



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LUIZA MACEDO AVELAR

**OS ASPECTOS JURÍDICOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O BANCO CENTRAL DO BRASIL
PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS.**

Brasília
2011

LUIZA MACEDO AVELAR

**OS ASPECTOS JURÍDICOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O BANCO CENTRAL DO BRASIL
PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de graduação em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília - Uniceub.
Orientador: Daniel Amin Ferraz

Brasília
2011

LUIZA MACEDO AVELAR

**OS ASPECTOS JURÍDICOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O BANCO CENTRAL DO BRASIL
PARA AUTORIZAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS.**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de graduação em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília - Uniceub.
Orientador: Daniel Amin Ferraz

Brasília, 14 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Daniel Amin Ferraz
Orientador

Humberto Cunha
Avaliador Convidado

Vladimir Enrique Silva Vera
Avaliador Designado

RESUMO

O presente trabalho pretende expor os aspectos importantes no estudo do conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE e o Banco Central do Brasil - BACEN para deliberação de atos empresariais que resultem em concentração de instituições financeiras. Para tanto, exporá as regras organizacionais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, demonstrando como funciona a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e elencando importantes disposições acerca do Sistema Financeiro Nacional e suas especificidades, com enfoque especial às atribuições do Banco Central. O estudo será realizado de forma a esclarecer os parâmetros que levam ao conflito positivo de competência para autorização de quaisquer atos empresariais que resultem em concentração bancária, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Não obstante, traz o relatório detalhado acerca do precedente jurisprudencial contido no Recurso Especial nº 1.094.218 – DF, especificando os fundamentos de mérito utilizados na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, sem esquecer os fundamentos de Direito utilizados pelos ministros divergentes. Por fim, pretende-se concluir, de forma hipotética, qual seria o órgão mais capaz de deliberar sobre fusões, cisões, incorporações e aquisições de estabelecimentos bancários, esclarecendo sobre todas as hipóteses possíveis para esta decisão.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional. Concentração empresarial bancária. Defesa da Concorrência. Necessidade de apreciação. Conflito de Competência entre CADE e BACEN.

NOTA DE ESCLARECIMENTO

A presente monografia aborda os aspectos jurídicos do conflito de competência entre CADE e BACEN para autorização de atos de concentração de instituições financeiras à luz, principalmente, das Leis nº 4.595/64 e 8.884/94.

No entanto, verificam-se futuras alterações significativas no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto sancionada a Lei nº 12.529/11, originária do projeto de Lei nº 3937/04, inclusive foco de análise deste trabalho.

A supracitada Lei foi sancionada no dia 30 de novembro de 2011, e deverá entrar em vigor em 180 dias da sua publicação oficial, publicada em 01 de dezembro de 2011 no Diário Oficial da União. Com isso, ocorrerão mudanças substanciais na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como na estrutura do CADE.

As práticas consideradas lesivas à ordem econômica, de forma geral, continuam semelhantes aquelas elencadas pelos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94, permanecendo um rol meramente exemplificativo de condutas elencadas no art. 36 e parágrafos, da Lei nº 12.529/11.

A nova Lei impõe prioridade aos processos de análise de atos de concentração, bem como disciplina todos os demais tipos de procedimento administrativos elencados no art. 46 da nova lei, *in verbis*:

Art. 48. “Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

¹ BRASIL. Lei nº12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;
V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e
VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. “

Nesse sentido, devido ao grande número de alterações, acredita-se ser necessária uma análise um pouco mais profunda da nova Lei, de forma a enriquecer as informações prestadas neste trabalho, deixando-o mais completo possível.

Alterações da Lei nº 12.529/11

De acordo com art. 1º da Lei nº 12.529/11, essa Lei reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, balizada pelos princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Apesar de evidente, a nova legislação traz qualificação expressa acerca da titularidade dos bens jurídicos protegidos por esta, qual seja a coletividade.

Seus dispositivos serão aplicados às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou quando nele possam produzir efeitos, sem prejuízo de convenções e tratados dos quais seja o Brasil signatário, além de aplicar-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.

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência passará a ser formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

O CADE continua sendo considerado como 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, entretanto, cujas competências serão previstas pela Lei nº 12.529/11. Sua estrutura será assim organizada:

*Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:
I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
II - Superintendência-Geral; e
III - Departamento de Estudos Econômicos.*

Organizada dessa maneira, verifica-se que a antiga Secretaria de Estudos Econômicos será englobada a estrutura do CADE, passando suas funções originárias ao Departamento de Estudos Econômicos.

Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico é órgão competente para promover a concorrência em órgãos do governo e perante a sociedade, cabendo-lhe, especialmente, opinar sobre aspectos referentes à promoção da concorrencial em consultas públicas e proposições legislativas, sendo admissível a proposição de revisão de leis regulamentos e atos normativos, além de elaborar estudos e pareceres que abordem situação concorrencial em determinados setores, deve, ainda, encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

Por fim, cabe destacar que mesmo diante de tantas alterações no tocante à legislação antitruste, não houve a implementação de qualquer artigo que dirimisse o Conflito de Competência, de forma que este subsiste, mesmo com a edição da Lei nº 12.529/11.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO TRABALHO.....	5
1. A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO MERCADO.....	8
1.1 Direito econômico e a ordem jurídica.....	8
1.1.1 Constituição Federal de 1988.....	15
1.1.2 O Papel da Globalização.....	17
1.1.3 Princípios do Direito Econômico.....	19
1.2 Direito da Concorrência.....	22
1.2.1 Contexto histórico.....	24
1.2.2 O Sistema Brasileiro da Concorrência.....	28
1.2.2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	30
1.2.2.2 Secretaria de Direito Econômico.....	32
1.2.2.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico.....	33
1.2.2.4 Projeto de Lei nº 3937/2004.....	34
1.2.3 Fundamentos do Direito da Concorrência.....	35
1.2.4 Condutas Reprováveis.....	38
2. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	43
2.1 Da composição do Sistema Financeiro Nacional.....	45
2.1.1 Conselho Monetário Nacional.....	46
2.1.2 Banco do Brasil.....	46
2.1.3 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.....	48
2.1.4 Instituições Financeiras Públicas e Privadas.....	49
2.1.5 Banco Central do Brasil.....	50
3. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BACEN.....	52
3.1 Contextualização Histórica.....	52
3.2 Aspectos Econômicos da Concorrência no Setor Bancário.....	54
3.3 Da Base Legislativa.....	56
3.4 Do Parecer GM 020-2011.....	62
3.5 Hipóteses de soluções para o impasse	63
3.6 Projeto de Lei nº 344/2002.....	68
4. ANÁLISE DE CASO: RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218/DF.....	70
4.1 Dos Pareceres Requisitados pelo Banco de Crédito Nacional S/A e Banco Bradesco S/A.....	74
4.2 Do Voto da Ministra Eliana Calmon.....	77
4.3 Votos Divergentes.....	80
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAL BIBLIOGRÁFICO.....	86

INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DO TRABALHO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica transformou-se em autarquia federal de notório vulto e reconhecimento, com a edição da Lei nº 8.884/94². Na mesma ocasião em que houve essa inovação, devido à força atribuída à autarquia, combinada com espírito de defesa ferrenha da concorrência, o órgão passou a intitular-se competente para deliberar sobre atos empresariais que resultassem em concentração de instituições financeiras, dando interpretação ampla ao art. 54 da referida Lei.³

Nesse passo, o CADE começou a informar os administrados sobre a necessidade de deliberação de atos dessa natureza, mesmo para aqueles já autorizados pelo Banco Central do Brasil, o que causou um abalo na segurança jurídica dos atos já realizados, fomentando o desentendimento nesse assunto, por parte destes órgãos, há pelo menos mais de nove anos.⁴

Foi então que o Banco Central do Brasil, desconforme com os atos e o entendimento adotado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, manifestou-se a respeito do tema, requerendo o reconhecimento de sua competência para tal função, já que os arts. 10, inciso X e 18, § 2º da Lei nº 4.595/64⁵ prevêm expressamente sua atribuição para análise das hipóteses de concentração bancária, bem como a preservação da defesa da concorrência na seara do Sistema Financeiro Nacional.

É a partir deste momento que o conflito de Competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos empresariais que resultem em concentração de instituições financeiras toma grandes proporções. Consequentemente, o tema torna-se objeto de inúmeros estudos, devido a sua atualidade, relevância, polêmica, contradição e interatividade com diversas áreas do Direito e da vida cotidiana, razão pela qual é o assunto deste estudo.

² BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm

³ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004

⁴ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004

⁵ BRASIL. Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm

Para balizar o desenvolvimento do tema, estabelece-se a hipótese de pesquisa: Quem é competente para deliberar sobre atos de concentração de instituições financeiras no âmbito do Sistema Financeiro Nacional?

Partindo do supracitado questionamento, percebe-se a necessidade de se estudar, em primeiro lugar, a ordem econômica e financeira na qual está inserida a atividade bancária. Além disso, deverão ser elencados aspectos do Sistema Financeiro Nacional, Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, suas composições e funcionamento, assim como a fundamentação jurídica envolvida por cada perspectiva neste conflito, expondo as diversas possibilidades de resolução do impasse.

Para tanto, abordar-se-á, no item 1.1 do primeiro capítulo, o estudo das diretrizes básicas que regem o Direito Econômico dentro da ordem jurídica atual, demonstrando a seara do conhecimento na qual esta inserida o Direito da Concorrência, a lógica nele estabelecida, de forma a compreendermos elementos como a atividade mercantil, a produção, comercialização, o dinheiro, o comércio e sua dinâmica.

No entanto, o item 1.2 do primeiro capítulo se restringirá ao estudo do Direito da Concorrência, explicando o funcionamento e a composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, esclarecendo a composição e o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como dos demais integrantes do SBDC, citando as condutas passíveis de repreensão, as formas de prevenção e coerção e demais instrumentos utilizados na preservação da defesa da livre concorrência.

Já no segundo capítulo, será abordado o Sistema Financeiro Nacional, relembrando o contexto histórico em que foi formado e suas legislações anteriores, passando ao estudo minucioso de sua composição, explicando quais são os órgãos integrantes e suas respectivas funções, incluindo considerações acerca do Banco Central do Brasil, um dos atores principais do presente estudo, tendo por base a Lei nº 4.595/64.

O cerne da questão que envolve o conflito de competência entre CADE e BACEN para deliberação de atos de concentração de instituições financeiras fica guardado para o terceiro capítulo, no qual expõe-se quais são os elementos que fomentam o conflito, sua base

legislativa, bem como a fundamentação jurídica adotada por ambas as partes, CADE e BACEN, incluindo as possíveis hipóteses a serem adotadas para resolução do impasse.

Foi reservado um capítulo específico para aprofundar a questão, estabelecendo-se um estudo de caso referente ao mais recente precedente jurisprudencial prolatado sobre o assunto. O Recurso Especial nº 1.094.218/DF será relatado, trazendo importantes pontos mencionados no processo, as fundamentações utilizadas por ambas as partes, bem como aquelas adotadas pelos Ministros na decisão ou em seus votos divergentes. Por fim, conclui-se, adotando a hipótese mais coerente para resolução do caso e explanando a razão para sua escolha.

1. A REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NO MERCADO

1.1 Direito Econômico e Ordem Jurídica

O estudo das diretrizes básicas que regem o Direito Econômico dentro da ordem jurídica atual, torna-se elemento basilar para o correto entendimento do cerne do problema referente ao conflito de competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos de concentração bancária.

O Direito Econômico surge da necessidade de regulamentação estatal da atividade econômica exercida pelas pessoas, organizando a atividade econômica e as relações delas decorrentes, com a finalidade de se atingir um equilíbrio econômico e, conseqüentemente, o bem estar social.⁶

A necessidade de regulamentação do trato da ordem econômica fica evidente pelo pensamento de Max Weber, que aduz sobre a diferença dos planos em que se encontram economia e direito, sendo a ordem jurídica uma teoria, representada por um conjunto de normas criadas com o objetivo de atingir uma realidade ideal, enquanto que as ações econômicas ficam no plano real do trato social e mercantil, sendo o sistema de interligação entre o mundo do ser e do dever ser denominado ideologia.⁷

A matéria tem como objeto de estudo a ação estatal na economia, suas funções interventivas, a ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal e os meios utilizados pelo Estado, através da legislação e princípios, para proteção dessa ordem econômica.

Atividade Econômica

Para se aprofundar o estudo deste tema, deve-se ter claro o conceito de atividade econômica, principal foco de análise da economia, marcada pela decisão de alocação de recursos, manufatura de produtos, produção de bens e serviços necessários ao bem estar

⁶ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 03/16.

⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 84/85.

social.⁸ Dentro de um modelo capitalista de produção, este conceito está amplamente associado à produção de lucro decorrente dessas atividades, ressalvadas, no entanto, aquelas atividades desempenhadas por entidades sem fins lucrativos.

Para Eros Roberto Grau, a atividade econômica pode ser dividida em sentido amplo e em sentido estrito. A atividade econômica em sentido estrito refere-se a “*todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa*”,⁹ já a atividade econômica em sentido amplo abrange as atividades estatais, os serviços públicos, trabalhos atribuídos ao Estado, para que este o desenvolva não de modo especulativo, mas em com eficiência e em abundância.¹⁰

Sobre atividade econômica, De Plácido e Silva afirma:

*“Para indicar que determinada soma de ações se processa num espaço limitado a atos ou fenômenos de ordem econômica. É assim a função do banqueiro, ou a que se firmar em matéria relativa à produção, circulação e consumo de riquezas.”*¹¹

Desenvolvimento e adequação do Pensamento Liberal

O surgimento do capitalismo¹², marcado pelo liberalismo *Smithiano*¹³, altera as relações anteriormente estabelecidas pela monarquia absolutista, que consistia em um monopólio pessoal de um único indivíduo.¹⁴

⁸ MANKIN, N. Gregory. Introdução à Economia : Princípios de Micro e Macroeconomia / tradução da 2ª Ed. Original Maria José Cyhlar Monteiro. – Rio de Janeiro : Campus, 2001.

⁹ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pg. 108/117.

¹⁰ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pg. 108/117.

¹¹ SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho –27ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008. Pg. 157.

¹² “O capitalismo se define como um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção, propiciadora de acúmulo de poupança com finalidade de investimento de grandes massas monetárias, dentro de uma organização de livre mercado, através de uma organização de livre mercado, através de uma organização permanente e racional. O capitalismo poder ser visto sob um prisma jurídico, e significa o estatuto jurídico que adota o princípio da propriedade privada dos meios de produção. Pode visualizar-se sob o aspecto político, significando uma ideologia e um regime de livre empresa. No sentido econômico se manifesta como um sistema que, adotando a apropriação privada dos bens de produção, da origem à economia de empresa e de mercado.” (LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg.253)

¹³ Para Adam Smith, o equilíbrio econômico seria atingido pelas normas naturais do mercado sem intervenção legislativa. (Leopoldino da Fonseca, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007.Pg.255)

A burguesia trabalhou na alteração da titularidade dos monopólios pessoais de forma que fossem transferidos ao Estado. Com a tomada do poder pela burguesia, nota-se que o Estado passa a servir como instrumento para o sistema capitalista de produção, na medida em que iniciam esforços para se assegurar a propriedade privada e desmonopolizar os meios de produção.¹⁵

Assim, a partir da adoção deste novo modelo de produção, os agentes econômicos iniciam uma busca por mais lucro, fortalecimento e solidez do seu negócio, maximizando ganhos e formando “*grupamentos*” para atingir essa finalidade.

Sobre o tema, João Bosco Leopoldino da Fonseca aponta que “*Nessa luta, os mais hábeis e mais organizados levam vantagem sobre os mais fracos e desestruturados*”.¹⁶

Em realidade, tal fato representa a tendência concentracionista do mercado, surgida com base na idéia de que quanto maior fosse a empresa maior seria sua solidez, tudo isso em função da concepção liberalista e da vontade de potencialização dos negócios,¹⁷

Junto com a concentração econômica surge o poder econômico privado, o que representa uma série de problemas tanto de ordem social como econômica, haja vista as empresas privadas terem abusado do poder para dominação do setor, tomando medidas no sentido de eliminar empresas econômicas de pequeno porte do mercado, além dos maus tratos à mão-de-obra, que sofreu violenta dominação.¹⁸

A partir daí, compreende-se que a atividade econômica necessita de regulação, como forma de frear dominações violentas e assegurar o interesse coletivo, limitando os interesses individuais, o que é conferido em um modelo econômico equilibrado.¹⁹

¹⁴ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 13/15.

¹⁵ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 14/16

¹⁶ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 06/07.

¹⁷ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 16.

¹⁸ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg.06/07

¹⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg.16.

Portanto, o interesse individual dos agentes econômicos deve ser limitado com base no interesse coletivo, de forma a assegurar o bem comum, fato que representa o confronto entre o poder econômico privado e o Estado.²⁰

Em outras palavras, verifica-se uma alteração no contexto social vivenciado, diante do surgimento da concentração econômica, que, de certa forma, faz transparecer a incapacidade de auto-regulação dos mercados pelo modelo capitalista²¹.

A concentração capitalista é fator determinante para impulsionar a adaptação do direito como instrumento regulador das novas relações estabelecidas e, como consequência, atribui novas funções ao Estado com a formação do poder econômico do estatal, criado para proteger o interesse coletivo em contraposição ao interesse individual dos comerciantes.²²

A necessidade de alterações no Direito são incontroversas, frente aos acontecimentos que marcaram o início do século XX, haja vista as influências do iluminismo, o caos da 1ª guerra mundial, e ainda a crise do liberalismo. Todos esses fatores fazem com que a ordem jurídica antiga seja considerada insuficiente para solucionar os problemas decorrentes da nova ordem econômica, impulsionando a crise na crença da ordem liberal o que, conseqüentemente, fomenta a intervenção estatal no trato da ordem econômica e social.²³

Este é o ponto crucial para o presente estudo, necessita-se perceber a mudança no pensamento social que causa a ruptura com o modelo liberal, passando-se a permitir que o Estado regulasse e interviesse na economia de maneira a formar uma ordem econômica melhor e mais organizada, com instrumentos mais adequados para seu controle e, principalmente, com a finalidade de assegurar os interesses sociais coletivos.

Portanto, o Estado passa a atuar na constituição e preservação do modo de produção, na complementação do mercado, e, por fim, na modalidade substitutiva e compensatória de

²⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg.16.

²¹ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 14/16

²² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 06/07.

²³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 06/07.

disfunções estruturais que afetam diretamente determinado setor da economia, atribuições que, como citado por Eros Grau, são modalidades típicas do capitalismo organizado.²⁴

Em ordem cronológica, as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) inauguraram a positivação da regulação do estado na economia, feita de forma a priorizar o interesse público e coletivo, preservando-se a liberdade de iniciativa, mas limitando a atividade econômica.²⁵

Atuação Estatal na Economia

De início, cumpre verificar que, como bem apontado por Eros Grau, a atuação estatal na economia é amplamente referenciada como “intervenção estatal”, contudo, o termo intervenção traz a idéia de atuação em seara diversa da que lhe é submetida, o que poderia trazer a concepção de que a seara cível estaria apartada das funções estatais, o que é inconcebível.²⁶

Entretanto, mesmo diante do exposto, esta monografia poderá trazer referência da atuação estatal citada como intervenção estatal, conquanto muitas das bibliografias consultadas ainda tratam do tema como intervenção. Feitas essas considerações, passa-se ao exame do instituto.

A atuação estatal na economia surge da deficiência do capitalismo na auto-regulação do mercado, e pode ser realizada de forma direta como de forma indireta. Com isso, o Direito se adapta às alterações contextuais, dotando-se instrumentos hábeis para resolução de possíveis conflitos, além de viabilizar ao Estado instrumentos para condução da economia, conforme a política econômica adotada por cada governo, contudo dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.²⁷

²⁴ ROBERTO GRAU, Eros, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 18/19.

²⁵ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, *Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense*, 2007. Pg. 261/262.

²⁶ ROBERTO GRAU, Eros, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pg. 19.

²⁷ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, *Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense*, 2007. Pg. 06/07.

Outra explicação para o seu surgimento da atuação estatal na economia é trazida por Vicente Bagnoli:

*“A explicação estava na criação de infra-estrutura que exige grandes investimentos e dava pouco retorno financeiro, uma forma de combater monopólios privados e desenvolver regiões, ou seja, questões socioeconômicas”.*²⁸

Com este escopo, a atuação estatal se torna instrumento imprescindível para o alcance de uma determinada estabilidade de mercado, preservando sua importância em ambas as espécies, tanto na atuação direta como na atuação indireta.

Atuação Estatal Direta na Economia

A atuação estatal direta na economia se dá através das empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesta modalidade, o Estado exerce atividade empresária, cuja atuação pode ser em regime concorrencial, como ocorre com o Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal ou regime monopolístico, como ocorre com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Petróleo Brasileiro S/A²⁹.

João Bosco Leopoldino da Fonseca aponta outra maneira de atuação direta, quando o Estado assume a gestão da empresa privada, administrando-a da melhor forma possível para atingir os interesses sociais:

*“Caso específico dessa forma de intervenção é a prevista na Lei nº 6.024/74, em que o Banco Central do Brasil assume a direção de instituições financeiras privadas e públicas não federais, com o intuito de normalizar o seu funcionamento ou se, isto for inviável, de decretar e realizar a sua liquidação extrajudicial.”*³⁰

Cabe lembrar que a atuação direta deverá estar pautada pelos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, à luz do art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173. “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando

²⁸ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pg. 86/87.

²⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 280/282.

³⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 282.

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Atuação Estatal Indireta da Economia

A atuação estatal indireta da economia acontece guiada pelos parâmetros de uma política econômica específica para cada ramo de atuação. Sua atuação é feita no âmbito normativo, regulador e regulamentador.³¹

Normatiza-se, regula-se e regulamenta-se a atividade econômica a fim de corrigir imperfeições próprias do mercado, tendências espontâneas e prejudiciais, com a finalidade de buscar uma ordem econômica equilibrada, cada vez mais preocupada com o interesse coletivo e social.³²

O Papel das Agências Reguladoras

Estudar as funções das agências reguladoras na atuação estatal na economia é elementar para o entendimento das questões referentes ao conflito de competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos de concentração financeira, haja vista que o Banco Central do Brasil - BACEN é considerado como agência responsável por regular o setor financeiro nacional.³³

Neste sentido, Vicente Bagnoli justifica a criação das agências e sua relação com o processo de privatização sofrido pelo Brasil:

*“Todo esse processo fez com que o mercado recebesse novos entrantes, dispostos a disputar os consumidores em diversos setores da economia, muitos até então fechados e garantidos exclusivamente ao monopólio estatal. O processo de desestatização faz com que as empresas privadas venham a ocupar setores até então exclusivos de atuação estatal. Com isso, a concorrência se acirra e muitos setores da economia vão se tornando mais eficientes para o bem dos consumidores. Entretanto, é cada vez mais imperiosa a atuação do Estado nestes setores, seja fiscalizando, seja incentivando e, até mesmo, planejando, hipótese em que é determinante para o setor público e indicativo ao privado.”*³⁴

³¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 283.

³² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 277.

³³ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pg. 113.

³⁴ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pg. 92.

As agências reguladoras podem ser consideradas como entidades autônomas da administração encarregadas de regulação setorial, integrantes da administração federal e formadas no modelo de autarquias vinculadas ao Ministério relativo à sua atividade regulamentar.³⁵

As agências possuem poderes normativos para composição de conflitos de interesse que guardam características investigativas, fomentador e ainda de fiscalização repressiva e preventiva. Contudo, as leis que podem ser editadas pelas agências possuem baixa densidade normativa, restringindo-se apenas a regular com autonomia e agilidade, um mercado marcado pela complexidade e dinamicidade.³⁶

Outro ponto que merece destaque é a irrecorribilidade das decisões administrativas à administração direta, tendo em vista sua característica de autonomia, contudo, nada impede que sejam submetidas ao Poder Judiciário quando marcadas pela ilegalidade e abuso de poder.³⁷

Portanto, diante do exposto, deve-se ter claro que a atuação estatal na economia tem a finalidade de regular, normatizar, regulamentar, fomentar e, até mesmo em alguns casos, frear a atividade econômica, com intuito de obter uma economia mais equilibrada e preocupada com o interesse social. Nesse sentido, surge a criação das agências reguladoras como uma das formas de descentralizar a atuação estatal, tornando-as autônomas e mais eficientes devido à propriedade técnica que detêm. A partir daí, destaca-se a atuação do Banco Central do Brasil, que acumula as funções de agente regulador no tocante ao setor financeiro.

1.1.2 Constituição Federal de 1988

O Direito Econômico brasileiro tem suas diretrizes básicas previstas pela Constituição Federal de 1988 no Título VII, que disciplina a ordem econômica e financeira do país.

³⁵BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs.86/102.

³⁶BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pg.95.

³⁷BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pg.95.

Nesse passo, diz-se que temos uma ordem econômica constitucionalizada, cujos princípios e normas de organização e funcionamento da economia, estão previstos em seu texto, estabelecendo uma ordem econômica constitucional.³⁸

O texto constitucional foi formulado de maneira a observar um viés cidadão da atividade econômica e de sua normatização, sendo considerado como um reflexo positivo das situações problemáticas já apresentadas, contrapondo-se aos fundamentos constitucionais anteriores. Devido ao grande enfoque dado à questão social, o deputado constituinte Ulysses Guimarães intitulou o novo texto como “*Constituição Cidadã*”.³⁹

Seguindo os parâmetros de constituição programática ou diretiva⁴⁰, os dispositivos constitucionais que disciplinam a matéria formam a ordem econômica do dever ser (direito, regulamentação), e não a ordem econômica do mundo do ser (economia, realidade).⁴¹

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada com a missão de atingir uma ordem econômica real, satisfatória e interessante aos cidadãos, prevendo uma certa discricionariedade da administração acerca da posição político-econômica que será adotada por aquele determinado governo, dentro dos limites de relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional.

No entanto, cabe destacar que a política econômica, que de certa forma norteia os caminhos da ordem econômica, é formada pelo conjunto de diretrizes, bases e normatizações acerca da atuação do estado na economia e poderá ser determinada pelo governo federal, contanto que siga os princípios constitucionais previstos sem afronta aos seus parâmetros basilares.⁴²

³⁸ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 89/96.

³⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 124/125.

⁴⁰ “Já como Constituições diretivas ou programáticas – doutrinárias- são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero “*instrumento de governo*”, mas além disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela Sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins”; não compreendem tão somente um “estatuto jurídico político”, mas sim um “plano global normativo” do Estado e da Sociedade.” (ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pg. 76.

⁴¹ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 01/17

⁴² BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs.22/26.

O fenômeno utilizado pelo governo para interferir nas relações econômicas é chamado de atuação estatal na economia e pode ocorrer de forma direta ou indireta. Será considerada como forma direta, quando o estado aja como agente econômico, exercendo atividade empresária, sob o regime de concorrência ou monopólio, com base nos imperativos de segurança nacional e interesse coletivo, descritos pelo art. 173 da Constituição Federal. Será considerada atuação indireta, o controle estatal da ordem econômica exercido através da normatização, regulação e regulamentação da atuação dos agentes privados nos setores da economia.⁴³

Porém, cabe destacar que em ambas as modalidades de intervenção estatal na economia, o estado sempre atuará com a finalidade de regulação da economia e manutenção da soberania nacional.

Portanto, a ordem econômica tem seus princípios basilares previstos pela Constituição Federal, que assegura ao governante um limitado grau de discricionariedade para interferir nas relações econômicas. Essa interferência é determinada pela política econômica adotada pelo governo e será realizada através da intervenção estatal na economia, que pode ser feita de forma direta ou indireta.

1.1.3 O Papel da Globalização

O modelo econômico capitalista contribuiu muito para a globalização e, conseqüentemente, para a concentração empresarial, haja vista representar a busca por mercados consumidores cada vez maiores, capazes de consumir uma produção mercantil ascendente em larga escala, que outrora nem ao menos observava limites ambientais, trabalhistas, de escassez de mão de obra qualificada e até mesmo tecnologia.

Para Fernando Herren Aguillar:

“globalização significa o fenômeno econômico de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político da crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do freqüente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em

⁴³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 280/287.

outros, o fenômeno tecnológico da revolução da informática e das comunicações, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturação dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado e do Direito em todos os países envolvidos.”⁴⁴

Contudo, cabe destacar que a globalização é o resultado de circunstâncias históricas complexas e aleatórias. Uma das circunstâncias históricas que contribuíram para o surgimento da globalização foi o liberalismo dos mercados econômicos mundiais, que viabilizou seu acontecimento, após a flexibilização das tarifas alfandegárias de diversos países depois de uma série de acordos econômicos firmados entre as nações.⁴⁵

Entretanto, em contraposição a concepção de excelência da globalização, verifica-se o entendimento de Eros Roberto Grau a respeito do tema:

“o modo de produção social globalizado dominante, além de conduzir não apenas à perda de importância dos conceitos de “país” e “nação”, mas também ao comprometimento da noção de Estado, nos coloca diante do desafio, enunciado por Dahrendorf, da quadratura do círculo entre crescimento econômico (criação de riqueza), sociedade civil (coesão social) e liberdade política: como harmonizar esses valores no clima do mercado global?”⁴⁶

Eros Roberto Grau fundamenta sua posição, afirmando que a globalização ameaça a liberdade da sociedade civil, já que se associa a novos tipos de exclusão social, força uma contínua competição entre os indivíduos e conduz a destruição do serviço público, gerando exclusão social, desemprego e, em um futuro próximo, regressão econômica.⁴⁷

Mesmo diante de visões diversas acerca da globalização, incontestável é a contribuição do capitalismo e do liberalismo para a ocorrência deste fenômeno, uma vez que por apoiarem uma produção em larga escala, levam à globalização, haja vista viabilizarem um mercado consumidor maior e talvez mais aquecido, que proporciona à um maior número de pessoas o acesso à determinados produtos, outrora extremamente regionais, artesanais e de difícil

⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 59.

⁴⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 59.

⁴⁶ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 48/49.

⁴⁷ ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pgs. 47/49

aquisição. Contudo, verifica-se que o abastecimento de novos mercados consumidores impulsiona as empresas a adotarem uma tendência de fusões e incorporações empresariais, a fim de conseguir satisfazer a nova demanda, fato de extrema importância e que traz significativas alterações para a conjuntura econômica atual.

1.1.4 Princípios do Direito Econômico

Como bem disposto por Vicente Bagnoli, “*em que pese a existência da ordem econômica, ela só terá força cogente quando respaldada pela ordem jurídica, que lhe garantirá legalidade e efetivação*”.⁴⁸

Nesse sentido, verifica-se que a ordem econômica brasileira é constitucionalizada, o que significa que os princípios e parâmetros basilares que norteiam essa seara estão previstos em artigos constitucionais.

Com a finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, o art. 170 da Constituição Federal de 1988 estabelece que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Além desses parâmetros basilares, a carta constitucional estabelece um rol de princípios elencados nos incisos. I a X, *in verbis*:

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:

- I. Soberania nacional;*
- II. Propriedade privada;*
- III. Função social da propriedade;*
- IV. Livre concorrência;*
- V. Defesa do consumidor;*
- VI. Defesa do meio ambiente;*
- VII. Redução das desigualdades regionais e sociais;*
- VIII. Busca do pleno emprego;*
- IX. Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país;*
- X. Livre exercício da atividade mercantil.”*

⁴⁸ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª Ed. - São Paulo : Editora Atlas, 2008. Pg. 23.

Neste estudo, imperioso destacar que a relevância da proteção à ordem econômica levou o constituinte a atribuir caráter constitucional às cláusulas que dispõem sobre o assunto, outorgando-lhes o *status* de cláusulas pétreas.

Quanto aos princípios, verifica-se que a Soberania Nacional econômica é complementar à soberania política, pela qual na ausência de uma delas a outra não existiria. Este princípio faz-se essencial ao crescimento da economia, posto que se ausente esta característica, não teríamos independência dos entes integrantes da administração pública, ou seja, independência entre os Estados da Nação, deixando de lado o poder supremo, acima de qualquer controle, absoluto e soberano.⁴⁹

A propriedade privada é elemento essencial ao modelo econômico adotado pelo Brasil, sendo uma das garantias constitucionais conferidas ao indivíduo, prevista pelo art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. Tal princípio precede a garantia de iniciativa no âmbito do direito econômico e comercial.⁵⁰

O princípio da função social da propriedade consiste, por exemplo, na atenção dispensada à finalidade dos bens imóveis com relação à sociedade, sendo considerado um elemento utilizado para garantir um direito maior, qual seja a dignidade da pessoa humana, amplamente defendida pela atual Constituição Federal de 1988.⁵¹

A livre concorrência faz-se essencial à garantia de concorrência leal, nos mesmos parâmetros de competição no mercado, proibindo práticas de abuso do poder econômico, anticoncorrenciais, predatórias e colusivas, o que confirma a opção pelo regime de economia de mercado feita pelo Brasil.⁵²

Levando em consideração a tendência concentracionista e monopolista do mercado, assegurar os direitos do consumidor é elemento essencial para a Constituição Federal de 1988. Este princípio valoriza a dignidade da pessoa humana, de forma a garantir que os cidadãos preservem seu poder de compra, tendo acesso a diversos produtos essenciais à manutenção da

⁴⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 127/128.

⁵⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 128.

⁵¹ Art. 5º, inciso XXIII e 170, inciso III, 173 I da Constituição Federal.

⁵² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 128/129.

vida, de diferentes qualidades e nos mais variados preços. Tal resultado pode ser garantido quando haja a observância do princípio da livre concorrência no mercado, tendo em vista que este assegura serviços e produtos de maior qualidade e menor preço.⁵³

Outrossim, a defesa do meio ambiente deve ser observada, com a finalidade de impedir que a atividade econômica e mercantil agride a fauna e flora, afetando a qualidade de vida de todos os cidadãos. Este princípio limita outros, como o da propriedade privada, para que seja protegido e preferido o interesse geral.⁵⁴

O princípio da redução das desigualdades sociais tem por objetivo erradicar a pobreza, criminalidade, utilizando-se de políticas de inclusão social, saúde e educação para todos.⁵⁵ Para Vicente Bagnoli, *“a ordem econômica tem também como princípio a redução das desigualdades regionais e sociais, em consonância com a proposta de uma carta que se ocupe da ordem econômica e social”*.⁵⁶

A busca do pleno emprego advém da atividade inerente ao capitalismo, no sentido de assegurar aos cidadãos brasileiros uma economia equilibrada, de forma que estejam disponíveis postos de trabalhos para todos, viabilizando meios para que o indivíduo tenha capacidade de sustentar a si e sua família de forma digna, atingindo o princípio da eficiência e o aproveitamento máximo das potencialidades do país.⁵⁷

O tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país é assegurado pela Constituição Brasileira, precipuamente com a finalidade de garantir que novos empreendedores tenham capacidade de concorrer com aqueles já fixados, levando à sua região maior desenvolvimento, criando novos postos de trabalho, mais oportunidade e, conseqüentemente, maior qualidade de vida para população.

⁵³ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª Ed. - São Paulo : Editora Atlas, 2008. Pg. 66.

⁵⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 130/131.

⁵⁵ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 132/133.

⁵⁶ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª Ed. - São Paulo : Editora Atlas, 2008. Pg. 67.

⁵⁷ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 133.

O princípio do livre exercício da atividade econômica assegura semelhança de condições para aqueles que pretendam ingressar na atividade mercantil, sem qualquer restrição do estado, observadas as normas previstas na legislação.⁵⁸

Assim sendo, do estudo deste capítulo, pode-se concluir que a atividade econômica é essencial ao desenvolvimento da região na qual esta inserida, tanto para produção como comercialização de produtos ou serviços.

Nesse passo, devido a importância da atividade econômica em nosso cotidiano, esta atividade é regulada pela ordem jurídica nacional, mais especificamente pela Constituição Federal de 1988, cuja autoridade constituinte preocupou-se em proteger não só o aspecto e as finalidades econômicas, mas também sociais.

Não obstante, há que se destacar que o mercado tende ao monopólio, de forma que se faz necessária a regulamentação dessa atividade com a finalidade de assegurar justa competição entre os concorrentes, sem esquecer os interesses da coletividade e do consumidor.

1.2 Direito da Concorrência

Tendo em vista que a atribuição de maior vulto do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE, um dos principais agentes do conflito ora estudado, é a defesa da concorrência, deve-se estudar o assunto de forma que se compreenda não só sobre concorrência, mas sobre todo o sistema que esta por trás dela.

O Direito da concorrência é disciplina jurídica do Direito Econômico, especificamente elencada como forma de intervenção estatal na economia, cujo procedimento é realizado por meio de controle preventivo e/ou repressivo, no combate ao exercício do abuso do poder econômico e da defesa da concorrência. Justamente por esta razão, este tema não pode ser considerado como ramo autônomo do Direito.⁵⁹

⁵⁸ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª Ed. - São Paulo : Editora Atlas, 2008. Pg. 68.

⁵⁹ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg 64/65.

Pode-se dizer que o Direito da concorrência consiste na seara especializada em normatizar as relações mercantis, impondo-lhes regras com a finalidade de conservar as empresas que atuam em determinado ramo, bem como garantir meios para que novas empresas surjam, de forma a assegurar a livre concorrência e dessa forma, obter uma harmonia entre os interesses dos consumidores a preços acessíveis e dos empresários ao lucro.

Para Calixto Salomão Filho a defesa da concorrência é o fator a ser protegido pelo direito da concorrência, que é por ele definido:

“O Direito concorrencial, em sua concepção constitucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas de forma mais justa e equilibrada.”⁶⁰

Nesse passo, considerando o Direito da Concorrência como matéria adstrita ao Direito Econômico, cabe esclarecer que o modelo econômico adotado pelo Brasil é o capitalismo, definido por Alexandre Wagner Nester como um sistema predominantemente utilizado nas sociedades modernas, baseado no mercado, na propriedade privada e na livre iniciativa, sem a exclusão de mecanismos e forças utilizadas para combater eventuais abusos.⁶¹

Sobre a intervenção estatal na economia, cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto medidas de intervenção diretas e indiretas. As medidas diretas são permitidas quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.⁶²

A intervenção direta é marcada pela atuação do estado na economia como um agente privado, através de empresas públicas ou de economia mista, ambas com finalidade

⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 185.

⁶¹ NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes) – São Paulo : Dialética, 2006. Pg. 60.

⁶² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 280/287..

puramente econômica, e não lucrativa como ocorre nas empresas privadas, ressalvado o direito concedido ao estado de atuar sob regime de monopólio legal.⁶³

A intervenção indireta na economia esta ligada aos parâmetros gerais fixados que juntos formam a política econômica que será desenvolvida por cada governo ao longo de seu respectivo mandato. Serão adotadas medidas de política econômica, com a finalidade de assegurar o desenvolvimento da nação, o equilíbrio econômico, crescimento sustentado da economia e o pleno emprego.⁶⁴

1.2.1 Contexto histórico

Antes de se adentrar ao estudo dos princípios e das condutas combatíveis pelo Direito da Concorrência, cabe verificar os aspectos do Direito Antitruste norte-americano, como fonte de influência para nossa legislação antitruste atual.

Tendo como ponto de início a era contemporânea, relata-se que a primeira Lei Antitruste surgiu no Canadá em 1889 e foi chamada de *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*.

Esta Lei surgiu justamente de um fracasso da política protecionista canadense adotada para fomentar a produção industrial das áreas de Ontário e Quebec, que restringiu a concorrência externa e, conseqüentemente, favoreceu a pratica de condutas anticompetitivas.⁶⁵

Contudo, o texto legislativo de maior amplitude e mais conhecido é a *Sherman Act* de 1890, que foi o resultado de uma reação ao desenvolvimento crescente da economia americana, editado justamente com intuito de regular distorções do próprio sistema.⁶⁶ Para Carlos Jacques Vieira Gomes, a *Sherman Act* foi editada sob as seguintes circunstâncias:

⁶³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 124/125.

⁶⁴ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, Direito Econômico – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 124/125.

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 254.

⁶⁶ FORGIONI, Paula A.. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2008, pg.72.

- a) *A inadaptação do sistema da Common Law para lidar com o controle do então emergente fenômeno das corporations;*
- b) *A reação dos agricultores ao poder industrial, os quais se reuniram no ‘Granger Movement’ para queixar-se dos cartéis realizados entre a indústria e as companhias proprietárias das estradas de ferro;*
- c) *A defesa dos valores da liberdade econômica e da proteção ao pequeno comércio e;*
- d) *A proteção do consumidor contra os monopólios.”*⁶⁷

“Este texto normativo teve por objeto a limitação do poder de mercado e a defesa da livre concorrência”⁶⁸. Neste diapasão, verifica-se que a sociedade americana visava combater o monopólio, com intuito de preservar, de forma mais equilibrada, o poder de mercado dos agentes econômicos e, conseqüentemente, promover o bem comum.⁶⁹

Segundo Fernando Herren Aguillar, o art. 1º da *Sherman Act* dispõe que:

*“Art. 1 - Todo contrato, combinação na forma de truste ou outra forma, ou conspiração, restritiva do tráfico ou comércio entre vários Estados, ou com nações estrangeiras, deve ser declarada ilegal.”*⁷⁰

Com base neste artigo, era considerada ilegal qualquer conduta de concentração e quaisquer atos restritivos de concorrência, sem que houvesse nenhum estudo do impacto econômico do ato no mercado.⁷¹

Entretanto, no julgamento do caso *Standard Oil Co. v United States*, a eficácia da *Sherman Act* foi relativizada pela Suprema Corte, aplicando-se a famosa *rule of reason*, ou regra da razão, em substituição à interpretação estrita anteriormente aplicada, rompendo com o período de intransigência excessiva na regulação da economia norte-americana.⁷²

Tal fato traz enormes contribuições para o antitruste, uma vez que prioriza o equilíbrio do mercado, admitindo a defesa da concorrência como principal instrumento utilizado para esta finalidade e chama a atenção para a tutela do consumidor, como escopo do Direito da Concorrência.

⁶⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste* – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg 64/65.

⁶⁸ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.*

⁶⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.*

⁷⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 255.*

⁷¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 255.*

⁷² SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.Pg. 84/85*

Na sequência, verifica-se:

“El Sherman Act fue complementado por El Federal Trade Comission Act (1914), por el Clayton Act (1914), y por La Ley Webb-Pomerene (1918). La rigidez que caracteriza tal legislación, en particular El Sherman Act fue en la practica, atenuada por La jurisprudência, en los casos sometidos a la apreciación de los tribunales norte americanos, fundamentalmente com La regla de La razón (rule of reason).”⁷³

Em seguida, conforme anteriormente narrado pelo Professor Daniel Amin Ferraz, entrou em vigor a *Federal Trade Comission Act* em 26 de setembro de 1914, que criou a *Federal Trade Comission (FTC)*, ou Comissão Federal de Comércio, que pode ser classificada como autoridade administrativa antitruste competente para investigar a prática de atos infracionais da concorrência, expedir ordens de cessação do ilícito, acordar com os infratores medidas a serem tomadas para que os processos judiciais não sejam levados adiante, sem incluir a função judicante, tendo em vista que a repressão de condutas anticompetitivas é competência exclusiva do judiciário.⁷⁴

Na sequência, a *Clayton Act* editada em 15 de outubro de 1914 restringiu o parâmetro determinante de ilicitude, estabelecendo que as condutas por ele descritas apenas seriam consideradas como atos ilícitos se resultassem em redução considerável da concorrência ou indicassem a formação de monopólio em qualquer setor econômico.⁷⁵

Correntes Interpretativas da Legislação Antitruste Norte-americana

A regulação do mercado focada na preservação da concorrência foi estabelecida com intuito de assegurar um equilíbrio econômico à população.

Contudo, cabe trazer a abordagem dada pela escola de Harvard e aquela dada pela escola de Chicago à legislação antitruste. O estudo deste assunto mostra-se útil para a

⁷³ AMIN FERRAZ, Daniel. *La Concentracion Empresarial em El Comercio Internacional*. Servei de Publicacions, 2004 – Universitat de Valencia, Espanha.

⁷⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.Pg. 86.*

⁷⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.Pg. 85.*

delimitação das finalidades da Lei nº 8.884/94, e delimitação do tipo de concorrência que deverá ser protegida.⁷⁶

A finalidade da legislação antitruste pode ser melhor compreendida, a partir dos estudos relativos ao enfoque de interpretação da Legislação antitruste, com a determinação da espécie de concorrência que deve ser tutelada.

Escola de Harvard

De acordo com a Escola de Harvard, a defesa da concorrência deverá ser amplamente defendida, contudo, será aplicada com base na análise do mercado relevante, já que o estágio do setor, seu desempenho e suas especificidades seriam fatores determinantes para o desempenho da indústria.⁷⁷

Nesse sentido, busca-se a “*concorrência viável*”, para combater as excessivas concentrações empresariais no mercado econômico, de forma a evitar as deficiências que o desequilíbrio pode causar a determinado setor.⁷⁸

Escola de Chicago

Para a Escola de Chicago a defesa da concorrência é fator essencial para o equilíbrio do mercado. Contudo, este modelo “*defende a menor regulamentação estatal possível da economia, a fim de que a livre concorrência desenvolva-se livremente com mínima intervenção do estado*”.⁷⁹

A palavra de ordem é eficiência, entendida por Vicente Bagnoli como “*a habilidade de produzir a custos menores, não se confundindo com desenvolvimento tecnológico*”. Com a defesa da eficiência vem a defesa dos interesses dos consumidores, uma vez que esta hipótese

⁷⁶ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008. Pg.130.

⁷⁷ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008. Pg.132.

⁷⁸ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008. Pg.132.

⁷⁹ BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008. Pg.135.

baseia a obtenção do lucro na produção de baixo custo, porém em larga escala, portanto, diretamente vinculada as vendas e ao consumo.⁸⁰

1.2.2 O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O Decreto-Lei nº 7.666/45⁸¹ foi o primeiro documento normativo específico editado com a finalidade de combater condutas contrárias a ordem econômica nacional, e instituiu a Comissão Administrativa de Defesa Econômica C.A.D.E., a fim de dar cumprimento ao disposto no Decreto-Lei.⁸²

Porém, sua vigência não foi muito longa, já que pouco tempo depois surgiu o advento da Lei nº 4.137/62⁸³ e com ela a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE.⁸⁴ Entretanto, verifica-se que naquele momento a atuação do CADE era mínima, haja vista a conjuntura político-econômica vivenciada na época que impedia atuações enérgicas para a defesa da concorrência.⁸⁵

A realidade muda quando começa o processo de abertura econômica do mercado e com a privatização das empresas estatais⁸⁶, além do contexto de luta contra a inflação e a conseqüente implementação do Plano Real. É neste momento que se passa a privilegiar a defesa da concorrência, como forma de controle de qualidade de bens e serviços.⁸⁷

⁸⁰ FORGIONI, Paula A.. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Edição, 2008, pg.72. Pg. 169/170

⁸¹ Decreto-Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945. Segundo informações de Fernando Herren Aguillar, trata-se da "Lei Malao", primeiro documento legislativo que disciplinou a questão concorrencial sistematicamente.

⁸² AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 261.

⁸³ BRASIL. Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4137.htm

⁸⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 261.

⁸⁵ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs.157.

⁸⁶ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 156

⁸⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 261.

Consequentemente, a mudança de percepção leva à edição da Lei nº 8.137/90⁸⁸, que define crimes contra a ordem econômica, com a finalidade de reprimir as condutas anticoncorrenciais e punir sua prática.⁸⁹

Logo em seguida, houve a publicação da Lei nº 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia e dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A partir de então, surge o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico, todas trabalhando pela defesa da concorrência em território brasileiro.⁹⁰

Essa legislação solidificou os princípios norteadores da defesa da concorrência na sociedade brasileira. Fernando Herren Aguillar tece comentários oportunos acerca da legislação antitruste:

“A Lei 8.884 trata das questões concorrenciais em dois planos fundamentais: o controle da concentração empresarial (também chamado de controle estrutural) e o controle das condutas anticoncorrenciais (controle de conduta). Os órgãos que zelam pela competitividade do mercado que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), a SDE (Secretaria de Direito Econômico), a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e o CADE, contudo, têm desenvolvido nos últimos anos uma terceira atividade em conjunto, denominada Advocacia da ConcorrênciaI, procurando difundir a cultura da concorrência.”⁹¹

Portanto, de maneira geral, os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência trabalham para combater condutas anticompetitivas. A atuação desses órgãos é feita em três níveis: preventiva, repressiva e educativa.⁹²

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

⁸⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 259.

⁹⁰ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs.155.

⁹¹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 262.

⁹² AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 262.

A ação preventiva é realizada através de análises das operações de concentração e cooperação econômica a serem realizadas em até quinze dias úteis da notificação ao SBDC. A ação repressiva é realizada por meio da análise e punição de condutas anticompetitivas, prejudiciais a concorrência de mercado como o cartel, acordos de exclusividade, venda casada, etc... Já a ação educativa ocorre por meio da difusão cultural da preservação da concorrência no seio da população brasileira, e é realizada por meio de palestra, seminários, cursos e matérias elaboradas pelo SBDC.⁹³

1.2.2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi criado pela Lei nº 4.137/62 e transformado em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, por força da Lei nº 8.884/94.⁹⁴

Sua atuação, em conjunto com a Secretária de Defesa Econômica (SDE/MJ) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF), forma o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).⁹⁵

A estrutura do Conselho consiste em um Plenário composto por um presidente, auxiliado por um serviço de auditoria e por um assistente internacional, além dos seis conselheiros.⁹⁶

Os conselheiros são escolhidos entre cidadãos com mais de 30 anos de idade, com notório saber jurídico e econômico, indicados pelo Presidente da República, mas que devem ser sabatinados e aprovados pelo Senado Federal, para exercer um mandato de dois anos, com a possibilidade de uma recondução, por igual período.⁹⁷

⁹³ Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMID93CB9DC8FB9749C0A37A5CF01048F541PTBRNN.htm> Acesso em: 26/05/2011.

⁹⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 261.

⁹⁵ Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRNN.htm> Acesso em: 26/05/2011.

⁹⁶ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 157

⁹⁷ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 157

Ressalta-se que o presidente do CADE e os conselheiros só podem ser destituídos em condições extremas. Essa regra fornece autonomia aos membros do Plenário do CADE, atribuindo-lhes caráter de estabilidade, fundamental para assegurar a tutela dos direitos difusos da concorrência de forma técnica e, principalmente, imparcial.⁹⁸

O Procurador-Geral do CADE, bem como acontece com seus Conselheiros, também é indicado pelo Presidente da República e sabatinado e aprovado pelo Senado Federal para um mandato de dois anos, renovável uma única vez pelo mesmo período.⁹⁹

A Procuradoria, vinculada ao CADE, exerce funções consultivas, na medida em que é responsável por elaborar pareceres sobre atos relacionados à atividade administrativa, bem como à atividade judicante exercida pelo CADE, além da função contenciosa, haja vista representaram o CADE perante o Poder Judiciário, postulando na defesa dos interesses da autarquia em juízo.¹⁰⁰

Ademais, exercem o acompanhamento administrativo (extrajudicial) do cumprimento das decisões proferidas pelo Plenário do CADE, do cumprimento dos termos de compromisso de cessação (TCC) e do cumprimento dos termos de compromisso de desempenho (TCD), sem esquecer-se de apurar a certeza, liquidez e exigibilidade dos créditos da autarquia, a inscrição de tais créditos em dívida ativa e o recolhimento de valores aos cofres públicos.¹⁰¹

As competências atribuídas ao CADE estão dispostas pelo art. 7º, da Lei nº 8.884/94, com a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e da repressão a tais abusos.

Após a investigação de possíveis atos ilícitos concorrenciais, e da instrução dos processos administrativos, por parte das secretarias integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, compete ao CADE o julgamento dos processos, haja vista ser a

⁹⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5bdb5ca46ba96ac096ba> Acesso em: 26/05/2011.

⁹⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5bdb5ca46ba96ac096ba> Acesso em: 26/05/2011.

¹⁰⁰ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 157/158.

¹⁰¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?340717e232e73cc752ff58ed7a> Acesso em: 26/05/2011.

última instância da esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial.¹⁰²

1.2.2.2 Secretaria de Direito Econômico

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado de Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.¹⁰³

Através de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, esta secretaria instrui processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas e atos de concentração, enviando seus pareceres, não vinculativos, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.¹⁰⁴

Entretanto, suas atribuições não se restringem à instrução de processos, ao passo que, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), é responsável por coordenar a Política Nacional de Defesa do Consumidor.¹⁰⁵

Por fim, cabe trazer a finalidade da Secretaria nos termos em que a definem, elaborado pelo próprio Ministério da Justiça, cujo texto encontra-se disponível em seu site:

“Por fim, a SDE funciona como Secretaria Executiva do Conselho Gestor do Fundo de Direitos Difusos, que tem por finalidade a aprovação de projetos destinados a reparar direitos difusos lesados (tais como meio ambiente e consumidor). As multas recolhidas decorrentes de condenações por práticas anticompetitivas e contribuições pecuniárias previstas em Termos de Compromisso de Cessação são destinadas ao Fundo de Direitos Difusos.”¹⁰⁶

¹⁰² Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?99999b64a867a981d6> Acesso em: 26/05/2011.

¹⁰³ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 159.

¹⁰⁴ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 159/160.

¹⁰⁵ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 159/160..

¹⁰⁶ Ministério da Justiça. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ29715BC8ITEMID0F5EF400563947618EAC3AB808F0E851PTBRN.N.htm> Acesso em: 26/05/2011.

1.2.2.3 Secretaria de Acompanhamento Econômico

A Secretaria de Acompanhamento Econômico é órgão diretamente vinculado ao Ministério da Fazenda integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Sua atuação, com fulcro na promoção e defesa da concorrência, é delimitada pela Portaria nº 386/09, que aprova o seu Regimento Interno, exarada pelo Ministro da Fazenda.¹⁰⁷

Para Vicente Bagnoli a atuação da Secretaria de Acompanhamento Econômico divide-se em três esferas: I. Promoção e Defesa da Concorrência; II. Regulação Econômica e III. Acompanhamento de mercados. Ainda com base no mesmo autor, a função conjunta entre SDE e o CADE subdivide-se no I. Controle de estruturas de mercado, apreciando fusões aquisições de empresas; II. Controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais.¹⁰⁸

Por fim, cumpre verificar que, na prática, conforme ressaltado por Kelly Rodrigues, os atos de concentração econômica devem ser apresentados em três vias perante SDE, que envia uma via ao CADE e outra a SEAE. Recebida a documentação da SDE, a SEAE possui 30 (trinta) dias para emitir parecer sobre os aspectos econômicos do ato, ficando interrompida a contagem do prazo sempre que as empresas forem notificadas a apresentarem algum documento ou informação relativa ao ato, permanecendo suspenso até apresentação de resposta.¹⁰⁹

Destaca-se que nos atos que envolvam mercado de telecomunicações, a instrução dos processos fica a cargo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que em semelhança com o trabalho elaborado pelas secretarias, emite parecer referente ao caso e o envia ao CADE para que o Conselho delibere sobre a legalidade do ato. Neste sentido a Lei 9.472/97¹¹⁰ transfere à ANATEL a competência originária da SDE e da SEAE, sem, contudo,

¹⁰⁷ Ministério da Fazenda. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/organizacao Acesso em: 26/05/2011.

¹⁰⁸ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs.160.

¹⁰⁹ RODRIGUES DOS SANTOS, Kelly. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Regulação no Sistema Financeiro Nacional - O conflito de competência entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil para processar e julgar atos de concentração envolvendo Instituições Financeiras. Orientador, Marlon Tomazatte 2003.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm

determinar sua exclusividade, o que pressupõe a competência residual dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Concorrência para instrução do caso.

1.2.2.4 Projeto de Lei 3.937/2004: “Super CADE”

Após toda a explanação a respeito da estrutura e função do Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência, cabe destaque ao Projeto de Lei ° 3937/2004 que modifica a legislação antitruste brasileira nº 8.884/94 e a Lei nº 8.137/90. Este projeto já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e atualmente apenas aguarda a sanção da Presidenta Dilma Rouseff.¹¹¹

Pela redação final do projeto, nota-se alterações na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a exclusão da Secretária de Direito Econômico. De acordo com o art. 3º do PL 3937/2004 o SBDC passaria a ter nova composição:

Art. 3º “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei”.

Caso haja a sanção presidencial, haverá alterações na estrutura do CADE, que será assim composta:

*Art. 5º “O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:
I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
II - Superintendência-Geral; e
III - Departamento de Estudos Econômicos.”*

Consequentemente, o trâmite dos processos administrativos também será alterado, além de prazos e análise dos atos de concentração de empresas que apenas poderão ser concretizadas após a análise do CADE.

A imprensa tem publicado sobre a insatisfação dos agentes econômicos, haja vista o estabelecimento de multas altas, como forma de punição aos cartéis.¹¹²

¹¹¹ Câmara dos Deputados. Trâmite do PL 3937/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404> Acessado em: 11/10/2011

1. ¹¹² BASILE, Juliano. Alteração na lei do Super Cade põe multa máxima a cartéis em dúvida. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/1042360/alteracao-na-lei-do-super-cade-poe-multa-maxima-carteis-em-duvida> . Acesso em 11/10/2011.

Cumpra informar que no texto final do PL 3937/2004 existe previsão legislativa para cooperação de agências reguladoras, disposta pelo art. 9º, *in verbis*:

§ 3º “As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.”

Contudo, para este estudo cabe ressaltar que não há qualquer inovação distinta das disposições anteriores, previstas pela Lei nº 8.884/94 a alterar ou extinguir o conflito de competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos de concentração de instituições financeiras.

1.2.3 Fundamentos do Direito da Concorrência

O Direito da concorrência, vertente do direito econômico, é balizado pelos efeitos da defesa da concorrência que provocam uma maior variedade de produtos e o aprimoramento na qualidade dos mesmos, o que contribui diretamente para a redução dos preços.¹¹³

Proteção ao modo de produção capitalista

Para Carlos Jacques Vieira Gomes a legislação antitruste não está voltada para a proteção da livre concorrência nem da livre iniciativa. Estes são apenas institutos basilares do Direito Antitruste que, em realidade, “*visa defender não a liberdade dos indivíduos, mas tão somente o modo de produção capitalista*”.¹¹⁴

Nesse sentido, Carlos Jacques Vieira Gomes baseado em Eros Grau, fundamenta que a proteção da livre iniciativa e da concorrência leva à hegemonia de monopólios e oligopólios, tendo em vista que preservam a estrutura concentrada, “*protegendo*” o mercado dos aspectos negativos da livre concorrência.¹¹⁵

¹¹³ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 128.

¹¹⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg. 186.

¹¹⁵ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg. 186/187.

Ainda assim, tal matéria tem por escopo assegurar a tutela da I. Livre concorrência; II. Livre Iniciativa; III. Proteção do consumidor e IV. Eficiência econômica e IV. Tutela às empresas de pequeno porte.¹¹⁶

Tutela da Livre Concorrência e da Livre Iniciativa

O princípio da livre concorrência em conjunto com o princípio da livre iniciativa, afirmam a constitucionalização do capitalismo na ordem jurídica e econômica brasileira.¹¹⁷

No entanto, é necessário ter clara a distinção existente entre ambos os institutos, já que a livre iniciativa permite o livre ingresso na atividade empreendedora, enquanto que a livre concorrência exerce um limite natural a este direito, de forma a preservar o sistema de mercado e proteger o sistema econômico capitalista de suas próprias tendências monopolísticas.¹¹⁸

A tutela da concorrência faz-se essencial ao democrático desenvolvimento social e econômico da nação, isso porque, prioriza a competição, valorizando os preços mais atrativos para o mercado consumidor, de forma a alcançar um equilíbrio entre grandes grupos e pequenas empresas.¹¹⁹

A livre iniciativa é um dos princípios basilares da economia brasileira. Este princípio guarda a função de assegurar a autonomia empreendedora do homem na formação da atividade econômica sem interferência estatal, apenas com as restrições previstas em lei.¹²⁰ Tal fato valoriza o trabalho humano e demonstra que a estrutura da ordem esta focada na atividade de particulares e não do Estado.¹²¹

¹¹⁶ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste* – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004.

¹¹⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional* – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 257.

¹¹⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional* – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 257

¹¹⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco, *Direito Econômico* – Rio de Janeiro : Forense, 2007. Pg. 128/129.

¹²⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional* – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 257

¹²¹ ROBERTO GRAU, Eros, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008. Pg. 198/199.

Tutela do Consumidor

A previsão de proteção ao consumidor decorre das disparidades inerentes às relações de natureza desigual, vertical, nas quais não haja equidade para justa negociação.

Essa proteção advém não só de razões econômicas na busca pelo equilíbrio através da defesa da concorrência, mas também por razões de ordem política¹²², já que, o mercado econômico, por suas características essencialmente concentracionistas, exige a defesa da concorrência, tendo em vista que tal tendência afeta o mercado consumidor, uma vez que quanto mais concentrado o mercado, menor a concorrência e, conseqüentemente, menos competitivos serão os preços praticados, hipótese totalmente prejudicial ao consumidor.¹²³

Para Carlos Jacques Vieira Gomes:

“Pode-se afirmar que o direito antitruste possui como escopo a tutela indireta do consumidor, quando atua em prol da livre iniciativa, da concorrência efetiva e da eficiência econômica, mas também adota o escopo de tutela direta do consumidor, nas hipóteses em que o controle (preventivo ou repressivo) do exercício abusivo do poder econômico for utilizado para coibir práticas comerciais que sejam indiferentes (ou mesmo) salutares do ponto de vista da tutela à livre iniciativa, à concorrência e à eficiência econômica, mas lesivas ao consumidor, tais como a imposição de preços ou lucros excessivos, a redução do horário de comércio e a não-distribuição equitativa entre consumidores e produtores dos benefícios gerados pela eficiência econômica.”

Tutela da Eficiência Econômica

A eficiência econômica é formada pela eficiência alocativa e eficiência produtiva, que representam respectivamente a exata quantidade de produtos e serviços disponibilizados de acordo com a necessidade do mercado, e a melhor forma produção (qualidade, quantidade e melhor preço), como resultado do mínimo custo possível a ser empreendido.¹²⁴

Carlos Vieira Gomes estabelece limites para a tutela da eficiência:

¹²² GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg.208

¹²³ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 128.

¹²⁴ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg. 192/193.

“a) tutela da eficiência econômica apenas será considerada como meio de se compensar as perdas concorrenciais se a concentração proposta constitui a única forma hábil (isto é, a forma menos custosa para a concorrência) a se obtê-la;
b) a eficiência econômica, ainda que expressiva, não poderá ser utilizada como meio de se compensar a eliminação de parte substancial do nível de concorrência existente no mercado relevante considerado, em atenção ao escopo de tutela da concorrência praticável;
c) não se acolhe a eficiência econômica alegada se os ganhos gerados não forem equitativamente distribuídos com os consumidores.”¹²⁵

A repressão do abuso do poder econômico fundamenta-se pela mesma linha de raciocínio já exposta, para controlar o mercado econômico afastando-o de sua tendência autodestrutiva, o que afeta diretamente os demais princípios já delimitados.

Conclui-se que todos estes aspectos protegidos pela legislação antitruste têm a finalidade de preservar as estruturas preestabelecidas do mercado, preservando o modelo capitalista adotado pela ordem jurídica e econômica brasileira, contudo, por força da Constituição Federal de 1988 devem observar os princípios da existência digna e da valorização do trabalho humano

1.2.4 Condutas Reprováveis

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atua, por meio do CADE, da SDE e SAE, pela promoção de uma economia competitiva, através da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo sua atuação orientada pela Lei nº 8.884/94.

As condutas combatidas pelo SBDC também estão discriminadas na Lei nº 8.884/94, no art. 20, que determina que quaisquer atos podem constituir infração da ordem econômica, independentemente de culpa, ainda que sob qualquer forma manifestados, desde que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos:

Art. 20. “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

¹²⁵ GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. *Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste* – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004. Pg. 207.

- I. *Prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;*
- II. *Dominar mercado relevante de bens ou serviços;*
- III. *Aumentar arbitrariamente os lucros;*
- IV. *Exercer de forma abusiva posição dominante.”*

Pelo referido dispositivo normativo, pode-se perceber que o Brasil optou por combater não apenas as condutas com a finalidade anticoncorrencial, mas também aquelas em que mesmo ausente a finalidade anticoncorrencial, incorrem em praticas cujos efeitos são ou possam ser prejudiciais à concorrencial.¹²⁶

Nesse sentido, a Lei 8.884/94 adotou uma hipótese de solução ampla para definir atos anticoncorrenciais e reprimi-los, definição bem mais elástica do que aquela prevista pela Constituição Federal.¹²⁷ Assim, no art. 21 da Lei Antitruste apresenta-se um rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais, que, contudo, não é exaustivo, já que preserva a possibilidade de demais condutas não previstas configurarem quaisquer das hipóteses do art. 20 da Lei nº 8.884/94.¹²⁸

Mesmo assim, fica ressalvada a conquista de mercado decorrente de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores, conforme dispõe o art. 20, § 1º da Lei 8.884/94.

Ademais, o que se pretende combater são condutas anticompetitivas e restritivas horizontais e verticais. São consideradas como práticas horizontais aquelas que tentam restringir a competição econômica no mercado entre os concorrentes. No entanto, por atos restritivos verticais entende-se quaisquer atos impostos por produtores ou fornecedores de bens e serviços dentro da cadeia de produção e consumo que atinjam não só o mercado de origem, como também o mercado alvo que necessita daquele produto ou serviço realizado para obtenção de sua matéria prima final.¹²⁹

¹²⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 262.

¹²⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 262.

¹²⁸ BAGNOLI, Vicente: Direito Econômico, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2008. Pgs. 128.

¹²⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009. Pg. 268/269.

Em que pese essa classificação das condutas anticoncorrenciais, o que se pretende combater, basicamente, é a prática de exclusão de concorrentes, a ser realizada pela predação ou negociação compulsória, e a prática de colusão seja ela vertical ou horizontal.

Calixto Salomão Filho manifesta-se a respeito da prática de predação da seguinte maneira:

“O termo predação é denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se de ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado , esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido.”¹³⁰

Os casos mais recorrentes identificados como espécies de predação são a prática de preços predatórios e a predação através de inovações tecnológicas.¹³¹

Os preços predatórios tipificados pela lei se configuram quando há redução brusca de preços, desproporcional ao custo de produção do produto, exercidos com intuito de eliminação dos concorrentes, de forma contrária aos princípios basilares de proteção à concorrência e à ordem econômica. Ao contrário, os preços promocionais, abaixo do normalmente anunciado pelos demais concorrentes, dentro dos parâmetros do bom senso, praticados em função de estratégia mais eficiente de mercado não são proibidos.¹³²

No tocante à predação tecnológica, cabe esclarecer que ocorrerá *“toda vez que houver investimento substancial em qualidade do produto sem que se possa ou se queira substancial em qualidade do produto sem que se possa ou se queira transportar o valor desse investimento para o preço, o efeito líquido pode ser semelhante ao da redução injustificada de preço”*¹³³.

Outrossim, a proposital incompatibilidade de sistemas também é reconhecida como predação tecnológica, uma vez que a criação de novos sistemas, serviços e produtos, em função de um tido avanço, inibe, veda a utilização de produtos ou sistemas diversos, atingindo

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 159

¹³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 159/160

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 158/179.

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 185.

diretamente os interesses do consumidor final, e o sistema de concorrência leal, fato muito comum no mercado de softwares.¹³⁴

Outra forma tendente à exclusão de concorrente do mercado é a negociação compulsória. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho esclarece que o fator determinante para a repressão do ato é a compulsoriedade, que consiste no abuso de posição de uma das partes contratantes para definir os termos do ato a ser realizado, sem que haja outra alternativa viável a outra parte.¹³⁵

São classificadas como negociação compulsória aquela negociação marcada pela dependência absoluta ou relativa, o abuso de posição dominante ou ato tendente à dominação do mercado, a venda casada, negociação recíproca, recusa de contratar, exclusividade. Devido ao extenso rol, serão estudadas, em espécie, apenas algumas hipóteses.¹³⁶

Para configuração do abuso de posição dominante, possibilidade de cobrar preços de monopólio, faz-se necessária a produção de lucro de monopólio ou abusivo. Quanto ao ato tendente à dominação de mercado o resultado lucro é desnecessário, ao passo que existe uma coerção do consumidor ou do agente econômico em situação de dependência a adquirir o produto, e, com isso, eliminar os concorrentes do mercado, dominando-o.¹³⁷

A venda casada consiste em subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem. O elemento essencial para sua caracterização consiste na coerção econômica e na ausência de naturalidade, isto é, o preço dos produtos vendidos de forma separada torna-se exorbitante, o que, de certa forma, obriga o consumidor a comprar os produtos em conjunto.¹³⁸

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 185.

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 198.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007,

¹³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 223.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 224/230.

Por força do princípio da livre iniciativa e da função social da propriedade, a recusa de contratar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais, ocorrerá caso seja feita de forma injustificada, ferindo diretamente o princípio da concorrência.¹³⁹

A exclusividade ocorre quando o agente impede o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição, inserindo no contrato mercantil cláusula de exclusividade. Este ato fere o princípio da livre concorrência, livre iniciativa e põe em risco a eficiência econômica, desequilibrando o mercado.¹⁴⁰

Por fim, a última espécie de conduta repreendida pelo Direito da Concorrência é a colusão. Este ato consiste no acordo firmado entre concorrentes ou entre membros da cadeia produtiva.¹⁴¹

A colusão horizontal afigura-se por um acordo entre agentes econômicos que atuam na mesma linha de comércio ou da cadeia produtiva, sobre qualidade, quantidade e mercado, sendo que pode ocorrer de forma expressa, através do cartel, ou de forma tácita por um comportamento paralelo intencional, ambas as formas são classificadas como ilícitas.¹⁴²

Por outro lado, a colusão vertical é resultante de acordos entre agentes econômicos que atuam em diferentes níveis da cadeia de produção cujos mercados são diversos, mas estão intimamente relacionados. Trata-se de produtores, distribuidores, ou fornecedores, firmando acordos restritivos, com a finalidade de extinguir ou minorar custos do produto, trazendo privilégios para determinado agente, em detrimento de seus concorrentes.¹⁴³

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 233/235.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 247/260.

¹⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Condutas. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, Pg. 260.

¹⁴² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel : teoria unificada da colusão / Ivo Teixeira Gico Junior. – São Paulo : Lex Editora, 2006. Pg 178/186.

¹⁴³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel : teoria unificada da colusão / Ivo Teixeira Gico Junior. – São Paulo : Lex Editora, 2006. Pg 178/186.

1. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O presente capítulo abordará o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, sua origem, estrutura, composição e objetivos, a fim de esclarecer as especificidades do cenário no qual ocorre o conflito positivo de competência entre CADE e BACEN para autorização de atos de concentração bancária.

Nesse sentido, cumpre verificar que a organização do Sistema Financeiro Nacional adveio da Lei nº 4.595/64, esclarecendo-se que, em momento anterior, não houve o estabelecimento de elementos normativos interconectados, suficientes a formar um todo organizado, havendo apenas leis esparsas, regulando áreas específicas.¹⁴⁴

Na ordem cronológica dos fatos, verifica-se a edição, em 1921, do decreto nº 14.728, que, de forma inédita, regulamentou a fiscalização dos bancos e casas bancárias brasileiras, com a normatização do serviço de fiscalização das operações cambiais e bancárias. Posteriormente, o Decreto nº 14.728/21 foi sucedido pelo Decreto-Lei nº 7.923/45, que institui a Superintendência da Moeda e do Crédito - SUMOC, substituído pelo Decreto-Lei nº 9.140/46.¹⁴⁵

Já em outro momento, consta a edição da Lei nº 4.357/64¹⁴⁶ que instituiu a necessidade de correção monetária, criando normas para indexação de débitos fiscais, diante do cenário econômico de alta inflação. A seguir, foi editada a Lei nº 4.380/64¹⁴⁷, referente ao plano nacional de habitação, que criou vários postos de trabalho na construção civil ao viabilizar a concessão de crédito para construção de casas populares, obras de saneamento e infraestrutura urbana.¹⁴⁸

¹⁴⁴ FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005. Pg. 15

¹⁴⁵ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 69/70

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 4.357 de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4357.htm

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm

¹⁴⁸ FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005. Pg. 15/16

Posteriormente, foi editada a Lei nº 4.595/64 que trouxe a reforma do Sistema Financeiro Nacional, estruturando-o de uma forma nunca antes vista, que além de dispor sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias transformou a SUMOC em autarquia federal sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, na sequência, foram editadas as Leis nº 4.728/65¹⁴⁹ e 6.385/76¹⁵⁰ que disciplinaram, respectivamente, o mercado de capitais e instituiu a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.¹⁵¹

A ordem financeira atual foi estabelecida pela promulgação da atual Constituição Federal da República de 1988, da qual pode-se extrair dois grandes subsistemas dentro do tema Sistema Financeiro Nacional, sendo um tratado pelo Título VI, Capítulo II – Das Finanças Públicas, que trata da administração do orçamento, despesas e receitas do poder público, sendo eminentemente técnico, funcionando como uma espécie de manual ao governante, e o outro subsistema previsto pelo art. 192, inerentemente destinado ao setor privado.¹⁵²

O Sistema Financeiro Nacional pode ser considerado como um todo, formado por um conjunto de instituições, órgãos e normas organizadas com o escopo de regulação da atividade financeira exercida tanto por particulares como pela própria administração. Essa organização foi estabelecida a partir da necessidade de regulação mínima do Estado na esfera financeira com o fito de atingir um equilíbrio de mercado, provendo o desenvolvimento econômico e social do país, servindo aos interesses da coletividade em todas as searas que o compõem¹⁵³, à luz da política econômica financeira e monetária adotada pelo governo federal.

A atividade financeira disciplinada por esta organização especial, que é o Sistema Financeiro Nacional, pode ser considerada, de acordo com a Lei nº 4.595/64, como a coleta,

¹⁴⁹BRASIL. Lei nº 4.728/65 de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Brasília 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm

¹⁵⁰BRASIL. Lei nº 6.385/76 de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385original.htm

¹⁵¹FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005. Pg. 15-16

¹⁵²JANTALIA, Fabiano. Sistema A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional / Organizador Fabiano Jantalia – Rio de Janeiro : Editora Lumen Jurris, 2009.

¹⁵³ Art. 192 da Constituição Federal: “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”.

intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou arrecadados de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Por outro lado, sob a perspectiva da atuação estatal, Ricardo Lobo Torres conceitua atividade financeira como o “conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas.”¹⁵⁴

Essas atividades divergem das demais atividades econômicas, em razão de seu objeto ser, basicamente, o crédito, a moeda, a guarda de valores e a prestação de serviços nessa seara. Para José Afonso da Silva, as instituições financeiras seriam uma espécie *sui generis* das instituições econômicas, porque combinam fatores de produção por elas adquiridos para produzir bens que procuram vender com lucro, sem poder ser classificadas no campo da produção, nem no do consumo, nem no da circulação de bens.¹⁵⁵

As especificidades nas quais estão balizadas estas atividades ensejaram tratamento diferenciado pelo constituinte originário, que reservou um capítulo específico para o Sistema Financeiro Nacional, dentro do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, impondo, ainda, tratamento legislativo diferenciado ao estabelecer a necessidade de edição de Lei Complementar para regulação do tema, além de restringir a competência legislativa privativa da União e não concorrente como ocorre no âmbito meramente econômico.¹⁵⁶

2.1 Da composição do Sistema Financeiro Nacional

A Lei nº 4.595/64 estabelece que o Sistema Financeiro Nacional é composto pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social, e das demais instituições financeiras públicas e privadas.

Esses órgãos e instituições subdividem-se de acordo com suas funções, formando um subsistema normativo, cuja atividade precípua é regular a política monetária e estabelecer normas para fiscalizar o sistema, e outro subsistema de intermediação, que se atem à atividade

¹⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário / Ricardo Lobo Torres, - 11ª Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003. – Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

¹⁵⁵ AFONSO DA SILVA, JOSÉ. Parecer emitido nos autos do Resp. nº 1.094.218/DF

¹⁵⁶ AFONSO DA SILVA, JOSÉ. Parecer emitido nos autos do Resp. nº 1.094.218/DF

de coleta, operacionalização ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos integrantes do subsistema anterior.¹⁵⁷

2.1.1 Conselho Monetário Nacional

O Conselho Monetário Nacional é um dos órgãos integrantes do Sistema Financeiro Nacional de maior vulto e relevância para a determinação da política econômica a ser delineada por cada governo durante seu mandato.

Este órgão foi instituído pela Lei nº 4.595/64 em substituição ao antigo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, com a finalidade de estabelecer as diretrizes da política monetária, de crédito e fiscal a ser adotada pelo país, sempre objetivando o progresso econômico.¹⁵⁸

De acordo com o art. 6º da Lei nº 4.595/64, o conselho é integrado pelos seguintes membros: I. Ministro da Fazenda que será o Presidente; II. Presidente do Banco do Brasil S. A.; III. Presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; IV. Sete membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete anos, permitida a recondução.

2.1.2 Banco do Brasil

O Banco do Brasil é umas das instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, mais tradicionais do país. Anteriormente acumulava a função típica de autoridade monetária, que lhe permitia a emissão de moeda, viabilizada pelo acesso a conta movimento do tesouro nacional, cujo privilégio foi revogado por decisão do Conselho Monetário Nacional a fim de preservar a igualdade de condições para competição no setor financeiro, preservando apenas a função de agente financeiro do Governo Federal.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 80

¹⁵⁸ FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005. Pg. 19

¹⁵⁹ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 86

Atualmente, o Banco do Brasil é instituição financeira organizada como sociedade anônima, constituída sob a forma de sociedade de economia mista, o que significa que é formado por capital privado e público. Ao contrário do que ocorre com as instituições financeiras privadas, o banco acumula funções como: I. Agente financeiro do Tesouro Nacional; II. Banco Comercial; III. Banco de Investimento e Desenvolvimento.¹⁶⁰

Quando atua como agente financeiro do Tesouro Nacional, tal condição lhe permite, nesse caráter, receber crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes de arrecadação de tributos ou rendas federais e o produto das operações de crédito da União por antecipação da receita orçamentária, realizar os pagamentos constantes e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, de acordo com as autorizações que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda, as quais não poderão exceder o montante global dos recursos a que se refere a letra anterior, vedada a concessão, pelo Banco, de créditos de qualquer natureza ao Tesouro Nacional; conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal; adquirir e financiar estoques de produção exportável; executar a política de preços mínimos dos produtos agropastoris; ser agente pagador e recebedor fora do País; executar o serviço da dívida pública consolidada.¹⁶¹

Como banco comercial, o Banco de Brasil exerce atividade empresarial eminentemente bancária, conforme ocorre com as demais instituições financeiras privadas, consistente na coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.¹⁶²

A forma de atuação mais social está na função de banco de investimento e desenvolvimento, que representa a intervenção estatal direta no mercado econômico financeiro, determinado pela atuação do Estado como empresário, de forma a fomentar a economia em diferentes áreas e regiões, atendendo às necessidades creditícias, de acordo com a política monetária e econômica adotada pelo governo federal.¹⁶³

As atividades bancárias exercidas pelo Banco do Brasil S.A não se limitam aquelas exercidas por qualquer outra instituição financeira privada, ultrapassam esse rol, uma vez que

¹⁶⁰ Classificação dada por Alexandre Assf Neto em Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 86

¹⁶¹ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 86

¹⁶² ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 86

¹⁶³ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 86

o banco é utilizado como instrumento de intervenção estatal na economia, ou seja, cada prática ali exercida é constituída por uma razão maior e mais altruísta do que somente o desejo ávido por lucro, que move a iniciativa privada.

Cada financiamento concedido segue a linha de uma política econômica, monetária e fiscal que delinea novos ramos de determinadas atividades. Pode ser considerado como importante ferramenta do governo na condução de sua diretriz e linhas de crédito concedidas aos diversos setores da economia, de forma a fomentar agronegócios, por exemplo. Contudo, todo este investimento, ainda que com apoio estatal pode amargar prejuízos de créditos que nem sempre retornarão à empresa.¹⁶⁴

2.1.3 Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social

Outro órgão integrante do Sistema Financeiro Nacional é o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social, popularmente conhecido por BNDES.

A instituição foi constituída sob a forma de empresa pública, vinculada ao Ministério do Planejamento, sendo considerado como principal instrumento de execução de política de investimentos do Governo Federal, nos termos do art. 23 da Lei nº 4.595/64.

Atualmente, é considerado como o principal banco público utilizado para fomentar a economia, tendo em vista o apoio empreendido a diversos ramos do mercado como à agricultura, indústria, infraestrutura, comércio e serviços, oferecendo condições especiais para micro, pequenas e médias empresas, por meio de financiamentos a projetos de investimentos, aquisição de equipamentos e exportação de bens e serviços, concedidos à taxas mais favoráveis aquelas cobradas pelas instituições de mercado.¹⁶⁵

Como os demais órgãos citados, o BNDES atua com a finalidade de assegurar o desenvolvimento econômico, social e cultural do Brasil, enrijecendo a estrutura de capital das empresas privadas, o que gera a circulação de riquezas, assegura a criação de novos postos de trabalho e, conseqüentemente, traz uma melhor qualidade de vida para os cidadãos brasileiros.

¹⁶⁴ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 79

¹⁶⁵ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 57/81

2.1.4 Instituições Financeiras Públicas e Privadas

As instituições financeiras públicas e privadas compõem o Sistema Financeiro Nacional, exercendo atividade de intermediação financeira, cujo trabalho está diretamente associado ao consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica.

Para expor considerações acerca das instituições de Direito Público e Direito Privado, faz-se necessário delimitar o conceito de instituição financeira, qualificando os requisitos para obter tal classificação, o que é indispensável ao cerne do problema, já que delimita nosso objeto de estudo.

Nesse passo, à luz do art. 17 da Lei nº 4.595/64, as instituições financeiras determinam-se por sua atividade precipuamente bancária de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Contudo, de acordo com Alexandre Assaf Neto, as instituições financeiras subdividem-se em dois grandes grupos, as instituições financeiras monetárias ou bancárias e as não bancárias ou não monetárias e, assim o são, pois:

“As instituições financeiras conhecidas por bancárias são aquelas a quem se permite a criação de moeda por meio do recebimento de depósitos a vista (moeda escritural). Operam basicamente com ativos financeiros monetários que representam os meios de pagamento da economia (dinheiro em poder do público mais depósitos a vista em bancos). Essas instituições são representadas fundamentalmente pelos bancos comerciais e múltiplos. As instituições financeiras não bancárias, ao contrário, não estão legalmente autorizadas a receber depósitos a vista, inexistindo, portanto, a faculdade de criação de moeda. Essas instituições trabalham basicamente com ativos bancários, debêntures etc. e são constituídas por praticamente todas as instituições financeiras que operam no mercado financeiro, exceto bancos comerciais múltiplos. Exemplos de instituições não bancárias: sociedades corretoras, bancos de investimento, sociedades financeiras, sociedades de arrendamento mercantil, etc.”¹⁶⁶

No entanto, para Eduardo Fortuna a classificação dada às instituições financeiras é outra, subdividindo-se em intermediários financeiros e as instituições auxiliares. Para o autor, a principal diferença entre as espécies é o fato de uma poder emitir seus próprios passivos e a

¹⁶⁶ ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pg. 80

outra não, além disso, as intermediárias financeiras podem captar recursos diretamente do público, assumindo responsabilidade e iniciativa própria. Já as instituições auxiliares trabalham para conectar poupadores e investidores, facilitando o acesso entre eles e ao crédito, fomentando a circulação do dinheiro¹⁶⁷.

As atividades praticadas por instituições financeiras podem ser exercidas por pessoas jurídicas de Direito público ou privado, reservado, às pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas, o direito a equiparação às instituições financeiras, independente de a atividade ser exercida de forma permanente ou eventual, conforme o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 4.595/64.

As instituições financeiras de direito público podem ser consideradas como instrumentos do governo na atuação creditícia da política monetária, sendo mantidas, basicamente, por verbas estatais, sejam elas estaduais ou federais. Já as instituições financeiras privadas são empresas constituídas na forma de sociedades anônimas e exercem uma atividade econômica restrita ao aspecto financeiro, com atuação na concessão de crédito, captação de verbas e demais atividades bancárias.¹⁶⁸

No tocante às instituições financeiras de origem estrangeira, estas somente poderão funcionar no país com autorização prévia do BACEN ou por decreto do Poder Executivo, representando a anuência da República, por força do art. 18 da Lei 4.595/64.

2.1.5 Banco Central

Por fim, cabe trazer as características de outro agente importante para o presente estudo, o Banco Central da República do Brasil. Em realidade, o Banco Central constitui a transformação em autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda da Superintendência da Moeda do Crédito, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, por força do art. 8º, da Lei nº 4.595/64.

¹⁶⁷ FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005. Pg. 17

¹⁶⁸ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 80/81.

As operações do Banco Central estão restritas às instituições financeiras públicas e privadas, existindo vedação legal expressa de operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, mormente pessoas físicas, salvo aquelas expressamente autorizadas por lei, o que faz a instituição ser considerada como uma espécie de “banco dos bancos”.¹⁶⁹

Suas funções estão elencadas, basicamente, nos arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595/64, e, de forma sintética, constitui em cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Dentre as competências atribuídas ao Banco Central, a Lei nº 4.595/64 em seu art. 18, § 2º expressamente estabelece que “*O Banco Central da Republica do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei*”, o que reafirma o conflito de competência ora estudado.

Outro ponto bastante peculiar na atuação do Banco Central está no seu caráter autônomo frente aos demais entes estatais, ao passo que suas decisões são tomadas independentemente de outros órgãos. Contudo, evidente que as decisões consistentes em estabelecer taxas de juros ou, por exemplo, liberar moeda estrangeira para o mercado, estão intimamente ligadas à finalidade do desenvolvimento econômico e social bem sucedidos, de forma a tentar estabelecer o máximo de estabilidade possível em nosso mercado interno, cada vez mais independente das oscilações do mercado internacional.¹⁷⁰

¹⁶⁹ ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 74/77

¹⁷⁰ BANCO CENTRAL, Autoridade Política e Democratização: um equilíbrio delicado / Organizadores Lourdes Sola, Eduardo Kulgemas, Laurence Whitehead. – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2002. Pg. 111/255.

3. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BACEN

3.1 Contextualização Histórica

Neste capítulo, abordar-se-á o decorrer dos fatos que fizeram com que atentássemos para a existência do conflito de competência entre o CADE e BACEN para autorização de atos de concentração de instituições financeiras, elencando as hipóteses de soluções para o conflito e suas respectivas fundamentações legais.

O impasse referente à competência para deliberação de quaisquer atos que venham a resultar em concentração de instituições financeiras sejam estes fusões, transformações, aquisições ou incorporações, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, surgiu a partir dos anos 90, quando a Lei antitruste nº 8.884/94 entrou em vigor, disciplinando a conversão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia federal e aumentando a expressão do órgão já existente diante de uma realidade altamente mutante no cenário econômico vivenciado pelo país na época.¹⁷¹

Neste momento, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dando interpretação ampla ao art. 54 da Lei nº 8.884/94¹⁷² e ignorando os termos dispostos na Lei nº 4.595/64 (que dispõe em seu art. 10, inciso X e 18, § 2º sobre a competência privativa do BACEN para deliberar a respeito do assunto) passou a intitular-se competente para deliberar sobre atos de concentração de instituições financeiras, abrangendo todos os atos que interferissem na economia, em uma análise pautada pelo prisma da concorrência¹⁷³.

Contudo, o Banco Central do Brasil, com base em suas funções elencadas na Lei nº 4.595/64, nunca admitiu o exercício de tal competência pelo CADE, especialmente porque em se tratando especificamente do setor bancário, o BACEN seria a autarquia mais competente e

¹⁷¹ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 51-53. Out/dez. 2004

¹⁷² 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.*

¹⁷³ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004.

capaz de realizar uma análise dessa dimensão, baseada em parâmetros técnicos únicos do setor.¹⁷⁴

Diante deste cenário, o CADE começou a informar os administrados sobre a necessidade de apreciação, pela autarquia antitruste, de quaisquer operações que resultassem em concentração bancária. Tal medida impulsionou o BACEN a manifestar-se sobre o assunto, requerendo o posicionamento de órgãos auxiliares da administração.¹⁷⁵

Entretanto, antes disso e além do contexto já relatado, cabe destacar que em 1994 o então presidente Itamar Franco lançou o plano real, conseqüentemente, a economia ganhou maior estabilidade e reduziu os altos índices de inflação verificados na época.¹⁷⁶

Com isso, a rentabilidade bancária caiu por terra em relação ao mercado *over night*, e demais aplicações de curto prazo, forçando as empresas do setor a adotar medidas de fortalecimento como aumento de tarifas, aumento de fusões e incorporações e outras, com intuito de reduzir os gastos e permanecer no mercado.

Conseqüentemente o Banco Central foi forçado a estabelecer uma regulação mais rígida da atividade, com privatizações e abertura do mercado financeiro para bancos estrangeiros. O Procurador do BACEN, Leandro Novais Silva aponta que durante o período crítico de 1995 a 1996 o Banco Central orientou sua ação para a higidez do sistema, não levando em consideração as regras de concorrência.¹⁷⁷

Tudo isso demonstra a fragilidade que o sistema financeiro enfrentou, justificando uma atuação do Banco Central no sentido de proteger a higidez desse setor em detrimento da defesa da concorrência. Contudo, expor o passado faz temer o futuro, uma vez que a fase de

¹⁷⁴ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004

¹⁷⁵ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004

¹⁷⁶ PLANO REAL. Texto disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Plano_Real. Consultado em 25/11/2011.

¹⁷⁷ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 93.

reestruturação já passou, mas atuação do BACEN pode ter permanecido com enfoque restrito à higidez do sistema.¹⁷⁸

Fica a dúvida, principalmente frente o elevado *spread*¹⁷⁹ bancário do Brasil, que já detém uma alta taxa primária (taxa selic), definida pelo Copom e que chega a ser multiplicada de quatro a oito vezes pelas instituições financeiras em operações de concessão de crédito. “A taxa de juros que asfixia e sufoca o setor produtivo não é a da captação fixada pelo Copom, mas a definida pelas instituições financeiras.”¹⁸⁰

Ainda usando como exemplo a operação de concessão de crédito, verifica-se que, em média o tomador pagará 49,5% para o governo, 25,3% para o investidor, 24,4% para o banco e 0,8% para o Fundo Garantidor de Crédito. Essas taxas demonstram que o retorno para a instituição financeira é muito elevado, girando em torno dos 25%. Nesse sentido, Para Leandro Novais Silva a institucionalização da concorrência no setor financeiro pode ser a solução para redução do *spread* bancário.¹⁸¹

Por fim, cabe salientar a importância do setor financeiro para a coletividade:

“Importante considerar, também, que os danos em matéria de instituição financeira têm conotação coletiva, difuso, atingindo o mercado e todos os que participam direta ou indiretamente de sua configuração, daí por que o legislador cuidou de observar predicados na obtenção de subsídios que levassem ao desmantelamento do ilícito.”¹⁸²

3.2 Aspectos Econômicos da Concorrência no Setor Bancário

Portanto, diante do contexto histórico narrado e, em que pese a importância e as especificidades do setor financeiro, este não deve ser imune às regras do antitruste, mesmo

¹⁷⁸ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 101/103

¹⁷⁹ “*Spread bancário é a diferença entre a taxa de juros com que o banco capta seus recursos e aquela paga pelo tomador de crédito. Integram-se no spread diversos elementos, como as despesas administrativas e o lucro da operação.*” (SILVA, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho –27ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.)

¹⁸⁰ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 115.

¹⁸¹ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 120.

¹⁸² Nelson Abrão citando a contribuição da Medida Provisória nº 2.055-4/00 que, dentre outras providências prevê a delaçãoção de infratores sob intermédio de acordo de leniência, com o objetivo de conhecer o sistema de infração e punir o ilícito. (ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 544/545)

com a sujeição das instituições financeiras a uma regulação de acesso e permanência rígidas e constantemente controladas. Sobre a regulação de acesso e permanência que se destina explicar este subitem.

Regulação Prudencial

A regulação prudencial é considerada como regulação preventiva, realizada com a finalidade de proteger o consumidor bancário, disponibilizando um setor financeiro de maior equilíbrio e rentabilidade, o que impõe condições mínimas de acesso e exercício da atividade bancária.

As condições de acesso referem-se ao capital mínimo necessário para ingresso na atividade bancária. Alguns autores entendem que esta é uma barreira natural para o exercício da atividade, contudo, em realidade, é pressuposto da concorrência.¹⁸³

Leonardo Novais e Silva aponta que *“é indispensável que aquele que pretenda entrar no mercado bancário tenha capital condizente com a atividade que irá desenvolver (a intermediação de crédito)”*.¹⁸⁴

No que tange as condições estabelecidas para o exercício da atividade bancária, verifica-se que existe a necessidade de manutenção do capital inicial dos bancos. Além disso, há limitação para participação acionária de uma instituição financeira em outra e em empresas de outros seguimentos da economia¹⁸⁵. Por último, vale ressaltar a existência do Fundo Garantidor de Crédito criado para proteger o pequeno investidor.¹⁸⁶

¹⁸³ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 48/50.

¹⁸⁴ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 48.

¹⁸⁵ Art. 30 da Lei 4.595/1964: *“As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central da República do Brasil, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo Conselho Monetário Nacional.”*

¹⁸⁶ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 53

Regulação Sistêmica

A regulação sistêmica para o setor bancário advém das idéias de Stephen Breyer, citado por Leandro Novais e Silva como autor da “teoria de regulação”. Esta, por sua vez, pode ser considerada como um modelo de prevenção de instabilidades localizadas que possam afetar as demais instituições e causar uma crise bancária generalizada. Para tanto, analisa-se a assimetria de informações e o risco sistêmico.¹⁸⁷

A assimetria de informações reside na ausência de informação do consumidor bancário a respeito do produto comercializado pelo setor financeiro (o crédito) e dos fatores que podem nele interferir. Teme-se que por qualquer informação inverídica, ou verdadeira, porém, sem grandes efeitos prejudiciais ao setor, desencadeie uma corrida bancária do cliente para resgate de seus investimentos.¹⁸⁸

“Assim, torna-se indispensável a atuação preventiva e pontual do Banco Central, levando à consideração dos agentes do mercado, e por efeito, multiplicador a todos os investidores e poupadores, as informações adequadas e fidedignas das instituições financeiras.”¹⁸⁹

As possíveis conseqüências do ato financeiro que desencadeiem uma reação negativa para o resto dos integrantes do sistema financeiro, bem como para os consumidores bancários, com reflexos para toda a sociedade denomina-se risco sistêmico.¹⁹⁰

3.3 Da Base Legislativa

O Direito contraposto advém basicamente das Leis nº 4.595/64 e 8.884/94, que são aquelas que delimitam as atribuições da cada órgão e prevêm a competência de cada um para tal finalidade, ainda que de forma genérica, verificando-se, portanto, um conflito de competência positivo para tal situação.

¹⁸⁷ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 54/56

¹⁸⁸ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 57/60

¹⁸⁹ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 59.

¹⁹⁰ SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. Pg. 60/63.

A Lei Ordinária nº 4.595/64 instituiu o Banco Central do Brasil, transformando a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito em autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprio constituído dos bens, direitos e valores que lhe foram transferidos na forma desta Lei, conforme o caput e o parágrafo único do art. 8º da Lei 4.595/64, *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.

Parágrafo único. Os resultados obtidos pelo Banco Central do Brasil, consideradas as receitas e despesas de todas as suas operações, serão, a partir de 1º de janeiro de 1988, apurados pelo regime de competência e transferidos para o Tesouro Nacional, após compensados eventuais prejuízos de exercícios anteriores.”

Adentrando no estudo das funções do Banco Central do Brasil, estas atingem um patamar macroeconômico e microeconômico de regulação da economia nacional, cujas atividades estão elencadas nos arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595/64, podendo ser, resumidamente, classificadas em relativas à política monetária e cambial, e, à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional¹⁹¹.

Dentre as tantas atribuições estipuladas ao BACEN, para o estudo do caso em questão, importa ressaltar o disposto pelo art. 10, inciso X, da Lei nº 4.595/64, que prevê a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas e para que possam alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, *in verbis*:

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

(...)

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

- a) funcionar no País;*
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;*

¹⁹¹ ISSA LIMA, Liana. Conflito Positivo de Competências entre CADE e BACEN. Artigo Consultado no site: <http://www.arcos.org.br/artigos/conflito-positivo-de-competencias-entre-cade-e-bacen/>, em 02/11/2010.

- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; (grifo nosso)
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
- e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
- f) alterar seus estatutos.
- g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.” (grifo nosso)

No tocante à defesa da concorrência, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, o art. 18, § 2º determina que o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena, nos termos da Lei nº 4.595/64. Nesse sentido, cabe trazer o texto do dispositivo supramencionado:

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 nos termos desta lei.” (grifo nosso)

Contudo, cumpre verificar que em função de disposição constitucional do art. 192 da Constituição Federal, o Sistema Financeiro Nacional deverá ser disciplinado por Lei Complementar e não por Lei Ordinária, o que fomenta discórdia acerca da legitimidade dos dispositivos contidos na Lei nº 4.595/64, inclusive acerca da concorrência bancária, já que tal previsão legislativa tem o status de Lei Ordinária.¹⁹²

No entanto, com relação ao assunto, o Professor José Afonso da Silva ensina que:

*“aqueles instrumentos legislativos aprovados depois da Constituição Federal devem obedecer aos parâmetros formais por ela estabelecidos, porém para aqueles que foram aprovados antes da Constituição Federal de 1988, cabe a aplicação do instituto da recepção que se liga ao Direito material e quando estiver em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais nada impede que as leis anteriores assumam a qualidade de lei complementar, o que se aplica perfeitamente ao caso”.*¹⁹³

¹⁹² AFONSO DA SILVA, JOSÉ. Parecer emitido nos autos do Resp. nº 1.094.218/DF

¹⁹³ AFONSO DA SILVA, JOSÉ. Parecer emitido nos autos do Resp. nº 1.094.218/DF

A partir daí, pode-se concluir que a própria Lei nº 4.595/64, além de ter sido devidamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, assumindo o status de Lei Complementar, reconhece a especialidade do setor financeiro, que requer não apenas análise geral da concorrência, mas que esteja suficientemente qualificada para identificar aspectos técnicos que estejam por trás da operação.

Noutro giro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, por sua vez, transformou-se em autarquia federal por força da Lei nº 8.884/94, quando se tornou órgão de maior expressão, retratando a preocupação surgida à época para preservação da concorrência no mercado, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.884/94:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

A Lei nº 8.884/94 reafirmou a competência do órgão para a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, outrora estabelecida pela Lei nº 4.137/62, prevendo a competência do CADE para apreciar os atos, de 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, como forma de proteção à economia de mercado, nesse sentido:

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 alcance das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal classificada como órgão julgante com jurisdição em todo o território nacional, vinculada ao Ministério da Justiça, por sua vez, de acordo com a Lei nº 8.884/94, 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.

Essa previsão decorre do art. 15, *caput*, da Lei nº 8.884/94 e aduz a refletir sobre a possibilidade da obrigatoriedade do Banco Central, como ente integrante da União, autarquia federal classificada como pessoa jurídica de direito público, submeter-se ao poder judicante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e, portanto, obedecer as suas atribuições em detrimento das próprias.¹⁹⁴ Nesse sentido, verifica-se:

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.”

Outra perspectiva importante está na obrigatoriedade dos órgãos e entidades integrantes da Administração Federal, inclusive o CADE e o BACEN, estarem vinculados aos Pareceres aprovados pelo Presidente da República e publicados juntamente com despacho presidencial, conforme o art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93¹⁹⁵, *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.”*

Nestes termos, surgiu o Parecer GM 020/2001, que admitia a competência privativa do BACEN para deliberar sobre os casos de concentração, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.¹⁹⁶

Contudo, apesar da previsão vinculativa, o CADE não conferiu o devido cumprimento às disposições contidas no parecer, afirmando ser autarquia independente, razão pela qual a LC nº 73/93 não se aplicaria a autarquia, mas sim somente a administração direta e aqueles entes da administração indireta que possuem autonomia limitada por suas respectivas lei de formação.

¹⁹⁴ Contrarrazões ao Resp. 1.094.218/DF apresentadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.34.00.33475-0. Pg 4/5.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei Complementar nº 73/93 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm

¹⁹⁶ Parecer GM 020/2001 de Lavra da Advocacia Geral da União consultado no site: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413> em 01/10/2011.

Mais uma questão polêmica refere-se à posterioridade da Lei nº 8.884/94 frente à especialidade da Lei nº 4.595/64, pelo que se faz necessário verificar o disposto no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro que determina que “*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”.

A confiabilidade do Sistema Financeiro Nacional, frente a abalada segurança jurídica dos atos perfeitos já realizados, é outro argumento utilizado no deslinde da questão, já que o CADE, através de interpretação retroativa, emitiu cartas aos administrados, informando sobre a necessidade de sua apreciação de atos de concentração bancária já autorizados pelo BACEN, o que fere a eficiência administrativa, em sede de processo administrativo, que preza pela vedação à aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa, com a finalidade de garantir que se atinja o fim público a que se destina, nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784/99¹⁹⁷.

Para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Sistema Financeiro Nacional é parte integrante da Ordem Constitucional Econômica, atraindo, portanto, a defesa da concorrência, razão pela qual os bancos devem se submeter às demais Leis integrantes da nossa ordem jurídico-legislativa, tal como à Lei nº 8.884/94, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal pela improcedência da ADI nº 2591, proposta pelos bancos contra o Código de Defesa do Consumidor.

Em contraposição à tese que defende a competência privativa do BACEN, alguns doutrinadores afirmam não ter ocorrido a completa recepção da Lei Complementar 4.595/64, apenas alguns artigos teriam sido recepcionados com o status de Lei Complementar, utilizando, para tanto, os fundamentos da decisão proferida na ADIN 449/DF, em que o Ministro Carlos Velloso afirma que os artigos que dispõem sobre os servidores do BACEN teriam status de Lei Ordinária e, dessa forma estariam derogados pela Lei 8.112/91.

Nesse diapasão, afirma-se que apenas o art. 18, § 2º da Lei nº 4.595/64 teria sido recepcionada com status de lei complementar, no entanto, este artigo poderia conviver

¹⁹⁷ BRASIL. Lei nº 9.748 de 29 de janeiro de 1999 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

harmonicamente com as disposições da Lei Antitruste nº 8.884/94, formando um sistema de competências complementares.¹⁹⁸

Por fim, a autarquia antitruste esclarece que a análise do CADE diverge da análise elaborada pelo BACEN, haja vista serem realizadas sob diferentes perspectivas: higidez do Sistema Financeiro Nacional e Concorrência de mercado, o que poderia incitar a aplicação harmônica e simultânea das Leis nº 4.595/64 e 8.884/94.

3.4 Do Parecer GM 20 de Lavra da Advocacia Geral da União

Após a explanação da fundamentação legal da questão, pode-se retornar a disposição dos fatos em ordem cronológica, voltando ao período no qual o CADE, entendendo ser sua a competência para analisar operações que resultem em concentração bancária, iniciou a movimentação no sentido de chamar os administrados a lhes apresentarem tratativas de que houvessem participado.¹⁹⁹

Nesse passo, os fatos anteriormente narrados resultaram na requisição de audiência da Advocacia Geral da União, por parte do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a fim de esclarecer o conflito de competência entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, frente ao Parecer nº 00762/DEJUR/PRIRE, da Procuradoria Geral do BACEN.²⁰⁰

Em resposta à requisição, a Advocacia Geral da União emitiu seu entendimento a respeito do tema através do Parecer GM – 020/2001, em cujo documento ficou estabelecido que a União posicionava-se no sentido de conferir a competência privativa para análise de operações de tal lavra ao BACEN, sem a intervenção de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE, afirmando que este era o modelo estabelecido pela legislação vigente.²⁰¹

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg. 84/86.

¹⁹⁹ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004

²⁰⁰ Parecer GM 020/2001 de Lavra da Advocacia Geral da União consultado no site: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413> em 01/10/2011.

²⁰¹ Parecer GM 020/2001 de Lavra da Advocacia Geral da União consultado no site: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413> em 01/10/2011.

Para a Advocacia Geral da União o conflito não é aparente, mas sim real, verificando-se, no entanto, que a legislação em vigor determina como competência privativa do BACEN a deliberação acerca de atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.²⁰²

Para adotar tal consideração, a Advocacia Geral da União esclarece que deve se considerar que além da Lei nº 4.595/64 se tratar de lei específica sobre a regulação das instituições financeiras, inclusive em seu aspecto concorrencial, tal legislação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 sob o status de lei complementar e, como tal, não pode ser derogada por lei hierarquicamente inferior, como é o caso da Lei ordinária nº 8.884/94. Desta forma, a observância da defesa da concorrência é fator a ser observado no setor financeiro, contudo, deverá ser fiscalizado pelo BACEN e não pelo CADE.²⁰³

A administração Federal, órgãos e entidades, ficaram obrigados a seguir a mesma posição da AGU emitida pelo parecer GM – 020/2001, dando-lhe fiel cumprimento, uma vez que foi aprovado e publicado juntamente com despacho presidencial, o que vincula a administração federal por força do disposto no artigo 40, caput e § 1º da Lei Complementar nº 73/93.

Entretanto, o CADE insurgiu-se contra essa determinação, desconsiderando-a e ignorando-a sob o argumento de que seria uma autarquia independente e que a Lei Complementar 73/93 seria, portanto, inconstitucional.

3.5 Hipóteses de soluções para o impasse

A discussão sobre o conflito de competência entre o CADE e o BACEN para deliberação de atos de concentração bancária não é um tema recente, vem sendo discutido há pelo menos dezessete anos, tempo suficiente para fomentar discussões acirradas sobre o assunto e suas hipóteses de solução.

²⁰² Parecer GM 020/2001 de Lavra da Advocacia Geral da União consultado no site: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413> em 01/10/2011.

²⁰³ Parecer GM 020/2001 de Lavra da Advocacia Geral da União consultado no site: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413> em 01/10/2011.

Para análise dessas hipóteses e suas respectivas fundamentações se faz necessário um vasto estudo das hierarquias das normas, dos critérios de “desempate” entre as leis, como anterioridade e especificidade de cada uma, sempre diante do ordenamento jurídico como um todo, levando-se em consideração o que já vinha sendo feito de fato, em que influenciará a determinação de um órgão específico para tal deliberação e qual seria a hipótese mais viável diante de um sistema pré-estabelecido cheio de normas e regulamentos consolidados. Sobre o tema, cumpre verificar que:

*“As discussões, pretensamente técnicas, acerca do problema vão muito além da mera discussão formal sobre a competência da autoridade antitruste. Encerram a todo sentir, posicionamento que busca a supremacia da lógica de mercado, na acepção mais chicaguiana do termo, sobre políticas públicas que visem a realização de outros objetivos que não eficiência alocativa. A discussão liga-se também aos debates sobre as “agências” e sua independência em relação ao Poder Executivo, como instrumento apto a “proteger” os agentes econômicos contra políticas públicas que, alega-se, gerariam insegurança e imprevisibilidade jurídicas, afugentando investimentos”.*²⁰⁴

Considerando o estudo já realizado acerca do direito econômico e concorrencial, com as considerações também já apontadas sobre o Sistema Financeiro Nacional e sobre o Sistema Brasileiro de defesa da Concorrência, incluindo o teor das Leis nº 4.595/64 e 8.884/94, acumulou-se base suficiente para se adentrar ao estudo das hipóteses de soluções para o conflito de competência positivo entre o CADE e o BACEN para deliberar sobre atos de concentração bancária, no âmbito do sistema financeiro nacional.

Nesse sentido, verifica-se o destaque dado por Kelly Rodrigues dos Santos, ao estudo da defesa da concorrência e a regulação no setor Bancário realizado em países como Austrália, Áustria, França e Turquia além de outros países, de autoria do ex-presidente do CADE, Dr. Gesner Oliveira, para concluir por possíveis hipóteses de solução utilizáveis no caso em questão.²⁰⁵

²⁰⁴ ROBERTO GRAU, Eros e A. Forgioni, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. páginas 55-77. Out/dez. 2004.

²⁰⁵ RODRIGUES DOS SANTOS, Kelly. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Regulação no Sistema Financeiro Nacional - O conflito de competência entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa

De acordo com este estudo, as hipóteses verificadas que guardam maior compatibilidade com a ordem jurídica e econômica brasileiras são classificadas pela sua competência determinante, sendo elas: I. Isenção Antitruste; II. Competência Concorrente; III. Competências Complementares; IV. Regulação antitruste; V. Desregulamentação.

Isenção Antitruste

Nesta hipótese, admite-se a competência privativa das agências regulatórias para aplicação da Lei Antitruste e para regulação técnica e prudencial do setor econômico envolvido, considerando que a legislação específica sempre prevalecerá sobre disposições gerais da legislação antitruste.²⁰⁶

Portanto, de acordo com este modelo a competência para autorização de atos de concentração de instituições financeiras seria privativa do BACEN, que aplicaria a legislação antitruste como também a regulação técnica do setor financeiro, sem qualquer auxílio do CADE.

Além dessa atribuição, quaisquer outros atos que afrontem a concorrência e a higidez do Sistema Financeiro Nacional ficariam adstritos à análise do BACEN sem nenhuma intervenção da autoria antitruste para sob a perspectiva econômica e financeira repreender ou autorizar o ato jurídico apreciado.

Este entendimento encontra amparo, dentre outras argumentações, não só na expressa competência atribuída pela Lei nº 4.595/64, considerando que fora recepcionada sob o status de Lei Complementar pela Constituição Federal, bem como sua especialidade frente à lei nº 8.884/94, mas como também na capacitação e especificidade do órgão como o mais competente a deliberar sobre os atos de concentração bancária.

Econômica e o Banco Central do Brasil para processar e julgar atos de concentração envolvendo Instituições Financeiras. Orientador, Marlon Tomazatte 2003.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg 65.

Competência Concorrente

Outra hipótese para solução do impasse referente ao conflito de competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos de concentração bancária, refere-se à competência Concorrente entre a agência reguladora e a autoridade antitruste.

De acordo com o modelo de competência concorrente, ambas as autarquias guardariam a função de aplicar a legislação antitruste e estabelecer normas de regulação econômica.²⁰⁷

Portanto, a análise dos atos de concentração de instituições financeiras seria feita sob o prisma econômico de mercado, como também sob o prisma financeiro, relativo às questões técnicas que envolvam a operação.

Competências Complementares

Nesta hipótese a função precípua de cada órgão é respeitada e necessária para ambos, nota-se uma divisão de trabalho precisa, haja vista que a competência para análise de regulação técnica e econômica fica a cargo da agência regulatória, enquanto que autoridade de defesa da concorrência reserva a competência exclusiva para a aplicação da Lei Antitruste.²⁰⁸

De acordo com essa hipótese, a competência para análise de atos de concentração de instituições financeiras, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional seria compartilhada entre o CADE e o BACEN.

À autoridade antitruste caberia a apreciação do impacto do ato empresarial na economia, principalmente no que tange à defesa da concorrência de mercado, enquanto que a análise a ser realizada pelo BACEN seria dada por um prisma técnico e econômico de higidez do Sistema Financeiro Nacional.²⁰⁹

Tal posicionamento segue o padrão de procedimento já adotado no setor de comunicação, com a atuação da ANATEL resguardada no controle, prevenção e repressão de

²⁰⁷ OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg 108/117.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg 66.

²⁰⁹ OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg 108/117.

atos de infração da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.²¹⁰

Regulação Antitruste

Existe, também, a hipótese de que a autorização de atos de concentração bancária, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional seria de competência exclusiva da autoridade antitruste, que no caso em questão é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.²¹¹

Para tanto, a autoridade de defesa da concorrência tem a função de aplicar não só a legislação antitruste como as regulações técnicas e econômicas. Outra hipótese da mesma espécie seria a autoridade de defesa da concorrência realizar a aplicação da Lei Antitruste, focando sua análise na defesa da concorrência, com o mínimo de regulação técnica e econômica necessária.²¹²

Nesse passo, considera-se que a Lei nº 8.884/94 derogou os artigos da Lei nº 4.595/64 referentes à preservação da concorrência bancária, isso porque, a edição da Lei Antitruste foi posterior à vigência da Lei financeira. Ademais, a Lei antitruste dispõe sobre a atribuição do CADE para deliberar a respeito de quaisquer atos que ponham em risco a defesa da concorrência em qualquer seara da economia, sem nenhuma restrição, sendo, portanto, competente para atuar no setor financeiro.

Outrossim, considera-se que as decisões do CADE devem ser impostas à todas as pessoas físicas e jurídicas, bem como a quaisquer associações de entidades ou de pessoas,

²¹⁰ Art. 19, inciso XIX da Lei nº 9.472/97: À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

²¹¹ RODRIGUES DOS SANTOS, Kelly. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Regulação no Sistema Financeiro Nacional - O conflito de competência entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil para processar e julgar atos de concentração envolvendo Instituições Financeiras. Orientador, Marlon Tomazatte 2003.

²¹² OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001. Pg 66.

constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal.²¹³

Desregulação Antitruste

O modelo hipotético de desregulação antitruste, para resolução dos conflitos de espécie semelhante ao tratado pelo presente estudo, ignora a análise técnica e econômica do mercado. A apreciação é meramente concorrencial econômica, sem adentrar aos aspectos imprescindíveis únicos do setor econômico sobre o qual a empresa envolvida exerça suas atividades.

Portanto, de acordo com essa fundamentação o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE seria competente para analisar os atos de concentração de instituições financeiras, porém, com análise restrita à defesa da concorrência, sem qualquer viés técnico do setor para basear sua decisão.

Cabe lembrar que a análise técnica do BACEN foi uma das fundamentações mais ventiladas no presente estudo, considerando justamente as especificidades do setor, cujos fatores de alterações são sutis e determinantes e apenas poderiam ser percebidas por um perito no assunto.

3.6 Do Projeto de Lei nº 344/2002

Ao final, insta salientar a existência do Projeto de Lei Complementar 344/2002, apresentado pelo Poder Executivo, que estabelece que a deliberação de atos de concentração de instituições financeiras será feita pelo CADE em conjunto com o BACEN, de forma que se a autoridade monetária verificar que não há afronta à higidez do Sistema Financeiro Nacional, concluindo pela aprovação do ato encaminhará a matéria à autoridade responsável pela defesa da Concorrência. O projeto prevê, ainda, que aqueles atos anteriores à sua vigência sejam de responsabilidade privativa do BACEN.

²¹³ Contrarrazões ao Resp. 1.094.218/DF apresentadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.34.00.33475-0. Pg 4/5

Cabe informar, ainda, que o Projeto de Lei nº 344/2002 já foi aprovado pela Comissão de Justiça e Cidadania, bem como pela Comissão de Finanças e Tributação com emendas e considerações feitas pelo Deputado Federal Sigmaringa Seixas, com sugestão de alteração do texto do projeto, sem mudanças significativas e com considerações feitas pelo Deputado Federal Pedro Novais no tocante à adequação monetária e financeira do projeto, além de emenda incluindo a atuação do Ministério Público Federal no processo de apreciação dos atos de concentração, votando, no mérito, pela aprovação.²¹⁴

Portanto o Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 ainda está tramitando na Câmara dos Deputados e precisa de aprovação das demais comissões, bem como a aprovação por maioria absoluta da casa, devendo, após sua aprovação nesta casa, ser encaminhado ao Senado Federal, aonde fará o mesmo percurso, até lograr a aprovação absoluta em ambas as casas, lembrando que caso haja modificação do projeto no senado, este deverá retornar à Câmara para receber aprovação e vice-versa, seguindo para sanção presidencial, uma vez completo o processo legislativo.

²¹⁴ Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=97368> . Em 04/10/2011.

4. ANÁLISE DE CASO: RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218/DF

Introdução

Neste capítulo abordar-se-á os termos e fundamentos nos quais se basearam os autores e os requeridos, a decisão e os votos dos ministros divergentes no Resp. nº 1.094.218-DF, que representa importante precedente judicial para o deslinde da questão emblemática ora estudada.

O Recurso Especial nº 1.094.218-DF foi interposto contra decisão da apelação referente ao Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-DF, impetrado pelo Banco de Crédito Nacional S/A e Bradesco S/A contra ato atribuído ao presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que deixou de reconhecer a efetividade da operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S/A – BCN, pelo Bradesco S/A, determinando a submissão do ato a julgamento por esse órgão, ocasião em que seus efeitos seriam apreciados.

Dos Fatos

Consta dos autos que em 1997 fora realizada operação de aquisição do controle acionário do Banco BCN S/A pelo Bradesco S/A, tendo esta sido condicionada à aprovação do BACEN, nos termos dos arts. 10, inciso X, alíneas “c” e “g”, e 18, § 2º, todos da Lei nº 4.595/64.

Contudo, depois de decorridos mais de quatro anos da conclusão da referida operação, o CADE, ao deliberar sobre a aquisição de 50% do capital social da empresa BCN Alliance Capital Management S/A pelo Banco de Crédito Nacional – BCN, que já detinha as demais ações da empresa, aprovou a operação sem restrições, mas determinou a apresentação imediata da primeira operação entre Bradesco S/A e BCN S/A, entendendo que esta deveria ser objeto de apreciação obrigatória pelo CADE.

Foi então que os bancos impetraram o Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-DF, sob a alegação, em síntese, de incompetência do CADE para apreciação de tal ato de concentração, conquanto referente à instituição financeira, devendo, portanto, ser analisada à

luz da legislação específica contida na Lei nº 4.595/64, além do disposto no art. 192, da Constituição Federal e o Parecer GM-20 da AGU, dotado de força vinculante, posto que aprovado pelo Presidente da República.

Inicialmente a liminar foi deferida para desconstituir o ato vergastado, contudo, em sede de apelação a decisão foi reformada com fundamento no princípio da complementariedade, reconhecendo a ausência da força vinculante atribuída ao parecer GM-20 da AGU quando afete diretamente as atribuições conferidas pela Lei Antitruste. Nesse sentido, segue a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE. 1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o status de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar. 2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/94 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração. 3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementariedade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico. 4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer

abalos - no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos -, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo. 5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas. (AMS 200234000334750, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, 05/10/2007)

Contra esta decisão foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados com base na ausência de obscuridade, contradição ou omissão, requisitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil.

Posteriormente, foi interposto o presente Recurso Especial com fulcro na alínea “a”, inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. As partes recorrentes alegam que:

- a) A decisão de apelação em Mandado de Segurança, prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, afronta o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, já que ignora o princípio de que “*Lei posterior não derroga Lei especial anterior*”;
- b) O acórdão recorrido afronta os termos do parecer GM- 020 elaborado pela Advocacia Geral da União e ratificado pelo Presidente da República, o que lhe confere poder vinculante aos órgãos da administração federal, que reconhecia a competência do BACEN para apreciar atos de concentração de instituições financeiras;
- c) Houve afronta ao ato jurídico perfeito, uma vez que o CADE, por meio de interpretação retroativa, determinou que fosse levada ao conhecimento operação já autorizada pelo BACEN;
- d) Afronta aos arts. 2º, parágrafo único, XIII, e 69 da Lei nº 9.784/99²¹⁵.
- e) Aduzem que mediante a interpretação elástica dada ao art. 54 da Lei nº 8.884/94²¹⁶, o CADE violou o disposto no art. 10, x, “c” e “g”, e o art. 18, § 2º, da Lei nº

²¹⁵ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

(...)

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

²¹⁶ 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.”

4.595/64²¹⁷, que estabelece a competência privativa do BACEN para deliberações relativas às instituições financeiras.

- f) Mudanças repentinas são prejudiciais ao Sistema Financeiro Nacional, sendo que o caso gera um precedente para diversas outras operações já realizadas, com situações jurídicas consolidadas, todas decorrentes de negócios já submetidos ao BACEN.

Noutro giro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE defende:

- a) A inaplicabilidade do parecer GM-20 emitido pela AGU, posto que as agências independentes seriam imunes ao controle do governo, além de ser contrário ao art. 50, da Lei nº 8.884/94²¹⁸, já que o parecer normativo interfere diretamente em sua atividade fim.
- b) Afirma que o art. 192 da Constituição Federal²¹⁹ reserva à Lei Complementar apenas matéria restrita à estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional, devendo os bancos se submeter às demais Leis integrantes da nossa ordem jurídico-legislativa, tal como à Lei nº 8.884/94, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI proposta pelos bancos contra o Código de Defesa do Consumidor.
- c) Esclarece que o Sistema Financeiro Nacional é parte integrante da Ordem Constitucional Econômica, e como tal erige a defesa da concorrência.
- d) Afirma que as Leis 4.595/64 e 8.884/94 devem ser aplicadas de forma harmônica e simultânea, não havendo qualquer antinomia entre elas.
- e) Esclarece que a análise do CADE diverge da análise elaborada pelo BACEN, haja vista serem realizadas sob diferentes perspectivas: higidez do Sistema Financeiro e Concorrência de mercado.

²¹⁷ Art. 10. “*Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:*

(...)

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

(...)

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.”

²¹⁸ Art. 50. “*As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.*

²¹⁹ 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.”*

- f) Traz a informação de que em outros mercados regulados como ocorre com a ANATEL, por exemplo, as operações de concentração são inicialmente submetidas ao órgão regulador e, posteriormente, ao CADE, de forma que há participação direta das agências nesta decisão.

4.1 Dos Pareceres Requisitados pelo Banco de Crédito Nacional S/A (BCN) e Banco Bradesco S/A

As partes recorrentes, Banco de Crédito Nacional S/A (BCN) e Banco Bradesco S/A, dentro de seu direito, requereram a formulação de um parecer acerca do assunto sobre o qual versa os autos aos ilustres juristas José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau.

No requerimento para elaboração de parecer pelo Ministro Eros Roberto Grau, os consulentes requisitaram resposta aos seguintes questionamentos:

- (i) *“O fato de possuir o CADE autonomia para o desempenho de suas funções imuniza-o da necessária submissão à sistemática constitucional?”*
- (ii) *A vedação ao recurso hierárquico contido no art. 50 da Lei 8.884/94 é conflitante com o disposto na Lei Complementar 73/93, que estabelece controle administrativo?”*
- (iii) *Há antinomia entre a Lei 8.884/94 e a Lei Complementar 73/93, de forma que esta última tenha sido derogada pela primeira?”*
- (iv) *Em conclusão, pode-se afirmar que o CADE é necessariamente vinculado ao Parecer GM – 020 da AGU?”*

Para solicitar a resposta a tais questionamentos os consulentes fundamentaram seu entendimento, conforme as argumentações de fato e de direito a seguir reproduzidas, *ipsis litteris*:

- “1. A aprovação das operações de alienação de controle acionário de instituições financeiras é de competência exclusiva do Banco Central do Brasil, tanto sob o ponto de vista regulatório quanto sob o aspecto concorrencial, não se reservando ao CADE qualquer atribuição ou poder em relação às operações dessa natureza. Tal argumento se fundamenta na estrutura constitucional em vigor no país, a qual regula em capítulos distintos dentro do Título VII (Ordem Econômica e Financeira) os princípios gerais da livre concorrência e de repressão ao abuso do poder econômico (Capítulo I) e o Sistema Financeiro Nacional (Capítulo IV).*
- 2. A interpretação sistemática do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) da concorrência para o Setor financeiro, consubstanciado nos dispositivos aplicáveis à matéria contidas na Lei nº 4.595/64, em contraposição à Lei 8.884/94, a qual regula a competência e as atribuições*

do CADE. Dessa forma, independente de sua natureza ordinária ou complementar, a Lei nº 4.595/64 é Lei especial que regula, entre outros, as condições de concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Esta Lei determina que a competência para análise e aprovação de operações entre instituições financeiras, inclusive sob a ótica concorrencial, é privativa do BACEN. Assim, não há que se falar em competências concorrentes entre o BACEN e o CADE para apreciação e aprovação das operações de alienação de controle acionário de instituições financeiras.

3. O CADE afirma que não há, 'nem no art. 170, nem em nenhum outro, uma previsão de isenção antitruste para o setor financeiro', de forma que não seria 'legítimo ao intérprete criá-la do nada, sem qualquer fundamento na ordem constitucional'. Aduz que caso 'um interprete cheio de imaginação começasse a enxergar, nas leis setoriais que regulam atividades econômicas e serviços públicos, isenções antitruste implícitas, restaria completamente esvaziada a lei de defesa da concorrência.' Ocorre que em momento algum as consulentes afirmaram estar isentas da aplicação da legislação concorrencial, mas tão somente que esta função incumbira ao BACEN por força da Constituição Federal e da Lei nº 4.595/64. De fato, entendemos que não deflui do texto constitucional, quer implícita ou explicitamente, que deva haver um ente decisório único dotado de competência exclusiva para tutelar a concorrência.

4. Ao procurar justificar sua não vinculação ao Parecer GM – 020 da AGU, aprovado pelo Sr. Presidente da República em 05 de abril de 2001, por meio do qual confirmou-se a competência privativa do BACEN em matéria concorrencial no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, argumenta o CADE que:

(i) uma vez que as 'agências independentes' traduzem ou implementam fins constitucionais de direção política, a independência do CADE 'só poderia ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer ingerência do governo';

(ii) o art. 50 da Lei nº 8.884/94 veicula a ausência de subordinação hierárquica, não havendo, assim, 'previsão de recurso hierárquico impróprio que legitime qualquer espécie de reavaliação das decisões desta 'autarquia'; e

(iii) 'Sendo a lei do CADE específica sobre esta autarquia, ela prevalece sobre a LC 73/93, que trata, genericamente – e inconstitucionalidade, lembre-se - de órgãos e entidades da administração federal que não a AGU. Aqui encontra, também, plena validade a regra *Lex specialis derogat generali*. Mais uma vez, admitindo-se a existência de antinomia, prevalece a Lei nº 8.884/94, posteriormente e especial em relação às normas da LC 73/93, que extrapolam o seu campo material e, direta ou indiretamente permitiram a alteração do rol de competências do CADE.'."

A resposta dada por Eros Roberto Grau foi positiva em confirmar o entendimento esposado pelos Bancos, respondendo sinteticamente que:

(i) "Não. O CADE é uma entidade da Administração Pública e, como tal, sujeito à sistemática constitucional.

(ii) Não. A Lei Complementar não dispõe sobre o recurso hierárquico ou sobre a revisão das decisões do CADE pela AGU, cuida somente da orientação que pode ser dada pela assessoria jurídica do Poder Executivo, que vincula os entes administrativos. Este assessoramento jurídico não pode

ser confundido ou equiparado a qualquer modalidade de “recurso hierárquico”.

(iii) Inexiste antinomia entre a Lei 8.884 de 1994, e a Lei Complementar 73, de 1993, de forma que a primeira não revogou a segunda [e nem poderia tê-lo feito].

(iv) Sim.”

Para o parecer requerido ao jurista José Afonso da Silva, perguntou-se, *ipsis litteris*:

“Muito embora o art. 192 da Constituição Federal determine que o SFN seja regulado por Lei complementar, o CADE argumenta que nem todos os dispositivos da Lei 4.595/64 teriam de norma complementar. Nesse sentido, indaga-se se seu art. 10. Inc.X, alíneas “c” e “g”, bem como seu art. 18, § 2º, foram recepcionados como lei complementar ou ordinária. Caso tenham sido recepcionados como lei complementar, tais dispositivos afastariam, por si só, a incidência da Lei 8.884/1994?

1) Em sua argumentação, o CADE apresenta, ipsis litteris, o seguinte questionamento: “Por que a Lei do sistema financeiro seria especial e a Lei Antitruste geral” Especial e geral em relação a que matérias?” Diante disso, indaga-se se a interpretação sistemática do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”) da Constituição Federal não implica em um regime especial de concorrência para o setor financeiro, consubstanciado nos dispositivos aplicáveis à matéria contidos na Lei 4.595/1964, em contraposição à Lei 8.884/1994, a qual regula competência e as atribuições do CADE.

2) O CADE afirma que não há, “nem no art. 170, nem em nenhum outro, uma previsão de isenção antitruste para o setor financeiro”, de forma que não seria “legítimo ao intérprete criá-la do nada, sem qualquer fundamento na ordem constitucional”. Aduz que caso “um intérprete cheio de imaginação começasse a enxergar, nas leis setoriais que regulam atividades econômicas e serviços públicos, isenções antitruste implícitas, restaria completamente esvaziada a lei de defesa da concorrência”. Ocorre que em momento algum as consulentes afirmaram estar isentas da aplicação da legislação concorrencial, mas tão somente que esta função incumbiria ao BACEN. Nesse sentido, indaga-se se deflui do texto constitucional, implícita ou explicitamente, a existência de um ente decisório único dotado de competência exclusiva para tutelar a concorrência. Haveria algum fundamento constitucional que diferenciasse e apartasse as estatais de regulação e concorrência ou isto foi deixado à conveniência do legislador ordinário?

3) Somente muito após a aquisição do BCN pelo Bradesco começou o CADE a arroga-se competência para apreciar transações que envolvessem instituições financeiras. Além de o negócio ter sido amplamente divulgado na mídia, inclusive por meio de fato relevante nos termos da legislação de mercado de capitais, tal operação já havia sido formalmente notificada ao CADE pelo Bradesco, ainda que incidentalmente, nos autos de um Ato de Concentração que não envolvia o SFN. Em fevereiro de 2001, foi publicada na Imprensa Oficial a decisão do CADE sobre o caso onde a existência da transação foi informada, sem que tal autarquia exigisse qualquer providência nesse sentido. Indaga-se, assim, se posicionamento do CADE representa uma quebra da garantia constitucional da segurança jurídica ao pretender, por meio de uma nova interpretação, fazer incidir o art. 54, § 7º,

da Lei 8.884, para condicionar a validade do ato jurídico de incorporação à sua aprovação?”

Assim como Eros Roberto Grau, o jurista José Afonso da Silva respondeu aos quesitos, de forma a reafirmar o entendimento dos Bancos, respondendo, sinteticamente que:

- 1) Sim. Os dispositivos da Lei 4.595/64 foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e como tal, afastam a incidência da Lei 8.884/94, além do fato de se tratar de matéria financeira, que requer Lei complementar;
- 2) A Lei nº 4.595/64 é especial frente a Lei nº 8.884/94, posto que trata do Sistema Financeiro Nacional, um setor especial da economia, enquanto a segunda disciplina a economia em geral; a própria constituição reserva um capítulo especial para a ordem financeira, além de impor a necessidade de ser tratada por Lei complementar, sendo toda Lei Complementar Lei especial, porque lhe exigida sobre matéria indicada na constituição;
- 3) Sim, não existe previsão constitucional de isenção antitruste para o setor financeiro, na realidade, devido às especificações técnicas exigidas para análise de qualquer assunto do setor, o que há é um ordenamento diverso, com previsões especiais para o controle de atos de concentração e da concorrência das instituições financeira a ser realizada pelo BACEN.

4.2 Do voto da Ministra Relatora Eliana Calmon

Já em análise do voto vencedor da então relatora Ministra Eliana Calmon, verifica-se que foi constatado um aparente conflito de normas, já que, na ocasião do julgamento, haveria que se definir de quem é a competência para decidir atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, considerando as legislações 4.595/64, 8.884/94 e o Parecer Normativo da Advocacia Geral da União, com eficácia vinculante determinada pelo art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93.

Em seu voto, a relatora reconhece o poder vinculante atribuído ao parecer GM-20 emitido pela AGU, posto que fora aprovado e publicado juntamente com despacho presidencial, em conformidade com o disposto no art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93, desconsiderando a tese defendida pelo CADE, pelos seguintes argumentos:

“(...) Acolher a tese defendida pelo CADE nesse ponto, além de vulnerar o princípio da legalidade, importa em atribuir à autarquia recorrida poderes superiores aos do dirigente máximo da nação, conferidos diretamente pelo próprio constituinte originário. Oportuno, quanto ao tema, o magistério de Hely Lopes Meirelles, citado pelos recorrentes: O presidente da República, como agente político, chefe supremo e unipessoal do Poder Executivo federal, no ápice da pirâmide administrativa, dirige, supervisiona, coordena e controla todas as atividades executivas da União, podendo, por motivo de relevante interesse público, avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal (Dec.-lei 200/67, art. 170), ainda que originariamente previsto como da competência de outro órgão ou entidade descentralizada, salvo aquelas matérias que a Constituição previu como privativas de outro órgão. (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., São Paulo, 2005, p. 744) Também sobre o assunto vale conferir a opinião do hoje Ministro Eros Grau, do STF, no parecer ofertado às fls. 401/460:

O § 1º do artigo 40 da Lei Complementar n. 73 de 1.993, não distingue a Administração Direta da Administração Indireta federal. O parecer da AGU, aprovado pelo Presidente da República, vincula “órgãos e entidades” da Administração federal, que ficam obrigados a “dar fiel cumprimento.” O Advogado-Geral da União exerce a atribuição de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.” Incumbe-lhe ainda unificar a jurisprudência administrativa e prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração federal. É regra de interpretação básica a de que ao intérprete não cabe distinguir onde a lei não distingue.

A Lei 8.884/94, nos arts. 3º e 5º, deixa clara a posição do CADE na Administração Pública Federal. Confira-se:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

Art. 5º 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. 6º. Tem o órgão, pelo visto, perfil eminentemente técnico, mantendo-se os seus dirigentes equidistante das decisões e nomeações eminentemente políticas, próprias dos Chefes de Poder. Nem por isso poderia o CADE, como agência reguladora, deixar de subordinar-se às regras da política econômico financeira ditadas pelo Presidente da República. Por outro ângulo, examinando-se o artigo 50 da mesma lei, verifica-se que não pode ter o dispositivo o alcance imaginado pelo CADE; a menção do legislador no sentido de que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, deve ser interpretada no contexto em que está inserida, ou seja, com relação aos julgamentos proferidos nos processos administrativos que se desenvolvem dentro de um iter próprio, como disciplinado na Lei Antitruste, a partir do artigo 30.

É preciso, portanto, que se tenha presente a existência de decisões do CADE de dois tipos: as decisões tomadas no âmbito do Poder

Executivo, no exercício de sua competência, e as decisões adotadas pelo colegiado, a partir de um processo administrativo, que confere ao órgão antitruste o poder decisório. Estas últimas são imutáveis pela administração, porque submetidas ao pleno controle da legalidade.

O que não se pode aceitar é a afirmação de que as decisões do CADE, mesmo técnicas fiquem em posição superior à decisão do Chefe do Poder Executivo, subtraindo-se do Presidente da República a competência que lhe foi outorgada expressamente pela Constituição Federal para decidir acerca do funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública.”²²⁰

A relatora ensina que o Sistema Financeiro Nacional é dotado de inúmeras especificidades que nos obrigam a interpretar, de forma restritiva, a Lei 8.884/94 no que tange à aplicabilidade nesta seara. Reconhece que, ainda que a Lei nº 4.595/64 possa ser considerada materialmente ordinária, não existe como afastar sua prevalência em relação aos dispositivos da Lei Antitruste, já que se destina a regular apenas a concorrência dentro do Sistema Financeiro Nacional, revelando seu caráter especial, enquanto que a Lei Antitruste destina-se a regular a concorrência em relação aos demais mercados relevantes. Neste passo, rememora Agostinho Alvim, esclarecendo que à luz do art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro “*lei nova não revoga lei geral e nem esta revoga norma dotada de especialidade, salvo se expressamente assim dispor ou que tal circunstância resulte de novo mandamento*”²²¹.

Por fim, descarta a possibilidade da atuação conjunta de ambos os órgãos na apreciação de atos de concentração bancária, em função da exigência de agilidade na apreciação, esclarecendo que o Brasil funciona de forma diferente dos EUA, de onde se copiou o modelo de agências reguladoras, classificando essa tese como um grande sofisma.²²²

Conclui afirmando que devem ser aplicadas as normas da Lei 4.595/64, que conferem ao Banco Central a competência exclusiva para apreciar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, tanto com base no Parecer Normativo e Vinculante GM-20, como no disposto no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

²²⁰ Trecho do voto da Ministra Relatora Eliana Calmon no Resp 1.094.218, pgs.10/12.

²²¹ Cf. “Comentários ao Código Civil”, Ed. Jurídica e Universitária Ltda., pg. 23, 1968, Rio de Janeiro – São Paulo), apud Eliana Calmon.

²²² Trecho do voto da Ministra Relatora Eliana Calmon no Resp 1.094.218, pg. 18.

4.3 Dos votos divergentes

No mais, cabe trazer os votos dos Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, para quem a análise das operações de concentração de instituições bancárias devem ocorrer diante do prisma concorrencial, bem como financeiro, hipótese em que “*o controle concorrencial do CADE apenas ocorreria após serem afastados os riscos sistêmicos e prudenciais pelo BACEN*”.²²³

Para o Ministro Castro Meira, o parecer da AGU GM-020 não deve ser aplicado ao CADE, uma vez que interfere diretamente na modulação das atribuições legalmente à autarquia federal, desnaturando a funcionalidade e finalidade para a qual fora criada. Esclarece que as instituições financeiras devem sujeitar-se ao controle da autoridade antitruste, fato que não impede a atuação do BACEN “*no concernente à regulação e manutenção da higidez do sistema financeiro nacional*”²²⁴. Quanto à arguição de afronta ao art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação aos processos administrativos, afirma que não houve aplicação de nova interpretação a uma situação pretérita consolidada, posto que o CADE não havia se manifestado sobre o assunto, tomando ciência da operação apenas quando do exame de aquisição societária diversa.

Outrossim, para o Ministro Herman Benjamin, o parecer de lavra da AGU GM-020 não deve vincular a autarquia, seguindo a lógica do art. da Lei n 8.884/94, que impede a revisão das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo, fundamentando que, se tais decisões não podem ser revistas no âmbito Poder Executivo, nem mesmo pelo seu líder máximo, o mesmo deve ser tido sobre suas atribuições legalmente definidas.

Explica que as atribuições conferidas às entidades não estão dotadas de qualquer antinomia, uma vez que a atuação do CADE e do BACEN são absolutamente complementares. No que concerne à arguição de hierarquia das leis, ressalta que ainda que a Lei nº 4.595/64 tenha sido recepcionada como Lei Complementar, “*é cediço que são materialmente complementares somente as disposições relativas à regulação da estrutura do*

²²³ Voto do Ministro Castro Meira no Resp 1.094.128, pg 17.

²²⁴ Voto do Ministro Castro Meira no Resp 1.094.128, pg 13.

sistema financeiro, como reconhecido pelo STF ao julgar a paradigmática ADIN dos Bancos (ADI 2.591/DF, rel. acórdão Min. Eros Grau, Pleno, j. 7.6.2006, DJ 29.9.2006)”,²²⁵.

Ainda no tocante ao caso discutido no Resp. 1.094.218-DF, cabe ressaltar que houver Recurso Extraordinário do acórdão que decidiu a apelação no Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-DF, interposto por BCN e Bradesco S/A, bem como Recurso Extraordinário do acórdão que decidiu o presente RESP interposto pelo CADE, o que significa que a questão ainda não esta definitivamente decidida.

²²⁵ Voto do Ministro Herman Benjamin no Resp. 1.094.128, pg. 7.

CONCLUSÃO

Dos fatos e fundamentos expostos ao longo deste estudo, percebe-se que o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Banco Central do Brasil – BACEN está diretamente relacionado com o mercado econômico financeiro atualmente estabelecido, pelo que envolve as matérias de Direito econômico e apontamentos sobre o Sistema Financeiro Nacional.

De acordo com o primeiro capítulo deste estudo, a evolução do pensamento liberal e o fenômeno da globalização foram essenciais para a formação da atual conjuntura econômica, que emerge da Constituição Federal de 1988.

A partir da constituição econômica, a regulação estatal do mercado passa a ser essencial para obtenção de uma ordem econômica equilibrada com observância do bem comum e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. Este instrumento está previsto no texto constitucional na forma direta e indireta e é a base do conflito de competência entre o CADE e o BACEN para autorização de atos de concentração bancária.

Tudo isso, porque, como exposto no item 1.2, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é reconhecido como autoridade antitruste brasileira e deve trabalhar na defesa da livre concorrência²²⁶, justamente pela tendência monopolística de mercado, combatendo condutas prejudiciais, como predação, colusão, cláusula de exclusividade ou qualquer movimento que cerceie a concorrência, ferindo, como conseqüência, vários outros princípios constitucionais.

Vale ressaltar que o art. 54 da Lei Antitruste nº 8.884/94, que dispõe que “*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*”, não trouxe qualquer limitação à atuação deste órgão, o que se torna fundamento amplamente defendido pelo órgão para ter reconhecida sua suposta competência para deliberação acerca de atos que envolvam instituições financeiras.

²²⁶ Princípio Constitucional elencado no art. 170, inciso IV da CF/88.

Já no que tange ao Sistema Financeiro Nacional, matéria relatada no segundo capítulo, o Banco Central do Brasil acumula as funções de agência reguladora competente para cuidar do setor financeiro. De forma geral, seu trabalho consiste na manutenção da higidez do Sistema Financeiro Nacional, atuando na política econômica e financeira adotada pelo país, a partir de competências elencadas nos arts. 10 e 11 da Lei 4.595/64.

No entanto, cabe ressaltar as disposições dos arts. 10, inciso X e 18, § 2º da Lei nº 4.595/64 que determina ser competência privativa do BACEN a deliberação acerca de atos empresariais de concentração realizados no âmbito do setor financeiro, bem como o quesito de concorrência relativo a estes atos.

Nesse passo, conclui-se que o estabelecimento sólido de um procedimento específico sobre a autorização de atos de concentração de instituições financeiras é ponto de alta relevância para o mercado econômico financeiro, no intuito de preservar a higidez do Sistema Financeiro Nacional.

A relevância dessa questão advém da necessidade de se assegurar a segurança jurídica dos atos perfeitos já realizados, assim como daqueles que estão por surgir, levando-se em consideração não só interesses individuais, mas como também interesses coletivos.

Nos capítulos 3 e 4, viu-se que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada com status de Lei Complementar, pelo que não existem impropriedades formais bastantes a torná-la sem eficácia. Sem embargo, não há dúvidas de que esta norma é especial, destinada ao tratado do Sistema Financeiro Nacional, o que a determina frente à Lei Antitruste nº 8.884/94, independente do quesito de anterioridade levantado pelo CADE.

Este posicionamento foi determinado pelo disposto no art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro que prevê que a *“lei nova não revoga lei geral e nem esta revoga norma dotada de especialidade, salvo se expressamente assim dispor ou que tal circunstância resulte de novo mandamento”*. Somado ao referido dispositivo destaca-se o ensinamento do Professo José Afonso da Silva acerca do instituto da recepção, argumentando que:

“os instrumentos legislativos aprovados depois da Constituição Federal devem obedecer aos parâmetros formais por ela

estabelecidos, porém para aqueles que foram aprovados antes da Constituição Federal de 1988, cabe a aplicação do instituto da recepção que se liga ao Direito material e quando estiver em perfeita harmonia com os preceitos constitucionais nada impede que as leis anteriores assumam a qualidade de lei complementar, o que se aplica perfeitamente ao caso.”²²⁷

No que tange a submissão do CADE ao parecer da Advocacia Geral da União GM-020/2001, verifica-se que essa discussão torna-se secundária a análise do objeto, contudo, a autonomia e independência concedidas ao CADE não devem ser usadas como justificativa para o não atendimento de norma gerais regulamentares, políticas e econômica emanadas pelo poder executivo, já que as decisões administrativas do CADE são irrecorríveis quando prolatadas no curso do procedimento administrativo e dotadas de tecnicidade, o que não abrange a decisão que avoca para si a competência para determinado ato já conferido por lei a outro órgão.

Portanto, conclui-se que, diante do cenário legislativo atual, a competência para autorização de atos de concentração de instituições financeiras é do Banco Central do Brasil, com fulcro nos arts. 10, inciso X e 18, § 2º da Lei nº 4.595/64, reafirmado pela previsão do projeto de Lei nº 344/2002 que determinara que os atos já efetuados antes da lei são de competência exclusiva do BACEN.

Entretanto, conforme explicado no terceiro capítulo, tendo em vista o elevado *spread* bancário e a antiga política favorável à concentração adotada pelo BACEN, a perpetuação deste modelo de análise concorrência mostra-se temerária, já que se corre o risco de uma análise feita sob o prisma da higidez do Sistema Financeiro Nacional em detrimento da defesa da concorrência, razão pela qual o sistema de competência complementar seria o mais adequado e satisfatório para toda a sociedade.

Contudo, essa hipótese deverá ser fixada mediante a edição de normas claras que informem com propriedade como será realizado este procedimento, prevendo também, hipóteses de prováveis problemas a serem enfrentados e suas respectivas soluções. Isso para evitar a temida morosidade do novo sistema e falhas estruturais nítidas sobre a limitação da análise e o prisma pela qual será realizada por cada órgão.

²²⁷ AFONSO DA SILVA, JOSÉ. Parecer emitido nos autos do Resp. nº 1.094.218/DF

Por conseguinte, na medida em que o BACEN é autoridade regulatória com propriedade para analisar um sistema repleto de especificidades, o CADE é a autoridade antitruste mais adequada a análise de concorrência de mercado que pode ser altamente produtiva para esse setor que atualmente apresenta taxas exorbitantes, com lucros fora da média obtida em outras searas da economia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Direito Bancário. 13ª Ed. Atualizada pelo Juiz Carlos Henrique Abrão - São Paulo: Saraiva, 2010.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº AGU/LA-01/2001 no Processo nº 00001.006908/2000-25. Brasília, 28 de março de 2001. Aprovado pelo Presidente da República em 05.4.2001.

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico : do direito nacional ao direito supranacional – 2ª. Ed. – São Paulo : atlas, 2009.

AMIN FERRAZ, Daniel. La Concentracion Empresarial em El Comercio Internacional. Servei de Publicacions, 2004.

ASSAF NETO, Alexandre. Mercado Financeiro – 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

BANCO CENTRAL, Autoridade Política e Democratização: um equilíbrio delicado / Organizadores Lourdes Sola, Eduardo Kulgemas, Laurence Whitehead. – Rio de Janeiro : Editora FGV, 2002.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4ª edição. Brasília: Ed. UNB, 1994.

BRASIL. Lei Complementar nº 73/93 de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm

BRASIL. Lei nº 4.357 de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4357.htm

BRASIL. Lei nº 4.380 de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm

BRASIL. Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm

BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às

infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm

BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm

BRASIL. Lei nº 9.748 de 29 de janeiro de 1999 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm

BRASIL. Lei nº12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul; LESSA MATTOS, Paulo Todescan (Coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea, Os Fundamentos do Antitruste, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORTUNA, EDUARDO. Mercado Financeiro: Produtos e Serviços. 16ª Ed. – Rio de Janeiro : Qualitymark Ed. 2005.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Cartel : teoria unificada da colusão / Ivo Teixeira Gico Junior. – São Paulo : Lex Editora, 2006.

GOMES, Carlos Jacques Vieira Gomes. Ordem Econômica Constitucional e Direito Antitruste – Porto Alegre : S.A. Fabris. 2004.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ISSA LIMA, Liana. Conflito Positivo de Competências entre CADE e BACEN. Artigo Consultado no site: <http://www.arcos.org.br/artigos/conflito-positivo-de-competencias-entre-cade-e-bacen/>, em 02/11/2010.

JANTALIA, Fabiano. Sistema A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional / Organizador Fabiano Jantalia – Rio de Janeiro : Editora Lumen Jurris, 2009.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito Econômico. - 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MANKIN, N. Gregory. Introdução à Economia : Princípios de Micro e Macroeconomia / tradução da 2ª Ed. Original Maria José Cyhlar Monteiro. – Rio de Janeiro : Campus, 2001.

NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes) – São Paulo : Dialética, 2006.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência : panorama no Brasil e no mundo – São Paulo : Saraiva, 2001.

PLANO REAL. Texto disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Plano_Real. Consultado em 25/11/2011.

ROBERTO GRAU, Eros e A. FORGIONI, Paula, Cade v. Bacen: Conflitos de Competência entre Autarquias e a Função da Advocacia Geral da União. Revista de Direito Público da Economia – RDPE ano 2.n.8. paginas 55-77. Out/dez. 2004.

ROBERTO GRAU, Eros, A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), 13ª Edição revista e atualizada, São Paulo, 2008.

RODRIGUES DOS SANTOS, Kelly. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Regulação no Sistema Financeiro Nacional - O conflito de competência entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil para processar e julgar atos de concentração envolvendo Instituições Financeiras. Orientador, Marlon Tomazatte 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial (as estruturas), 2º edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, André de Souza e. Do Conflito de Competência Entre o Banco Central (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para Apreciar Atos de Concentração Envolvendo Instituições Financeiras. Orientadora Áurea Ramim, 2005.

SILVA, De Placido e, Vocabulário Jurídico, atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho – 27ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

SILVA, Leandro Novais e. Direito Bancário : Regulação e Concorrência / Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. – Direito Antitruste - Aspectos Internacionais/ Curitiba : Juruá, 2006.

SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, A Regulamentação Jurídica do / Organizador Fabiano Jantalia – Rio de Janeiro : Editora Lumen Jurris, 2009.

SOUZA, Washigton Peluso Albino de, 1917 – Primeiras Linhas de Direito Econômico/Washington Peluso Albino de Souza. – 6ª Ed. – São Paulo : LTr, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari, Concorrência e regulação no setor financeiro, São Paulo: Max Limonad, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIN nº 449. Relator: Carlos Velloso. Data de julgamento: 29/08/96. DJ de 10/09/96.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário / Ricardo Lobo Torres, - 11ª Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003. – Rio de Janeiro : Renovar, 2004.