, foi criada em um contexto político semelhante à Lei 4.595/64, ou seja, pautado por uma maior intervenção direta do Estado no domínio econômico. Nessa época, a Constituição Federal vigente era a de 1946, que não demonstrava qualquer forma de preocupação com a concentração de mercado. Nessa linha, cumpre trazer os ensinamentos de Fonseca²⁰ (2002, p.212 e 213) sobre o tema

“Ora, quando promulgada a Lei n.4595, de 1964, estava ainda vigente o texto da Constituição de 1946, que, no seu artigo 148,

¹⁹ De acordo com Ragazzo (2007), existem diversas formas de regulação, como preço, entrada, qualidade, informação, dentre outros.

²⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

determinava: “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Esta determinação constitucional se referia exclusivamente ao comportamento a ser adotado por empresas. Não existia, no ordenamento brasileiro, qualquer preocupação com o fato da concentração de empresas. (...) A Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, insere-se nesse contexto ideológico, político e jurídico. Não existe nela a preocupação em regular, em analisar, permitir ou vetar, as fusões, incorporações e conglomerados. Não havia campo, no Brasil, para uma preocupação com as grandes fusões e suas conseqüências comportamentais e com a relação de causa e efeito entre aqueles dois fenômenos econômico-jurídicos.”.

Tendo em vista o momento em que foi criada, esta lei é vista por muitos doutrinadores como ineficaz no que concerne às preocupações concorrenciais²¹. Desta forma, é quase senso comum na literatura jurídica de que foi a Lei 8.884/94 que introduziu a defesa da concorrência no Brasil. Nessa linha alude Corrêa²² (2002, p.72) que,

Embora o país conte com uma legislação antitruste desde 1962, com a edição da Lei n. 4137, de 10 de setembro de 1962, que instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, somente com a Lei nº 8.884, em 1994, foi que o direito antitruste passou a ter relevância na tutela da ordem econômica.

A Lei 8.884/94 é fruto de um processo histórico de mudança institucional que teve início na Constituição Federal de 1988. Nessa linha, cumpre relembrar o que analisa Santacruz²³ (2002, p.297 a 299) sobre o tema:

Uma característica da história econômica recente do Brasil diz respeito à forte intervenção do Estado nos mercados. Até o início dos anos 90 cabia a órgãos como o Conselho Interministerial de

²¹ Esta norma, segundo lecionava Schuartz, em seu texto **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno**, tinha *caráter estritamente penal*, não estando apta para proporcionar a correta defesa da concorrência. De acordo com este: “O aparecimento desta norma de caráter estritamente penal do ano de 1962 é de difícil compreensão (...) De qualquer modo, a Lei 4.137/62 já nasceu ineficaz, vindo a ser substituída em 1991, pela também hoje revogada Lei 8.158.”

²² CORRÊA, Darwin. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações de Lege Ferenda. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

²³ SANTACRUZ, Ruy. Regulação de mercados e defesa da concorrência: o caso do Setor Bancário. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

Preços – CIP, Conselho de Desenvolvimento Industrial – CDI e Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil – CACEX, a responsabilidade pela organização dos mercados e pela orientação e articulação das estratégias empresariais.

Coerente com a forte presença do Estado na economia notava-se um completo desinteresse por parte dos governos em estimular o aumento da competição nos mercados e, conseqüentemente, a própria eficiência econômica. A concorrência é instrumento da eficiência e do bem estar econômico e social na medida em que as empresas tomam suas decisões considerando os estímulos do mercado. Quando o Estado toma a si a responsabilidade de orientar os mercados, a competição se torna acessória.

Funcional durante um período, a estratégia intervencionista começou a dar claras indicações de esgotamento já em meados dos anos 80. Assim, na década de 90 um conjunto de ações governamentais estabeleceu as bases para a desregulamentação econômica e introdução da concorrência no País, processo que ganhou impulso definitivo com a estabilidade de preços e as reformas constitucionais. Assistiu-se, desde então, a uma revolução nas estratégias e condutas das empresas brasileiras nos mais diversos setores, derivada da eliminação das amarras governamentais e da crescente pressão concorrencial.

Coube ao Estado, então, reorganizar sua função interventora nos mercados. (...) é nesse novo ambiente institucional que se pode entender a criação da moderna lei brasileira de defesa da concorrência (...)

Verifica-se, assim, que, entre 1964 e 1988, houve uma alteração dos paradigmas econômicos existentes. Sabe-se que, quando da promulgação da Constituição de 88, estávamos diante de uma realidade distinta da existente na década de 60. A Administração Pública passou a ser composta por entidades diversas, a realidade econômica – pautada pela liberdade de mercado e pela transição de um modelo de menor intervenção direta para maior intervenção indireta do estado no domínio econômico – foi alterada²⁴⁻²⁵. E é nesse novo paradigma que surge a CF88.

A Carta Magna, em diversas partes do seu corpo, fez menção aos conceitos de livre iniciativa e livre concorrência. Tanto é assim que um dos fundamentos da

²⁴ Segundo Grau (2007) a Constituição Brasileira, em seu artigo 170, prospera no sentido de implantar uma nova ordem econômica.

²⁵ Grau (2007) citando Miguel Reale, cita que o autor (...) sustenta que “houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário de lucros”(p. 1988).

própria República Federativa do Brasil é a *livre iniciativa*, conforme dita o artigo 1º, IV, *in verbis*:

Art. 1º 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; (...)

Este artigo, por si só, já demonstra o claro intuito do legislador constituinte em colocar o conceito de livre iniciativa como central para a República brasileira²⁶.

Desta forma, pautado por essa nova noção de mercado, o constituinte ainda decidiu estipular que a livre concorrência seria considerada como um dos princípios²⁷ do nosso ordenamento jurídico, conforme alude o artigo 170, IV:

Art. 170. 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; (...)

Para possibilitar o desenvolvimento deste novo modelo, a Lei Maior, em seu artigo 173, §4º, determinou que a lei reprimiria eventuais abusos de poder econômico por parte das empresas, visando a manter a concorrência nos mercados.

Art. 173. 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.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁶ Sabe-se que o conceito de valores sociais e justiça social também são centrais para a República Brasileira, no entanto, por não ser o enfoque do presente trabalho, estas questões, apesar da sua importância, não serão aprofundadas.

²⁷ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.”, in BARROSO e BARCELLOS (2003).

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que trouxe todas as proteções no âmbito concorrencial, em 8 de janeiro de 1991 foi sancionada a Lei 8.158/91, a qual instituía normas para a defesa da concorrência, bem como dava outras providências. Esta lei, no entanto, é vista como norma de transição entre o antigo modelo de defesa da concorrência e o novo modelo de concorrência introduzido pela Lei 8.884/94. Cumpre transcrever o que alude Schuartz (p.7), sobre o tema:

*Esta lei pode ser caracterizada como verdadeira “norma de transição” na história do direito de defesa da concorrência brasileiro. Ela já incorpora basicamente o que de mais moderno há no Direito Comparado, bem como a estrutura da hoje em vigor Lei 8.884/94*²⁸.

Assim sendo, com o objetivo de modernizar o SBDC, foi sancionada a Lei 8.884/94. Essa norma trouxe inúmeras mudanças, aproximando o Brasil do sistema antitruste americano, o qual já estava muito avançado à época, realizando uma efetiva proteção da concorrência no mercado norte americano.

Desde a sua criação, a Lei 8.884/94 procurou ter ampla abrangência, sendo aplicável para todos os agentes do mercado, como aludia o seu artigo 15

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

Esta amplitude legal não foi dada ao acaso. A vontade do legislador era submeter todas as pessoas físicas, jurídicas, seja de direito público ou privado, ao escrutínio antitruste, isto é, não existiria qualquer agente do mercado que ficaria isento da aplicação da lei, a qual buscava proteger a concorrência em todos os mercados da economia brasileira. Isenções antitruste, portanto, só poderiam ser conferidas por meio de expresse mandamento legal, que expusessem, de maneira tipificada, que as instituições estariam isentas da aplicação do mandamento antitruste²⁹.

²⁸ Hoje, no entanto, a lei que está em vigor é a Lei 12.529/11, a qual revogou a Lei 8.884/94.

²⁹ Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, Representante: SDE "Ex Officio", Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV-RJ). Relator: Ricardo Machado Ruiz. Voto proferido em 08 de maio de 2013.

No que toca o controle de estrutura, já existente no direito brasileiro, é importante notar que a Lei 8.884/94, pautada por um novo modelo constitucional, disciplinou, de maneira bem ampla, o que se entenderia por Ato de Concentração, conforme se depreende do art. 54, *in verbis*:

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.

O que se vê, pela leitura deste artigo, é que o legislador pretendeu criar um tipo aberto, para permitir que qualquer operação entre empresas fosse analisada pelo órgão antitruste. Assim, a leitura combinada dos artigos 15 e 54 da Lei 8.884/94 conduzia à seguinte interpretação: qualquer operação, independentemente da forma que ela se manifestar, praticado por qualquer agente, em qualquer mercado da economia, deverá passar pelo escrutínio do CADE.

Posteriormente, em 2011, foi aprovada a Lei 12.529, que revogou a então vigente Lei 8.884/94, trazendo novos rumos para o direito antitruste brasileiro. Apesar de trazer grandes inovações, principalmente quanto à administração interna, determinando maior autonomia para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, esta lei não teve sua abrangência alterada. O novo diploma legal manteve, *ipsis literis*, em seu artigo 31, o previsto no artigo 15 da revogada lei, *in verbis*:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Contudo, relativamente aos atos de concentração, o novel diploma trouxe algumas alterações, principalmente quanto aos procedimentos a serem adotados pelas empresas ao notificarem uma operação ao SBDC. Quanto aos tipos de operação que devem passar pelo crivo da autoridade antitruste, a lei deixou de ser um comando em aberto e tipificou o que se entenderia por ato de concentração. Mesmo passando a ter aplicabilidade mais restrita, a abrangência legal deste diploma é, ainda, considerável, de modo que o SBDC continua a ter grande aptidão para analisar a maior parte das operações que acontecem cotidianamente, possuindo, também, margem bastante

ampla para analisar operações em mercados dinâmicos, como o sistema financeiro, senão vejamos o que alude o artigo 90:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

O que se vê na nova lei de defesa da concorrência é que, apesar de não existir um comando em aberto, a definição legal de ato de concentração continua a ser bem ampla. Ademais, conforme preceitua seu artigo 31, essa norma continuou a ser aplicada para todos os indivíduos, empresas e quaisquer outras pessoas jurídicas, em qualquer setor da economia nacional.

Como se observa, existem duas legislações diversas que tratam, a depender da interpretação adotada, sobre o mesmo tema, isto é, a defesa da concorrência no sistema financeiro. Consequentemente, duas instituições se arrogam como competentes para análise do controle de estruturas neste mercado: o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Em decorrência desse conflito positivo de competências, surgiu certa dúvida sobre qual das autarquias deveria ser notificada para autorizar operações entre empresas neste setor, gerando insegurança jurídica ao administrado.

Essa insegurança jurídica de fato ocorreu, pois, em 13 de junho de 2002, o CADE, ao aprovar a operação de constituição e o desfazimento da *joint-venture* do

Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN – pelo Banco Bradesco³⁰, aplicou multa de intempestividade às Requerentes, as quais não teriam notificado esta autarquia por entender que o BACEN seria competente para análise de operações no sistema financeiro. Mesmo assim, a entidade antitruste, ao tomar conhecimento desta operação, exigiu que as Requerentes a notificassem, para que este pudesse manifestar-se sobre os impactos concorrenciais desta operação.

Esta notificação decorreu de mandamento do próprio CADE que, ao tomar conhecimento dessa operação, impôs às partes, que estas notificassem o órgão antitruste para que ele pudesse se manifestar sobre a operação.

Esse fato motivou a AGU a manifestar-se sobre o tema, na tentativa de esgotar essa discussão.

3. A controvérsia sobre o ente competente para apreciar Atos de Concentração

3.1. O Parecer AGU sobre o conflito de competência entre o CADE e o BACEN

Nesse contexto, em 25 de outubro de 2000, por meio do Aviso nº 1836, o então Chefe da Casa Civil, encaminhou, ao Advogado-Geral da União, questionamento acerca do conflito positivo de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil, no qual ambos intitulavam-se competentes para analisar operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional. Com base nesse questionamento, a AGU elaborou parecer, com o seguinte objeto:

7. O que se procura definir, no caso, é a que entidade compete a análise e a aprovação de atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional: ao Banco Central ou ao CADE, ou ainda, a ambos, de maneira complementar. Esse é o cerne da controvérsia³¹.

De acordo com a Lei Complementar 73/93, em caso de conflito de competência entre entes da Administração Federal, a Advocacia Geral da União poderá ser

³⁰ Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23. Requerentes: Banco de Crédito Nacional S/A e Alliance Capital Management Corporation of Delaware. Relator: Fernando de Oliveira Marques. Voto proferido em 04 de setembro de 2002.

³¹ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8413>, Acesso em 26 abr. 2014.

convidada a manifestar-se, de maneira fundamentada, sobre qual dos entes seria competente para análise do tema.

Uma vez exposto o posicionamento da AGU, seu parecer é encaminhado ao Presidente da República, para que este aprove, ou não, o entendimento exarado no documento. Em caso de concordância, o parecer é publicado juntamente com Despacho Presidencial, passando a vincular toda a Administração Federal, de modo que seus entes devem respeitar a decisão tomada. O artigo 40 da referida Lei complementar alude, *in verbis*:

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.

Em 28 de março de 2001, por meio do Parecer AGU/LA – 01/2001 (anexo ao Parecer GM-020), a AGU expôs seu entendimento sobre o conflito de competência entre o BACEN e o CADE quanto à análise de operações no Sistema financeiro, concluindo ser o primeiro privativamente competente:

“À luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, é exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE.”

Este entendimento foi ratificado pelo então Presidente da República, o que, de acordo com a Lei Complementar 73/93, tornou-o vinculante para toda a Administração Federal, em princípio, incluindo o CADE.

Verifica-se, *a priori*, que a Advocacia Geral da União e o próprio Poder Executivo tentaram, de maneira oblíqua, criar amarras à competência do CADE, impedindo-o de analisar operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional. Isto é, o Poder Executivo quis retirar da competência desta autarquia a possibilidade de analisar atos de concentração entre instituições financeiras, independentemente de o Poder Legislativo ter sido expresso ao afirmar que inexisteriam quaisquer isenções antitruste para este setor, por meio da Lei Antitruste:

*Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*³²

Cumprido ressaltar que antes da vigência da Lei 12.529/11, existiam, no bojo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entes pertencentes à Administração Direta, quais sejam a Secretaria de Acompanhamento Econômico e a Secretaria de Direito Econômico³³⁻³⁴. Esses estariam sujeitos, portanto, ao poder hierárquico e ao poder de direção, em princípio vinculados ao Parecer da Advocacia Geral da União, visto que fora ratificado pelo Presidente da República. Diante disto, essas secretarias afirmaram em diversos pareceres que não poderiam manifestar-se sobre operações ou eventuais condutas anticompetitivas neste setor³⁵.

Na análise do Caso Finasa³⁶, a Procuradoria Federal Especializada do CADE, alguns dos Conselheiros da autarquia, bem como o seu Presidente, também defenderam que não seria competência do órgão antitruste a análise de operações envolvendo instituições financeiras, visto que essa análise competiria, unicamente, ao BACEN, em decorrência do entendimento da AGU.

Contudo, este não parece ser o entendimento adequado sobre o tema. Quanto à vinculação da SEAE e da SDE ao parecer da AGU, há justificativa razoável, tendo em vista que ambas as Secretarias pertencem à Administração Direta. Essa interpretação, contudo, não pode ser utilizada de forma análoga para o CADE, ente integrante da

³² A época do Parecer, a Lei nº 8.884/94 era vigente e continha um artigo igual ao seguinte: *Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*

³³ A partir da instituição da Lei 12.529/2011, apenas a SEAE continua existindo, mas com a competência de exercer a Advocacia da Concorrência. Hoje, as duas entidades que atuam na análise de atos de concentração – Superintendência Geral e Tribunal Administrativo – pertencem à Administração Indireta.

³⁴ Ambas as Secretarias eram pertencentes à Administração Direta. A SEAE, integrante do Ministério da Fazenda, estava a ele subordinado, enquanto a SDE, extinta pela nova Lei de Defesa da Concorrência, era hierarquicamente submetida ao Ministério da Justiça. Hoje, no entanto, todos os entes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Tribunal Administrativo e Superintendência Geral – são integrantes da Administração Indireta, formando o CADE.

³⁵ Exemplificando, a SEAE não se manifestou no curso do Ato de Concentração nº 08012.00332/2011-28, de interesse do Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A. e Caixa Econômica Federal.

³⁶ Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Requerentes: Zurich Participações e Representações Ltda., Brasmetal Industrial S/A e Banco Finasa de Investimento S/A. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

Administração Indireta, dotado de independência funcional, orçamentária e, mais ainda, independência para a tomada de decisões judicantes.

O CADE, de acordo com o artigo 4º da Lei 12.529/11³⁷, é uma Autarquia Federal *vinculada* ao Ministério da Justiça, que, por ser autarquia de natureza especial, encontra-se distanciada do Poder Executivo. Este distanciamento do poder central se dá, basicamente, sob dois prismas:

- (i) *inexistência do poder de direção em relação à atividade fim da autarquia;* e
- (ii) *inexistência de hierarquia entre a administração direta e a administração indireta*³⁸.

No que tange o primeiro ponto, cumpre relembrar os dizeres do então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo³⁹

[O CADE] *em todas as suas atividades meio e em toda a sua atividade de gestão administrativa, não apenas pode como deve vincular-se pelo poder diretivo da Presidência da República e de suas instruções relativas à administração direta e indireta, mas o mesmo não ocorre em relação à sua atividade fim, de caráter judicante* (Grifei).

Já em relação ao segundo aspecto, a Lei 12.529/11, bem como as leis antitruste anteriores, foi expressa ao afirmar que inexistiria qualquer relação hierárquica entre o CADE e outro ente da Administração Federal, conforme alude o artigo 9º, XIX, § 2º, segundo o qual “*as decisões do Tribunal 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.*” Verifica-se que o legislador foi enfático ao afirmar que estaria ausente qualquer forma de subordinação hierárquica entre as atividades do CADE e de qualquer outro ente pertencente ao Poder Executivo. Nesta linha, pontua Sundfeld (2002, p.33)

Segundo a doutrina tradicional de direito administrativo, [o CADE] não se submete a controle hierárquico algum, mas mantém apenas um vínculo com a Administração direta que é atenuado, finalístico, normalmente de

³⁷ Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

³⁸ Existe, entre estas duas figuras, uma relação horizontal e não vertical, de modo que cada um destes tem garantida a sua independência e não vinculação em relação ao outro.

³⁹ Procedimento Administrativo n. 08700.003070/2010-14. Requerente: FESEMPRE. Interessado: Banco do Brasil S/A. Despacho nº 04/MPV/2011, proferido em 30 de agosto de 2011.

legalidade e excepcionalmente de mérito. O Poder Executivo exerce, em relação às autarquias, aquilo que a doutrina majoritária denomina de tutela ou controle administrativo. Ocorre que tal controle tem seus limites fixados na própria lei criadora do ente integrante da administração indireta. No caso, a Lei nº 8.884/94, estabelece a independência do CADE, de modo a não deixar dúvidas quanto à ausência de subordinação do Tribunal da Concorrência em relação a outros entes da Administração pública. A administração indireta – enquanto Gênero, sendo a autarquia uma de suas espécies – não pode ter sua configuração em tese e a priori restringida, como se não fosse mais possível criar pessoa jurídica de direito público com autonomia própria.

Como se vê, inexistente qualquer forma de recurso hierárquico no sistema antitruste brasileiro, ou seja, não há qualquer forma de se impugnar, pela via do Poder Executivo, qualquer decisão proferida pelo CADE. Suas decisões, portanto, só podem ser alteradas por via judicial.

Inexistindo qualquer poder de revisão e dado que o que existe entre estes entes é denominado pela doutrina de “*relação horizontal*”, mostra-se adequado adotar uma interpretação sistemática e analógica da lei antitruste, segundo a qual está vedado qualquer poder de direção em relação às atividades finalísticas do CADE. Se não se pode aceitar que decisões deste Conselho sejam alteradas por meio de recurso hierárquico impróprio, seria no mínimo estranho admitir que esta autarquia pudesse ter sua competência ceifada antes mesmo de exercê-la.

A independência funcional do CADE emerge do próprio conceito destes entes, que foram criados para permitir o afastamento das decisões envolvendo estes setores o debate político⁴⁰. Segundo Marques⁴¹ (2002, p. 301)

⁴⁰ Na análise do Ato de Concentração 08012.006762/2000-09, esta alteração de paradigmas, com a criação de agências independentes, já foi apresentada. Pela pertinência do que foi exposto, transcreve-se essa citação do então Conselheiro Celso Campilongo “*Na terminologia aqui adotada, um Judiciário robusto, assim como a existência de tribunais administrativos e de ‘agências independentes’ – vale dizer: vinculados exclusivamente à lei – resultam de um modelo jurídico de respeito à autonomia operativa dessas esferas de competência. A passagem de um momento hierárquico para uma progressiva pulverização da titularidade do poder em diversas (em especial nas ‘agências independentes’)* caracteriza-se pelo reconhecimento e pelo respeito à posição de neutralidade dessas instancias em relação ao Governo. Dito de modo singelo: os tribunais administrativos, como é o caso deste CADE, ou as agências reguladoras perfilam-se como aparatos resultantes de um modelo de Estado integrado por órgãos técnicos, independentes e, conseqüentemente, capazes de assumir uma posição de substancial paridade em relação aos demais órgãos do Poder Político”.

⁴¹ MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste a Importância da Independência do Regulador. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

O próprio surgimento das autarquias, entre nós, já atendia aos reclamos de alguma descentralização administrativa tendente a dotar alguns órgãos públicos de alguma autonomia em face do poder político central. (...) A independência das agências reguladoras chega a ser um elemento e sua definição porquanto é um traço central destes novos órgãos reguladores.

Verifica-se, portanto, que emerge da própria natureza destes entes a ausência de subordinação, direção ou qualquer outra forma de ingerência do Poder Executivo central sobre as suas decisões⁴². Por envolverem questões extremamente sensíveis, estas decisões devem ser tomadas em um ambiente apolítico, fora do jogo do poder que cerca a atuação do Poder Executivo, estando baseada, primordialmente, na tecnicidade e *know-how* do ente que a tomará.

Esse afastamento do poder central é essencial para a tomada de decisões destas *agências*, pois, em certos momentos, caberá ao CADE tomar decisões contra majoritárias e, até mesmo, decisões que vão contra os interesses do próprio governo, visto que poderiam colocar em risco as regras de livre mercado. Assim, o CADE executa uma função de *Estado* e não uma função de *Governo*⁴³. Defende, portanto, direitos *transindividuais* que, em certas situações, poderiam vir a ser confrontados por uma política governamental que poderia relegar, a segundo plano, as questões concorrenciais.

Isso posto, o ambiente institucional adequado para se tomar decisões relacionadas à concorrência e proteger o livre mercado é o CADE, pelo seu afastamento do poder central⁴⁴. O “apolitismo” do órgão antitruste se dá em decorrência da própria lei de defesa da concorrência, que garante aos membros do

⁴² Segundo o Conselheiro Alessandro Octaviani, em voto proferido no AC , *esse regime jurídico conferido por Lei visa a conferir um elevado grau de autonomia (em sentido jurídico e sociológico, perante o poder privado e outras esferas da Administração Pública), sendo exemplificado, entre outros, (i) nas disposições acerca da nomeação dos membros do Plenário; (ii) no fato de as decisões do CADE não comportarem qualquer grau de revisão de suas decisões no âmbito do Poder Executivo (art. 50 da Lei 8.884/94) ou (iii) o regime de indicação, sabatina e nomeação do seu procurador geral.*

⁴³ Segundo Bueno (2002, p. 51), o modelo atual das autarquias – ou das agências, dentre elas o CADE – volta-se a perseguir uma determinada função de *Estado* e não de governo ou de uma *dada* política. A independência funcional de seus membros, inclusive de seu Procurador-Geral, é a maior prova da ausência de qualquer vinculação, subordinação ou hierarquia entre o CADE e uma específica política em curso e, no que interessa para o presente estudo, à submissão das manifestações da AGU naquilo que diz respeito à persecução de suas finalidades institucionais.

⁴⁴ O BACEN sofre interferências significativas do poder central. Apenas à guisa de exemplificação, os seus diretores podem ser exonerados, *ad nutum*, pelo Presidente da República, o que, sem sombra de dúvida, acaba com qualquer independência desta autarquia, a qual deve ser vista apenas como *longa manus* do poder central.

SBDC independência e garantia de estabilidade no exercício de suas funções, independente das decisões que vierem a ser tomadas.

Assim como outras autarquias de natureza especial, verifica-se uma independência tal do CADE que afasta a possibilidade de análise da Advocacia Geral da União sobre conflito de competência envolvendo-o. O art. 4º do Decreto Lei 200/67 e seus incisos definem administração federal como:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

1º As entidades compreendidas na Administração indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

De acordo com a melhor doutrina⁴⁵, esse artigo deve ser interpretado de forma restritiva, pois, em 1967, ano de criação do supracitado Decreto, não se cogitava a existência de autarquias de natureza especial com o grau de independência das hoje existentes. Assim, a interpretação deste artigo deve dar-se de maneira a abranger, tão somente, a Administração Direta e aqueles entes da Administração Indireta que possuem autonomia limitada em decorrência de previsões específicas de suas correspondentes leis de criação, sob pena de lesão à Carta Magna. Em voto proferido no denominado “Caso Finasa”, o então Conselheiro do CADE Celso Campilongo fez análise sobre a independência do CADE e sua não vinculação ao Parecer da AGU, o qual passa-se a transcrever

A independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer ingerência do Governo. Não há nem relação de tutela e, muito menos, de orientação do Governo ao CADE. É no interesse do próprio Estado – e da coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884 – que se fixa a independência organizativa (em relação ao governo) e funcional (das decisões) do CADE. (...) Neste sentido, o dispositivo da Lei complementar 73/93, ao determinar que ‘o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial deve ser interpretado restritivamente, de maneira a

⁴⁵ Sundfeld (2002), Salomão Filho (2002 e 2008), dentre outros.

abranger somente a administração direta e aqueles entes da administração indireta que possuem autonomia limitada por decorrência e previsões específicas de suas correspondentes leis de criação, sob pena de lesão à Carta Magna”

Entender que a competência do CADE para análise de operações neste mercado poderia ser vinculada a Despacho presidencial é interpretar a Lei Complementar 73/93 de forma extensiva, o que, nos dizeres de Marcos Paulo Verissimo, em despacho proferido no Procedimento Administrativo nº 08700.003070/2010-14 , implicaria em *violentar, por via de consequência, o princípio da autonomia decisória que foi conferido ao órgão pela Lei n. 8884/94, ao amparo da Constituição Federal*⁴⁶, que não previu qualquer forma de isenção antitruste para o sistema financeiro.

A violação à Constituição Federal, decorrente da vinculação das decisões do CADE aos termos do parecer da AGU, verificar-se-ia, primeiramente, na violação da autonomia decisória conferida à administração indireta. Nesse sentido, o art. 37 da Carta Magna, responsável pela criação desta figura, apresenta de forma separada as figuras da administração, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

A gênese deste artigo é, justamente, separar as duas figuras da administração. Enquanto a administração direta pode ter seu campo de atuação restringido por decisões do Poder Executivo – por meio, por exemplo, do poder de direção – a administração indireta não⁴⁷. Esta não pode ter sua configuração, *em tese e a priori*, restringida, pois, se assim fosse, não seria possível criar pessoas jurídicas de direito público com autonomia própria⁴⁸, como é o caso das autarquias de natureza especial.

Além disso, a Constituição Federal expôs, em seu artigo 84, as atribuições do Presidente da República, dentre elas o exercício do poder de direção, *in verbis*

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;*

⁴⁶ Folha 13.

⁴⁷ Conforme dito acima, a ressalva aplicada é aquela que referente à administração indireta que possui autonomia limitada em sua lei de criação.

⁴⁸ Sundfeld (2002).

Novamente, o que se vê é que a própria Constituição admitiu a existência do poder de direção. Este empoderamento, porém, não poderia ser aplicado em sua totalidade a todos os entes da administração indireta, conforme alude Celso Fernandes Campilongo em voto proferido no AC nº 08012.006762/2000-09

9. Tal ocorre, em primeiro lugar, porque o referido poder de direção, previsto aliás, no art. 84, inciso II, da Constituição Federal, não é irrestrito. Ao contrário, mostra-se em princípio, mais intenso em relação à Administração direta que em relação à Administração indireta e deve de toda forma conviver com os espaços de independência e autonomia que forem, para esta última. (...) A mesma independência que impede a demissão ad nutum do Conselheiro, também deve impedir, por força de necessária coerência lógica, que o entendimento dos Conselheiros do CADE quanto a tema judicante que lhes é submetido possa ser controlado ou subordinando por ato interpretativo chancelado ou oriundo da Presidência da República, ainda que praticado nos termos do já citado art. 40 da Lei complementar n. 73/93

13. A conclusão necessária é, pois, que o Plenário do CADE, em sua atividade judicante, não pode estar vinculado por interpretações do direto produzido alhures na Administração Federal, ainda que amparadas no já referido art. 40 da Lei complementar n. 73/93. Tal artigo, ao revés, deve ser objeto de interpretação necessariamente restritiva nesse ponto, pois o contrário implicaria sacrificar a independência de julgamento que sustenta a própria razão de ser do Conselho, e que ampara a garantia de mandato outorgada a seus integrantes”.

Isto é, abre-se a possibilidade de a autonomia destes órgãos ser colocada em xeque, como alude Rocha⁴⁹ (2001, p.444):

A intervenção da AGU, órgão que deve prestar "consultoria e assessoramento jurídicos ao presidente da República suscita uma outra polêmica. Se o presidente, mediante a aprovação de parecer da AGU, pode restringir a competência do CADE e das agências reguladoras, a autonomia destes órgãos é posta em xeque.

Não se quer afirmar que o CADE seja **totalmente** independente em relação ao poder central. Sabe-se que estas autarquias estão sujeitas a uma forma de controle denominada “controle autárquico”⁵⁰. No entanto, esta modalidade de controle não

⁴⁹ ROCHA, Jean Paul Cabral da Veiga da. A Defesa da Concorrência no Sistema financeiro: um Modelo para o Brasil. Disponível em: file:///C:/Users/luiz%20ros/Downloads/67511-88933-1-PB.pdf, 2001. Acesso em 07 jul. 2014.

⁵⁰ Nesta linha, SUNDFELD (2002, p. 32) – *As autarquias – como o CADE – não “possuem total independência em relação ao Poder Central da Administração”, estando sujeitas a um poder de “controle autárquico”, necessário inclusive para garantir a coordenação dos entes estatais. (...) A tutela ou controle administrativo que o Poder Executivo exerce com relação às autarquias tem seus*

permite que estes entes tenham sua atividade fim vinculada a entendimentos exarados por outros entes do Poder Executivo, ainda mais quando a própria Lei 12.529/11 impede, de maneira expressa, qualquer forma de revisão das decisões do CADE que não seja pelo Poder Judiciário.

Permitir que o CADE tenha sua competência vinculada a atos do Poder Executivo seria uma interpretação inadequada, tanto com base nos princípios que regem a Administração Federal, quanto aos termos da Constituição Federal e de leis inferiores que regem a atuação dessa autarquia⁵¹. Além disso, suprimir da competência do CADE a análise de operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional não parece ser a *política de enforcement*⁵² mais adequada para possibilitar a criação de um ambiente concorrencialmente saudável no país. Isto porque, na prática, o Banco Central nunca levou em consideração questões concorrenciais em suas análises de operações de instituições que atuam no sistema financeiro⁵³, mas, apenas questões inerentes à regulação prudencial e à higidez destas instituições.

A Lei 12.529/11 foi taxativa ao estipular que a atividade judicante deste órgão dar-se-ia para todos os mercados relevantes, não criando formas de isenção antitruste para o Sistema financeiro. O Poder Legislativo, quando da elaboração da lei

limites fixados na própria lei criadora dessas entidades. Não existem poderes gerais de tutela. A lei da Concorrência estabelece a não subordinação do CADE a outros entes ou órgãos da Administração, razão pela qual ele não está submetido aos atos infralegais do Poder Executivo. (...) Quanto ao CADE, está vinculado apenas no que concerne à sua área meio, mas não quanto à sua área fim. O CADE desempenha uma política de Estado, e não uma política de governo, não podendo estar submetido a ingerências do governo.

⁵¹ Por fim à independência destas agências, tornando-as meros instrumentos do poder central.

⁵² Nessa linha, cumpre lembrar o que foi exposto pelo então Conselheiro Celso Fernandes Campilongo na análise do Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, em voto-vista: *Se é verdade que um mínimo de eficácia é condição de validade das normas jurídicas, para citar a polêmica passagem de Kelsen, as disposições antitruste da Lei 4.595/64 podem ser vista de dois modos: ou o sistema financeiro sempre e invariavelmente cumpre as disposições antitruste da Lei 4.595/64 ou dela derivadas (que, registre-se, não se sabe quais são), e, assim, a existência dessas normas seria desnecessária, ou, então, os responsáveis pela sua aplicação nunca o fazem, e essas disposições são absolutamente ineficazes. O direito não se compraz com qualquer dessas hipóteses. Não seria crível, numa economia que ainda caminha na direção da verdadeira concorrência, como a brasileira, que o antitruste tivesse eficácia máxima ou nenhuma eficácia. Aliás, isso seria surreal tanto no Direito da Concorrência ou quanto em qualquer outro ramo do Direito. Tudo reforça a tese de que os âmbitos de competência do BACEN e do CADE estão interconectados por elementos de complementação e de polaridade.*

⁵³ Idem a nota de Rodapé 23. *“Pergunto: qual o registro, na jurisprudência, na literatura jurídica ou na prática bancária, desde 1964, de análise antitruste de atos de concentração no sistema financeiro feita pelo BACEN, ou de controle de condutas anticoncorrenciais? A resposta é seca e direta: nenhum! (...) Mais do que compreensível, consideradas essas circunstâncias, que o próprio ‘site’ do BACEN na internet, quando arrola os objetivos do órgão, não diga uma única palavra sobre o controle antitruste”.*

antitruste, quis criar uma autarquia dotada de tecnicidade, especificidade e *know-how* para lidar com as questões atinentes ao direito concorrencial, cuja finalidade principal é a defesa da livre concorrência e de um mercado pautado por um ambiente concorrencial saudável, independentemente do setor em que a operação ocorresse.

Assim, a independência do CADE como autarquia de natureza especial, a vontade legislativa de se criar um órgão antitruste com tecnicidade e *know-how* para análise de toda e qualquer matéria relacionada à concorrência dos mercados e a realidade fática de ausência de análise concorrencial pelo BACEN, quando da análise de operações envolvendo instituições que atuam no Sistema financeiro, demonstram que não parece adequado entender que o CADE deveria vincular-se ao Parecer da AGU e, conseqüentemente, deixar de analisar operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Apesar disso⁵⁴, tal parecer discorre sobre questões interessantes acerca do conflito de competência entre o BACEN e o CADE para análise de operações no Sistema financeiro, as quais serão analisadas nos itens subsequentes.

3.2. A Lei 4.595/64, de natureza complementar, se sobrepõe a Lei 12.529/11, pela sua natureza ordinária?

As formas de resolução de conflitos de normas no Direito Brasileiro estão previstas na Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), mais especificamente em seu artigo 2º. De acordo com o dispositivo, o conflito aparente de norma pode ser solucionado com base em três critérios: hierarquia, especificidade e temporalidade⁵⁵.

⁵⁴ Admitir que o Presidente da República teria a capacidade de restringir a atuação dos entes da administração indireta, consistiria em uma delegação disfarçada de competência legislativa a este, porquanto ele poderá, com a aprovação dos pareceres elaborados pela AGU, configurar a organização administrativa da União ao seu bel-prazer, subordinando autarquias que foram expressamente designadas como independentes pelo Poder Legislativo. É o legislador quem decide qual é o limite da interferência possível do Poder Executivo sobre cada autarquia. No caso do CADE, este poder inexistente. A Lei 12.529 foi expressa ao afirmar que não existiria vinculação do CADE a qualquer outro ente do Poder Executivo, mesmo ao Presidente da República.

⁵⁵ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Os defensores da tese de que o BACEN seria competente para analisar operações envolvendo instituições do Sistema Financeiro Nacional afirmam que a Lei 4.565/64 teria sido recepcionada pela Constituição Federal com status de Lei Complementar e, por isso, seria hierarquicamente superior à Lei 12.529/11, lei ordinária⁵⁶. Essa questão decorreria dos termos do artigo 192 da Constituição Federal, o qual expôs que o Sistema Financeiro Nacional seria regulado por Lei complementar, conforme abaixo:

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.

Esses mesmos defensores aludem que o termo “*inclusive*” do referido artigo exemplificaria alguns temas relacionados ao Sistema financeiro que careceriam de tratamento de lei complementar, resultando em uma ampla abrangência deste comando legal, de forma que qualquer questão que envolvesse este setor deveria vir a ser regulamentada por lei de igual hierarquia, isto é, lei complementar⁵⁷.

Este entendimento foi adotado, tanto pelo Parecer da AGU, quanto por pareceres do Banco Central⁵⁸, na tentativa de demonstrar que este ente seria privativamente competente para análise de operações neste setor, o que excluiria a competência do CADE. Segundo o Parecer nº 01/2001:

⁵⁶ Este entendimento é defendido por Silva (2000, p. 767) *O Sistema financeiro Nacional será regulado em lei complementar. Fica valendo, como tal, pelo princípio da recepção, a Lei 4.595/64, que precisamente institui o Sistema financeiro Nacional. (...) Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse. Sua alteração, contudo, depende de lei complementar, ou seja, de lei formada nos termos do artigo 69.*

⁵⁷ A relação de hierarquia exposta pode ser entendida a partir dos ensinamentos de Borges (2011, p. 3), o qual expõe o que consistiria a relação hierárquica: “*A relação de hierarquia supõe que uma norma retira a sua validade da conformidade com outra norma. A segunda norma constitui a razão de validade da primeira porque determina a sua criação. Diz-se então que a primeira é uma norma subordinada ou de grau inferior e, a segunda, uma norma subordinante ou de grau superior. A relação entre a norma subordinante e a norma subordinada, cuja criação é regulada pela norma subordinante, é uma relação de hierarquia, consistente num vínculo de supra e subordinação. A norma que determina a criação de outra norma lhe é superior ou supraordenada; a criada na conformidade dela, inferior ou subordinada. Essas normas, portanto, não guardam entre si uma relação de coordenação, mas de subordinação hierárquica. Esse é o mais preciso significado do termo hierarquia e decorre da circunstância, exhaustivamente demonstrada por Kelsen, de que o ordenamento jurídico é um sistema escalonado de normas: um sistema de normas juridicamente subordinadas em graus sucessivos de hierarquia (“Stufenbau der Rechtsordnung”). O ordenamento jurídico não é um sistema de normas de igual hierarquia, mas uma ordem escalonada de diferentes normas jurídicas”.*

⁵⁸ Na análise do caso Finasa, o Banco Central aludiu no bojo do Mandado de Segurança impetrado por estas instituições financeiras que seria competente para análise de operações envolvendo instituições financeiras, visto que a Lei 4.565/64 seria complementar, enquanto a Lei 8.884/94 seria ordinária, prevalecendo, portanto, a regra hierárquica, de modo que a primeira derrogaria a segunda.

51. O caput do art. 192 da Constituição Federal de 1988, após dispor que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar, relaciona, em lista exemplificativa, como se depreende da expressão inclusive, algumas matérias que deverão constar dessa lei.

52. No inciso IV, inclui, entre essas matérias, - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas. Desse modo, é inequívoco que as disposições da Lei nº 4.595/64, que se referem a atribuições do Banco Central e das demais instituições financeiras, foram recepcionadas com a eficácia de lei complementar, somente podendo ser alteradas por lei de igual hierarquia.

53. Não pode haver dúvida de que as matérias elencadas no art. 10 da Lei nº 4.595/64, como de competência privativa do Banco Central, têm essa natureza.

54. Por seu turno, o art. 18 da Lei nº 4.595/64, após voltar a afirmar que as instituições financeiras somente poderão funcionar mediante prévia autorização do Banco Central ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras, elenca, no § 1º, as pessoas físicas ou jurídicas subordinadas à referida lei, algumas plenamente, outras, no que for aplicável.

55. Já o § 2º do mesmo art. 18 estabelece: -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 nos termos desta Lei.- (grifou-se).

56. Também não pode haver dúvida de que o transcrito § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595/64 trata da atribuição do Banco Central e, como tal, foi recepcionado pela Constituição de 88 com eficácia de lei complementar.

Primeiramente, deve-se atentar que o inciso IV do artigo 192 da Constituição Federal, tanto utilizado pelo supracitado Parecer e seus defensores para alegar a competência do Banco Central, foi revogado por meio da Emenda Constitucional nº 40/2003, de modo que é questionável se a interpretação dada pela AGU sobre o conflito de competência continuaria válida. Ou seja, se, mesmo com a emenda constitucional os artigos 10, X, “c”⁵⁹ e 18, §2º⁶⁰, deveriam ser interpretados com status de lei complementar.

Entender que a Lei 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar, unicamente em decorrência do artigo 192 da Constituição Federal, significaria atribuir

⁵⁹Art. 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;

⁶⁰Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.

a esta lei campo material mais amplo do que o previsto à época da sua criação. Ademais, a visão de que essa lei fora recepcionada em sua totalidade como lei complementar já foi confrontada pelo Supremo Tribunal Federal na análise da ADI 2591/DF. Nesta decisão, afirmou-se que as instituições financeiras sujeitavam-se ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil, concluindo, assim, que a Suprema Corte deu aplicabilidade a uma lei ordinária em face de uma suposta lei complementar. Transcreve-se, em parte, a ementa do supracitado julgamento:

*EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. (...) 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo Sistema Financeiro Nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. **A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro.** CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA.*

(ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 PP-00481)

Da supracitada ementa, percebe-se que a Lei 4.595/64 é tida como complementar⁶¹ somente em relação à **regulamentação da estrutura do Sistema financeiro**. Assim, a interpretação sistêmica da Constituição Federal veda que a lei estruturante do Sistema Financeiro Nacional seja considerada complementar no que se refere à adjudicação da defesa da concorrência. Essa constatação se dá, basicamente, por dois motivos centrais:

- (i) As questões concorrenciais nada têm a ver com a regulamentação da estrutura do Sistema financeiro; e
- (ii) A Constituição Federal foi **expressa** ao afirmar que as questões concorrenciais seriam reguladas por Leis Ordinárias.

No que toca ao primeiro aspecto, as questões concorrenciais sempre foram vistas pelo Banco Central como questões acessórias e instrumentais⁶². Em toda a sua história⁶³, essa autarquia nunca considerou as questões concorrenciais como fatores ou motivos para aprovação de operações. Além de instrumento acessório, é possível vislumbrar que as questões concorrenciais não são vistas por esta própria autarquia

⁶¹ Entender que uma norma pode ser tida, em sua totalidade, como complementar em decorrência de um único artigo que carece do quórum previsto no artigo 69 da Constituição Federal implicaria em possibilitar que todas as normas do direito brasileiro se tornassem complementares. Nessa linha, é interessante a exposição feita por SILVA (2000, p.247 a 250) – *Uma lei não deixa de ser ordinária quando não se exige outra forma, mesmo que tenha sido aprovada pela unanimidade das duas casas do Congresso Nacional. Lei ordinária é tal não apenas porque é aprovada por quorum, mas também porque segue um procedimento ordinário, comum, conforme disposto nos arts. 65 e 66, e de acordo com o princípio segundo o qual só depende de quorum especial (maioria absoluta, dois terços, três quintos) quando expressamente seja previsto em dispositivo constitucional (art. 47). E a Constituição expressamente dispôs que a lei complementar depende do voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (art. 69). Que lei complementar? Só pode ser aquela que é expressamente indicada pela Constituição. Fora disso, como é que se vai reconhecer quando um projeto de lei é complementar para que se atenda ao disposto no art. 69, sem contrariar o art. 47? Só pela matéria indicada em dispositivo constitucional à competência de lei complementar. Demais, a admitir a doutrina do autor [Hugo de Brito Machado], ingressaríamos, nesse assunto, num mero nominalismo inconseqüente, porque bastaria pôr o nome num ato legislativo de ‘lei complementar’ para que tivesse essa natureza, sem nenhuma correspondência às exigências constitucionais; e estaríamos banalizando o conceito, podendo até supor uma situação radical em que viríamos a ter apenas leis complementares, e aí elas não seriam mais do que leis ordinárias, bem ordinárias.*

⁶² Essa visão é apresentada por Celso Fernandes Campilongo em voto proferido no AC 08012.006762/2000-09 – *“Todavia, admitir-se que o BACEN foi investido pela lei 4.595/64 em atribuições que, tipicamente, costuma ser cometida a órgãos de defesa da concorrência, não leva necessariamente a admitir-se também que estas atribuições revelam uma função antitruste propriamente dita. Em outros termos, ainda que produzam reflexos na configuração concorrencial do setor financeiro, tais atribuições não têm na concorrência um valor em si a ser realizado. A persecução e tutela da concorrência pelo BACEN, na forma dos arts. 10, X, 'c' e 18 § 2º da lei 4595/64, tem caráter nitidamente instrumental, na medida em que vinculada à realização de outros valores próprios da regulação do sistema financeiro. É o que se pode vislumbrar facilmente com a contextualização no âmbito da lei 4.595/64 das competências citadas, deixando-se de atentar apenas para a leitura de dispositivos isolados. Feita esta contextualização, constata-se a teleologia da lei, que obviamente não tem como foco a promoção da concorrência no setor financeiro.”*

⁶³ Visão defendida por diversos autores, dentre eles Salomão Filho (2002) e outros.

como estruturantes do Sistema financeiro. As questões atinentes à regulamentação da estrutura do Sistema financeiro são aquelas relacionadas à sua higidez, isto é, relacionadas à regulação prudencial e ao risco sistêmico, não incluindo as questões concorrenciais. Nessa linha, expõe o Conselheiro Alessandro Octaviani em voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28

6.29. As leis mencionadas no artigo 192 referem-se ao mínimo diferencial estruturante das relações financeiras e de parte do controle sobre elas (em uma expressão, sua "estruturação sistêmica"), pelo que se entende o núcleo diferenciador da atividade, e não seu meio-ambiente ou sua relação com outros meio-ambientes institucionais; o centro das atividades financeiras e não zonas semi-periféricas ou periféricas. Tais regras devem se ater ao que diferencia o subsistema financeiro dos demais subsistemas constitucionais e do sistema constitucional como um todo, e não aquilo que integra aos demais subsistemas e ao sistema geral; todas essas últimas (que também submetem o subsistema financeiro) podem ser objeto de lei complementar ou ordinária, a depender do comando constitucional que regula sua criação. (...)

6.31. Aquilo que desborda do mínimo diferencial estruturante, da organização sistêmica, isto é, o restante de todas as condutas existentes, bem como as premissas para tais condutas (é dizer, a existência, validade e eficácia dos atores e dos atos, que incidem sobre o sistema financeiro), por óbvio podem estar regulados por leis ordinárias.

6.33. Integra o mínimo diferencial estruturante a preocupação com a higidez de segurança, de que são filhos discursivos as categorias de "regulação prudencial" e "risco sistêmico" (...)

6.37. Essa função de "regulação prudencial" ou de "risco sistêmico" não se confunde com a própria função própria do CADE, de adjudicação concorrencial, para o cumprimento do projeto Constitucional.

Verifica-se, assim, que a adjudicação da concorrência não deve ser vista como questão inerente à regulamentação da estrutura do Sistema financeiro, não se cogitando, portanto, que a Lei 4.595/64 possa ser considerada como complementar neste campo.

Contudo, mesmo que se desconsidere a interpretação dada pelo STF e se afirme que a Lei 4.595/64 tenha sido recepcionada com status de lei complementar, a argumentação de que a legislação em questão seria hierarquicamente superior à lei antitruste não poderia ser ventilada por questões fáticas. O que se verifica é que ela teria sido recepcionada, em relação às questões concorrenciais, apenas com status *formal* de lei complementar. Isto porque, a Lei 4.595/64 extrapolou o âmbito material

que lhe fora preconizado pela Constituição Federal. A Carta Magna é expressa ao afirmar que as matérias atinentes às questões concorrenciais seriam reguladas por intermédio de *leis ordinárias*, como se verifica da simples leitura do artigo 173, §4º:

Art. 173. 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.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Hoje, o que se reconhece é que a lei complementar tem assegurado, por meio da Constituição Federal, campo material pré-determinado, o qual não poderia, sob o risco de inconstitucionalidade, ser invadido por lei ordinária, em decorrência da reserva legal qualificada decorrente da matéria (*ratione materiae*).

No entanto, caso a lei complementar invada campo material reservado à ordinária, em sua ampla maioria, a doutrina⁶⁴ afirma que, independentemente de ser complementar, deverá prevalecer a lei hierarquicamente inferior, desde que seja posterior à outra. Nesta linha, tendo em vista que o campo material da lei complementar é indicado pela Constituição Federal, não cabe a ela legislar sobre matéria atinente à legislação ordinária, como fez a Lei 4.595/64. Nesta linha expõe Aguillar⁶⁵ (2002, p.89 e 90),

A questão não me parece trazer tantas dificuldades interpretativas. Em primeiro lugar, deve ser descartada a linha de argumentação que proclame a superioridade hierárquica da Lei complementar sobre a Ordinária. (...) Se a Lei ordinária tratar de temas reservados a Lei complementar será inconstitucional, por não atender aos requisitos mínimos previstos na Constituição. Mas Lei complementar que tratar de temas não reservados a ela pela Constituição, não transformará o assunto regulado em matéria de Lei complementar. (...) Por isso, dispositivos de uma Lei complementar que não tenham assento constitucional específico, podem perfeitamente ser revogados por Lei ordinária. O assunto de que o assento constitucional da regulação concorrencial pelo BACEN na Lei 4595/64 é o inciso IV do art. 192 é insustentável.

⁶⁴ Aguillar (2002), Borges (1975), dentre outros.

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Competência e Especialização de Funções em Matéria Concorrencial. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002

Assim, mesmo que se admita que essa lei fora admitida com status de lei complementar, no que concerne à adjudicação da concorrência, pode-se afirmar que ela, substancialmente, tem status material de lei ordinária. Isso acarreta, ao fim, a seguinte interpretação: a possibilidade de revogação da lei **formalmente complementar**, mas materialmente ordinária, por outra lei ordinária. Nesta linha alude Borges⁶⁶ (1975, p. 27),

Quando lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade para disciplinar matéria de competência de legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é rótulo, o nomen juris que caracterizará o fenômeno, nem tampouco o simples quorum de aprovação, a lei 'complementar'; será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada – é claro – por outra lei ordinária editada pela União.

Entretanto, mesmo com tudo que foi demonstrado, ainda que se admita que a Lei 4.595/64 tenha status material de lei complementar, ela não deveria prevalecer sobre a lei antitruste. Pode-se afirmar, como alude Bastos⁶⁷ (ano, p. 16)⁶⁸, que somente em uma hipótese poderia ser adotado o critério de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar, qual seja: **quando da existência de um campo material comum**. A inexistência deste campo material comum acarreta a inexistência de hierarquia e, conseqüentemente, a conclusão de que a solução da antinomia não se dê pela discussão sobre a relação hierárquica entre lei complementar e lei ordinária, mas de outras formas prescritas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. O próprio Supremo Tribunal Federal já afirmou, diversas vezes, que inexistente vínculo hierárquico normativo entre lei complementar e lei ordinária:

A QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - ESPÉCIES

⁶⁶ BORGES, José Souto Maior. Eficácia e Hierarquia da Lei complementar. In Doutrinas essenciais de Direito Constitucional, vol. 4. P. 261. São Paulo: Editora RT, 2011

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias. Caderno de Direito Tributário e Finanças públicas, nº 26. P. 11 – 20, São Paulo.

⁶⁸ Nessa linha, cumpre lembrar, também, os ensinamentos de Borges (2011, p. 6) “*Não se nega a procedência da afirmação de que a lei ordinária não pode revogar a lei complementar. Todavia, partindo dessa afirmação não é possível extrair a conclusão pela superioridade formal da lei complementar porque a recíproca é igualmente verdadeira: a lei complementar não pode revogar a lei ordinária. E não o pode em virtude basicamente de dois argumentos: 1.º) os campos da lei complementar e da lei ordinária, em princípio, não se interpenetram, numa decorrência da técnica constitucional de distribuição “ratione materiae” de competências legislativas; 2.º) a superveniência da lei complementar somente suspende ou paralisa a eficácia da lei ordinária, em casos excepcionais (“exempli gratia”. Constituição Federal, arts. 18, § 1.º, 19, § 2.º).*”

LEGISLATIVAS QUE POSSUEM CAMPOS DE ATUAÇÃO MATERIALMENTE DISTINTOS - DOCTRINA - PRECEDENTES (STF) - NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" (AI 467822 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-190 DIVULG 03-10-2011 PUBLIC 04-10-2011)

1. Inexistência de hierarquia de leis no ordenamento jurídico brasileiro. Previsão constitucional da Cofins: possibilidade de regulamentação por lei ordinária. 2. Inadmissibilidade de modulação de efeitos." (AI 709579 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009)

1. É constitucional a revogação da isenção da COFINS, uma vez que não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. 2. Matéria pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: RE 381.964/MG, rel.Min. Gilmar Mendes, Pleno, por maioria, DJe 13.3.2009 e RE 377.457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno por maioria. DJE 19.12.2008.

Isto posto, não é possível conceber que a solução da controvérsia envolvendo o CADE e o BACEN para análise de operações no sistema financeiro possa vir a ser solucionada por meio da discussão acerca da hierarquia entre estas normas.

Visto isso, outro ponto muito utilizado por aqueles que defendem a competência do BACEN para análise de Atos de Concentração no Sistema financeiro, dentre eles o próprio BACEN e a AGU, é que a Lei 4.565/64 seria específica em relação à Lei 12.529/11⁶⁹. Assim, o conflito de competência poderia vir a ser solucionado pela especificidade das normas.

3.3. A Lei 4565/64 seria específica por se tratar do sistema financeiro ou a Lei 12.529/11 por se tratar de questão concorrencial?

Levanta-se, também, que a Lei 4.565/64 seria específica em relação à Lei Antitruste. De acordo com a hermenêutica jurídica, uma das formas de resolução de antinomias jurídicas basear-se-ia no princípio da especificidade das leis, ou seja, *lex specialis derogat legi generali*. De acordo com Boulanger⁷⁰ (1956, p. 37)

⁶⁹ À época a lei vigente era a 8.884/94.

⁷⁰ BOULANGER, Jean. Principes généraux du droit positif et droit positif. In Le Droit Prive Français au milieu du XXe siècle (Etudes offertes a Georges Ripert). Paris: LGDJ, 1950

*a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que **não regula senão tais atos ou fatos**: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma **série indefinida de aplicações**.*

Isto posto, argumenta-se que as normas atinentes ao Sistema Financeiro Nacional, por serem específicas quanto à regulação das instituições financeiras, e por também aduzirem sobre questões concorrenciais, aplicar-se-iam, preferencialmente, à regra geral contida na norma antitruste. Nessa linha expõe Sztajn e Salles (2001, p.55),

Alegar que a lei posterior revoga a anterior, aplicando-se o art. 2o da Lei de Introdução ao Código Civil ainda em vigor, que trata do conflito intertemporal de leis, não depende apenas de serem as normas de mesma hierarquia, mas implica, ainda, ter a posterior regulado completa e diversamente a matéria prevista em outra, com revogação implícita ou que a tenha revogado expressamente, assim como em lembrar que a lei geral não revoga a especial. (...) Há, na Lei n. 4595/64, no art. 10, previsão de competência exclusiva do BACEN para aprovar fusões e incorporações de instituições financeiras. Ora, tem-se aqui norma setorial especial que também não foi revogada pela lei geral de defesa da concorrência.

Contudo, essa interpretação não parece ser adequada. Como já exposto, o artigo 10, X, “c” da Lei 4.595/64, ao afirmar que competiria, privativamente, ao Banco Central *conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas* o fez com o intuito de permitir que esse analisasse as questões regulatórias e atinentes ao risco sistêmico e à higidez do sistema financeiro e não no que se refere à adjudicação da concorrência⁷¹.

Defender que a Lei 4.595/64 seria específica no que toca à análise das questões concorrenciais parece incorreto. De acordo com a regulação prudencial, boa parte das operações no Sistema financeiro deveria ocorrer para diminuir o risco sistêmico, aumentando a higidez das instituições financeiras. Estas são as duas finalidades

⁷¹ Defende-se que um agente monopolista neste mercado teria maiores margens de lucros, o que poderia diminuir a chance da ocorrência do risco sistêmico. Contudo, mesmo tendo maiores taxas de retorno, as experiências históricas demonstram que estas instituições financeiras, quando detêm grande poder de mercado, tendem a arriscar mais e assumir maiores riscos e na ocorrência de uma crise, este agente seria como muitos aduzem *too big too fail*. Nestes casos a única saída encontrada, e adotada em diversos países, consiste na ajuda governamental para as instituições em crise. Esta tese é defendida pelo Conselheiro Alessandro Octaviani em voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28. Requerentes: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Voto proferido em 07 de dezembro de 2011.

primordiais do BACEN. Argumentar, assim, que a Lei 4.595/64 é específica em relação à Lei Antitruste seria dar carta branca para os agentes econômicos que atuam neste setor, uma vez, preenchidas as questões regulatórias, estes poderiam realizar operações sob o manto do risco sistêmico, sem levar em consideração os impactos concorrenciais decorrentes dessas operações.

Como já exposto, a Lei 4.595/64 trata a concorrência como instrumento da regulação. Tanto é assim que, em nenhum momento, o Banco Central se diz competente para a análise concorrencial das operações envolvendo instituições financeiras. Nessa linha, ainda que se admitisse que o artigo 10, X, “c” da referida lei quisesse afirmar que o BACEN poderia analisar questões concorrenciais, esta norma seria ineficaz para este sentido, pois não traz instrumentos suficientes para permitir uma análise adequada do controle de estruturas, não se admitindo sua especialidade.

É inegável a afirmação de que a Lei 4.565/64 é específica no que concerne à regulação financeira, higidez do sistema financeiro e outras questões atinentes à regulação prudencial. No entanto, afirmar que essa também seria específica no que concerne à adjudicação da concorrência não parece correto. Nessa linha expõe Sundfeld (2002, p. 35)

Não procede o argumento de que a lei n. 4595/64 “é específica e, portanto, prevalece sobre a última (8.884/94), de caráter geral. Porque a lei do sistema financeiro seria especial e a lei antitruste geral? Especial e geral em relação a que matérias? Porque não o contrário: em relação à concorrência, a lei antitruste seria específica? No exame da relação entre as leis n. 4595/64 e n. 8.884/94, pode-se concluir que a lei antitruste é especial no que se refere à adjudicação concorrencial das concentrações do sistema financeiro.

Isto posto, a conclusão a que se chega é que é impossível conceber que a Lei 4.595/64 seja considerada específica em relação à Lei Antitruste.

Na verdade, o que se verifica é, exatamente, o oposto, que a lei antitruste é específica no que se refere à análise das questões concorrenciais, não cabendo ao BACEN a analisar estas operações no que se refere a estas questões.

Além de o conflito de competência poder ser solucionado pela especificidade da lei antitruste, verifica-se a possibilidade de solucionar tal conflito com base na teoria

das imunidades implícitas, isto é, com base na teoria do *Pervarsive Power* – ou teoria do poder amplo – e na *State Action Doctrine*.

3.4. *A utilização da teoria das imunidades implícitas para a solução do conflito de competência*

As teorias do *Pervarsive Power* e do *State Action Doctrine*, conhecidas pela doutrina como teoria das imunidades implícitas⁷², tiveram origem nos EUA na década de 1950, quando foram criadas as *Independent Regulatory Comissions*, agências cujo objetivo era a regulamentação industrial⁷³.

Com o desenvolvimento dessas agências, dotadas de um corpo técnico especializado para a análise das questões regulatórias, surgiu a necessidade de determinar os limites de suas decisões sobre determinada conduta de um agente regulado, ou seja, até onde essas agências poderiam ser imunizadas do escrutínio antitruste, o que tende a se chamar de isenção antitruste. Ou seja, essas teorias, de uma maneira menos convencional, surgiram para solucionar conflitos de competência entre as agências regulatórias e o órgão antitruste.

Isso posto, antes de adentrar na explicação das teorias das imunidades implícitas, deve-se verificar se existem no Brasil situações que seriam passíveis de aplicação da tese da imunidade antitruste e se estas abrangeriam o Sistema Financeiro Nacional. O que passa a ser feito.

Segundo Salomão Filho⁷⁴ (2008, p.173), existiria uma única hipótese onde a aplicação de imunidade antitruste seria possível: *Trata-se da hipótese de planejamento econômico impositivo, prevista no artigo 174 da Constituição Federal*, cujo teor segue abaixo:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de

⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: Fronteiras e Foras de Interação no Setor Financeiro. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

⁷³ Para maiores informações, Salomão Filho (2008, p. 178 et seq.)

⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica. 2a Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008

fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Esse dispositivo, como ensina Grau (2007)⁷⁵, determina que o Estado intervenha de maneira indireta no domínio econômico, visto que, por meio do planejamento econômico, ordenaria os meios e fins da atividade econômica a ser praticada por agentes privados⁷⁶, para que, por meio da regulação, outras variáveis do jogo econômico fossem tratadas diretamente pelo órgão regulador.

Assim sendo, somente na existência de regulação, com metas específicas o suficiente para lidar com as variáveis concorrenciais, existiria a possibilidade de isenção antitruste para determinado setor da econômica.

Existe, neste caso, além de uma situação jurídico-formal (art. 174 da Constituição Federal), a definição de metas pré-determinadas para um setor, o do planejamento econômico impositivo. A atuação de agentes para esse setor específico consistiria na criação de uma política claramente expressa e definida, que substituiria a competição pela regulação, sem, no entanto, desprezar totalmente as noções concorrenciais.

Dessa forma, salvo na hipótese de planejamento econômico impositivo, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro foi expresso ao afirmar que não existiria imunidade antitruste para qualquer outra situação. Tanto a revogada Lei 8.884/94, quanto a Lei 12.529/11, em vigor, foram claras ao afirmar que submeter-se-iam ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas, independentes da sua natureza, o que incluiria o Sistema Financeiro Nacional:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades

⁷⁵GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 12ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. De acordo com Eros Grau, existiriam três formas de atuação do Estado no domínio econômico. A primeira delas seria a *intervenção por absorção ou participação*. A segunda, a *intervenção por direção*. A terceira, por fim, a *intervenção por indução*. (P.93). Assim, ao aludir sobre estas, assim expõe (p. 102): “No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta da “atividade econômica” pelo Estado, além de no §1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. No art. 175 define incumbir ao poder Público a prestação de “serviços públicos”. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”.”

⁷⁶ A expressão atividade econômica é aqui utilizada em sentido amplo. De acordo com Grau (2007, p. 109_ a utilização desta expressão “respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador.”

*ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*⁷⁷

Não existe qualquer dúvida de que foi conferida ao CADE uma ampla competência sobre questões atinentes ao domínio econômico. Este ente foi criado para exercer a análise concorrencial dos atos empresariais, seja em relação ao controle de condutas, seja em relação ao controle de estruturas. A própria vontade do legislador é no sentido de que a atuação do CADE deveria dar-se sobre todos os segmentos da economia⁷⁸, mesmo os regulados. Segundo Salomão Filho (2008, p. 81) *todos os setores, cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo, não escapam ao controle concorrencial.*

Contudo, mesmo inexistindo qualquer forma de isenção antitruste para o Sistema financeiro, o BACEN quis tomar para si a análise de atos de concentração no Sistema financeiro, por meio da combinação do artigo 10, X, c e 18 §2º da Lei 4.595/64. Mesmo que existisse algum argumento para dotar esse ente de competência para o exercício dessa função, é necessário questionar se o BACEN, quando instado a manifestar-se sobre fusões e aquisições no Sistema financeiro, levou em consideração, pelo menos minimamente, as questões concorrenciais. A resposta é negativa, pois o Banco Central nunca levou em consideração as questões concorrenciais⁷⁹.

A partir daí, como se viu, dois entes se intitularam competentes para a realização da análise destas operações. Segundo Salomão Filho (2008), a melhor solução para a solução deste conflito de competências, seria a importação da teoria das imunidades implícitas

Trata-se, portanto, de discutir a questão da repartição de competência entre as agências. Essa discussão não pode e não deve, limitar-se a aspectos formais de definições de competência, que não são capazes de avaliar a efetividade da atuação do órgão. Critério muito mais útil, que permite avaliar a efetividade, é o das

⁷⁷ Correspondente ao artigo 15 da lei nº 8.884/94.

⁷⁸ Nesse sentido, importa atentar-se ao *Relatório* elaborado pelo Deputado Fabio Feldman, quando da elaboração da Lei nº 8.884/94 – antigo Projeto de Lei nº 3.712. O relator afirmou, na página 9, que “na linha adotada pelas legislações antimonopolísticas mais modernas, como o Japão, deverá a Lei Antitruste brasileira, regular, ainda, os atos e ajustes entre empresas sujeitas ao controle estatal”. Verifica-se, assim, que a própria vontade do legislador era dar ao ordenamento antitruste um amplo poder, capaz de fiscalizar até os atos das empresas sujeitas ao controle estatal.

⁷⁹ Nessa linha aludem: Corrêa (2002), Troster (2002), Santacruz (2002) e Salomão Filho (2002 e 2008).

chamadas imunidades implícitas. (...) discutir as imunidades implícitas nada mais significa que dar tratamento de direito material para o tema da competência entre as agências.

Neste ínterim, duas teorias foram trazidas para o Brasil na tentativa de demonstrar quando a regulação seria elemento suficiente para afastar estas questões do escrutínio antitruste. São elas a *Pervasive Power* e *State Action Doctrine*.

A última, criada no Direito americano, consistia na relação entre os comandos concretos dos governos estaduais, em face a uma norma federal, que regeria as relações de forma abstrata nos EUA, o *Sherman Act*. Ou seja, consiste em verificar se os atos de governos estaduais, mais específicos para as determinadas estados, seriam capazes de imunizar a conduta desses agentes em face do escrutínio antitruste federal. Segundo Salomão Filho (2002, p. 131)

*Para determinar se os atos dos governos estaduais conferiam ou não imunidade à aplicação do direito antitruste desenvolveu-se a chamada State action doctrine. (...) Estabeleceram-se dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia ou não imunidade à aplicação do direito antitruste. Em primeiro lugar é necessário que a decisão seja tomada ou que a regulamentação seja expedida em consequência de uma **política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação**. É necessário que a lei claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação. Mas não é só. É necessário ainda que haja **supervisão ativa e constante** do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.*

Verifica-se, assim, que para essa teoria é necessária a presença de dois elementos centrais, quais sejam:

- (I) Política claramente expressa e definida sobre a substituição da competição pela regulamentação; e
- (II) Supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

No entanto, apesar de ser muito utilizada para a solução de conflitos de competências entre entes reguladores e autoridade antitruste no Direito norte-americano, há certa controvérsia quanto à aplicabilidade dessa teoria no Brasil⁸⁰, visto que ela decorre da própria natureza do Federalismo norte-americano. Mesmo que

⁸⁰ Segundo Filho (2002) P.132, essa teoria só poderia ser aplicada quando um Estado permitir ao particular a exploração de serviço público mediante concessão.

fosse aplicável, por estar relacionada à ideia de atos de autoridade estaduais, não parece que a *State Action Doctrine* possa ser utilizada para dirimir o conflito de competência existente entre o CADE e o BACEN na análise de atos de concentração.

A outra teoria, denominada de Teoria do Poder Amplo, ou *Pervasive Power*, consiste em verificar o conflito de competência existente entre a atuação de duas agências federais. Conforme alude Salomão Filho (2002, p. 132)

A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas. Não se trata, portanto, de discutir a competência de Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se, isso sim, de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste.

Verifica-se, assim, que a Teoria do Poder Amplo pode ser utilizada para dirimir o conflito de competências ora analisado, pois, trata-se de verificar se uma agência federal dotada de poderes regulamentares (BACEN) pode afastar a aplicação do direito antitruste por outra agência (CADE). De acordo com essa teoria, apenas em duas situações seria possível este afastamento.

A primeira situação seria o caso de a agência reguladora ter sido empoderada de maneira ***extensa o suficiente*** para afastar a aplicabilidade do Direito Concorrencial. Na segunda, o poder dessa agência seria ***profundo o suficiente*** para ela, conhecendo as especificidades do mercado, aplicar o Direito Antitruste, tornando vazia a participação do órgão de defesa da concorrência. Nessa linha entende Salomão Filho (2002), P. 137,

*Em uma primeira hipótese o poder do órgão é **extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência**. Por extenso o suficiente entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial. (...) a segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão o suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é **profundo** o bastante para fazê-lo. Nessa hipótese, o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste. (...) A falta de competência da agência governamental responsável pelo determinado mercado não exclui a aplicação do direito concorrencial, mas apenas caracteriza a ilegalidade da regulamentação que desconsidera a tutela antitruste. Da mesma maneira, a existência de competência mas a falta de seu pleno exercício, sem levar em conta os aspectos concorrências de uma*

situação torna a regulamentação ilegal. Isso porque o poder não foi exercido.

A primeira hipótese, na qual o **poder é extenso o suficiente**, consiste, basicamente, no poder conferido a determinada agência com o intuito de permitir que a regulação substitua o sistema concorrencial. Ou seja, há uma política clara de substituição da concorrência pela regulação. No segundo caso, isto é, no caso do **poder ser profundo o suficiente**, o poder que foi conferido ao ente regulador já inclui a competência para aplicar a Lei Antitruste, ou legislação semelhante. Nesse caso, tendo em vista que foi conferida ao regulador a competência para aplicar o Direito Antitruste, por meio da lei de sua criação, não faz sentido que a autoridade antitruste volte a debruçar-se sobre o que já foi analisado pela autoridade reguladora. A noção de profundidade é exposta por Salomão Filho (2002), P.133

Nessa hipótese, o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; não há que se pensar em controle do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (FTC) ou pelas Cortes simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento.

No entanto, não basta que o regulador tenha sido imbuído formalmente da obrigação de aplicar o Direito Antitruste. É necessário que ele efetivamente o aplique, ou seja, que ele tenha, em toda a sua história, aplicado rotineiramente esse Direito. Assim, além do critério formal, adiciona-se a efetividade da atuação deste órgão, como alude Salomão Filho (2002), p.139,140

A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. As competências são geralmente estabelecidas em termos genéricos, sem especificar as matérias que devem ser levadas em consideração na aplicação da lei. Dessa maneira, para saber se os efeitos sobre o mercado são realmente considerados é necessário analisar a atuação pretérita do órgão. Ao critério formalístico da competência adiciona-se, portanto, o critério da efetividade da atuação. A existência de atuação efetiva não é, no entanto, suficiente. Para que a aplicação desse método leve a resultados coerentes é necessário também que o órgão encarregado da regulamentação e fiscalização seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superior ao que é possível imaginar que o judiciário ou outras agências de controle da concorrência possam ter. (...) é necessário, portanto, que aquele mercado demande um conhecimento especial, que se pode presumir

insuficiente mesmo em órgãos especializados na aplicação do direito antitruste.

Do que foi acima exposto, percebe-se que a teoria do *Pervasive Power* tende a solucionar o conflito de competência entre duas agências federais com base em critérios formais e materiais. Ou seja, tal teoria leva em consideração tanto critérios legais, isto é, que o regulador tenha competência para aplicar a Lei Antitruste, quanto critérios materiais, como a efetividade e a capacidade técnica do regulador em aplicar estas normas. Desta forma, pode-se afirmar que essa teoria, em relação à profundidade do poder⁸¹, dirime os conflitos de competência entre estes agentes com base nas seguintes premissas⁸²:

- (I) Profundidade do poder conferido ao ente regulador;
- (II) Atuação efetiva deste ente; e
- (III) Capacidade técnica e conhecimento de mercado superiores ao do agente antitruste.

Dessa forma, para que seja possível afastar a competência da agência antitruste, especializada na análise das questões concorrenciais, devem estar presentes, concomitantemente, as três premissas acima expostas.

Aplicando-se esta teoria ao presente caso, apesar de ser controversa a aceitação de que o BACEN teria sido imbuído legalmente da competência de aplicar a lei Antitruste, será admitido, somente para fins de discussão, que o poder conferido ao Banco Central é profundo o suficiente para afastar a atuação do CADE. Isto é, que existiria, nos artigos 10, X, “c” e 18 § 2º da Lei 4.595/64, a previsão legal para que aquela autarquia levasse em consideração as questões concorrenciais em caso de operações entre instituições que atuam no Sistema financeiro.

Estando presente a primeira premissa, cumpre verificar se o BACEN efetivamente atuaria na defesa da concorrência. Não basta, de acordo com esta teoria,

⁸¹ No caso do poder ser extenso o suficiente, basta que a regulação tenha sido criada com o intuito de substituir o Direito da Concorrência para que se afaste a atuação do órgão antitruste.

⁸² Segundo Filho (2002), P.144 – Aplicando o critério desenvolvido e especificado para análise da profundidade do poder regulamentar, é preciso verificar a presença de: (a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise; (b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado; (c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos.

uma situação jurídico-formal, mas, também, uma situação material, caracterizada pela efetiva atuação da agência reguladora quanto a questões antitruste.

Conforme salienta Filho (2002 e 2008), para verificar a efetividade da atuação do regulador, deve ser levada em consideração a atuação pretérita e atual desse agente, no que concerne à aplicação da legislação de defesa da concorrência. Somente se existir uma supervisão constante e efetiva, é que seria possível afastar a atuação do órgão antitruste. Ademais, de acordo com o voto do Conselheiro Alessandro Octaviani no Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28 “*a admissão de um espaço vazio regulatório já seria suficiente para afastar essa “imunidade” perante à lei concorrencial*”.

Dito isso, resta perquirir se o BACEN, ao analisar atos de concentração entre instituições financeiras, leva em consideração as questões concorrenciais, o que, conforme já dito anteriormente, não acontece. O que se fará a seguir é uma análise detalhada tanto sobre as atuações pretéritas, quanto atuais desta autarquia. A doutrina é uníssona ao afirmar que o Banco Central nunca, sequer, levou em consideração essas questões, senão vejamos:

Corrêa (2002) P.73 – não fosse o fato de que o Banco Central do Brasil historicamente, jamais desempenhou a função de autoridade antitruste no Sistema Financeiro Nacional, seja aplicando a lei de concorrência em lugar dos órgãos do SBDC, por ausência de previsão legal para tanto, seja editando regulamentos, com base na competência genérica prevista no art. 18 §2o, da Lei n. 4565/64,;

Troster (2002), P. 345, Deve-se ressaltar que a atuação do Banco Central foi estabilizadora, e que as fusões e aquisições foram medidas prudenciais com reflexos concorrenciais. Nesse sentido, a questão concorrencial foi secundária, embora haja situações em que a questão prudencial fique relegada a um segundo plano;

Campilongo (2001) “Pergunto: qual o registro, na jurisprudência da literatura jurídica, ou na prática bancária, desde 1964, de análise antitruste de atos de concentração no sistema financeiro feita pelo BACEN, ou de controle de condutas anticoncorrenciais? A resposta é seca e direta: nenhum!”

Santacruz (2002). P. 299 “Pelo lado do setor financeiro, entretanto, não se verificou uma evolução semelhante na ação e na identificação dos objetivos do órgão regulador, o Banco Central. Com uma ação calçada excessivamente na regulamentação prudencial, o Banco Central toma suas decisões sem considerar o

estímulo ao processo competitivo como parte importante do processo de regulamentação de mercado”.

SUNDFELD. (2002, p. 35). *Do ponto de vista histórico, nem a lei n. 4595/64 nem a atuação do Banco Central do Brasil serviram para promover a livre concorrência no setor financeiro.*

Filho (2002) P.146 “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 referencia à análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado pervarsive e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e a revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial. (...) Assim, a recorrente desaplicação dos princípios concorrenciais autoriza a intervenção do CADE, independente da decisão a respeito da existência ou não de competência específica do CADE em matéria de instituições financeiras”

Mesmo recentemente, depois de iniciada a discussão sobre o conflito de competência entre estas duas autarquias, o BACEN continua a não levar em consideração as questões concorrenciais, as quais permanecem sendo desconsideradas, como já exposto por Salomão Filho (2008) e o Conselheiro Alessandro Octaviani em voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28.

Desta feita, verifica-se que o BACEN, em sua análise, não leva em consideração os impactos concorrenciais das operações realizadas entre instituições financeiras que resultam em Atos de Concentração, de modo que a efetividade da sua atuação resta prejudicada.

A teoria do *Perversive Power* demonstra que a melhor solução para o conflito de competência entre o Banco Central e o CADE, para análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras, seria permitir que o órgão antitruste analisasse as questões concorrenciais envolvendo estas operações, visto que essa entidade, em conjunto com os outras que compõem o SBDC, possui *know-how* adequado para análise destas operações, por não possuir, além de tudo, uma visão transindustrial do mercado, a qual o CADE detém.

Não parece razoável supor que apenas esse mercado, quando comparado a outros nos quais o CADE é exclusivamente competente para analisar questões concorrenciais, exija uma capacidade técnica sobrenatural que a autoridade antitruste não possua. Esse ente vem demonstrando, reiteradamente, conforme sua jurisprudência⁸³, uma total aptidão para analisar as operações envolvendo instituições financeiras, salvo em uma única situação, quando existente o chamado *risco sistêmico*.

Isso porque, no caso de risco sistêmico, não basta apenas a análise de questões concorrenciais do mercado financeiro, sendo necessário conhecimento específico sobre a higidez do Sistema financeiro que somente o Banco Central possui. Nessa linha, posiciona-se Sundfeld (2002, p. 36),

Do ponto de vista econômico, não há vantagens comparativas em atribuir-se ao Banco Central e não ao CADE a competência para julgar os atos de concentração no setor financeiro (excetuadas as hipóteses de risco sistêmico). De fato, não há ganho de produtividade ou eficiência para o Estado com isto. Diferentemente do BACEN, o CADE e os órgãos instrutores do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem larga experiência em acessar as bases de dados e os estudos que caracterizam os diversos setores econômicos do Brasil, além de terem desenvolvido ao longo do tempo um know-how analítico adequado à defesa da concorrência no país. Assim, detêm dois fatores fundamentais – experiência e know-how – para propiciar maior produtividade e, desse modo, garantir maior eficiência ao Estado na tutela concorrencial.

Isto posto, salvo na existência de risco sistêmico, não parece subsistir razão para atribuir ao Banco Central a análise de operações envolvendo instituições financeiras. Assim, apesar da existência de situação jurídico-formal que tende a autorizar o ente regulador a atuar na defesa da concorrência, a realidade fática demonstra que a atuação do BACEN, no que se refere à adjudicação da concorrência, praticamente inexistente.

No entanto, é importante ter em mente que, se o BACEN viesse a analisar as questões concorrenciais das operações realizadas no Sistema Financeiro Nacional, a aplicação desta teoria para solucionar o conflito de competência poderia se mostrar

⁸³ 08012.011303/2008-96 de interesse das empresas Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. e Banco Itaú S.A. ; 08012.004534/2011-49, de interesse das empresas Banco BMG S.A. e Banco Schanhin S.A.; 08012.01081/2007-11; 08012.002454/2006-91, de interesse do Banco Pecúnia S.A., Tecnicredito SGPS e Societé Généale, dentre outros.

prejudicada. Visto que, apesar de controversa a aceitação de que o Banco Central seria competente para analisar estas questões, muitos autores defendem que caberia privativamente a este ente essa análise.

Entretanto, o que se questiona é até que ponto se mostra necessário que o Banco Central analise as questões concorrenciais decorrentes de operações realizadas no Sistema financeiro. Pois, no caso de o BACEN vir a analisar essas questões após um grande período de inércia, tal fato aprofundaria, ainda mais, o conflito de competência existente. Isso porque haveria uma dupla análise das questões concorrenciais de uma mesma operação: uma realizada pelo CADE, que já faz essa análise, e outra pelo BACEN, que passaria a realizar essa análise.

Essa possibilidade de o BACEN vir a elaborar análises de questões concorrenciais decorrentes de operações realizadas no Sistema financeiro torna necessário que o nosso legislativo se debruce sobre este conflito de competência e, por meio de um diploma legal, crie um sistema que permita uma atuação mais clara das autoridades, retirando a insegurança jurídica do administrado e impedindo que dois entes analisem os mesmos aspectos de uma mesma operação, pois, além de um dispêndio de recurso público desnecessário que onera o Estado, pode gerar decisões conflitantes e aumentar a insegurança jurídica do administrado.

No entanto, o que se tem hoje é que, com base na teoria do *Pervasive Power*, somente na hipótese da existência de risco sistêmico seria possível afastar a competência do CADE para analisar atos de concentrações entre instituições financeiras, permitindo ao Banco Central realizar a análise destas operações apenas no que tange às questões relativas à regulação prudencial e ao risco sistêmico. Isto porque, neste caso, as questões relativas à defesa da concorrência podem ser relegadas a segundo plano para garantir a higidez do Sistema Financeiro Nacional.

3.5. *Risco Sistêmico*

Conforme se viu, apenas na hipótese de risco sistêmico as questões concorrenciais poderiam ser relegadas a segundo plano, verificando-se, assim, uma isenção antitruste para o Sistema financeiro, uma vez que a higidez do Sistema

financeiro deve ser preservada a todo custo. De acordo com a doutrina⁸⁴, em face de risco sistêmico, o interesse de preservar a higidez do Sistema financeiro mostra-se como um interesse público superior ao princípio da livre concorrência. Contudo, essas situações são pontuais, como alude Sundfeld (2002, p. 35),

Não se exclui que, em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência.

Essa visão é também compartilhada pela literatura estrangeira, a qual expõe que, em algumas situações, seria permitida a realização de operações entre instituições financeiras que colocassem em risco a competição no mercado. De acordo com White (1968)

"O propósito do Bank Merger Act era permitir certas fusões bancárias, mesmo que elas tendessem reduzir a competição no mercado relevante. O Congresso dos Estados Unidos entendeu que o papel dos bancos na vida econômica das pessoas era tamanho que o interesse público poderia ser atendido por uma fusão bancária, mesmo que essa fusão diminuísse a concorrência. O interesse público foi, assim, o teste final imposto" (United States v Terceiro Nat Bank -.. 390 pg.171 dos EUA (1968)).⁸⁵"

Conforme entende Sztajn (2002), P.245 a 248, há diversas situações que podem desencadear o risco sistêmico, mas, uma vez verificada a existência deste em Atos de Concentração envolvendo o Sistema financeiro, somente o Banco Central deveria atuar, afastando-se a competência do CADE:

Risco sistêmico ou risco de contágio de todo o sistema financeiro, em última análise, é de responsabilidade do BACEN, a quem, de acordo com a teoria acima exposta, compete a regulação do sistema. (...) Em face do que a literatura tende a admitir a concentração sempre que o risco é uma das variáveis consideradas, como, aliás, está claro nos votos dos conselheiros do CADE que entendem que na presença de risco sistêmico, apenas o BACEN atua. (...) Presente o risco de insolvência individual ou espalhado pelo sistema, o aspecto social prevalece. Diferentemente dos outros mercados, o financeiro deve servir aos interesses sociais.

⁸⁴ À guisa de exemplificação, Cortez (2002).

⁸⁵ Tradução livre: "the purpose of the Bank Merger Act was to permit certain bank merges even though they tend to lessen competition in the relevant market. Congress felt that the role of banks in a community's economic life was such that the public interest would sometimes be served by a bank merger even though the merger lessened competition. The public interest was the ultimate test imposed."

A proteção ao Sistema financeiro é algo primordial em um mundo tão interconectado como hoje. Eventual falência de uma instituição financeira pode se espalhar como um efeito-cadeia, colocando em risco todo o mercado. A exposição do Sistema financeiro a crises sistêmicas é algo que se busca evitar. De acordo com De Bandt e Hartman (2000) “*A full systemic crisis in the financial system may then have strong adverse consequences for the real economy and general economic welfare*”⁸⁶”.

É possível, portanto, que, na existência do risco sistêmico, certas instituições financeiras, com o objetivo de evitar a crise, fundam-se. Nesta situação específica, os ditames concorrências poderiam ser relegados a segundo plano, tendo em vista o interesse social de se manter um sistema financeiro sadio é superior ao interesse em manter a concorrência neste mercado, principalmente quando esse princípio pode vir a ser recuperado por uma regulação posterior, por meio de regulação prudencial.

Contudo, torna-se imperioso verificar o que é risco sistêmico. Os autores Bandt e Hartmann (2000), P.10, antes de adentrarem especificamente na noção de risco sistêmico, definem o que seria um evento sistêmico (*systemic event*), ou seja, uma externalidade negativa na qual as informações de uma instituição financeira podem afetar os demais agentes:

*O evento sistêmico é definido, em sentido estrito, como uma situação na qual a divulgação de notícias negativas sobre uma instituição financeira, até mesmo sobre seu fracasso, ou ainda a queda de um mercado financeiro, traz, de forma seqüencial, uma série considerável de efeitos adversos a uma ou várias instituições financeiras ou mercados. (...) É essencial ocorrer o efeito dominó de uma instituição para outra ou de um mercado ao outro, proveniente de um choque limitado (idiosincrático). Já os eventos sistêmicos em sentido amplo incluem, não só os eventos descritos acima, mas, também, efeitos adversos simultâneos em um número maior de instituições ou mercados como consequência choques graves e generalizados. Obviamente, à medida que esse impacto é simultâneo, essa categoria inclui também efeitos generalizados como consequência da divulgação de novas informações.”*⁸⁷

⁸⁶ P. 10.

⁸⁷ Tradução livre: *We define a systemic event in the narrow sense as an event, where the release of bad news about a financial institution, or even its failure, or the crash of a financial market leads in a sequential fashion to considerable adverse effects on one or several other financial institutions or markets, e.g. their failure or crash. (...) Essential is the domino effect from one institution to the other or from one market to the other emanating from a limited (idiosyncratic) shock. Systemic events in the broad sense include not only the events described above but also simultaneous adverse effects on a large number of institutions or markets as a consequence of severe and widespread (“systematic”)*

Uma vez feita essa primeira introdução, estes autores definem que existiriam diversos “graus” de eventos sistêmicos. Uma primeira modalidade, considerada um evento sistêmico forte, ocorre quando uma instituição anteriormente solvente, após a insolvência de outra instituição, é afetada pelo efeito de contágio, tornando-se, também, insolvente.

Já em um segundo plano, existiriam os eventos mais fracos, nos quais as instituições financeiras, apesar de afetadas pelo efeito sistêmico, não se tornam insolventes⁸⁸, sendo afetadas em menor escala pela instituição que faliu.

A ideia de que existem diversos graus de eventos sistêmicos é corroborada pela doutrina nacional. Nesse sentido, Sztajn (2002), P.245 e 246, afirma que a noção de risco sistêmico comporta diferentes sentidos, podendo variar desde uma crise isolada, ou até uma crise que envolva diversas instituições:

A noção de risco sistêmico comporta diferentes sentidos, podendo significar desde a inadimplência geral do sistema financeiro internacional dadas as ligações entre instituições nacionais transfronteiras, em sucessão de inadimplências, até inadimplências isoladas e limitadas com enfraquecimento de algumas instituições.

Uma vez conceituada a noção de efeito sistêmico, bem como a possibilidade desses eventos possuírem graus distintos, Bandt e Harmann (2000), P.12, agregam a definição do que seria o risco sistêmico⁸⁹

“O risco sistêmico (em sentido estrito e amplo) pode simplesmente ser definido como o risco de ocorrência de eventos sistêmicos de ampla magnitude. Em princípio, o espectro do risco sistêmico pode

shocks. Obviously, to the extent that this impact is simultaneous this category also includes widespread effects as a consequence of the release of new information (“signals”).

⁸⁸ De acordo com estes, “um evento sistêmico no sentido estrito é considerado poderoso se a instituição envolvida (ou as instituições, se for o caso) na segunda rodada de efeitos, ou também em uma situação futura, venha a falhar em decorrência do choque inicial. Isso ocorre mesmo tendo sido elas fundamentalmente solventes *ex ante*, ou, ainda, se o mercado (ou os mercados) afetado em rodadas posteriores também venham a ser afetados em razão do choque inicial. Compreendemos essas ocorrências de eventos sistêmicos no sentido estrito como o de um contágio. Caso contrário, se o efeito externo é menor do que um fracasso ou um acidente, denotamos um evento sistêmico no sentido estrito como fraco. Da mesma forma, os eventos sistêmicos relacionados a choques sistemáticos são fortes se uma parte significativa das instituições financeiras ou dos mercados simultaneamente afetados por eles realmente falharem.” P.12 e 13.

⁸⁹ Nos dizeres de Datz (2002) “*De forma simplificada, é o risco que um choque a uma parte limitada do sistema se propague como uma avalanche por todo Mercado Financeiro, podendo atingir tanto instituições insolventes quanto às que eram saudáveis antes de sofrerem o impacto do choque inicial. Em essência, é o “efeito dominó” como consequência de um choque limitado. A velocidade de propagação do choque inicial e a capacidade de atingir instituições, até então, solventes tornam estes eventos particularmente preocupantes*”. P. 10,11

alcançar desde a segunda rodada de efeitos em uma única instituição ou mercado, até o risco de uma crise sistêmica que afeta a maior parte (ou mesmo a totalidade) do sistema financeiro, fazendo com que o alcance geográfico desse risco chegue ao extremo de ser regional, nacional ou internacional.”⁹⁰

Assim, o risco sistêmico ocorre quando uma instituição financeira entra em colapso, afetando outras, que nada tinham a ver com a insolvência daquela, ou seja, trata-se de uma externalidade negativa que afeta outros agentes do mercado. Neste caso, o risco de contágio entra em cena, pois, instituições que eram solventes passam a ser afetadas pela insolvente, colocando todo o mercado em risco. É, de acordo com Cortez (2002), “o receio de que vários bancos venham quebrar em decorrência de algum acontecimento específico”⁹¹.

Embora admita-se que sempre diante de uma crise bancária estar-se-á diante de uma situação de risco sistêmico, é importante ter em mente que são diversas as variáveis que podem conduzir a estas situações de risco. A doutrina⁹² expõe que crises sistêmicas podem ser frutos de (I) corridas bancárias; (II) informações assimétricas; (III) crise no mercado intercambiário; (IV) crise no sistema de pagamento; e até mesmo (V) má gestão bancária⁹³.

Nesta linha, é importante ter em mente que, independentemente do motivo que levou a instituição à insolvência, ou que a colocou em situação de risco, esta pode considerar como alternativa viável, para impedir a sua insolvência e um colapso de todo sistema, a possibilidade de ser adquirida por outra instituição financeira.

No caso de risco, é possível que uma eventual operação entre duas instituições financeiras não seja analisada pelo órgão antitruste, mas, somente pela autoridade reguladora. Esta autoridade, verificando a situação frágil em que o mercado se encontra, ou a situação de claro risco que a instituição financeira insolvente possa colocar o mercado, poderá aprovar a operação sem levar em consideração os ditames

⁹⁰ Tradução livre: *Systemic risk (in the narrow and broad sense) can then be defined as the risk of experiencing systemic events in the strong sense. In principle, the spectrum of systemic risk ranges from the second-round effect on a single institution or market to the risk of having a systemic crisis affecting most of the (or even the whole) financial system at the upper extreme geographical reach of systemic risk can be regional, national or international.*

⁹¹ P.315.

⁹² Datz (2002); Stazjn (2002) e Bandt e Hartmann (2000), dentre outros.

⁹³ Para aprofundamento sobre o tema de risco sistêmico Bandt e Hartmann (2000); Datz (2002) e Capelleto et al, *Mensuração do Risco Sistêmico no Setor Bancário, com Variáveis Contábeis e Econômicas*. Disponível em <http://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf>, 2008.

concorrenciais em sua análise, visto o interesse social em se manter um sistema financeiro sadio. Portanto, verifica-se claramente que, na situação de risco sistêmico, existe uma isenção antitruste para o Sistema financeiro ante a presença deste interesse social.

Contudo, estas situações são pontuais e extremamente raras, não restando razão para que, em situação de normalidade, a entidade reguladora tenha competência exclusiva para, no que se refere às questões concorrenciais, decidir acerca de Atos de Concentração no Sistema financeiro, devendo a competência para análise ser compartilhada entre a entidade reguladora e a concorrencial.

Por fim, diante da possibilidade de risco sistêmico, surge a necessidade da regulação prudencial por parte do BACEN, pois, somente dessa forma, é que seria possível minimizar as externalidades negativas e as falhas de mercado existentes. A regulação prudencial, por exemplo, diminui a propensão dos bancos assumirem riscos, que, na inexistência desta, assumiriam. Nessa linha, a existência de uma regulação prudencial no setor financeiro é extremamente necessária. Segundo Salgado (2002), P.268, a regulação prudencial

Consiste basicamente na supervisão permanente das atividades bancárias, dos requisitos mínimos de capital e estabelecimento de restrições às atividades desenvolvidas. (...) Como outras formas de regulação, a bancária é justificada pela necessidade de eliminação de falhas de mercado, que neste caso, surgem da assimetria de informação entre bancos e depositantes sobre os níveis de riscos dos primeiros. Na ausência de intervenção regulatória, os bancos tenderiam a assumir mais riscos do que o que seria prudente e o sistema financeiro seria mais instável.

Apesar da sua importância vital para o sistema financeiro a fim de evitar a ocorrência de riscos sistêmicos, não se abordará as questões atinentes à regulação prudencial, por esta não ser parte do presente tema.

No entanto, o que se busca verificar é que, em caso de risco sistêmico, possivelmente as variáveis concorrenciais sejam relegadas a segundo plano e que se leve em consideração somente questões atinentes à higidez e a solvabilidade do sistema financeiro.

4. ***Porque o Banco Central do Brasil não deve analisar as questões concorrenciais***

Como se viu, única e exclusivamente na ocorrência do risco sistêmico, deve competir ao Banco Central a análise de Atos de Concentração envolvendo instituições financeiras. Esta não é, contudo, a praxe. Na maior parte das vezes, o que se verifica é que, além de não existir razão do ponto de vista legal, inexistem, também, razões de ordem material para empoderar essa autarquia com a competência para a análise de operações no Sistema financeiro.

Isso se dá, primeiramente, porque o Banco Central é umbilicalmente ligado ao Chefe do Executivo, existindo uma relação de poder entre o Presidente da República e os membros do BACEN. Em face dessa relação, o que se verifica é a ausência de independência do Banco Central em relação ao Poder Executivo, o que, conforme já exposto acima, não se mostra saudável para as decisões que circundam a concorrência e afetam o andamento dos mercados.

Tendo em vista a necessidade de afastamento do poder central para a tomada de decisões no que se refere a questões concorrenciais, a autarquia que for instada a manifestar-se sobre operações no Sistema financeiro, seja ela o Banco Central ou o CADE, deve decidir com total autonomia e independência. Isso porque não se deve admitir que uma decisão técnica seja substituída por uma decisão política.

Desta feita, uma questão importante a ser tratada é relativa à independência decisória que o ente tomador da decisão deve deter, visto que, em muitos casos, a decisão pode ser contra-majoritária, ou, ainda, contrária a interesses governamentais.

Apenas como exercício hipotético, imagina-se que um determinado governo crie uma política que estimule todos os bancos atuantes em território nacional a fundirem-se, para, eventualmente, aumentar sua escala, diminuindo, assim, os riscos de eventual crise financeira⁹⁴.

⁹⁴ Essa corrente foi amplamente difundida antigamente. Até a década de 60, nos EUA, as fusões bancárias eram imunes ao Direito Antitruste, em razão da ideia de que a concorrência nesse setor seria prejudicial. No entanto, essa visão restou alterada e, em 1966, foi aprovado *Bank Merger Act*, o qual autorizou a aplicação dos ditames concorrenciais sobre o sistema financeiro. Para maior aprofundamento acerca do tema Thomas J. O'Connell, *Bank Mergers and Potential Competition*, 43 *Fordham L. Rev.* 767 (1975). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol43/iss5/5>.

Além disso, é importante notar que a noção de que a concorrência seria negativa para este segmento está praticamente superada. Nessa linha, dois relatórios elaborados por Vickers demonstram a real necessidade da existência de concorrência neste segmento.

Essa política, que determina a criação de monopólios ou oligopólios, independentemente do motivo que a justifique, pode vir a ser questionada por um ente autônomo e independente que, decidindo com base em quesitos técnicos, faça com que uma política governamental deixe de ser aplicada por lesionar direitos transindividuais, como a concorrência. Dessa forma, parece razoável concluir que somente um ente com alto grau de autonomia poderá contrabalancear eventuais decisões de uma política governamental que não se atentou para questões concorrenciais.

Apenas para exemplificar, existindo a possibilidade de exonerações *ad nutum* dos agentes responsáveis pela tomada de decisão, estes poderiam sentir-se impedidos de decidir de maneira contra governamental. Assim, a autonomia e a independência são entendidas como formas de impedir que pressões externas influenciem o processo de tomada de decisões, substituindo as decisões técnicas pelas eminentemente políticas. Nessa linha expõe Aguillar (2002, p. 93)

Frequentemente aquilo que interesse ao governo não coincide, com a previsão legal. Quando o controlador e o controlado são a mesma pessoa, a lógica do controle é pervertida. A especialização de funções e, sobretudo, um órgão de controle da concorrência com a relativa autonomia, são, portanto, indispensáveis para um equilíbrio maior na gestão da competitividade dos mercados.

O que se verifica no objeto da presente análise é que essa independência não existe para o BACEN. O ente regulador é estreitamente ligado ao Presidente da República, ao contrário do CADE, o qual, afastado do plano político, está apto para tomar decisões sem sofrer interferências do poder central. Verifica-se, assim, que o CADE é, desde já, mais independente que o Banco Central. Nessa linha, alude Bueno (2002), P.52 e 54

O CADE é mais independente do que o BACEN. Independência no sentido de menor vinculação com a condução de qualquer política implementada pela Presidência da República ou por quem quer que seja. Independência no sentido de não tolerar qualquer grau de hierarquia ou subordinação com a Administração centralizada sem que haja lei expressa que a admita. Independência no sentido de que o sistema jurídico vigente não reconhece qualquer instância

A guisa de exemplificação, cita-se os relatórios da Independent Commission on Banking, de Setembro de 2011. Além deste, VICKERS, John. *Central Banks and competition authorities: institutional comparisons and new concerns*. Monetary and Economic Department. 2011.

administrativa que possa pretender sobrepor a atuação do CADE.(...) A independência institucional do CADE salta aos olhos.

A principal garantia de autonomia e independência conferida ao CADE está na impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus Conselheiros, do Presidente e do Superintendente Geral, os quais submetem-se ao regime de mandatos, conforme preceitua o art. 6º, §1º, da Lei 12.529/2011 e o Art. 12 §§1º e 2º, *in verbis*:

Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão julgante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal.
§ 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução.

Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.

§ 1º O Superintendente-Geral será escolhido dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovado pelo Senado Federal.

§ 2º O Superintendente-Geral terá mandato de 2 (dois) anos, permitida a recondução para um único período subsequente.

A existência de mandatos é a maior garantia de independência que pode ser conferida ao tomador de decisões, pois o torna imune às pressões políticas, garantindo-lhe que, independentemente da decisão que venha a tomar, seu cargo será mantido até o fim daquele período. A possibilidade de exoneração destes agentes está limitada a um mínimo rol fático, elencado no artigo 7º, 8º e 12§2º, desta lei:

Art. 7º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 8º desta Lei.

Art. 8º Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado:

I - receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas;

II - exercer profissão liberal;

III - participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie;

IV - emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa;
V - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério;

e

VI - exercer atividade político-partidária.

Art. 12. O Cade terá em sua estrutura uma Superintendência-Geral, com 1 (um) Superintendente-Geral e 2 (dois) Superintendentes-Adjuntos, cujas atribuições específicas serão definidas em Resolução.

§ 3º Aplicam-se ao Superintendente-Geral as mesmas normas de impedimentos, perda de mandato, substituição e as vedações do art. 8º desta Lei, incluindo o disposto no § 2º do art. 8º desta Lei, aplicáveis ao Presidente e aos Conselheiros do Tribunal.

Esse rol permite que o Presidente, os Conselheiros e o Superintendente Geral do CADE tenham a possibilidade de tomar suas decisões de maneira independente⁹⁵, imunes a pressões externas e baseados, exclusivamente, em questões técnicas, o que transforma esta autarquia no ambiente adequado para a tomada de decisões tão sensíveis, quanto a análise de operações envolvendo instituições financeiras. Nesse sentido, expõe Marques (2002, p.109 e 111):

*Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador se desenvolva com independência frente às vicissitudes do poder político. (...) devem as agências desenvolver suas atividades com grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera longa manus do núcleo estratégico estatal. A atividade regulatória deve ser protegida contra a interferência política. (...) **É pela possibilidade do dirigente do órgão regulador não estar sujeito a um processo de nomeação livre pelo Chefe do Executivo, bem como por não ser demissível ad nutum, que o exercício da atividade regulatória pode se dar com isenção em face do detentor do poder político. É o que se chama de independência política. (Grifei).***

Conforme demonstrou Marques (2002), o processo de nomeação dos membros dessa autarquia, bem como os requisitos para admissão em suas funções expostos no artigo 6º da Lei Antitruste, servem como elementos que garantem que as decisões desse órgão sejam tomadas sem interferências políticas. Mas não é só isso. Existem

⁹⁵ Essa autonomia é defendida por Moreira como um elemento primordial dessas autarquias. Segundo ele, “o traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia e independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução da sua atividade. Por isso lhe chamam por vezes de administração neutral ou independente”.

diversos outros elementos que garantem a imunização do CADE contra os arbítrios do poder central. Outro exemplo importante, além do processo de nomeação e manutenção dos membros do CADE em suas funções, é a impossibilidade de revisão, dentro do Poder Executivo, das decisões tomadas por esta autarquia em relação à sua atividade fim, isto é, a ausência do chamado recurso hierárquico, conforme preceitua o artigo 9º, XIX, §2º da Lei nº 12.529, *in verbis*:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

(...)

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

(...)

§ 2º As decisões do Tribunal 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.

Tal artigo é mais uma manifestação do afastamento político que foi conferido ao CADE pelo legislador, o qual permite concluir que esta autarquia, no exercício das suas funções finalísticas, estará sujeita apenas aos termos da lei, nunca ao poder hierárquico. Esta conclusão já foi exposta em voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.0067628/2000-09, nos dizeres do então Conselheiro Celso Fernandes Campilongo⁹⁶

A independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer ingerência do Governo. Não há nem relação de tutela, muito menos, de orientação do Governo ao CADE. (...) Daí que a sujeição do Conselho, evidentemente, só se dá em relação à Lei, nunca ao poder hierárquico e diretivo da autoridade do governo. (...) por isso a lei prevê uma série de requisitos para as pessoas físicas titulares dos mandatos neste Conselho: notório saber, ilibada reputação, nomeação pelo Presidente da República, aprovação pelo Senado, regime de incompatibilidades, garantias do mandato, enfim, mecanismos que, em conjunto, foram concebidos para proteger os Conselheiros de interferências externas. Daí porque a sujeição do Conselho, evidentemente, só se dá em relação à lei, nunca ao poder hierárquico e diretivo da autoridade de governo.

A existência de autonomia e independência, que se traduz pelo complexo processo de nomeação e impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos membros do

⁹⁶ Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09. Requerentes: Zurich Participações e Representações Ltda., Brasmetal Industrial S/A e Banco Finasa de Investimento S/A. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Voto vista de Celso Fernandes Campilongo, proferido em 12 de setembro de 2001.

CADE, somada à existência de mandatos, autonomia financeira e de gestão⁹⁷ e, também, pela ausência de recurso hierárquico, levam à conclusão de que o CADE está suficientemente afastado do poder central para tomar decisões que possam ir de encontro com as políticas governamentais.

Por outro lado, esse afastamento não existe para o Banco Central⁹⁸, pois a maior garantia de independência, que seria alcançada por meio de processo de nomeação e exoneração de seus membros, não está desvinculada do poder central. Os diretores do BACEN podem ser nomeados e exonerados a qualquer tempo, a bel prazer do chefe do Poder Executivo, o que faz com que estes agentes atuem como *longa manus* do poder central, fazendo com que a independência desta agência seja, no mínimo, mitigada.

Em verdade, o que se verifica é que própria noção de independência para os membros dos bancos centrais é questionável, pois as decisões desses agentes sempre estão imbuídas de questões políticas. De acordo com Vickers (2010), um dos maiores estudiosos sobre a relação entre o direito da concorrência e a regulação financeira:

Não é necessário dizer que o trabalho de um comitê de política monetária não é puramente tecnocrático, mesmo em um cenário simples como o contemplado aqui. Mesmo as metas de inflação mais especializadas e conscientes serão colididas por choques, levantando a questão de quão rapidamente a política deve agir para fazer com que a inflação volte ao alvo. O quanto os responsáveis pelas políticas preocupam-se com a volatilidade da inflação e com o desemprego (e, talvez, com as taxas de juros também), isso, em seguida, torna-se um problema. Um fator importante, que tem influência sobre a aceitação democrática da política monetária independente, é o quão controversas as decisões políticas são⁹⁹. P. 15 (Grifei.)

⁹⁷ Por ser uma autarquia de natureza especial, o CADE detém orçamento e gestão próprios, não se confundindo, assim, com os entes pertencentes à Administração Direta. Assim sendo, a impossibilidade de o Chefe do Executivo interferir em questões administrativas reforça, mais uma vez, a autonomia conferida a este ente.

⁹⁸ Uma vez que as agências independentes traduzem ou implementam fins constitucionais de direção política, a independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer política do Estado. Ora, é notório que a atribuição do CADE não está relacionada à promoção de uma política setorial, ou uma política de governo, mas, necessariamente, a uma política de Estado, desatrelada das questões políticas que podem surgir após uma eventual mudança de governo. O BACEN, no entanto, sofre total interferência do governo, não sendo adequado que este ente, tão suscetível a pressões políticas, seja responsável por analisar fusões e aquisições quanto às questões concorrenciais.

⁹⁹ Tradução livre: *Needless to say, the job of a monetary policy committee is not purely technocratic even in a simple setting like the one contemplated here. Even the most expert and conscientious*

Relativamente às questões regulatórias, no entanto, essas decisões políticas não são prejudiciais, pois os fundamentos técnicos e econômicos da regulação convivem com decisões políticas. No entanto, decisões políticas não devem invadir a seara do órgão antitruste, o qual sempre deve agir com imparcialidade e com base em quesitos técnicos. No entanto, essa imparcialidade não se verifica para a Regulação Prudencial, nesta linha, relembra-se o que já foi exposto por Vickers e o que afirma Yazbek (2007), P.187,

Claro que, os fundamentos técnico econômico da regulação convivem sempre com decisões políticas. Não apenas porque, em última instância, a opção pela intervenção em atividades privadas funda-se em opções ideológicas ou conjunturais ou conjunturais (...) mas também porque o desenvolvimento de sistemas financeiros nacionais não raro é impulsionado pela implementação de políticas públicas. P. .

Assim, para os fins de uma política regulatória, não se questiona a proximidade entre o chefe do executivo e os diretores do Banco Central. Contudo, essa relação estreita gera questionamentos quanto à legitimidade dessa autarquia para decidir sobre as questões concorrenciais.

Uma vez exposto esse primeiro questionamento, torna-se crucial visualizar que, uma vez deixado a cargo da entidade reguladora a aplicação do direito antitruste, essa deixará relegadas a segundo plano as questões atinentes à concorrência, como, de fato, ocorreu e ainda ocorre no Brasil. Na Europa, durante um longo período, permitiu-se que as noções de Direito Concorrencial, quanto à análise de estruturas¹⁰⁰, não fossem aplicadas ao mercado financeiro, deixando a cargo da regulação prudencial garantir a higidez do sistema financeiro. Essa política culminou na fusão

inflation targeting will be knocked off track by shocks, and these raise the question of how quickly policy should seek to return inflation to target. How much policymakers care about the volatility of inflation and unemployment/output (and perhaps interest rates too) then becomes an issue. An important factor bearing on the democratic acceptability of independent monetary policy is how controversial policy decisions are.

¹⁰⁰ Nessa linha, expõe Vickers (2010) “Mesmo assim, no entanto, bancos tiveram um tratamento especial por parte do Direito da Concorrência em muitas jurisdições, e a política de competição independente foi correspondentemente circunscrita ou, pelo menos, sujeita a poderes paralelos dos reguladores financeiros, por exemplo, em relação a fusões”. P.20 e 21.

de diversos bancos e em uma posterior crise financeira que abalou economias em diversos países¹⁰¹.

A questão que se verifica é que o agente responsável pela regulação prudencial do sistema financeiro reluta em aceitar que, somente com a conciliação da concorrência e da regulação prudencial, é possível obter um sistema financeiro saudável, e que, apenas com a existência da concorrência será garantida a higidez do sistema financeiro. Nos dizeres de Justen Filho (2002), P.141 e 142:

A disciplina regulatória nesses setores enfrenta um problema bastante sério, que consiste exatamente na dificuldade em conciliar dois objetivos: higidez e concorrência. Essa conciliação é possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores e a própria higidez de mercado não é possível abrir mão da garantia da existência de concorrência. (...) Nele [no setor bancário] a higidez financeira dos participantes do mercado tem sido a única e exclusiva preocupação. Há total ausência de compromisso com os estabelecimentos de um real ambiente competitivo. E, por razões diversas, os resultados têm sido parcos e geralmente inconvenientes, levando a profundas crises no setor. É preciso uma fiscalização ativa de correção de procedimentos financeiros e de segurança em geral. De outro lado, é preciso uma atuação direta do órgão regulamentar que previna comportamentos estratégicos. (...) Tal compatibilização é necessária pois, como visto, a própria garantia de higidez do sistema requer a existência de concorrência.

Além disso, o que se verifica é que, atribuir ao regulador a tarefa de analisar as questões concorrenciais significa, ao final, incorporar, em uma única instituição, duas tarefas distintas, porém complementares. O que ocorre a partir daí é que o regulador sempre levará em consideração, primordialmente, questões de ordem regulatória, deixando em segundo plano – ou em nenhum plano – as questões de ordem concorrencial. A experiência verificou que a melhor forma para se proceder à tomada de decisões é por meio da criação de centros de poder específicos, nos quais cada instituição é responsável por determinadas esferas de competência.

Contudo, apesar de parte da doutrina afirmar que o Banco Central seria competente para analisar tanto questões regulatórias quanto questões concorrenciais, o que se verifica, com base na experiência, é que esse ente deixou de analisar as matérias atinentes ao direito da concorrência nas análises de operações no Sistema

¹⁰¹ A crise financeira a que me refiro é iniciada em 2007. Para um maior aprofundamento sobre o tema ver Vickers (2010) pp. 21-24.

financeiro, também porque a Lei 4.595/64 não criou instrumentos para permitir que essa autarquia o fizesse.

Cumpra ressaltar, por fim, que o CADE possui um extenso *know how* para análise de operações envolvendo os mais diversos mercados. Não se faz crer que existam, salvo na ocorrência do risco sistêmico, especificidades tais no mercado financeiro que denotem uma necessidade de análise dessas operações pela entidade reguladora. A própria Procuradoria da República já expôs, no Mandado de Segurança nº 2202.34.00.014981-0, esse posicionamento, *in verbis*:

O CADE possui uma estrutura especialmente criada para conhecer e julgar atos de concentração, sob o enfoque concorrencial, em qualquer setor da atividade econômica, de modo que não procede o argumento de não estar preparado para apreciar a aquisição do controle acionário de instituição financeira.

Isso posto, verifica-se, que relegar ao BACEN a competência para analisar operações envolvendo o Sistema financeiro é, dentre todas as hipóteses possíveis para a solução do aparente conflito de competência existente, a pior delas. Isso se dá, basicamente, pela (I) proximidade deste órgão ao Poder Central, o que afeta sua independência; (II) experiência histórica de que o regulador não leva em consideração as questões concorrenciais, vitais para a higidez do Sistema financeiro; (III) ausência de um *know how* específico para a análise de Atos de Concentração; e (IV) falta de uma visão transindustrial do regulador.

Isto posto, tendo em vista a conclusão de que não seria o Banco Central o ente competente para analisar operações envolvendo instituições financeiras no que concerne às questões concorrenciais, foi elaborado o Projeto de Lei 265/2007, o qual, com base em experiências internacionais, busca permitir uma forma de competência complementar entre as duas instituições.

5. O Projeto de Lei Complementar 265/2007 – Uma competência complementar entre essas instituições

Tramita no Congresso Nacional, sob regime de prioridade, o Projeto de Lei Complementar nº 265/2007 (“PLP 265/2007”), proposto pelo Senador Antonio Carlos

Magalhães (DEM/BA), o qual busca dirimir o conflito de competência existente entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Este projeto, que tramita há quase sete anos, já foi aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) e pela Comissão de Finanças e Tributação, respectivamente em 18 de junho de 2008 e 11 de dezembro de 2013, estando pendente a sua aprovação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados.

O PLP 265/2007 é resultado de um acerto entre o CADE e o BACEN sobre a racionalidade da divisão de suas competências. Em sua essência, abrange todos os pressupostos aqui expostos, buscando criar uma competência compartilhada entre as duas autarquias para a análise de Atos de Concentração¹⁰², salvo no caso de risco sistêmico, no qual a competência seria privativa do Banco Central.

Primeiramente, é importante ter em mente que este projeto é extremamente necessário para dirimir a questão do conflito de competência, tendo em vista que a doutrina se divide sobre qual seria a autarquia competente para análise destas operações.

Do ponto de vista das teorias clássicas para soluções de controvérsias, existem defensores de que a Lei 4.595/64, por ser, em tese, complementar, se sobreporia à Lei Antitruste. Outros defendem que aquela seria específica e, portanto, também deveria prevalecer sobre a Lei 12.529/11.

Alguns outros teóricos, no entanto, demonstram que a questão da hierarquia de normas já está superada no ordenamento jurídico brasileiro, não existindo razão para que a Lei que regula o Sistema Financeiro Nacional se sobreponha à Lei 12.529/11. Além disso, defende-se, também, que no que concerne às questões concorrenciais, seria a Lei Antitruste específica em relação à Lei 4.595/64.

Além disso, os defensores de que o CADE seria competente para a análise de operações no Sistema financeiro trazem à tona teorias norte americanas menos

¹⁰² Apenas salienta-se que, no caso de infrações contra ordem econômica, esse projeto propõe que competirá ao CADE a prevenção e repressão a estas condutas, nos termos do artigo 1º, *in verbis*: **Art. 1º** A Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 46-A:

“Art. 46-A. Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), observado o disposto no § 3o do art. 10, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema financeiro Nacional, nos termos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994”

convencionais para a solução destas antinomias jurídicas. A teoria das imunidades implícitas vêm reforçar os argumentos dos teóricos que defendem que o órgão antitruste deve analisar estas operações, tendo em vista a inércia do Banco Central em analisar as questões relacionadas à concorrência.

Contudo, a pergunta que se coloca é que, caso o Banco Central venha a analisar estas operações também no que diz respeito às questões concorrenciais, seria possível imbuí-lo desta análise? Sendo assim, quantas vezes o BACEN teria que analisar as questões concorrenciais para adquirir essa competência? Até lá, existiria a possibilidade de decisões conflitantes? Tendo em vista que não existe recurso hierárquico das decisões do CADE, quem seria o agente responsável para julgar qual decisão estaria correta, se é que uma delas seria totalmente correta?

O que se verifica é que esse conflito de competência não é aparente, mas real, já tendo o Superior Tribunal de Justiça se debruçado sobre esta questão¹⁰³. Dessa forma, verifica-se ser extremamente necessário que o Congresso Nacional analise, pormenorizadamente, esse conflito de competência e proponha uma solução para o tema, a qual, apesar de algumas falhas, pode ser encontrada no PLP 265/2007.

Dessa forma, cumpre verificar quais são os pressupostos desse projeto de lei, que, uma vez aprovado, poderá pôr fim ao conflito de competência hoje existente¹⁰⁴. Basicamente, os pressupostos trazidos por este Projeto são os seguintes:

¹⁰³ É importante levar em consideração que o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, negou segmento ao Recurso Extraordinário interposto pelo CADE, afirmando que não haveria questão constitucional a ser discutida, de modo que caberia exclusivamente ao STJ decidir sobre a questão, o qual, em 2010, decidiu em favor do Banco Central. Contudo, tendo em vista que ainda cabe recurso a esta decisão, esta discussão não será abordada na presente monografia.

¹⁰⁴ De acordo com o Deputado João Magalhães, esse projeto de lei representaria modernizar o sistema financeiro, introduzindo mecanismos de prevenção e repressão a eventuais infrações à ordem econômica.

Autor: SENADO FEDERAL **Relator:** Deputado JOÃO MAGALHÃES (PMDB/MG): *“Em nossa opinião, estender ao sistema financeiro o aparato de proteção da concorrência redesenhado recentemente pela Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 – que substituiu, em grande parte, a disciplina estabelecida pela Lei n.º 8.884, de 1994 – significa aparelhar a sociedade (e o Estado que a representa) com instrumentos muito mais atuais e eficientes do que os idealizados em 1964, ano de edição da Lei Bancária.*

Significa, respeitada a ótica prudencial, sujeitar a atividade financeira a mecanismos de prevenção e repressão especificamente desenhados para lidar com as infrações à ordem econômica e outros comportamentos anticompetitivos e, desse modo, contribuir para a concretização do mandamento constitucional que demanda a conformação do sistema financeiro aos interesses da coletividade.”

- (i) Atos de Concentração porventura realizados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional devem, primeiramente, ser submetidos ao Banco Central¹⁰⁵, o qual deverá apreciar, além dos demais aspectos de sua competência, se esta operação tem o condão de afetar a confiabilidade, a segurança e a higidez do sistema financeiro;
- (ii) Se o BACEN verificar que a operação tem o condão de afetar, de alguma forma, a confiabilidade, a segurança e a higidez do Sistema financeiro, sua decisão será terminativa, impedindo qualquer juízo meritório por parte do CADE;
- (iii) Caso o Ato de Concentração seja incapaz de afetar o Sistema Financeiro Nacional, no que toca à confiabilidade, a segurança e a higidez deste, o Banco Central remeterá ao CADE o processo instruído com um parecer; e
- (iv) Neste segundo caso, competirá ao CADE analisar estas operações no que toca à adjudicação da concorrência¹⁰⁶.

Promovendo inovações importantíssimas, esse projeto traz segurança jurídica ao administrado, o qual saberá, *a priori*, qual autarquia será a competente para analisar estes Atos de Concentração. Exclui-se o risco de aplicação de multa por deixar de notificar alguma autoridade que seria competente para analisar sua operação.

Este projeto de lei utiliza a espécie legislativa Lei Complementar¹⁰⁷. Apesar de não ser necessário, ele o fez de maneira prudencial, para evitar eventuais

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1155573&filename=PRL+4+CFT+%3D%3E+PLP+265/2007

¹⁰⁵ **Art. 4o** O art. 10 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescido do inciso XIV e do § 3o, com a seguinte redação:

“Art. 10. (...) XIV – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema financeiro Nacional.

(...)

§ 3o No exercício da competência a que se refere o inciso XIV deste artigo, se o Banco Central do Brasil, **após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.**” (Grifei)

¹⁰⁶ **Art. 2o** A Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7o (...) Parágrafo único. Compete, também, ao Plenário do Cade zelar pela defesa da concorrência no âmbito do Sistema financeiro Nacional” (NR)

“Art. 14. (...) Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo se aplicam às operações e instituições do Sistema financeiro Nacional” (NR)

“Art. 38. (...) Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo se aplicam às operações e instituições do Sistema financeiro Nacional” (NR)

questionamentos no futuro sobre a hierarquia das leis que tratam do assunto. Além disso, o projeto de lei leva em consideração as preocupações suscitadas tanto pelo ente regulador, isto é, relacionadas ao risco sistêmico, quanto pela autoridade antitruste, ou seja, as questões concorrenciais.

Uma vez aprovado, o projeto terá o condão de propiciar, por intermédio de uma coordenação eficaz entre o CADE e o BACEN, maior clareza quanto aos objetivos e às atribuições de cada uma das autarquias, evitando que ocorra a duplicação de esforços e o dispêndio de recursos públicos e eventuais decisões conflitantes, visto que duas entidades não terão que avaliar as mesmas questões.

Contudo, tendo em vista a morosidade e inércia do Poder Legislativo brasileiro, o qual debruça-se sobre esse projeto há quase sete anos, foi sancionada, nesse período, a Lei 12.529/11, que alterou os *standards* de análise de Atos de Concentração, tendo como principal alteração a evolução de um modelo *a posteriori*, para um modelo *a priori* de análise.

Nesse ínterim, a comissão responsável pelo PLP 265/2007 criou aditivos ao projeto na tentativa de compatibilizá-lo com o novo texto legal antitruste, os quais foram elaborados tendo em vista o grande receio de o CADE, em suas análises, demorar para decidir acerca destas operações. Nessa linha, cumpre trazer à tona o que expôs os Deputados Federais Guilherme Campos (DEM-SP) e João Magalhães (PMDB-MG)

Autor: SENADO FEDERAL **Relator:** Deputado Guilherme Campos (DEM-SP)

É oportuno chamar a atenção para o fato de que análise de fusões, incorporações e outras transferências de controle, no que tange a instituições financeiras, apresenta uma peculiaridade própria na medida em que trata-se de um segmento essencialmente mais

¹⁰⁷ Quanto a esse ponto, surgiu até questionamento sobre o possível engessamento que ocorreria caso essa Lei Complementar fosse aprovada, visto que estaríamos diante da situação onde Lei Complementar teria alterado Lei Ordinária. Senão vejamos o que expôs o Deputado Guilherme Campos: **Autor:** SENADO FEDERAL **Relator:** Deputado Guilherme Campos (DEM-SP) “*O conceito, bastante subjetivo, poderia dar margem a interpretações diversas e eventuais demandas judiciais. À matéria, foram acrescidos dispositivos à Lei nº 8.884/94, para modernizar a legislação do CADE. Entretanto, vê-se uma proposta de lei complementar alterando uma lei ordinária. Isso certamente provocará o “engessamento” da questão, uma vez que nova alteração exigiria lei complementar para tal*”

Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=572143&filename=PRL+2+CDEIC+%3D%3E+PLP+265/2007

*sensível que os demais, pois envolve a economia popular e aspectos sigilosos das operações. Eventual demora no processo por parte do CADE pode provocar não somente saques em massa de depósitos, provocando sérios problemas à instituição bancária como também evasão de profissionais, que muitas vezes é o diferencial que torna atrativo ou não a aquisição de determinada instituição. Essa expertise pode migrar ou se desfazer se houver demora, mais uma vez inviabilizando a operação de aquisição diante da perda de capital intelectual ou financeiro.*¹⁰⁸

Autor: SENADO FEDERAL **Relator:** Deputado JOÃO MAGALHÃES (PMDB/MG)

*É bem verdade que o controle de atos de concentração foi alterado substancialmente com o advento da nova lei da concorrência, editada posteriormente à elaboração da aludida emenda. A apreciação pelo CADE de tais atos societários, que era realizada a posteriori, com eficácia retroativa, no regime da Lei nº 8.884, de 1994, passou a ser efetuada em caráter prévio nos termos da Lei nº 12.529, de 2011. Não obstante, a emenda permanece pertinente, uma vez que o prazo definido na nova lei para a conclusão do exame prévio é de 240 dias, extensível até o limite de 330 dias, período de indefinição que, a nosso ver, pode gerar abalos consideráveis à credibilidade das instituições financeiras envolvidas em atos de concentração e repercutir na estabilidade do sistema financeiro.*¹⁰⁹

Sabe-se que existe grande preocupação com eventual demora do CADE para analisar as operações envolvendo instituições financeiras, pois os riscos são enormes, principalmente pela possibilidade de fuga de capitais a que esses entes se sujeitariam. Contudo, não se pode olvidar que o CADE vem, nos últimos tempos, exercendo com maestria a função de análise prévia de operações que lhe foi incumbida. O receio que pairava sobre esta instituição em decorrência do advento da Lei 12.529/11 era enorme, mas a autarquia deu sinais de extrema eficiência, aprovando Atos de Concentração de maneira célere.

Apenas à guisa de exemplificação, a média para análise de atos de concentração na Lei 12.529/11 é de menos de 100 dias¹¹⁰, algo inimaginável para os padrões anteriores. Essa mudança é tão notória que, recentemente, o CADE foi agraciado com

¹⁰⁸O referido Parecer encontra-se disponível no seguinte site eletrônico http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=572143&filename=PRL+2+CDEIC+%3D%3E+PLP+265/2007

¹⁰⁹ Este Parecer está disponível, também, no sitio eletrônico da Câmara dos Deputados http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1155573&filename=SBT+1+CFT+%3D%3E+PLP+265/2007

¹¹⁰ No que toca os atos de concentração simples, essa média cai para 19 dias, uma das mais rápidas do mundo.

a quarta estrela em ranking internacional de órgãos antitruste. Desta forma, o Conselho é considerado um dos melhores do mundo, estando atrás apenas da União Europeia, França, Alemanha, Reino Unido, Estados Unidos e Japão¹¹¹⁻¹¹².

Contudo, apesar de o empirismo demonstrar que o CADE vem, reiteradamente, comprovando sua eficiência e celeridade, o receio de que a análise estenda-se por muito tempo foi determinante, resultando em um aditivo ao PLP 265/2007, o qual estipulou que, após a decisão do Banco Central afirmando pela inexistência de riscos para o Sistema Financeiro Nacional, o CADE deveria, em 60 dias, decidir acerca de operações envolvendo instituições financeiras:

Art. 2º A Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.9º (...) § 6º Compete, também, ao Plenário do Tribunal zelar pela defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional”

“Art.13. (...) Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo aplicam-se às operações e instituições do Sistema Financeiro Nacional”

Art. 4º O art. 10 da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescido do inciso XIV e dos §§ 3º, 4º e 5º, com a seguinte redação:

“Art.10. (...) XIV – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional.

(...)

§ 3º No exercício da competência a que se refere o inciso XIV deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

§ 4º O controle dos atos de concentração de que trata o § 3º será concluído em até 60 (sessenta) dias após o recebimento da matéria pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC.

§ 5º Os atos de concentração não apreciados no prazo mencionado no § 4º serão automaticamente considerados aprovados” (Grifei).

¹¹¹ Disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7acd5cad47dc33f005320250e169>.

¹¹² De acordo com a *Global Competition Review*, entidade responsável por avaliar as autoridades antitrustes no mundo, “o Cade fez um excelente trabalho na execução da sua nova lei e na construção da nova agência”, segundo a publicação. Na avaliação da GCR, o órgão antitruste brasileiro foi eficiente na implementação das novas regras, considerada a complexidade das mudanças estabelecidas pela legislação”. Este ranking foi mantido em 2014, tendo o CADE mantido esta posição de acordo com a avaliação do GCR.

Verifica-se, portanto, que o Poder Legislativo busca fixar prazo extremamente exíguo para o CADE analisar as operações envolvendo instituições financeiras, o que não parece ser a decisão mais razoável a ser tomada.

Primeiramente, enquanto se quer conceder ao CADE o prazo máximo de 60 dias, é facultado ao BACEN prazo indeterminado para que se manifeste acerca dessas operações. Interessante notar também que, após a promulgação da Lei 12.529/11, quando essas duas autarquias foram instadas a manifestarem-se sobre operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional, o CADE o fez de maneira muito mais célere que o Banco Central. Enquanto aquele analisou estas operações em tempo médio de 40 dias¹¹³, esse demorou cerca de 8 meses para manifestar-se sobre a mesma operação.

Razoável supor, então, que, se a grande preocupação em relação à análise concorrente pelas duas autarquias é atinente ao tempo que esta possa demandar, verifica-se que o Banco Central exporia o Sistema Financeiro Nacional a maiores riscos que o próprio CADE.

Apesar da celeridade que o órgão antitruste vem apresentando¹¹⁴, não parece ser razoável supor que uma operação entre instituições financeiras, *que gere preocupações concorrenciais*, possa ser analisada em 60 dias, tempo inferior ao das demais operações que atingem outros mercados. Esse exíguo prazo pode acarretar em enormes prejuízos ao ambiente concorrencial. Assim, o PLP 265/2007, ao tentar garantir a concorrência¹¹⁵ adequada entre as instituições financeiras, pode criar o oposto, ao determinar pouco prazo para a autoridade antitruste analisar a operação, sob pena de as operações serem aprovadas tacitamente.

¹¹³ Essas operações não possuíam grande complexidade, não carecendo de nenhuma intervenção, o que permitiu que fossem analisadas nesse prazo.

¹¹⁴ Apenas para exemplificar, tem-se que um Ato de Concentração que seja processado pelo rito ordinário, mas não suscita preocupações concorrenciais, leva, em média, de 30 a 40 dias para ser analisado. Estas operações são comumente denominadas “*ordinários simples*”. São aquelas operações que, apesar das partes deterem mais de 20% do mercado, são aprovadas sem a imposição de nenhuma restrição, mas carecem de uma análise mais aprofundada que as operações analisadas sob rito sumário. Vale citar que esse prazo de análise é considerado célere em comparação com o tempo demandado pelos órgãos antitruste do resto do mundo.

¹¹⁵ De acordo com o Deputado João Magalhães, este projeto de lei garantiria uma competição adequada entre as instituições financeiras. **Autor:** SENADO FEDERAL **Relator:** Deputado JOÃO MAGALHÃES (PMDB/MG) “*É por esse motivo que nos parece fundamental, na linha proposta pelo Projeto ora em exame, que as preocupações prudenciais com o sistema bancário não representem a imunidade desse setor a regras concorrenciais que garantam a competição adequada entre os atores financeiros e tutelem o interesse dos consumidores, destinatários finais e beneficiários precípuos do arcabouço de defesa da concorrência.*”

Isso posto, não parece que a solução adotada pelo projeto deva ser acolhida. O prazo de 60 dias inviabilizará uma análise adequada de operações complexas, principalmente quando inexistente no Direito Antitruste brasileiro qualquer mecanismo para “*stop the clock*”¹¹⁶. Além disso, o argumento de que uma análise mais longa pode expor as instituições financeiras a riscos também parece inadequada em decorrência de dois argumentos.

Primeiramente porque são poucas as operações que envolvem algum tipo de risco às instituições financeiras, significando dizer que se estaria sacrificando o princípio da livre concorrência sem que exista uma real necessidade para tanto. Em segundo lugar, em casos de operações complexas, a prática demonstra ser inviável a análise do órgão antitruste em período tão curto, sendo a imposição do prazo de 60 dias um risco para a qualidade da análise de cunho concorrencial.

Dessa feita, a solução apresentada pelo PLP 265/2007 pode inviabilizar a análise de operações envolvendo o Sistema financeiro, o que implicaria em um ambiente concorrencial menos saudável, o qual pode aumentar a possibilidade de ocorrência do *risco sistêmico*, como aponta parte da doutrina¹¹⁷.

Ademais, considerando que o Banco Central demorou cerca de 8 meses para manifestar-se sobre operação considerada simples para os fins concorrenciais, não parece que ele o fará de maneira mais célere para as operações consideradas complexas, as quais, em média, são analisadas pelo CADE em cerca de 240 dias.

Assim, o presente trabalho apresenta como solução a elaboração de um aditivo ao PLP 265/2007 para possibilitar a notificação concomitante de operações que ocorram no Sistema Financeiro Nacional a ambas as autarquias, para que essas possam, de maneira adequada, manifestar-se sobre operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional, cada qual levando em consideração os fins que lhe foram propostos. Ademais, sugere-se a manutenção da atual redação da Lei 12.529/11 quanto ao tempo de análise de Atos de Concentração pelo CADE, qual seja, de 240 dias, prorrogáveis por mais 90¹¹⁸.

¹¹⁶ Esses são mecanismos existentes em outras jurisdições que interrompem o prazo de análise.

¹¹⁷ Sztajn (2002), Troster (2002) e Corrêa (2002).

¹¹⁸ Artigo 88, §§ 2º e 9º da Lei 12.529/11

Contudo, em existindo risco sistêmico, mesmo que a autarquia antitruste já tenha se manifestado sobre a operação, a decisão do Banco Central será terminativa, obstando a decisão proferida pelo CADE, em decorrência do interesse público que existe em impedir a ocorrência do risco sistêmico. Além disso, a fim de economizar recursos públicos, em caso de detecção de risco sistêmico pelo BACEN antes da decisão final da autoridade antitruste, mostra-se importante a emissão de ofício informando a existência de risco sistêmico e a desnecessidade de uma decisão do CADE sobre a operação.

6. Conclusão

O presente trabalho buscou abordar, primeiramente, o momento histórico em que foi criada a Lei 4.595/64 e a leis de defesa da concorrência. O que se verificou é que a lei que instituiu o BACEN foi criada em momento pautado por uma maior intervenção direta do Estado na economia.

Essa noção também permeou a primeira Lei de Defesa da Concorrência, a qual é considerada, por muitos doutrinadores, como incapaz de promover uma efetiva tutela da concorrência. Já a Lei 8.137/91 é vista como norma de transição entre o antigo modelo e o novo paradigma de defesa da concorrência. Isso posto, muitos afirmam que a lei que introduziu a Defesa da Concorrência no Brasil foi apenas a Lei 8.884/94.

Isso ocorre porque, da comparação entre o momento histórico no qual surgiu a primeira Lei de Defesa da Concorrência – o mesmo da Lei 4.595/64 – e o da Lei 8.884/94, verifica-se que houve um maior afastamento do Estado no domínio econômico, passando a confiar que os agentes privados do mercado seriam capazes de prover os bens necessários. O que se verifica é que houve uma mudança dos paradigmas existentes.

Além disso, a Lei 8.884/94 fundamentou-se na Constituição Federal de 1988, a qual passou a determinar como base da República Federativa do Brasil a livre iniciativa, bem como classificou a livre concorrência como princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorreu uma transição para um modelo que pregava uma maior intervenção indireta do estado no domínio econômico, o qual possibilitou o desenvolvimento da

competição entre as empresas e, conseqüentemente, permitiu uma menor intervenção direta do Estado do domínio econômico. A partir desta nova perspectiva, a autoridade antitruste brasileira passou a ter papel importante no seio da administração, principalmente pelo grau de autonomia e independência que lhe foi instituído, característica da noção de descentralização administrativa que permeou este momento histórico.

Contudo, no que se refere ao Sistema Financeiro Nacional, o CADE viu sua autonomia e independência ser diminuída. Isso porque, a Advocacia Geral da União, em parecer exarado sobre o potencial conflito de competência entre o CADE e o BACEN, afirmou que a análise de operações no Sistema financeiro seria de competência exclusiva do Banco Central. Este entendimento foi ratificado pelo então Presidente da República, o que deu efeito vinculante a ela.

O que se pretendeu demonstrar é que inexistente razão para que o conflito de competência existente seja decidido pela AGU, haja vista a natureza do CADE, pertencente à administração indireta e de natureza especial. Não há razões para que a autoridade antitruste esteja subordinada a mandos do Poder Executivo em relação à sua atividade finalística. Como se viu, não há que se falar em poder de direção para esta autarquia, até porque não cabe, sequer, poder de revisão de suas decisões.

Exposto o posicionamento de que não cabe à AGU intervir no conflito de competência existente entre estas autarquias, passou-se à análise dos argumentos utilizados pelo Banco Central para atribuir a si a competência para analisar as operações perpetradas no Sistema financeiro, tanto no que se refere às questões concorrenciais, quanto no que tange às regulatórias.

O principal argumento utilizado por essa autarquia é o de que a Lei 4.595/64 teria sido recepcionada pela Constituição Federal como se lei complementar fosse, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência seria lei ordinária. Esse conflito aparente de normas, de acordo com o artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, restaria solucionado por meio da relação hierárquica, segundo a qual a primeira derogaria a segunda.

Contudo, conforme demonstrado acima, não parece que este argumento possa ser utilizado. Como se viu, há grande discussão se essa lei teria sido recepcionada, em sua totalidade, como Lei Complementar, ou apenas em parte. Esse posicionamento já

teria sido exposto pelo Supremo Tribunal Federal, o qual afirmara que a legislação em questão teria sido recepcionada apenas em parte com status de Lei Complementar.

Em sendo a Lei 4.595/64 ordinária, no que toca às questões concorrenciais, ela seria derogada pela Lei de Defesa da Concorrência, a qual, posterior àquela, de acordo com o mesmo artigo 2º da LICC, não poderia prevalecer.

No entanto, mesmo admitindo-se que a lei que instituiu o BACEN fosse complementar, no que toca à adjudicação da concorrência, ela teria apenas status formal de lei complementar. Assim, tendo status material de lei ordinária sobre essa questão, por legislar sobre assunto que foge ao escopo da adjudicação da concorrência, essa lei seria derogada pela Lei de Defesa da Concorrência, o que demonstra que, independentemente de considerar-se ordinária ou complementar, ela não poderia prevalecer sobre a Lei Antitruste.

Superada essa primeira discussão, o que se analisou foi se a Lei 4.595/64 seria específica em relação à Lei de Defesa da Concorrência. Como se viu, esse argumento também carece de fundamentação. Aquela lei não pode ser vista, de forma alguma, como específica em relação às questões concorrenciais, mesmo quando referentes ao Sistema financeiro, por não se mostrar apropriada para tanto. Essa legislação carece de instrumentos que permitam uma correta análise de operações, sem contar o contexto político em que as decisões do BACEN são tomadas.

Na verdade, o que se verifica é exatamente o oposto, quando se trata de questões concorrenciais, a Lei Antitruste deve ser considerada específica em relação à Lei 4.595/64, devendo prevalecer em relação à esta.

Mesmo existindo solução usual para o presente conflito de competência, o presente trabalho buscou ancorar-se no Direito Comparado, mais especificamente na Teoria das Imunidades Implícitas utilizada pelo direito norte americano, para, por meio de uma teoria menos usual, verificar se assistiria razão em atribuir ao CADE a análise de operações envolvendo o Sistema Financeiro Nacional.

Com base na Teoria do *Pervasive Power*, o que se verificou é que, uma vez que o Banco Central mostra-se inerte à análise destas questões, compete ao CADE analisar as questões concorrenciais que decorrem de operações no Sistema Financeiro Nacional. Isto porque, para que um ente seja competente, ele – além de possuir

competência do ponto de vista formal, ou seja, que haja lei atribuindo-lhe tal competência – deve, também, exercê-la, o que não se verifica na questão da análise de operações no Sistema Financeiro Nacional pelo ente regulador, visto que o BACEN nunca levou em consideração as questões concorrenciais quando da análise de operações.

No entanto, verifica-se que a utilização da teoria do Pervasive Power para afastar do Banco Central a competência para análise de atos de concentração, além de outros fatores, leva em consideração a inércia deste ente em analisar as questões concorrenciais quando instado a se manifestar. O maior problema que surge é, caso o BACEN comece a analisar questões concorrencias em operações, este conflito de competência será ainda mais aprofundado, mostrando-se necessário que o Congresso Nacional promova uma rápida e correta solução.

Isto posto, em situações de normalidade, e na inércia do Banco Central, a autarquia antitruste mostra-se competente para a análise de operações realizadas no Sistema Financeiro Nacional. Diz-se que será competente em situações de normalidade, pois, em apenas uma situação, qual seja, na existência de risco sistêmico, o Banco Central passa a figurar como ente competente para a análise, pois, nesse caso específico, a preocupação em manter a higidez do Sistema financeiro é algo que deve ser buscado, mesmo se for necessário relegar à segundo plano o princípio da livre concorrência. Neste caso, busca-se de proteger um princípio maior, o do interesse social, existindo imunidade antitruste apenas para essa situação.

Exposto como deve ser solucionado o conflito de competência entre esses entes, verificou-se ser necessária a adequação do sistema legislativo a essa questão. Para isso, já há o Projeto de Lei 265/2007, o qual prevê que a melhor forma de solucionar esta questão seria obrigar o administrado a, primeiramente, notificar o Banco Central, para que verifique a existiria risco sistêmico. Existente, a decisão do BACEN seria terminativa, obstando a análise pelo CADE. Em não existindo risco sistêmico, a autarquia antitruste teria 60 dias para analisar os impactos concorrenciais da operação.

No entanto, não parece que essa solução seja a mais adequada para solucionar o problema em questão. O prazo previsto no projeto de lei para o CADE analisar as operações é extremamente exíguo. Não é razoável nem recomendável que essa

autarquia, em se tratando de operações complexas, analise operações em tempo tão curto.

A solução que o presente trabalho propõe é que ambas as autarquias sejam notificadas concomitantemente, visto que as operações que ensejam risco sistêmico são extremamente raras. Nesse caso, o CADE deveria dispor do tempo previsto na Lei 12.529/11 para analisar as operações que envolvam instituições financeiras, haja vista que não colocam, de forma alguma, o Sistema financeiro em risco.

No entanto, em caso da existência do risco de contágio, mesmo que o CADE já tenha se manifestado, a decisão do Banco Central deve ser terminativa, obstando o pronunciamento do órgão de defesa da concorrência.

7. *Bibliografia*

AGUILLAR, Fernando Herren. **Competência e Especialização de Funções em Matéria Concorrencial**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 86, 2003.

ARANHA, Marcio Iorio. **Agências: sua Introdução no Modelo Jurídico-Administrativo Brasileiro** in O Novo Direito Administrativo Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 165- 180.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **O sistema financeiro brasileiro**. Disponível em: <http://www.fgv.br/professor/fholanda/Arquivo/Sistfin.pdf>. Acesso em 07 jul. 2014.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em 07 jul. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias**. Caderno de Direito Tributário e Finanças públicas, nº 26. P. 11 – 20. São Paulo e 2001

BORGES, José Souto Maior. **Eficácia e Hierarquia da Lei complementar**. In Doutrinas essenciais de Direito Constitucional, vol. 4. P. 261. São Paulo: Editora RT, 2011.

_____. **Lei complementar Tributária**. São Paulo: RT/Educ., 1975.

BOULANGER, Jean. **Principes généraux du droit positif et droit positif**. In Le Droit Prive Français au milieu du XXe siècle (Etudes offertes a Georges Ripert). Paris: LGDJ, 1950.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09**. Requerentes: Zurich Participações e Representações Ltda., Brasmetal Industrial S/A e Banco Finasa de Investimento S/A. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23**. Requerentes: Banco de Crédito Nacional S/A e Alliance Capital Management Corporation of Delaware. Relator: Fernando de Oliveira Marques. Voto proferido em 04 de setembro de 2002.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo nº 08700.003070/2010-14**. Requerente: Federação Interestadual dos Servidores Públicos Municipais e Estaduais dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Paraná, Piauí, Roraima, Sergipe e Tocantins – FESEMPRE. Interessado: Banco do Brasil S/A. Relator: Marcos Paulo Veríssimo.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08012.000332/2011-28**. Requerentes: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Voto proferido em 07 de dezembro de 2011.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.006923/2002-18**. Representante: SDE "Ex Offício", Representada: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV-RJ). Relator: Ricardo Machado Ruiz. Voto proferido em 08 de maio de 2013.

BUENO, Cássio Scapinela. **Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores

CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CORRÊA, Darwin. **Defesa da Concorrência no Sistema financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações de Lege Federenda.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

DATZ, Marcelo Davi Xavier da Silveira. **Risco Sistêmico e Regulação Bancária no Brasil.** Disponível em <http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/teses/fgv/Datz,M.pdf> , 2002. Acesso em 07 jul. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States v. Third Nat. Bank – 390 U.S. (1968).

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Concorrência e Regulação.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 12ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Floriano de Azevedo. **Regulação Setorial e Autoridade Antitruste a Importância da Independência do Regulador.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002

MEDAUAR, Odete. **Controle Administrativo das Autarquias.** São Paulo: Editora José Bushatsky, 1976.

_____. **Conflito de Competência entre CADE e BACEN?** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

ROCHA, Jean Paul Cabral da Veiga da. **A Defesa da Concorrência no Sistema financeiro: um Modelo para o Brasil.** Disponível em: <file:///C:/Users/luiz%20ros/Downloads/67511-88933-1-PB.pdf>, 2001. Acesso em 07 jul. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____, **Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SALGADO, Lucia Helena. **Análise da Concentração Bancária sob o prisma da concorrência.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SANTACRUZ, Ruy. **Regulação de mercados e defesa da concorrência: O caso do Setor Bancário.** In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno.** Disponível em [http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos do direito de defesa da concorrencia_moderno.pdf](http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenci_a_moderno.pdf)

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª Ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2000. In *Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Concorrência e regulação no Sistema financeiro**. In *Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SZTAJN, Rachel e SALLES, Marcos Paulo de Almeida. **Regulação e Concorrência no Sistema financeiro**. Revista de Direito Mercantil, nº 123. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

TROSTER, Roberto Luís. **Os bancos são diferentes?** In *Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

VICKERS, John. **Central Banks and competition authorities: institutional comparisons and new concerns**. Londres, Monetary and Economic Department. 2011.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do Mercado Financeiro de Capitais**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.