



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
Faculdade de Ciência Jurídica e Sociais – FAJS

**TAYSSA ROSA NOGUEIRA TERRA**

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BCB NA ANÁLISE DOS  
ATOS DE CONCENTRAÇÃO OCORRIDOS NO SISTEMA FINANCEIRO**

**Brasília**  
**2019**

**TAYSSA ROSA NOGUEIRA TERRA**

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BCB NA ANÁLISE DOS  
ATOS DE CONCENTRAÇÃO OCORRIDOS NO SISTEMA FINANCEIRO**

Monografia apresentada à banca examinadora do Centro Universitário de Brasília como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, elaborada sob a orientação do Professor Humberto Cunha dos Santos.

**Brasília  
2019**

**TAYSSA ROSA NOGUEIRA TERRA**

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BCB NA ANÁLISE DOS  
ATOS DE CONCENTRAÇÃO OCORRIDOS NO SISTEMA FINANCEIRO**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

**Brasília, novembro de 2019.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Orientador: Humberto Cunha dos Santos.

---

Professor Avaliador:

*“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.*  
*(Marthin Luther King)*

*“Comece de onde quer que você esteja”.* *(Chris Gardner)*

## AGRADECIMENTOS

A elaboração do trabalho de conclusão de curso foi uma experiência única em todos sentidos. Regada por momentos de desespero e ansiedade, trouxe também um sentimento indescritível de satisfação e descobrimento pessoal. Mas, nada disso teria sido possível sem o apoio de pessoas extraordinárias que se fizeram presentes por todo esse período.

Por isso, primeiramente quero agradecer a Deus, por guiar minhas escolhas e todos os meus caminhos percorridos até aqui. Agradeço mais, por ter me colocado no seio de uma família tão guerreira e inspiradora. E, assim, agradeço aos meus pais, Ana Lúcia e Carlos César, que de forma incondicional me deram suporte para buscar todos os meus sonhos e delírios vividos nestes últimos anos.

Agradeço também aos amigos-irmãos que construí em Brasília, os quais contribuíram indistintamente na minha formação pessoal e profissional, cabendo citá-los: Beatriz Amâncio, Isabella Carvalho, Izabella César, Marina Salles, Rodrigo Cardoso e Pedro Paulo Sampaio.

Aos presentes que a faculdade me trouxe, nomeio, Isabella Teles, Mikaella Sousa, Letícia Duarte, Maria Luísa Medeiros, Vitória Calastro, Geovanna Pires, Júlia Lopes e Francisco Eugênio, pelas manhãs proveitosas de alegria e estudo.

Ainda, meus sinceros agradecimentos as minhas amigas, Ana Vera Cardoso, Maria Laura Montans e Natália Melo que me acompanham há mais de doze anos e, nos últimos seis, me permitiram compreender o clichê de que amizades verdadeiras se mantêm mesmo à longas distâncias.

Obrigada, a todos estes, pelo amor, atenção, carinho e paciência que tiveram comigo ao longo desses anos.

Por fim, agradeço ao meu Prof. Orientador Humberto Cunha pela competência e dedicação em me auxiliar. E a equipe do escritório Aroeira Salles Advogados que tem influenciado e acompanhado, diariamente, meu crescimento profissional. Agradeço, especialmente, ao Jefferson Lourenço, que além de um ótimo colega de trabalho, tornou-se um grande amigo e me auxiliou na revisão do presente trabalho.

## RESUMO

O objeto do presente trabalho teve como escopo analisar o conflito de competência existente entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BCB) na análise de Atos de Concentração ocorridos no sistema financeiro nacional. Para tal, será analisado o contexto histórico em que se operou o conflito, com base nos argumentos oferecidos pelo CADE, BCB e Advocacia-Geral da União à época, bem como, pela análise comparativa entre a Lei n. 4.595/1964 e a Lei n. 12.529/2011 subsidiadas pela Carta Constitucional de 1988. Além disso, será abordada a intervenção do Estado na economia, ora como agente regulador, ora como autoridade antitruste, buscando ao final demonstrar, por meio da análise do Caso Itaú Unibanco S/A x XP Investimentos, os possíveis arranjos institucionais que permitem e tornam necessária a atuação complementar das autarquias federais.

**Palavras-chave:** Direito Econômico. Conflito de competência. CADE e BCB. Setor bancário. Agência reguladora. Autoridade antitruste.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>1. REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA</b> .....	4
1.1. Noções introdutórias sobre direito econômico.....	4
1.2. Sistema Financeiro Nacional.....	8
1.3. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.....	14
1.4. Regulação e concorrência no setor bancário.....	19
<b>2. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BACEN</b> .....	26
2.1. Histórico do conflito.....	26
2.2. Parecer GM-020: o que pensa a AGU sobre o conflito de competência.....	31
2.2.1. <i>O poder de vinculação dos pareceres da AGU</i> .....	31
2.2.2. Lei complementar sobpõem-se a lei ordinária?.....	38
2.2.3. Especificidade das normas no que tange à concorrência do setor bancário.....	42
2.3. Desdobramentos no Poder Judiciário.....	44
<b>3. CONVENIÊNCIA HARMÔNICA ENTRE AS AUTARQUIAS</b> .....	49
3.1. Teoria das imunidades implícitas.....	49
3.2. Atuação complementar entre autoridade antitruste e agência reguladora....	55
3.3. Ato Conjunto n. 01.....	59
3.4. Caso Itaú Unibanco vs. XP Investimentos.....	63
<b>CONCLUSÃO</b> .....	70
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	73

## INTRODUÇÃO

Em um mercado complexo como o brasileiro, o Estado, para cumprir adequadamente suas funções e assegurar o efetivo funcionamento da economia, deve contar com dois importantes instrumentos, tais como a regulação econômica e a legislação de defesa da concorrência.

Nesse sentido, a partir da abertura econômica ocorrida na década de 1990 — marcada pelo crescimento das privatizações — houve uma orientação do mercado brasileiro no sentido de observar e se preocupar com a competitividade dos setores e, conseqüentemente, com o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Foi então que, com a edição da Lei 8.884/94, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), tornou-se uma autarquia federal de vulto e notório reconhecimento, possuindo competência para deliberar sobre atos de concentração operados em todos os setores econômicos, tendo, inclusive, fomentado no país uma cultura de criação de normas de competição, as quais subsidiaram a própria existência do mercado.

Nessa mesma época, o setor bancário brasileiro passou por uma importante reestruturação, que levou a concentração do mercado bancário. Os atos de concentração envolvendo instituições financeiras tornaram-se recorrentes tendo o CADE iniciado a análise dessas operações, muito embora, em alguns momentos o Banco Central do Brasil (BCB) já tivesse analisado. A atuação das autarquias de forma desarmônica gerou insegurança jurídica aos *players* do mercado, chamando atenção para o conflito de competências entre as entidades.

Em apertada síntese, o BCB defendia sua competência como agente regulador específico do sistema financeiro nacional, fundado na análise dos artigos 10, inciso X e 18, §2 da Lei 4.595/64 por entender que há previsão expressa atribuindo à autarquia a competência para analisar concentrações bancárias e proceder com a preservação da defesa da concorrência no setor. De outro lado, o CADE julgava-se competente em razão do art. 15 da Lei 8.884/94, que lhe assegurava competência para proceder com a defesa da concorrência de forma genérica e sem restrições.

À época, os conflitos de competência entre autoridade antitruste e ente regulador se intensificaram, ganhando relevância na vida política, econômica e



jurídica do país, estando até hoje sem uma definição clara acerca da interação destas políticas públicas, razão pela qual, o presente trabalho tem o objetivo de discutir a interação entre órgão regulador e autoridade antitruste, centrando sua atenção ao estudo do setor bancário, tomando por base o importante conflito de competência estabelecido entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil no início dos anos 2000.

Nesse sentido, o primeiro capítulo busca tecer uma análise introdutória sobre o Sistema Financeiro Nacional e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, observando os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, para que ao final seja possível distinguir as peculiaridades do agente regulador e da autoridade antitruste, buscando concluir que o bom funcionamento da economia de mercado depende da atividade complementar entre a legislação de defesa da concorrência e a política de regulação econômica.

Já o segundo capítulo será destinado ao estudo pormenorizado do caso que deu visibilidade ao conflito de competência entre as aludidas autarquias federais, qual seja: aquisição do capital social da Basmetal Industrial S.A (empresa *holding* do Grupo Finasa) pela *Zurich* Brasil Seguros S/A, operação essa que ficou conhecida como o Caso Finasa. Inicialmente, será feita uma breve introdução fática e jurídica sobre o caso e, posteriormente, serão analisados os pareceres apresentados tanto pelo CADE, quanto pelo BCB, buscando demonstrar os fundamentos que subsidiaram suas competências para proceder a análise dos atos de concentração.

No mesmo capítulo, o Parecer GM-020/Advocacia-Geral da União será tratado de forma minudente, discorrendo sobre os fundamentos apresentados pela União para justificar a competência privativa do BCB. Assim, buscar-se-á rebater todos os pontos levantados pela Advocacia-Geral, demonstrando que, não se sustenta a competência privativa do BCB. Ao final do capítulo, de forma breve, será abordado o Recurso Extraordinário 664.189 em tramitação do Supremo Tribunal Federal.

Para concluir, o terceiro e último capítulo tratará sobre as Teorias das Imunidade Implícitas, *Pervasive Power Doctrine* e *State Action Doctrine*, como formas primárias de análise da relação entre poder regulamentar e o direito antitruste, ambas importadas da doutrina norte-americana, buscando a possível implementação dessas teorias no sistema econômico brasileiro.

Seguindo nessa mesma linha, será apresentada as configurações institucionais propostas pela doutrina brasileira que tem o condão de observar os modelos

institucionais cabíveis em uma relação que busque a convivência do ente regulador e da autoridade antitruste, sugerindo a implementação no sistema brasileiro e identificando qual modelo institucional tem vigorado no âmbito das relações entre agência reguladora e ente antitruste nacionais atualmente.

Para isso, será estudando o Ato Conjunto n. 01, elaborado de forma integrada entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil, o qual estabeleceu critérios e competências próprias para cada autarquia quando da análise dos atos de concentração do setor financeiro, tendo estabelecido uma relação harmônica entre a Lei 4.595/64 e a Lei 12.529/2011.

Por fim, reservou-se a última seção do terceiro capítulo para o estudo de caso referente à recente decisão prolatada pelas autarquias após a edição do Ato Conjunto n. 01, referente ao caso da aquisição da XP Investimentos pelo Itaú Unibanco S.A. Em síntese, se analisará o aludido caso com vistas a demonstrar que a competência para análise de atos de concentração no setor bancário não pode estar adstrita a uma única autarquia, uma vez que a análise tecida pela autoridade concorrencial, difere, e muito, da análise empreendida pela agente regulador, sendo ambas importantes, devendo ser realizadas de forma complementar, cada uma em seu enfoque.

## 1. REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

### 1.1 Noções introdutórias sobre Direito Econômico

Inicialmente, torna-se imperioso esclarecer alguns conceitos norteadores do Direito Econômico, para que, ao final, seja possível compreender de forma global o cerne do presente trabalho, o qual pretende analisar de forma minuciosa o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil nos atos de concentração realizados no sistema financeiro.

Cada momento histórico possui uma consciência própria acerca da relação entre o Direito e a Economia. Assim, o conceito de Direito Econômico surge de uma perspectiva interdisciplinar que pretende concatenar as postulações jurídicas no mundo do *dever ser* somadas às análises econômicas dos fatos sociais, que remontam a uma percepção crítica sobre o mundo do *ser*<sup>1</sup>.

Dessa forma, cumpre rememorarmos a origem do Direito Econômico, que segundo doutrina majoritária, retorna ao período da Primeira Guerra Mundial<sup>2</sup>.

Iniciemos.

Nas décadas que antecederam o estudo do Direito Econômico propriamente dito, sob a égide das Revoluções Industriais vividas à Europa, o cenário era de inúmeras e constantes transformações sociais, políticas e econômicas, isso porque, com o enfraquecimento das aristocracias rurais, a classe burguesa industrial ascendia em linhas exponenciais. Assim, a produção em massa gerava novas necessidades à população e, a conseqüente busca pela sua satisfação, alterava a sistemática social e econômica vivenciada até o momento.<sup>3</sup>

Com a nova dinâmica de funcionamento do mercado, decorrente das Revoluções Industriais, teve início um novo fenômeno econômico, qual seja, o poder econômico, esse que sobreveio das relações de troca no mercado passando a nortear a economia na medida em que incentivava a regulação dos preços e, conseqüentemente, a dinâmica entre oferta e demanda.

---

<sup>1</sup> Nas palavras de Isabel Vaz, a concorrência tida como entidade econômica, deixa o campo econômico e passa a integrar o mundo jurídico. Assim, defende que figurar no mundo do “*ser*” significa analisar a ótica econômica, enquanto que, incorporar os valores, atributos e finalidades do ordenamento jurídico tornam a concorrência do mundo jurídico, sendo ele o “*dever ser*”. p.191

<sup>2</sup> “O direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica da guerra e da economia”. COMPARATO, Fábio Koder. O Indispensável Direito Econômico. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. **Revista dos Tribunais**, v. 1, 2011. p.73.

<sup>3</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.19-20.

Foi então, que a partir do séc. XX, diante das alterações comportamentais, econômicas, políticas e sociais, especialmente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), que teve origem de forma sólida o estudo do Direito Econômico, por meio do qual pretendia-se compreender os fenômenos econômicos como forma de alcançar a justiça social, e não mais, como mero adendo as interpretações jurídicas<sup>4</sup>.

A Primeira Grande Guerra levou as nações a voltarem suas atenções para as atividades econômicas, a partir do momento em que identificaram que vencer os conflitos, não dizia respeito somente a proceder com a estruturação de frentes de batalha, mas também, dependia da organização das atividades econômicas estimulando uma atuação regulatória dos Estados.

Nesse sentido, Paula A. Forgioni esclarece:

Já no primeiro quartel do séc. XX têm lugar alguns acontecimentos que modificam a postura do Estado em face da regulamentação e condução da economia. Em 1914, inicia-se a Primeira Grande Guerra. Os países vão divisando que, como afirmou Comparato, as guerras não se ganham apenas nos campos de batalha. Verifica-se atuação no sentido de organizar a economia, direcionando-se para a guerra. Surtos de regulação estatal da atividade econômica se fazem presente, não obstante julgados por muitos como temporário e eventual.<sup>5</sup>

Com o final da Guerra, as concepções acerca do direito e da economia, haviam sido completamente alterados, inclusive, em razão da consolidação do Direito Econômico como ramo autônomo do direito, posto que, entendeu-se que a análise econômica não dizia respeito a uma situação acessória ao mundo jurídico, ao contrário, representava um requisito intrínseco. Vale lembrar que nesse período, já havia uma compreensão de que a atuação regulatória do Estado tinha o condão de limitar o poder econômico dos agentes de mercado buscando prevenir abusos e propiciar um sistema econômico harmônico<sup>6</sup>.

Sob essa perspectiva, ao longo do referido século diversos acontecimentos históricos relacionados tanto as Grandes Guerras Mundiais, quanto a crise de 1929 e a Guerra Fria, propiciaram a compreensão social de que a atividade regulatória do Estado era necessária para alcançar um equilíbrio social, político e econômico. Do mesmo modo em que os princípios positivados pela corrente liberal pregavam a livre

---

<sup>4</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.8-9.

<sup>5</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Direito Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.76

<sup>6</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.12-18.

concorrência acima de tudo, havia de outro lado, a necessidade intrínseca do mercado de viger sobre os limites, ainda que mínimos, da regulação estatal em busca da eficiência econômica e a justiça social.<sup>7</sup>

No período Pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as práticas econômicas, começaram a ser observadas sobre outro viés, surgiram correntes doutrinárias e cartas constitucionais influenciadas pela Constituição de Weimar<sup>8</sup>, que buscavam consolidar a importância da atuação jurídica do Estado na economia, posto que, embora houvesse um reconhecimento quanto a essencialidade acerca dos estudos econômicos, não havia uma postulação constitucional que resguardasse a questão.

Assim, influenciadas pela Constituição de Weimar (1919) e pelo fortalecimento do direcionamento da economia pelo poder público, durante e após a Segunda Grande Guerra, inúmeras foram as cartas constitucionais que passaram a dispor sobre a ordem econômica constitucional.

Assim, não seria diferente no Brasil, logo, a partir de 1934 as constituições brasileiras passaram a sistematizar a ordem econômica em artigos e capítulos próprios, momento que marcou a origem da transição entre o liberalismo vigente nas constituições anteriores e deu início ao período da regulação neoliberal<sup>9</sup>.

Foi então que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Título VII foi destinado a tratar sobre a Ordem Econômica e Financeira, sem que isso impedisse a análise conjunta com os demais dispositivos constitucionais. Ao contrário, o que se pretendia com as Constituições Econômicas era a busca por uma interpretação cada vez mais integrada dos dispositivos constitucionais, em prol da existência digna dos cidadãos nos ditames da justiça social, conforme dispõe o artigo 170, CF/1988<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.43-45.

<sup>8</sup> “Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do séc. XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo. De certa forma, os dois grandes pactos internacionais de direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições no início do século”. COMPARATO, 1968 apud BAGNOLI, Vicente. **O Indispensável direito econômico**. RT n. 353, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>9</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.52.

<sup>10</sup> 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

Nessa perspectiva, a ordem econômica constitucional de 1988 tem como fundamentos centrais a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano<sup>11</sup>, que inclusive, associadas a garantia da propriedade privada, permitem concluir pela escolha constitucional de um sistema econômico capitalista<sup>12</sup>.

Em princípio, a ordem econômica constitucional busca delinear o papel do Estado por meio dos atos de intervenção<sup>13</sup>, divergindo das constituições anteriores, vez que passou a limitar a atuação do legislador originário<sup>14</sup>, na medida em que as falhas de mercado apresentadas durante o período de isenção estatal inviabilizaram o equilíbrio do mercado por si só.

Assim, o título da ordem econômica, é claro ao definir as competências estatais, no sentido de direcionar as vias de regulação e fiscalização no trato econômico com vistas a equilibrar os interesses legítimos e democráticos pleiteados pela sociedade, assegurando também o exercício da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, facilitando as trocas e promovendo a busca pelo equilíbrio dos mercados.

Nesse momento, deve-se ponderar que a falha no sistema de autorregulação da economia (*laissez-faire*; *laissez-passer*)<sup>15</sup> foi o estopim necessário para subsidiar o desenvolvimento robusto, das práticas regulatórias no mercado e do sistema concorrencial. Nesse ponto, destaca-se:

---

seguintes princípios. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 set. 2019.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 193-194.

<sup>12</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.75-77.

<sup>13</sup> Cabe um registro quanto ao entendimento de Eros Grau acerca das terminologias utilizadas, distinguindo o conceito de “intervenção estatal” e “atuação estatal”. Em seus termos, a intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado. Enquanto que a atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade de própria quanto em área de titularidade do setor privado. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 91-92.

<sup>14</sup> É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concede mais, como fazer a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagre. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica. BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2001. p.187-212. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>. Acesso em: 04 set. 2019.

<sup>15</sup> Expressão que significa “não intervenção” ou “não interferência”. Recorde-se a fórmula atribuída aos fisiocratas Vincent de Gournay(1712-1759): “laissez faire eles homms, laissez passer les marchandises” que significa “deixai os homens fazer, deixai passar as mercadorias”. DROUIN, Jean-Claude. **Os grandes economistas: uma introdução à Economia**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014, p.19-20.

A experiência demonstrou, todavia, que o sistema de autorregulação do mercado nem sempre é eficaz em relação a um conjunto de outros aspectos dos produtos e serviços, como qualidade e segurança, veracidade das informações ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas, atendimento pós-consumo etc. Daí a necessidade de uma regulamentação específica de proteção ao consumidor, que veio inscrita inclusive como um direito individual constitucionalizado. Trata-se, aqui, tanto de um princípio de funcionamento da ordem econômica, ao qual está vinculada a iniciativa privada, quanto de um dever do Estado. A ele cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa fé negocial. (BARROSO, 2001. p.195)<sup>16</sup>

Nessa perspectiva, conclui-se que em busca da correção e do equilíbrio dos mercados, emergiram concomitantemente duas importantes formas de políticas públicas, a primeira seria a regulação e a segunda, a defesa da concorrência. Adiante, buscar-se-á compreender como a atividade regulatória do Estado e as práticas concorrenciais foram fomentadas no Brasil e quais são os órgãos responsáveis por assegurar sua efetividade, dando atenção especial para os atos regulatórios e concorrenciais que permeiam o setor bancário.

## 1.2 Sistema Financeiro Nacional

Para compreendermos de forma integral o objeto do presente trabalho, ou seja, a disputa entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil acerca da competência na análise de atos de concentração ocorridos no sistema financeiro, é necessário, inicialmente, compreender os dois sistemas que norteiam a regulação e a concorrência no país. Assim, optando pela análise cronológica dos fatos, passar-se-á a apresentação do Sistema Financeiro Nacional, onde se localiza o Banco Central do Brasil como entidade autárquica responsável pela regulação sistêmica e prudencial no setor bancário.

Entrando para o final da Segunda Guerra Mundial, em julho de 1944, os principais países industrializados do mundo à época, se reuniram para a Conferência de Bretton-Woods com o objetivo de pactuar em prol da busca por um equilíbrio global na dinâmica econômica<sup>17</sup>. Após o acordo, surgiram no mundo duas importantes instituições financeiras, sendo elas o Banco Internacional para a Reconstrução e

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2001. p. 195. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>. Acesso em: 04 set. 2019.

<sup>17</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), que em conjunto, representaram importantes instituições para a reconstrução econômica dos países no pós-guerra.

Nesse cenário, de acordo com a ordem internacional formalizada em Bretton-Woods, foi criado no Brasil, por meio do Decreto Lei n. 7.293/1945 a Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), passando a funcionar como autoridade monetária brasileira, que dentre suas inúmeras atribuições, tinha competência para exercer o controle monetário e a organização de um Banco Central. Além de proceder com a emissão de papel-moeda ao Tesouro Nacional e orientar e fiscalizar a política de câmbio e operações bancárias em geral<sup>18</sup>.

A Sumoc funcionou, ora em acordo, ora em desacordo com as políticas econômicas que já estavam vigentes pelo Banco do Brasil, tendo essas instituições de forma conjunta exercido funções que, logo mais, seriam competências do Banco Central do Brasil. Nesse ponto, a atividade conjunta da Sumoc, Banco do Brasil e Tesouro Nacional ensejaram a especulação sobre a necessidade de se criar uma autoridade monetária mais centralizada e voltada para o desenvolvimento harmônico do sistema financeiro no país, como já vinham ocorrendo em outros países do mundo.

Seguindo por esse caminho, na vigência do Regime Ditatorial (1964-1985) no Brasil, foi sancionada em 31 de dezembro de 1964 a Lei 4.595/1964<sup>19</sup> tinha o objetivo principal de promover a reforma bancária do país, dispondo sobre importantes alterações na dinâmica do Sistema Financeiro Nacional até então vigente, tendo a criação do Banco Central do Brasil (BCB) por meio do seu artigo 8º<sup>20</sup> representando a principal alteração trazida pelo marco legal.

---

<sup>18</sup> BULHÕES, Octávio Gouvêia de. **Depoimento**. Brasília: Memória do Banco Central, Rio de Janeiro: CPDOC-FGV, 1990.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei n. 4.595/64**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>20</sup> “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 vigências desta lei, do disposto no art. 9º do Decreto-Lei nº 8495 de 28/12/1945, dispositivo que ora é expressamente revogado”. BRASIL. **Lei n. 4.595/64**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 20 set. 2019.



É certo que, o Sistema Financeiro Nacional é composto por diversas instituições<sup>21</sup>, financeiras ou não, que atuam em conjunto na gestão da política monetária do governo federal, no entanto, o Banco Central do Brasil, merece especial atenção, por exercer função primordial para o adequado funcionamento do sistema, vez que, dentre suas atribuições, encontra-se a garantia da higidez do sistema financeiro e o zelo pela regulação prudencial, o que, até 1964, não estava sendo feito por nenhuma outra instituição<sup>22</sup>.

Assim, o Banco Central do Brasil nasce com natureza de autarquia federal, vinculada ao Ministério da Economia e compondo, de forma essencial, o Sistema Financeiro Nacional. Considerando sua importância e a fim de garantir a implementação da legislação, os artigos 10 e 11 da Lei n. 4.595/64<sup>23</sup> destinaram-se a tratar de forma expressa sobre as competências da autarquia, referente a atribuições que anteriormente eram desempenhadas pela Sumoc, BB e Tesouro Nacional ou ainda, competências que não detinham previsão legal.

Nesse sentido, das principais atribuições destinadas ao Banco Central do Brasil, destacam-se as seguintes: (a) responsável exclusivo pela emissão de papel-moeda; (b) responsável pela realização de operações bancárias com outras instituições financeiras; (c) gestor das reservas oficiais de ouro e capital estrangeiro; (d) responsável pela compra e venda de títulos públicos, facilitando a política monetária adotada pelo Governo; (e) fiscalização de outras instituições financeiras e aplicação de penalidades quando lhes fossem devidas<sup>24</sup>.

Assim, a apresentação de competências do BCB demonstra de forma clara, a importância intrínseca da autarquia para o funcionamento adequado do Sistema Financeiro Nacional, sendo essa a instituição nacional responsável por garantir a existência de um sistema financeiro sólido e eficiente.

Seguindo na perspectiva histórica, a reforma bancária, permitiu a consolidação do BCB como órgão responsável pelo controle monetário e fiscal do país, tendo criado

---

<sup>21</sup> A exemplo, cumpre destacar que o Sistema Financeiro Nacional é composto pelo Conselho Monetário Nacional, Banco do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e outras. Disponível em: <https://www.topinvest.com.br/estrutura-do-sistema-financeiro-nacional/>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>22</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n. 4.595/64. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei n. 4.595/64. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

um ambiente propício para a consolidação das estruturas financeiras tendentes a buscar a estabilidade e equilíbrio do setor financeiro, preocupando-se com a higidez do sistema.

Dessa forma, após anos de vigência da lei, sem grandes conflitos, no final da década de 80, a Lei n. 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 por seu Art. 192<sup>25</sup>, o qual dispunha sobre a estruturação do Sistema Financeiro Nacional voltado ao desenvolvimento equilibrado do país e aos interesses da coletividade. Foi a partir desse momento, que surgiram importantes discussões sobre a validade e extensão das competências atribuídas ao Banco Central do Brasil por meio da Lei n. 4.595/64.

Isso porque, na década de 1990, em razão dos altos índices de inflação e posteriormente da implementação do Plano Real, o Brasil passou por importantes transformações, políticas, sociais e econômicas que resultaram em um forte processo de privatizações, momento no qual foram criadas inúmeras agências reguladoras<sup>26</sup> com o intuito de fiscalizar e sistematizar o funcionamento de setores específicos da economia, fato esse que fomentou as discussões acerca das competências atribuídas ao Banco Central.

Tais agências, em cenários diversos, se viram diante de situações nas quais suas competências não restavam claras, em razão de normas, posteriores ou anteriores, que não observavam atribuições constitucionais ou eram regidas por normas infraconstitucionais omissas. Tal cenário se estendeu ao setor bancário, no qual, teve origem o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BCB) no que tange à análise de atos de concentração operados neste mercado.

---

<sup>25</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>26</sup> A adoção de um modelo regulatório de Estado conduz à fragmentação das competências normativas e decisórias estatais. Surgem entidades administrativas encarregadas da gestão setorial. Alguns afirmam que se produz o surgimento de um Estado “policêntrico”, cuja configuração pode ser mais bem representada como uma “rede governativa”. Nesse cenário, uma instituição fundamental consiste na agência reguladora. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p.464

O conflito de normas, objeto do presente trabalho, torna imperiosa uma análise detida do artigo 10, X, “c” da Lei n. 4.595/64, pois, esse dispositivo trata sobre a competência privativa do BCB para conceder autorização às instituições financeiras afim de que estas possam se fundir, incorporar ou encampar. No entanto, em momento algum a norma dispõe de forma expressa que a análise realizada pelo BCB terá um viés concorrencial.

Daí pode-se depreender que a competência do BCB nos atos de concentração envolvendo instituições financeiras seria referente a uma análise de questões relacionada à higidez do sistema financeiro, preocupando-se com a regulação prudencial e o risco sistêmico atinente ao mercado, inobservado de forma mais atenta fatores relacionados à defesa da concorrência.

Embora pareça clara à ausência de previsão legal quanto a análise concorrencial dos atos de concentração pelo BCB, existe forte discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito. Existe uma interpretação, fomentada por Sztanjn e Salles (2001), segundo a qual o BCB também teria a função de observar os impactos concorrenciais dessas operações. Isso porque, a interpretação conjunta do artigo 10, X, “c” com o artigo 18, §2 da Lei n. 4.595/64, permitiria compreender que estando o BCB no exercício da fiscalização do Sistema Financeiro, teria que considerar todos os impactos decorrentes da operação, sejam eles voltados à análise prudencial ou concorrencial.

No entanto, quando o artigo 18, §2 afirma que o Banco Central regulará as condições de concorrência, em uma interpretação literal é possível depreender que a instituição, exercendo a regulação prudencial, terá o condão de regular de maneira preventiva o mercado financeiro, criando normas sobre as condições concorrenciais na análise da estrutura e não das operações em si.

Isso porque, na Lei n. 4.595/64 a única ressalva legal acerca da análise concorrencial, trata sobre a imposição de multas em casos anticompetitivos, no entanto, não há de forma expressa dispositivos que articulem os instrumentos e procedimentos necessários à análise dos aspectos concorrenciais das operações, pelo contrário, há uma menção superficial à regulação das condições concorrenciais no setor bancário. Ou seja, a referida lei não instrumentalizou nem criou procedimentos que orientassem a análise dos atos de concentração sob o viés dos impactos concorrenciais, tão pouco, tratou sobre as medidas que seriam adotadas caso houvesse um cenário anticompetitivo no mercado.

Logo, não há um cenário institucional adequado que permita inferir pela competência privativa do BCB na análise de atos de concentração no mercado financeiro, vez que, conforme amplamente demonstrado, a autarquia não tem condições, nem legitimidade para observar, de forma exclusiva, os impactos concorrenciais de um ato de concentração no setor bancário. O que por outro lado, está instrumentalizado e disposto de forma expressa na lei de defesa da concorrência.

Nessa perspectiva, é certo firmar que a Lei 4.595/64 não foi criada com o intuito de preservar a concorrência, até porque, como dito em momentos anteriores, no período em que entrou em vigor não havia um mercado tão elaborado como o é atualmente. Inclusive, a preocupação com um mercado competitivo só ganhou força com o movimento de desestatizações vivenciado na década de 90 pelo país.

Assim, pode-se concluir que o artigo 10, X, "c" da Lei n. 4.595/64 ao conceder competência ao BCB para proceder com a autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de concentração realizados entre elas, esta dispendo sobre a atribuição ligada à regulação prudencial e sistêmica exercida pela autarquia, ou seja, relacionada unicamente à típica atividade do ente regulador sem dotar de atribuições de caráter concorrencial.

Em síntese, se verifica que a finalidade da Lei n. 4.595/64 foi de permitir que as questões concorrenciais fossem utilizadas como instrumento para regular o mercado financeiro e não como um instrumento capaz de alcançar a defesa da concorrência no setor bancário, pois faltaram dispositivos e procedimentos legais para tal. Nesses termos, Sundfeld (2002, p.44 e 45):

A persecução da tutela da concorrência pelo BACEN, na forma dos arts. 10,X,"c"e 18 §2 , da lei 4.595/64, tem caráter nitidamente instrumental, na medida em que vinculada à realização de outros valores próprios da regulação do sistema financeiro. É o que se vislumbra facilmente com a contextualização no âmbito da lei 4.595/64 das competências citadas, deixando-se de atentar apenas para a leitura de dispositivos isolados. Feita esta contextualização, contata-se a teleologia da lei, que obviamente não tem como foco a promoção da concorrência no setor financeiro. No máximo, a concorrência poderia ser vista como um instrumento circunstancial para a realização de alguns dos objetivos apontados a ser perseguida e na medida necessária para atingi-los. [...] Se a concorrência é tutelada pelo BACEN, o é apenas e tão somente quando necessária para perseguir objetivos ínsitos à regulação do setor financeiro. Em outros termos, se existente esta tutela, ela se mostra totalmente subordinada à realização dos objetivos da política monetária nacional.

Atribuir ao BCB competência para permitir ou restringir operações no Sistema Financeiro Nacional sob à ótica concorrencial, seria, de forma inconsequente dar amplo poder de mercado aos agentes econômicos, isso porque, a instituição não tem know-how, nem tecnicidade própria para observar impactos concorrenciais em atos de concentração.

Conclui-se que a vedação ao abuso da concorrência elencada na Lei n. 4.595/64 possui uma função acessória, voltada exclusivamente para uma preocupação sob à ótica da regulação prudencial e não pela busca da defesa da concorrência em si, o que fortalece o entendimento, de que a análise de atos de concentração no sistema financeiro deve ser feita pela autoridade regulatória mas também, por outra instituição, dotada de know-how em defesa concorrencial.

### **1.3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**

Em contrapartida à forte consolidação do Sistema Financeiro Nacional existente desde a década de 1960 no Brasil, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nasceu e viveu de forma embrionária entre os anos de 1962 a 1994, tendo sofrido inúmeras transformações estruturais ao longo dos anos, e ganhado força pujante somente na década de 1990 após a publicação da Lei n. 8.884/94<sup>27</sup>. Tendo, por certo, sido aprimorado com a publicação da atual Lei Antitruste (Lei 12.529/2011)<sup>28</sup>.

A defesa da concorrência no Brasil, foi normatizada pela primeira vez em 1962 com a publicação da Lei n. 4.137<sup>29</sup>, pouco antes da entrada em vigor da Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei 4.595/64)<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>28</sup> BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei n. 4.137 de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>30</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)

Destaca-se que ambas foram criadas em um mesmo contexto político e econômico, pautado por uma maior intervenção do Estado na economia, sendo marcado por um momento de pouca preocupação com a concentração dos mercados e conseqüentemente, com análises técnicas e concorrenciais dos mercados<sup>31</sup>.

Dessa forma, tendo em vista o contexto em que foi criada, a Lei n. 4.137/62 é tida, pela doutrina majoritária como uma norma pouco expressiva e de baixa eficiência no que tange a defesa da concorrência no mercado nacional. Tendo representado um importante marco legal por ter criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica como principal instituição responsável pela análise concorrencial dos setores econômicos<sup>32</sup>.

Por isso, é certo, que a defesa da concorrência é uma prática recente no Brasil, que embora tenha sido inaugurada na década de 1930, só teve o primeiro dispositivo legal, voltado diretamente ao direito concorrencial, publicado em 1946.

Em síntese a análise histórica das principais leis de defesa da concorrência que vigoram no Brasil, pode ser feita da seguinte forma, a Lei n. 4.137/62 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, inaugurado sem muita eficiência e então, somente três décadas depois, houve a publicação da Lei n. 8.884/94 que sistematizou de forma clara e eficaz o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que anos depois, se aperfeiçoou com a publicação da Lei n. 12.529/2011, atualmente em vigor.

---

<sup>31</sup> “Ora, quando promulgada a Lei n. 4.595/64, estava ainda vigente o texto da Constituição de 1946, que, no seu artigo 148, determinava: “A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive, as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Esta determinação constitucional se referia exclusivamente ao comportamento a ser adotado por empresas. Não existia, no ordenamento brasileiro, qualquer preocupação com o fato da concentração de empresas. [...] A Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, insere-se nesse contexto ideológico, político e jurídico. Não existe nela a preocupação em regular, em analisar, permitir ou vetar, as fusões, incorporações e conglomerados. Não havia campo, no Brasil, para uma preocupação com as grandes fusões e suas conseqüências comportamentais e com a relação de causa e efeito entre aqueles dois fenômenos econômico-jurídicos” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Concorrência e Regulação**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

<sup>32</sup> Pode-se ter a impressão, pela transcrição das emendas que efetuamos, que a Lei n. 4.137 foi utilizada como eficaz e atuante instrumentos de política econômica, auxiliar no processo de concentração de empresas e fortalecimento da indústria nacional. Tal conclusão, entretanto, não é correta. Em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves “surtos” ou “ondas” de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência. FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Direito Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.118.

Nesse contexto importa lembrar que entre 1964 a 1988 o Brasil passou por inúmeras alterações políticas, sociais e econômicas que tiveram força determinante na reestruturação do sistema econômico nacional, que encontrava-se em um momento de transição entre o modelo de maior intervenção estatal na economia, para um modelo de maior intervenção indireta, ou seja, o Estado passou a atuar como agente empreendedor, competitivo com o setor privado pelo mercado.

E foi nesse novo paradigma estabelecido após a promulgação da Constituição de 1988 que a defesa da concorrência ganhou destaque efetivo no ordenamento brasileiro, isso porque, o artigo 170, VI da CRFB/88<sup>33</sup>, introduziu expressamente a tutela da livre concorrência, sendo ele, inclusive, um dos princípios norteador da ordem econômica brasileira.

Nesse mesmo sentido, o artigo 1, inciso IV da CF<sup>34</sup> que versa sobre a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, introduzia ao sistema constitucional nuances que demonstravam o interesse do Estado em assegurar condições mínimas a defesa da concorrência e a regulação, direcionando a atuação da autoridade antitruste por meio do artigo 173, §4<sup>35</sup> no sentido de buscar a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Para assegurar a tutela da defesa da concorrência trazida com a ordem constitucional estabelecida em 1988, a edição da Lei 8.884/94 representou a origem, efetiva, da preocupação com a regulamentação da atividade econômica no país, levando em consideração a grau de concorrência desempenhado nos mercados. Desde sua criação a referida lei foi expressa ao tratar sobre a aplicação geral e

---

<sup>33</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV. livre concorrência; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>34</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>35</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

abstrata dos seus dispositivos, isso porque, o art. 15 dispunha expressamente sobre a aplicação da referida lei a pessoas físicas e jurídicas independente de sua natureza.

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<sup>36</sup>.

Isso significa que não havia imunidade a aplicação da lei antitruste para nenhum setor da economia brasileira, posto que, a proteção à concorrência deveria ser observada em todos os mercados da economia brasileira, não havendo que se falar na aplicação de isenção antitruste no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, o art. 54<sup>37</sup> que tratou sobre a definição de atos de concentração, seguiu no mesmo sentido, estabelecendo uma norma, geral e abstrata, capaz de englobar diversas operações.

Assim, para compreensão do objeto de estudo deste trabalho, a análise combinada dos artigos 15 e 54 da Lei 8.884/94<sup>38</sup> permite concluir que, a implementação do direito concorrencial no Brasil, por meio da lei antitruste, teve a pretensão de conduzir à defesa da concorrência de forma abrangente, isso porque, em tese, qualquer operação, independente da natureza ou forma de manifestação, praticado por qualquer agente econômico do mercado, deveria ser previamente analisado pelo CADE buscando eventual aprovação.

Após anos de vigência da Lei 8.884/94 constatada a existência de lacunas legais e a necessidade de atualização do sistema de defesa da concorrência no Brasil, foi promulgada em julho de 2011 a Lei 12.529 que teve o condão de reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência trazendo novos horizontes ao direito antitruste no Brasil, e mantendo, igualmente, a abrangência característica da Lei 8.884/94. Inclusive, o art. 31 da Lei 12.529/2011 é exatamente igual ao art. 15 da Lei 8.884/94 que tratam sobre a aplicação indistinta da norma aos agentes econômicos.

---

<sup>36</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)

<sup>37</sup> 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 BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>38</sup> BRASIL. **Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994**. Brasília 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 30 set. 2019.



Atualmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), com atribuições previstas em lei<sup>39</sup>. Sendo que o CADE é uma autarquia federal sob regime especial com jurisdição em todo o território nacional, vinculada ao Ministério da Justiça, estando subdividido em três órgãos: (a) Tribunal administrativo; (b) Superintendência-Geral; (c) Departamento de Estudos Econômicos (DEE), os quais, de forma conjunta, exercem o controle de práticas anticoncorrenciais de forma preventiva, repressiva e educacional<sup>40</sup>.

Das inovações trazidas com a Lei 12.529/2011 houveram importantes alterações no que tange a análise de atos de concentração, tendo o art. 88, § 3 da referida lei, imposto ao agente econômico o dever de apresentação previamente ao CADE os atos de que participarem, pois, sem a devida aprovação administrativa os atos não poderão ser consumados.

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

Assim, a Lei Antitruste que anteriormente deixava em aberto o comando relativo aos tipos de ato que seriam analisados pelo CADE, passou, com a Lei 12.529/2011 a tipificar expressamente o que se enquadraria como ato de concentração. Mas, ainda que o art. 88 tenha apresentado limitações à aplicação da Lei Antitruste, sua abrangência legal é incontestável, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência continua tendo aptidão para proceder com a análise das principais operações ocorridas na economia brasileiras sob à ótica da defesa da concorrência.

Diante do exposto, o que se vislumbra é que, tanto a Lei 4.595/64 quanto a Lei 12.529/11 dispõe, em alguma medida, sobre a análise de atos de concentração ocorridos no sistema financeiro. A primeira, por tratar de forma específica sobre a regulação concorrencial no setor bancário e a segunda, por dispor, de forma geral, sobre a tutela da concorrência na economia brasileira.

---

<sup>39</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Direito Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 124-125.

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Direito Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 128-129.

Nesse contexto, muito embora as autarquias defendam de forma fundamentada os dispositivos que asseguram suas competências para análise dos atos, a solução do conflito de competência vivenciado entre as normas, só pode ser resolvido considerando as principais diferenças entre a atuação do Estado como agente regulador e como autoridade antitruste no setor bancário, tendo em vista as peculiaridades deste mercado regulado.

#### 1.4 Regulação e Concorrência no Setor Bancário

A discussão travada entre o CADE e o BCB relativa a quem deve ser a autoridade competente para analisar os atos de concentração realizados no setor bancário, além de preocupante, devido a insegurança jurídica gerada aos *players* de um dos mais importantes mercados da economia nacional (mercado financeiro), expressa um importante debate do direito econômico: a convivência entre regulação e a concorrência, que são duas grandes políticas públicas destinadas a melhorar o desempenho do mercado.

Como exposto anteriormente<sup>41</sup> o Sistema Financeiro Nacional passou por modificações estruturais nas últimas décadas, principalmente com o período de privatizações vivenciados na década de 1990 e, claro, com a implementação do Programa de Estímulo à Reestruturação e Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), além da ampliação da participação do capital estrangeiro no setor e ao aumento do número de fusões e aquisições entre instituições financeiras.<sup>42</sup>

Em decorrência dessas operações, o setor bancário é atualmente um dos mercados mais concentrados na economia brasileira, inclusive, segundo dados apresentados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, as operações de fusões e aquisições de instituições financeiras, resultou na concentração de mercado em torno de 5 (cinco) grandes bancos, sendo eles: (a) Banco do Brasil (BB); (b) Caixa Econômica Federal (CEF); (c) Itaú Unibanco; (d) Bradesco e (e) Santander, de modo

---

<sup>41</sup> Cf. item 1.2 Capítulo 1

<sup>42</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração n. 08700.00431/2017-16.** Voto do Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 30 set. 2019.

que, juntas essas instituições em 2016 representavam algo em torno de 86% (oitenta e seis por cento) dos depósitos totais operados no país<sup>43</sup>.

Dessa forma, não há dúvidas de que o sistema financeiro representa um dos principais setores econômicos existindo razão para que a regulação e defesa da concorrência no setor seja analisados de forma específica, considerando as peculiaridades da atividade econômica desempenhada, com o objetivo de conciliar a higidez do sistema financeiro e também a concorrência do setor.

Para compreendermos melhor o mercado regulado em comento, inicialmente é importante esclarecer alguns conceitos introdutórios, o primeiro conceito importante é o conceito de regulação<sup>44</sup>. De forma geral, regular é estabelecer regras, sejam elas de ordem técnica ou econômica, para operação de determinado mercado com vistas a corrigir falhas de mercado<sup>45</sup> e, assim, garantir seu funcionamento de forma equilibrada e sustentável.

Historicamente, a prática de *regular* tomou força pujante no Brasil a partir dos anos noventa, quando o Estado abandonou a sua postura de empreendedor, isso é, um explorador de bens e serviços, para se tornar um regulador da atividade econômica<sup>46</sup>.  
<sup>47</sup>. Frente a esse cenário, não é difícil intuir que, em razão da sensibilidade e

---

<sup>43</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração n. 08700.00431/2017-16**. Voto do Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>44</sup> Importante pontuar que, segundo Calixto Salomão Filho, a regulação é só uma das facetas da intervenção do estado na economia. Isso porque, na visão do autor, em primeiro lugar, o Estado atua como agente direto da atividade econômica; em segundo, como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares; e, finalmente, como agente normativo da atividade econômica, quando, então, de fato, estaria regulando as atividades econômicas. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 130.

<sup>45</sup> Entende-se *falha de mercado* como a situação em que o mercado, por ser deixado por sua própria conta, não é capaz de alocar eficientemente os recursos. Tal situação demanda o Estado o desempenho da *regulação* para corrigir a aludida insuficiência alocativa de recursos. Segundo Gesner de Oliveira, existem quatro fontes de falha de mercado: *poder de mercado*, *informação assimétrica*, *bens públicos* e *externalidades*. OLIVERA, Gesner. RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137)

<sup>46</sup> OLIVERA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 133.

<sup>47</sup> O marco inicial desse movimento de redução da intervenção direta do Estado Brasileiro na economia se deu com a promulgação da Lei Federal 8.031, de 12 de abril de 1990, que implantou a chamado Programa Nacional de Desestatização. Esse programa gerou a privatização de empresas públicas em setores de siderurgia, petroquímico e fertilizantes. Além disso, esse movimento ainda foi acompanhado de impulsos com o objetivo de permitir o ingresso de novos competidores em mercados, e.g., transportes rodoviários e aéreos, onde já não se verificava a presença direta do Estado. OLIVERA,

importância, alguns setores da economia passaram a exigir do Estado uma atividade regulatória mais densa, com vistas a se garantir uma maior estabilidade, higidez e segurança na atuação desse específico mercado.

Conforme explanado anteriormente, considerando as competências atribuídas ao Banco Central do Brasil, por força da Lei n. 4.595/64, é possível inferir que o sistema financeiro se caracteriza como um grande exemplo desse tipo de mercado sensível. Qualquer falha nesse setor, por ser esteio da economia a partir da intermediação do crédito, é capaz de gerar um custo social de grandes magnitudes, com efeitos visíveis em toda a cadeia produtiva. Nesses termos:

O setor bancário é de fundamental importância para a economia moderna, pois sua estrutura sistêmica interfere na totalidade das demais esferas da atividade econômica, devendo-se sempre levar em conta a conveniência e as necessidades da comunidade que deva ser atendida e, ainda, atentando-se para que o interesse público seja sempre tomada como parâmetro para qualquer decisão relativa a fusões. Daí a legitimidade do controle dessa atividade pelo Estado, quer através dos mecanismos de regulação, quer através dos instrumentos de garantia de funcionamento adequado do mercado.<sup>48</sup>

Segundo, Calixto Salomão, considerando as particularidades do setor bancário, deve ser observado que devido aos resultados de sua atividade, o mercado bancário é um setor de acesso e permanência controlada, ou seja, a entrada e permanência no setor bancário não é ampla e geral para todos, existem normas próprias que controlem a entrada no mercado e conseqüentemente resultam na concentração de mercado<sup>49</sup>.

Nessa linha, para garantir a segurança e integridade física e econômica dos agentes econômicos, o Estado atua de forma interventiva estabelecendo condições de entrada e permanência no mercado, inclusive, ditando regras de comportamento que representam uma forte regulação do setor. Nesse caso, a regulação serve como um agente responsável por manter a concorrência no setor e não por criá-la<sup>50</sup>.

---

Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 133.

<sup>48</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Concorrência e Regulação**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 224-225.

<sup>49</sup> SALOMÃO FILHO, **Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 141.

<sup>50</sup> SALOMÃO FILHO, **Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 142.

Assim, exige-se, então, uma atenção regulatória mais profunda e constante. Inclusive, a literatura define que, no caso do setor bancário, os custos da regulação, embora substanciais, se mostram menores do que eventuais custos decorrentes de uma crise sistêmica. Vejamos:

[...] Assim, o contexto regulatório é indispensável ao setor bancário. Embora custoso e ineficiente em algumas situações, o benefício da regulação supera os custos sociais de uma falha sistêmica em um mercado bancário totalmente desregulado.<sup>51</sup>

Nesse ponto, ratifica o entendimento de que há casos que demandam uma atuação mais preponderante do Estado, exigindo maior zelo e intervenção estatal por meio de um desenho regulatório próprio. Como dito, as agências reguladoras eclodiram na década de 1990 exatamente para suprir essa necessidade, advinda com a eclosão de privatizações que fomentaram o mercado, necessitando de uma atuação mais do Estado direta em alguns setores, como é o caso do setor bancário.

Dessa feita, especificamente em relação à regulação do setor bancário, com vistas a realizar o devido trato do mercado financeiro – e, assim, evitar os custos da não regulação – a literatura prevê que o Estado lança mão de dois grandes instrumentos: a *regulação prudencial* e a *regulação sistêmica*<sup>52</sup>.

A regulação prudencial visa a proteção do depositante (tomador do serviço bancário), com estabelecimento de mecanismos que assegurem que cada instituição financeira, isoladamente, seja solvente<sup>53</sup>. Esse tipo de regulação aplica regras que definem: (i) condições de ingresso de novos *players* no mercado financeiro; (ii) condições de exercício da atividade bancária. Dessa forma, mesmo sendo regras cujo objetivo principal é o de proteger a pessoa do depositante, é certo que, acaba

---

<sup>51</sup> SILVA, Leandro Novais e. Regulação, concorrência e o setor bancário: Reflexões. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.158, p.171-193 158 abr./jun. 2003.

<sup>52</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 324.

<sup>53</sup> Para mitigar a possibilidade de quebra do sistema bancário, o Estado lança mão de dois instrumentos básicos: regulação prudencial e regulação sistêmica. Apesar de a distinção entre regulação prudencial e sistêmica ser bastante utilizada na literatura, pode-se dizer que o seu papel maior é o de limitar o âmbito de utilização da segunda, na medida em que existe uma relação de complementariedade entre ambas. Assim, enquanto a regulação prudencial tem como objetivo primordial a proteção do depositante, buscando preservar a solvência e a hígidez de cada instituição isoladamente considerada, a regulação sistêmica visa proteger o sistema bancário como um todo, protegendo o depositante apenas indiretamente. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09**. Requerentes: Zurich Participações e Representações Ltda., Brasmetal Industrial S/A e Banco Finasa de Investimento S/A. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

protegendo também o banco, uma vez que estipula regras, por meio das quais, apenas empresas consistentes podem ingressar no mercado<sup>54</sup>.

Já a regulação sistêmica, por sua vez, visa proteger o sistema bancário como um todo, protegendo o depositante apenas indiretamente (já que o sistema financeiro estará protegido). Assim, essa regulação nas concepções clássicas advém da necessidade de: (a) compensar as externalidades negativas; (b) controlar o poder do monopólio; (c) controle do excesso de lucros; (d) controle da assimetria de informações e (e) prevenir a competição excessiva<sup>55</sup>.

Ante o exposto é possível concluir que, há momentos, em setores muito específicos ou basilares na economia nacional, que a atuação exclusiva da defesa da concorrência se mostra insuficiente, na medida em que as falhas de mercado<sup>56</sup> são tão significativas, que necessitam de forte intervenção estatal por meio da regulação para serem superadas. Como dito, o caso do setor bancário, se enquadra em um dos exemplos de mercado sensível, que necessita da intervenção direta do Estado no setor, por meio de atos regulatórios que buscam a higidez do mercado.

No entanto, isso não significa a isenção antitruste do setor bancário, pelo contrário, a análise concorrencial apresenta-se em consonância com a manutenção da higidez do sistema financeiro e a prevenção contra incidência de risco sistêmico. Inclusive, o art. 18, §2 da Lei 4.595/64<sup>57</sup> traduz a necessidade do Banco Central em proceder com a regulação das condições concorrências entre instituições financeiras.

Assim, deve-se compreender que o ente antitruste norteia sua atuação com base na aplicação do princípio da livre concorrência disposto no art. 170, VI da Constituição Federal 1988<sup>58</sup>, sendo este princípio interpretado como uma forma de assegurar aos

---

<sup>54</sup> SILVA, Leandro Novais e. Regulação, concorrência e o setor bancário: Reflexões. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: a. 40 n. 158 abr./jun. 2003, pp. 171-193, p. 173.

<sup>55</sup> BREYER, Stephen. 1982, apud SILVA, Leandro novais. Regulação, concorrência e o setor bancário: reflexões. **Revista de Informações Legislativas**. Brasília, a. 40 n. 158 abr./jun. 2003.

<sup>56</sup> Falhas de mercado é uma situação na qual a alocação de bens e serviços por um mercado livre não é eficiente levando a uma perda líquida de bem-estar social. Exemplo dessas falhas são concentração de poder econômico, assimetria de informações, existência de externalidades.

<sup>57</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>58</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

agentes econômicos liberdade de empreendimento e atuação do mercado<sup>59</sup>. Para que a tutela da defesa da concorrência se efetive, é necessário que o Estado conceda aos órgãos antitruste, poderes para atuar de forma autônoma no combate e prevenção a atos que atentem contra a ordem econômica constitucional.

Nessa linha, o art. 1 da Lei 12.529/11<sup>60</sup> que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tem como objetivo a tutela da defesa da concorrência por meio da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Nesses casos, o controle exercido pela autoridade antitruste, pode ser realizado de três maneiras: (a) preventivo; (b) repressivo e (c) educacional<sup>61</sup>.

O controle preventivo ou comportamental, decorre da análise de operações de concentração e cooperação econômica. A combinação do art. 31 com o art. 88 da Lei 12.529/2011<sup>62</sup> define quais instituições deverão se submeter ao controle concorrencial, inclusive, esclarecendo os pressupostos que caracterizam a incidência do texto legal, lembrando que após a vigência da lei de 2011, todos os atos que atenderem aos pressupostos estabelecidos em lei, deverão ser notificados ao CADE.<sup>63</sup>

O controle repressivo ou estrutural, por sua vez, é o controle que se realiza mediante a averiguação e repressão de condutas anticompetitivas (art. 36, caput, Lei n. 12.529/2011), estando disciplinado de forma clara no art. 36, caput e incisos dispondo sobre as condutas que enquadraria infração à ordem econômica. Devendo

---

<sup>59</sup> VAZ, Isabel. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. *In* **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

<sup>61</sup> VAZ, Isabel. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. *In* **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 200.

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

<sup>63</sup> VAZ, Isabel. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. *In* **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 200.

enaltecer que a lei antitruste não estabelece hipóteses de exceção a aplicação da norma, ou seja, não há imunidade à análise concorrencial para nenhum mercado<sup>64</sup>.

Por fim, o controle educacional é didático e não gera importantes discussões, sendo uníssono o entendimento no sentido de que, cabe ao ente antitruste instruir a coletividade acerca da existência dos princípios e características básicas do direito concorrencial, destacando a existência de ilícitos concorrências e as formas de denúncia desses comportamentos, que podem, em maior ou menor grau, gerar um comportamento anormal das forças de mercado, flexibilizando a concentração de mercados e, por certo, o prejuízo aos consumidores daquele setor.

Diante dessa análise, ao lado da atuação regulatória do Estado, surgiu a atividade de defesa da concorrência que embora em alguns momentos tenha sido questionada a viabilidade de operacionalização da defesa da concorrência em mercados regulados, hoje, parecer claro que, tanto a regulação quanto a concorrência são indispensáveis para o adequado funcionamento de uma economia de mercado. Sendo que, diante da inexistência de isenção antitruste ao setor bancário, a atuação do ente regulador e da autoridade antitruste, torna-se imperioso ao bom funcionamento do setor, buscando, não só a higidez do sistema financeiro, como também, a defesa da livre concorrência e a desconcentração do mercado bancário.

---

<sup>64</sup> VAZ, Isabel. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 202.



## 2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BACEN

### 2.1 Histórico do Conflito

Realizado um salto histórico a respeito do direito concorrencial no Brasil, conforme dito<sup>65</sup>, o CADE foi criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962. Nesse momento, a referida autoridade antitruste não era eficaz<sup>66</sup> e funcionava basicamente para legitimar algumas práticas concorrenciais incentivadas pelo governo à época.

Nesse mesmo contexto, em 1964, foi publicada a Lei 4.595/1964, que criou o Banco Central do Brasil e, lhe conferiu a competência de regular e fiscalizar a atividade das instituições financeiras, inclusive, tendo representado a primeira leitura em relação a defesa concorrencial no setor bancário (cf. art. 18, §2º da Lei 4.595/1964). Foi, por certo, a lei que definiu parâmetros e estabeleceu critérios mais objetivos para o aprimoramento da sistematização do Sistema Financeiro Nacional<sup>67</sup>.

Em razão da postura passiva da autoridade antitruste, as duas legislações, embora aparentemente conflitantes, vigoraram pacificamente até 1994, ano em que ocorreu a promulgação da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e, com ela, a sistematização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDDC), gerando significativo aumento na independência e autonomia da autoridade antitruste brasileira.

A partir desse momento, iniciou-se certa animosidade entre as instituições, tendo em vista que ambas passaram a se entender competentes para analisar os atos de concentração ocorridos no setor bancário. O Bacen em razão do art. 18, §2 da Lei n. 4.595/64<sup>68</sup> que dispõe expressamente sobre a competência do banco, para

<sup>65</sup> Cf. Capítulo 1, item 1.3

<sup>66</sup> Apenas para se ter uma ideia, segundo relata Paula Forgioni, entre o período de 1962 a 1975, apenas 11 (onze) processos foram julgados pelo CADE, sendo que dentre esses casos apenas um deles se constatou a existência de abuso de poder econômico Cf. FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. p. 117.

<sup>67</sup> A definição de Sistema Financeiro Nacional, de acordo com o Banco Central do Brasil é o seguinte: “formado por um conjunto de entidades e instituições que promovem a intermediação financeira, isto é, o encontro entre credores e tomadores de recursos. É por meio do sistema financeiro que as pessoas, as empresas e o governo circulam a maior parte dos seus ativos, pagam suas dívidas e realizam seus investimentos. O SFN é organizado por agentes normativos, supervisores e operadores. Os órgãos normativos determinam regras gerais para o bom funcionamento do sistema. As entidades supervisoras trabalham para que os integrantes do sistema financeiro sigam as regras definidas pelos órgãos normativos. Os operadores são as instituições que ofertam serviços financeiros, no papel de intermediários.” BANCO CENTRAL DO BRASIL. Estabilidade Financeira. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>. Acesso em 16 set. 2019.

<sup>68</sup> A Lei n. 8.884/94 revogada pela Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011), sendo que o art. 31 da lei atual manteve o texto do anterior art. 15. BRASIL. **Lei Nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o

fiscalizar e concorrentemente, promover a regulação das condições concorrenciais entre instituições financeiras. Confira-se:

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.

E no outro polo, o CADE, entendendo ser competente pelos aspectos gerais trazidos pela Lei n. 8.884/94, mas especialmente, em razão do artigo 15, que, de forma geral, definiu amplamente o rol de pessoas que estariam submetidas a aplicação da norma em comento, alcançando indistintamente os mercados. Vejamos:

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.<sup>69</sup>

Assim, em conclusão parcial, depreende-se de uma análise global que a Lei n. 8.884/94 não foi elaborada com o intuito de assegurar isenção antitruste a nenhum setor, pelo contrário, o artigo 15 é específico ao englobar de forma geral e abrangente todos os setores da economia e seus respectivos agentes econômicos, pessoas físicas ou jurídicas, independente de sua natureza.

Seguindo por esse viés, segundo Sundfeld<sup>70</sup>, a promulgação da Lei 8.884/94 foi fundamental para ampliar tanto a visibilidade quanto a atuação efetiva do CADE como órgão voltado a defesa da concorrência na economia brasileira, estando inclusive melhor preparado, em termos técnicos, para proceder com a análise concorrencial do mercado.

---

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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 10 set. 2019

<sup>69</sup> 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>70</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. *In*. Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p.45-46.

Em termos práticos, o momento fático que serviu como ponta pé inicial para a origem do conflito entre a agência reguladora e a entidade antitruste foi o Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09, conhecido como Caso Finasa Seguradora<sup>71</sup>, que consistiu na aquisição pela Zurich Brasil Seguros S/A de ações emitidas e em circulação do capital social da Brasmetral Industrial S/A, empresa holding do Grupo Finasa. Desse fato, destaca-se apenas que foi após a análise do referido ato que se intensificaram as discussões acerca da competência das autarquias na operacionalização dos atos de concentração.

Isso porque, o Grupo Finasa submeteu o ato de concentração à análise do CADE, tendo o BCB se manifestado de forma contrária, por entender que não seria competência do Tribunal Administrativo proceder com a análise de operações ocorridos no sistema financeiro. Ao final do processo o CADE, buscando preservar sua autonomia e independência funcional, formou posicionamento majoritário, entendendo pela desvinculação do entendimento exarado pela AGU, segundo o qual, a análise do Caso Finasa seria competência privativa do BCB. Além disso, reforçou o entendimento pela competência complementar das autarquias, tendo em vista as perspectivas de atuação<sup>72</sup>.

Dessa feita, no ano 2000, a Procuradoria-Geral do Bacen emitiu o Parecer n. 762/DEJUR/PRIRE, que fixou o entendimento de que caberia exclusivamente ao Bacen analisar os atos de concentração do sistema financeiro nacional.

Os principais argumentos apresentados no referido parecer foram: (a) a visão referente a regulação prudencial do BCB é detentora de maior peso no conflito entre as autarquias (CADE e BCB) tendo em vista a importância das instituições financeiras

---

<sup>71</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 460-606.

<sup>72</sup> Naquele voto reafirmei o entendimento, já consagrado por este Plenário, de que o art. 54 da Lei n. 8.884/94, que trata do controle preventivo do abuso do poder econômico (controle concorrencial de estruturas), não estabelece exceções quanto aos atos que devem e os atos que não devam ser analisados pelo CADE. Ademais, procurei esclarecer que o controle preventivo do abuso do poder econômico, exercido pelo CADE, nos termos da Lei n. 8.884/94 e com fundamento nos artigos 170 e 173,§4, não afasta a tarefa regulatória do BACEN em torno, inclusive, de aspectos concorrenciais. Conforme afirmo, entendo que a regulação do setor financeiro no sentido de produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas do setor financeiro e em busca da proteção da poupança popular, é exercida pelo BACEN, não havendo incompatibilidade alguma entre essa regulação (“prudencial”) e as funções de adjudicação da matéria concorrencial pelo CADE. Caso Finasa Seguradora (2001). In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 475.

para o mercado como um todo; (b) a Lei do Sistema Financeiro Nacional, que tem status de lei complementar, é hierarquicamente superior a Lei do CADE à época, cuja natureza era de lei ordinária; (c) não fosse isso, a Lei do Sistema Financeiro Nacional é lei específica e por essa razão deve prevalecer sobre a Lei do CADE, que é geral<sup>73</sup>.

Após exarado o parecer, a Procuradoria-Geral do Bacen requereu à Advocacia-Geral da União (AGU) que se manifestassem sobre tal conflito. A AGU, por sua vez, antes de se manifestar, solicitou ao CADE e ao Ministério da Justiça (MJ) que se manifestassem a respeito.

Assim, atendendo ao requerimento da AGU, tanto o CADE quanto o MJ, no mesmo ano 2000, emitiram, respectivamente, o Parecer 876/2000<sup>74</sup> (da Procuradoria do CADE) e o Parecer CJ 213/2000<sup>75</sup> (da Consultoria Jurídica do MJ).

Tais pareceres, em resumo, seguindo os *benchmarks* internacionais, apontavam a competência exclusiva do CADE quando se tratar de controle repressivo - isto é, análise de atos ilícitos contrários a boa concorrência - e a competência complementar no que se refere à análise preventiva, ou seja, análise dos atos de concentração.

Em estreito resumo, o argumento central utilizado pelo CADE e pelo MJ foi defendido no sentido de que o conteúdo concorrencial da Lei 4.595/1964 tem natureza de lei ordinária, tendo em vista que o art. 192 da CF/88 não dispõe sobre matéria concorrencial, e sendo assim, a lei anterior (Lei n. 4.595/1964) não seria hierarquicamente superior a lei posterior (Lei 8.884/1994) no que se refere à matéria concorrencial, pois ambas teriam status de lei ordinária, ou seja, tratar-se-ia de uma atuação complementar entre as instituições.

Nessa perspectiva, o Parecer CJ 213/2000 da Consultoria Jurídica do MJ, emitiu parecer segundo o qual, não haveria conflito no que tange a especialidade das normas. Isso porque, a parte concorrencial constante na Lei 4.595/1964, se referia exclusivamente à análise prudencial do Sistema Financeiro Nacional, enquanto que a

---

<sup>73</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 386-402.

<sup>74</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 338-349.

<sup>75</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 353-360.

Lei do CADE buscava uma análise voltada à ampla defesa da concorrência, funções distintas que inviabilizam, a resolução do conflito de normas, respaldado no critério da especificidade.

Destaca-se a essência do referido parecer. Vejamos:

Os conteúdos normativos da Lei 8.884/94 e o do artigo 18, §2º da Lei n. 4.595/64 não são incompatíveis. Admitem convivência pacífica no ordenamento jurídico por tratarem da defesa da concorrência, de forma geral e específica, respectivamente. [...]

Respeitando a natureza jurídica e o âmbito de competência legal de cada entidade, ao Banco Central caberá os processos administrativos visando a apuração de conduta infrativa a ordem econômica, bem como emitir parecer legal acerca dos efeitos – determinada fusão ou aquisição – sobre a defesa da concorrência. Ao CADE, por sua vez, caberá apreciar, como instância decisória administrativa, os processos instaurados pelo Banco Central, bem como os requerimentos de aprovação de ato ou contrato previsto no art. 54 da Lei n. 8.884/1994<sup>76</sup>.

Anteriormente, em outubro de 2000, o Chefe da Casa Civil, havia encaminhado ao Advogado-Geral da União, Aviso n. 1836, por meio do qual, solicitava análise acerca do conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Foi então, que em 2001, diante de todos os pareceres apresentados (do Bacen, Cade e MJ), a AGU acolheu o entendimento do parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Bacen, corroborando tal posicionamento através do Parecer GM 20/2001/AGU<sup>77</sup>.

Em resumo, e para concluir esse tópico, a Advocacia-Geral da União filiou-se ao posicionamento exarado pelo Banco Central do Brasil, posto que, defendeu a competência privativa do Bacen nos termos que seguem:

À vista de todo o exposto, parece-me lícito concluir, em síntese, que, à luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidade cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central

<sup>76</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad. 2002.p. 358.

<sup>77</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p.441-458.

do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE<sup>78</sup>.

Dessa forma, iremos agora esmiuçar os argumentos basilares apresentados pela AGU em seu parecer, para que ao final, reste demonstrado o equívoco da instituição em restringir a competência à uma única autarquia, isso porque, como exposto<sup>79</sup>, o sistema bancário abrange uma série de complexidades e necessita de olhares distintos sobre as questões concorrenciais, o que por certo, inviabilizaria a exclusividade de análise dos atos de concentração pelo Banco Central do Brasil.

## **2.2 Parecer GM-020: o que pensa a AGU sobre o conflito de competência**

### **2.2.1 O poder de vinculação dos pareceres da AGU**

Inicialmente, precisamos entender, o porquê do parecer da AGU ser tão importante para a análise do conflito de competências em questão.

A Advocacia Geral da União fora chamada para se manifestar acerca do caso, em cumprimento ao que dispõe a Lei Complementar n.73/93<sup>80</sup>, a qual, predetermina que, em casos de conflito de competência entre entes da Administração Federal, será esta, convidada a se manifestar, de forma fundamentada sobre a questão, afim de que tal parecer seja posteriormente apreciado pelo Presidente da República, cabendo-lhe o dever de aprovar, ou não, os fundamentos defendidos pela instituição.

Ato contínuo, havendo anuência do Presidente da República aos fundamentos exarados pela AGU, haverá a publicação do parecer e do despacho presidencial, os quais, nos termos do art. 40, §1 da referida Lei Complementar<sup>81</sup>, passarão a vincular diretamente toda a Administração Federal, de modo que as decisões tomadas por seus entes, deverão observar obrigatoriamente o parecer emitido. *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

<sup>78</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p.457-458.

<sup>79</sup> Cf. Capítulo 1, item 1.2 e 1.4.

<sup>80</sup> BRASIL. **Lei Complementar n. 73/93**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm). Acesso em: 15 ago. 2019.

<sup>81</sup> BRASIL. **Lei Complementar n. 73/93**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm). Acesso em: 15 ago. 2019.

presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Assim, buscar-se-á compreender de forma aprofundada todos os argumentos externados pela Advocacia-Geral da União, que subsidiaram o entendimento inicial, segundo o qual seria competência privativa do BCB realizar o trato das operações financeiras sob a ótica da defesa da concorrência.

Iniciemos.

Em março de 2001 foi emitido o Parecer AGU/LA – 01/2001 (anexo ao Parecer GM-020), por meio do qual a Advocacia-Geral da União filiou-se ao entendimento exarado pelo Banco Central do Brasil – no Parecer n. 762/DEJUR/PRIRE – no que tange ao aparente conflito positivo de competência entre os poderes autárquicos do CADE e BCB.

O entendimento firmado, fora encaminhado ao Presidente da República, que ao final, ratificou o documento tornando-o vinculante para toda a Administração Federal, inclusive, para o CADE, consoante o que dispõe a Lei Complementar 73/93. Por oportuno, cabe então um questionamento: Caberia à AGU, mediante aprovação do Presidente da República, vincular, definitiva e obrigatoriamente, todos os órgãos e entidades da administração pública?

No que diz respeito ao caso em comento, é certo firmar que inicialmente a pretensão do Banco Central do Brasil somada ao posicionamento da Advocacia Geral da União - anuído pelo Presidente da República à época - tinham o objetivo de abrandar as competências institucionais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica enunciadas pela Lei n. 8.884/1994, que versava de modo genérico sobre a aplicação da lei em todos os setores da economia, sem ressalvas de mercados.

Nesse contexto histórico, nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno, o que se pretendia à época, era a mitigação do Estado Democrático, na medida em que se reduzia a ampla participação, em detrimento das vontades exaradas e concentradas nos Poderes Executivo, se não, vejamos:

O que se verifica nos mais variados campos do direito é a tendência de o Presidente e a AGU pretender, vez por todas, assumir o papel de “titular único” do “interesse público” – ou como quer em detrimento de

quaisquer outros segmentos institucionais ou sociais. Inegável sua tendência de centralização ou monopolização dos eixos decisórios.<sup>82</sup>

Isto é, nos dizeres do autor, a manifestação vinculante da AGU tinha força para retirar do CADE a autonomia e competência institucional que há pouco havia lhe sido instituída<sup>83</sup>. Isso porque, conforme mencionado a Lei do CADE não restringia a atuação da autarquia, permitindo uma análise detida dos mercados, sem que houvessem barreiras de isenção antitruste em sua atuação.

Nessa sequência, cumpre ressaltar que antes da vigência da atual Lei Antitruste n. 12.529/11, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, direcionado e regulamentado pela Lei n. 8.884/94, era composto por duas importantes secretárias, quais sejam, a Secretaria de Acompanhamento Econômico e a Secretaria de Direito Econômico<sup>84</sup>, que após a emissão do Parecer AGU/LA – 01/2001, foram tolhidas em suas competências, declarando-se impossibilitadas de analisar condutas anticompetitivas ocorridas no mercado financeiro<sup>85</sup>.

Nesses casos, concluiu-se que a vinculação das Secretarias ao parecer da AGU, parecia razoável à época, uma vez que, como dispunha a Lei n. 8.884/94, tanto a Secretaria de Acompanhamento Econômico, quanto a Secretaria de Direito Econômico estavam vinculadas a Administração Direta e, portanto, preenchiam os requisitos de vinculação definidos pela Lei Complementar n. 73/63. Contudo, a mesma interpretação não abarcava o CADE, na medida em que, a própria Lei n. 8.884/94, definiu sua vinculação a Administração Indireta, tornando-a uma autarquia dotada de independência orçamentaria e funcional. Vejamos:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado

---

<sup>82</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro. In. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. Coordenadores: CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. P. 49

<sup>83</sup> Foi com a publicação da Lei n. 8.884/94 que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ganhou visibilidade e passou a atuar, ainda que de forma detida, na análise concorrencial do mercado. Sendo que o Parecer da GM 20/2001/AGU exarado 7 (sete) anos após a publicação da lei, vinha no sentido de limitar as competências que lhe foram assegurados.

<sup>84</sup> Com o advento da Lei 12.529/2011 a Secretaria de Direito Econômico, subordinada ao Ministério da Justiça, e parte integrante da Administração Direta, fora extinta. Mantendo-se apenas a Secretária de Acompanhamento Econômico, que hoje compõe a Administração Indireta e, é formada, pela Superintendência Geral e pelo Tribunal Administrativo.

<sup>85</sup> A exemplo, no Ato de Concentração n. 08012.00332/2011-28, exarado pouco tempo após a publicação do Parecer AGU/LA – 01/2001, que teve como partes Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. A Secretaria de Acompanhamento Econômico deixou de se manifestar, por tratar de operações decorrentes do sistema financeiro.



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.<sup>86</sup>

E ainda, com o advento da atual Lei Antitruste, houve a manutenção desse dispositivo no Art. 4 da Lei n. 12.529/11<sup>87</sup>, ratificando a natureza de Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça, detentora de natureza *sui generis*, ou seja, tem natureza especial e por essa razão encontra-se desvinculada do Poder Executivo. Desvinculada por dois fatores, quais sejam: **(a)** não há hierarquia entre administração direta e a administração indireta; **(b)** inexistente poder de direção em relação à atividade fim da autarquia<sup>88</sup>.

Confirmando esse entendimento, Celso Fernandes Campilongo, define:

O Poder Executivo exerce, em relação às autarquias, aquilo que a doutrina majoritária denomina de tutela ou controle administrativo. Ocorre que tal controle tem seus limites fixados na própria lei criadora do ente integrante da administração indireta. No caso, a Lei n. 8.884/94 estabelece a independência do CADE, de modo a não deixar dúvidas quanto à ausência de subordinação do Tribunal da Concorrência em relação a outros entes da Administração Pública. (...) com efeito, não é possível, do ponto de vista jurídico, que atos infra legais emitidos pelo Poder Executivo pautem a atuação de uma entidade independente, sem que, para tanto, haja expressa previsão legal autorizativa de tal atuação<sup>89</sup>.

Assim, cabe explicar que o Sistema Brasileiro de Defesa Concorrencial veda o poder de direção em relação a sua atividade fim, na medida em que, qualquer decisão proferida pelo CADE, só poderá ser alterada por vias judiciais, ou seja, não existem recursos hierárquicos, pela via do Poder Executivo, capazes de alterar suas decisões.

<sup>86</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

<sup>87</sup> Art. 4º. O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 16 ago. 2019.

<sup>88</sup> Eros Grau, define que existem três formas do Estado intervir: (a) intervenção por absorção ou participação, (b) intervenção por direção, (c) intervenção por indução. “Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”, sendo que no caso do setor bancário, estamos tratando de uma intervenção por participação, que é quando “o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica stricto sensu; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”. GRAU, Eros Roberto. **Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 147.

<sup>89</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 480.

Isso se dá pela forma como o Estado atua no setor bancário, competindo com as instituições privadas, mas também, em razão da desvinculação política de suas decisões, buscando análises técnicas sobre os problemas concorrenciais que se apresentam.

Dessa forma, lembrando que a função primordial da Advocacia Geral da União, conforme art. 131, caput da Constituição Federal<sup>90</sup>, é de representar a União Federal em juízo ou fora dele, não seria certo reconhecer na instituição a competência para uniformizar interpretação de lei entre entidades da administração federal, estando esta, vinculada ao cenário político e suas atribuições, intrinsecamente influenciadas pela política de governo<sup>91</sup>.

Fortalecendo esse posicionamento, a atual Lei Antitruste no art. 9, XIX, §2<sup>92</sup> estabelece expressamente a independência funcional da autarquia, segundo o qual “as decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua exceção e comunicando-se, em seguida ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. Segundo Bueno (2002, p.56):

Séria necessário que a AGU ocupasse na administração federal, posição superior à ocupada pelo CADE. Não é, todavia, o que se dá no sistema jurídico brasileiro. Muito menos é o que pode,

---

<sup>90</sup> Art. 131. Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 set. 2019.

<sup>91</sup> Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno: “Mesmo para aqueles que sustentam insuficiente a clássica distinção entre “interesse público primário e secundário”, pregando a coexistência de uma democracia pluralista, não há dúvidas de que à AGU não compete tutelar qualquer outro interesse que não aquele que envolva a União Federal como pessoa jurídica e não como Estado. Isto porque nem sempre o “interesse” do Poder Executivo coincide com os “outros interesses” que, inegavelmente ocupam os diversos polos decisórios típicos da sociedade atual”. BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro. *In*. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. Coordenadores: CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. P.35-36

<sup>92</sup> Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos § 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 01 set. 2019.

sistematicamente, decorrer da interpretação do art. 40, §1, da Lei Complementar n. 73/93. Definitivamente a AGU não é um árbitro imparcial e ela não sobrepõe a nenhuma pessoa administrativa. [...] não há como deixar de reconhecer que, deste prisma de análise, o CADE tem, inegavelmente, maiores e melhores condições para julgamento de atos de concentração econômica do que o BACEN. Justamente porque o ambiente decisório do CADE não tem qualquer comprometimento com o atingimento de qualquer política monetária em curso, ao contrário do que se dá no caso do BACEN.

Isso porque, conforme ensinamento de Cassio Bueno<sup>93</sup>, anteriormente mencionado, o CADE exerce uma função de Estado e não de Governo, significando que, em momentos diversos, caberá a autarquia tomar decisões contra majoritárias, ou seja, serão, em momento oportunos, contrárias aos próprios interesses do governo, priorizando as regras do livre mercado e a proteção à concorrência.

Assim, resta cristalino que a autoridade antitruste, possui em seus objetivos centrais o condão de estabelecer um ambiente propício para um mercado competitivo, extinguindo os abusos de poder e as práticas anticompetitivas, dependendo de sua desvinculação política, e por certo, da desvinculação de seus atos em face dos pareceres emitidos pela AGU.

Cabe um adendo, objetivando enaltecer a autonomia institucional do CADE, relembando que seu Presidente e Conselheiros, são indicados da mesma forma que ocorre na BCB<sup>94</sup>, no entanto, exercem mandato consoante o que dispõe o art. 4, §1 da Lei n. 8.884/94<sup>95</sup>, no qual há limitação no período de exercício do cargo. Diante dessa diferença, demonstra-se mais uma vez a possível e necessária insubordinação do CADE frente as diretrizes da AGU.

---

<sup>93</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro. *In. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores: CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 50-51.

<sup>94</sup> O BACEN (...) seu Presidente e diretores são indicados pelo Presidente da República, depois de aprovação pelo Senado Federal (CF, art. 84, XIV), mas não exercem mandato, podendo ser exonerados livremente. BUENO, Cassio Scarpinella. Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor financeiro. *In. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores: CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.p. 53.

<sup>95</sup> Art. 4º O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. § 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução. BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm).

Nos ensinamentos da doutrina administrativista nacional, representada nesse momento por José dos Santos Carvalho Filho<sup>96</sup>, depreende-se que há requisitos essenciais a caracterização de uma autarquia. Quais sejam: **(a)** poder normativo técnico; **(b)** autonomia decisória; **(c)** independência administrativa e **(d)** autonomia econômico-financeiro<sup>97</sup>. Sendo o CADE, uma autarquia especial, resta clara sua independência funcional, institucional e processual dos pareceres emitidos pela AGU.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como autarquia especial, busca exatamente a descentralização do poder administrativo, fazendo-se presente a inexistência de subordinação e hierarquia ao Poder Executivo, por buscar decisões técnicas e apolíticas, na medida em que a defesa da concorrência influencia no funcionamento de todos os setores da economia, estando, por essa razão, desobrigado de direcionar-se por ressalvas políticas.

Não fosse apenas isso, vale mencionar que, no atual contexto, discutir a vinculação do CADE ao parecer da AGU não se mostra razoável, já que a Lei das Agências Reguladoras n. 13.848/2019<sup>98</sup> veio no sentido de reforçar a independência das agências, buscando afastar a falta de autonomia dos processos decisórios, os conflitos operacionais e a politização das instituições. Nesse sentido a análise conjunta do art. 51<sup>99</sup> com o art. 3<sup>100</sup> da referida lei ratificam o entendimento pela

---

<sup>96</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo. Atlas, 2018. p. 506-507.

<sup>97</sup> Nesse caso, importa ainda em destacar que, o entendimento de José dos Santos, no sentido de que “autonomia decisória significa que os conflitos administrativos, inclusive os que envolvem as entidades sob seu controle, se desencadeiam e se dirimem através dos próprios órgãos da autarquia. Em outras palavras, o poder revisional exaure-se no âmbito interno, sendo inviável juridicamente eventual recurso dirigido a órgãos ou autoridades da pessoa federativa à qual está vinculada a autarquia”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo. Atlas, 2018. p. 506-507.

<sup>98</sup> BRASIL. **Lei n. 13.848/2019 de 11 de junho de 1994**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848). Acesso em: 19 out. 2019.

<sup>99</sup> Art. 51º O disposto no art. 3º e, no que couber, nos arts. 14 a 20 desta Lei aplica-se ao Cade. BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

<sup>100</sup> Art. 3º A natureza especial conferida à agência reguladora é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais

ausência de subordinação hierárquica do CADE a outros entes do Poder Público, restando fundamentada pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira da autarquia.

Ante o exposto, superada a ausência de vinculação do CADE em relação ao parecer emitido pela AGU, passa-se a explicar os argumentos jurídicos - relativos a comparação dos dispositivos legais que subsidiam o conflito - em que se amparou a Advocacia Geral da União, para definir pela competência privativa do BCB quando da análise de atos de concentração no setor bancário.

### **2.2.2 Lei complementar sobrepõem-se a lei ordinária?**

Após o relatório inicial do caso, o Parecer GM 20/2001/AGU passa a tratar diretamente sobre as posições conflitantes apresentadas pelos pareceres que o antecederam, especialmente no que diz respeito a interpretação e a hierarquia das normas em fomento. Pretende-se com isso, inferir que a observância dessas condições de forma conjunta é o que tornaria, em tese, uma única instituição competente para proceder com a análise e aprovação dos atos de concentração no mercado financeiro, sendo ela o Banco Central do Brasil.

Afim de contrapor o que entende a AGU, devemos lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, prevê que, mediante a existência de conflito de competência entre normas, serão utilizados critérios próprios para sua resolução, conforme dispõe o artigo 2º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 4.657/42) <sup>101</sup> segundo o qual, as condições observáveis são, a hierarquia, especificidade e temporalidade das normas.

---

disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação. BRASIL. **Lei n. 13.848/2019 de 11 de junho de 1994**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13848](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848).

<sup>101</sup> Art.2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1 A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2 A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. §3 Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 12 set. 2019.

Dentro dessa perspectiva, no referido parecer afirmou-se que a existência de hierarquia entre a Lei n. 4.595/64 e a Lei n. 8.884/95, decorria diretamente do fato de que, a primeira norma que trata sobre o Sistema Financeiro Nacional, teria sido recepcionada com eficácia de lei complementar pela Constituição de 1988, em razão do que dispõe o art. 192 da Carta Magna, quando assim define:

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”.<sup>102</sup>

Enquanto que a Lei n. 8.884/94 teria status de lei ordinária, portanto, segundo a interpretação de hierarquia das normas posta pela LINBD<sup>103</sup>, não poderia revogar ou alterar a Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/64).

No entanto, esse argumento não se sustenta, na medida em que, a abrangência do referido dispositivo constitucional permite inferir que todos os setores integrantes do Sistema Financeiro Nacional, seriam exclusivamente regulados por meio de lei complementar, o que não é verdade, tendo inclusive os incisos do art. 192 da Constituição, sido totalmente revogados pela Emenda Constitucional n. 40/2003<sup>104</sup>, tornando o dispositivo mais genérico.

Entende-se que, salvo os casos em que o texto constitucional expressamente delimita que a matéria será objeto de lei complementar, nas demais situações, se houver lei complementar regulando matéria objeto de lei ordinária, essa poderá normalmente ser revogada por lei ordinária posterior, tendo em vista que seu caráter de lei complementar é meramente formal e não material.<sup>105</sup>

Em resumo, depreende-se que a interpretação da Lei do Sistema Financeiro Nacional conforme o texto constitucional, não permite a esta dispor sobre concorrência no setor bancário, já que a Carta Magna vedava o caráter de lei complementar no que tange à adjudicação da defesa da concorrência.

Primeiro porque, via de regra, a regulação concorrencial não teria em um momento inicial, relação direta com as atribuições conferidas ao sistema financeiro. E

<sup>102</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

<sup>103</sup> Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em:

<sup>104</sup> Emenda Constitucional n. 40/2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc40.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc40.htm#art2). Acesso em:

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo, Saraiva, 2001. p. 84.

segundo porque a Constituição Federal em seu artigo 173, §4<sup>106</sup> foi clara ao definir que nos casos de abuso de poder econômico voltados para a dominação de mercados, aumento arbitrário dos lucros e eliminação da concorrência, a competência regulatória seria atribuição exclusiva de lei ordinária<sup>107</sup>.

Nesse sentido, em análise detida do Art. 18, §2 da Lei 4.595/64<sup>108</sup> que versa exatamente sobre as condições de regulação da concorrência observadas entre instituições financeiras, seria exemplo concreto de um dos dispositivos legais que não foi recepcionado como lei complementar, e sim como lei ordinária. Ratificando o posicionamento no sentido de que, não seria o BCB competente privativamente para realizar a análise concorrencial dos atos de concentração.

Nesses termos o Conselheiro Celso Fernandes Campilongo<sup>109</sup>, manifestou-se no ato de concentração do Caso Finasa, nos termos que seguem:

Todavia, admitir-se que o BACEN foi investido pela lei 4.595/64 em atribuições que, tipicamente, costuma ser cometida a órgãos de defesa da concorrência, não leva necessariamente a admitir-se também que estas atribuições revelam uma função antitruste propriamente dita. Em outros termos, ainda que produzam reflexos na configuração concorrencial do setor financeiro, tais atribuições não têm na concorrência um valor em si a ser realizado. A persecução e tutela da concorrência pelo BACEN, na forma dos arts. 10, X, 'c' e 18 § 2º da lei 4595/64, tem caráter nitidamente instrumental, na medida

<sup>106</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>107</sup> Nesses termos, o estudo do Dr. Gesner Oliveira, nos esclarece que: “Não cabe à lei complementar regular outras matérias que não estejam – por força da Constituição – expressamente inseridas no âmbito de competência da referida espécie normativa. (...) A nova Constituição atribui competência regulatória à lei ordinária com exclusão de qualquer outra espécie normativa. Assim sendo, o dispositivo da Lei n. 4.595/64, que trata da regulação pelo Banco Central do Brasil das condições de concorrência entre instituições financeiras, passou a deter status de lei ordinária, conforme determinação da lei maior. OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e regulação no setor bancário. In **Concorrência e regulação no sistema financeiro**, coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo, Max Limonad, 2002.

<sup>108</sup> Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (**Vetado**) nos termos desta lei. BRASIL **Lei n. 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..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595..) Acesso em: 08 set. 2019.

<sup>109</sup> Ato de concentração n. 08012.006762/2000-09 – Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. In **Concorrência e regulação no sistema financeiro**, coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo, Max Limonad, 2002.

em que vinculada à realização de outros valores próprios da regulação do sistema financeiro. É o que se pode vislumbrar facilmente com a contextualização no âmbito da lei 4.595/64 das competências citadas, deixando-se de atentar apenas para a leitura de dispositivos isolados. Feita esta contextualização, constata-se a teleologia da lei, que obviamente não tem como foco a promoção da concorrência no setor financeiro.

Contudo, ainda que se entenda pelo status de lei complementar da Lei n. 4.595/64, não seria possível que essa prevalecesse sobre a lei antitruste, pois os constitucionalista defendem que a lei hierarquicamente superior só pode revogar outra, ou seja, a lei complementar só poderia revogar lei ordinária, quando ambas tratassem do objeto material<sup>110</sup>, o que não se aplica no caso das leis em fomento, uma vez que, uma trata especificamente sobre a regulação prudencial do setor bancário e a outra dispõe de forma geral sobre a proteção à concorrência em todos os setores da economia.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal esclarece a inexistência de vínculo hierárquico entre as normas. Observe:

A QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - ESPÉCIES LEGISLATIVAS QUE POSSUEM CAMPOS DE ATUAÇÃO MATERIALMENTE DISTINTOS - DOCTRINA - PRECEDENTES (STF) - NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" (AI 467822 AgR.-ED-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/09/2011, DJe-190 DIVULG 03 10- 2011 PUBLIC 04-10-2011) 1. Inexistência de hierarquia de leis no ordenamento jurídico brasileiro. Previsão constitucional da Cofins: possibilidade de regulamentação por lei ordinária. 2. Inadmissibilidade de modulação de efeitos." (AI 709579 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009)

Dessa forma, a solução do conflito de competência entre o CADE e o BACEN assentados no argumento exaurido pela AGU no sentido de que a lei complementar prevaleceria sobre a lei ordinária, restou superado e insuficiente para resolver o aparente conflito.

Isso posto, para concluir pela complementariedade de competências entre o CADE e o BCB no que diz respeito a análise de atos de concentração no setor

---

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. **Constitucionalismo brasileiro**. São Paulo, Malheiros Editores, 2011. p. 458-459.



bancário, será analisado o último argumento apresentado pela AGU, o qual defendia que seria a Lei n. 4.565/64 específica em relação à Lei n. 8.884/94, já que a primeira trata exclusivamente do Sistema Financeiro Nacional, e portanto, seria o BCB privativamente competente para deliberar sobre qualquer questão que a ele dissesse respeito, inclusive, no que tange a defesa da concorrência.

### **2.2.3 Especificidade das normas no que tange à concorrência do setor bancário**

Tendo concluído pelo caráter ordinário do Art. 18, §2 da Lei n. 4.595/64 que trata pontualmente sobre as condições de concorrência do setor bancário, há de se compreender por que essa lei não seria específica em relação à Lei n. 8.884/94 que busca a defesa da concorrência em caráter geral.

Inicialmente, vale lembrar que aqueles que defendem a competência exclusiva do BCB para análise dos atos de concentração no setor bancário, entendem que a Lei n. 4.565/64 seria específica em relação à Lei n. 8.884/94, posto que a primeira teria o condão de deliberar especificamente sobre a defesa da concorrência no setor bancário (vide art. 18, §2 da Lei n. 4.595/64), mas também, porque segundo o art. 10, inciso X, “c”<sup>111</sup> da referida lei, haveria clara referência à competência privativa do BCB para analisar fusões, incorporações e transformações de instituições financeiras.

Cabe um questionamento acerca dessa especificidade, na medida em que, é possível inferir que a Lei n. 4.594/64 é específica em relação a defesa da concorrência no sistema financeiro, enquanto que a Lei n. 8.884/64 é específica no que diz respeito à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, possuindo uma visão de caráter geral acerca da defesa da concorrência em todos os setores da economia nacional<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: [...] X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam [...] “c” ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas. BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)SIL. Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>112</sup> 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 possibilidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. BRASIL. Lei n. 8.884/94. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 07 set. 2019.

Além disso, seguindo nesse sentido, conforme mencionado no capítulo anterior o objetivo institucional do BCB diverge do CADE, de modo que a preocupação do legislador quando tratou sobre o art. 10, inciso X, alínea “c” da Lei n. 4.595/64 pretendia que fossem observados os atos de concentração sob a perspectiva da regulação prudencial, preocupando com o risco sistêmico e a higidez do sistema financeiro e não com a adjudicação, propriamente dita, da concorrência, objeto de análise e controle do CADE.

Nesse ponto, vale relembrar a essência dos objetivos da regulação prudencial, por meio da qual, busca-se evitar o risco sistêmico atinente do setor bancário e com isso, assegurar transparência, higidez, solidez e segurança as instituições financeiras. Sendo expressamente contrária a atuação do CADE que, como agente de defesa da concorrência, preocupa-se com a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, assegurando tutela dos interesses coletivos, dos consumidores e do equilíbrio de mercado.

Depreende-se que, concluir pela especificidade da Lei n. 4.595/64 frente à Lei Antitruste estaria, por certo, incorreto. Isso porque, reconhecer a especificidade da lei, permitiria ampla discricionariedade aos agentes econômicos atuantes no setor bancário, na medida em que, após preencherem os requisitos regulatórios, as demais operações estariam ressalvadas pelo manto do risco sistêmico, deixando de observar os impactos concorrenciais de suas operações<sup>113</sup>.

Não há dúvidas de que a Lei n. 4.595/64 é específica no que tange à regulação prudencial e sistêmica do setor bancário, no entanto, afirmar que está seria também específica no que tange a adjudicação concorrencial, não é possível. Como dito, a Lei n. 8.884/94 também poderia ser entendida como específica em relação a análise de defesa da concorrência, inclusive, nas análises decorrentes de atos de concentração operados no setor bancário.

Assim, não há dúvidas de que o argumento de especificidade trazido, a priori, pela Advocacia-Geral da União, não se sustenta como base para resolução do conflito de competências entre BCB e CADE, posto que, as análises realizadas pelas autarquias divergem em natureza e grau. Ao BCB compete a elaboração de regras

---

<sup>113</sup> SZTAJN, Rachel. Regulação e concorrência no Sistema Financeiro. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 239-243.

gerais e abstratas, que, considerando os aspectos prudenciais, veiculem à análise de aspectos concorrenciais.

Por outro lado, o CADE não tem o poder de regular nenhum setor econômico, tão pouco, o setor financeiro. Sua atividade se limita a análise concorrenciais das operações, que nem sempre estão tipificadas em lei, trata-se de uma verificação dos impactos concorrenciais dos atos no mercado como um todo, tendo ele o condão de julgar e não regular<sup>114</sup>.

Ante todo o exposto, superados os argumentos apresentados pela Advocacia-Geral da União no parecer GM-020, restam claros os pontos de tangência na atuação do ente regulador e da autoridade antitruste. A atuação complementar das autarquias será melhor explanada no último capítulo deste trabalho, buscando apresentar os benefícios da relação conjunta das entidades.

### 2.3 Desdobramentos no Poder Judiciário

Esta seção tem o objetivo de tratar sobre a judicialização do conflito de competência entre o CADE e o BCB, considerando que as decisões do CADE não são objeto de revisão pelo Poder Executivo, cabendo sua rediscussão apenas no Poder Judiciário, sendo assim, torna-se imperiosa a análise dos desdobramentos jurídicos do conflito, demonstrando que ainda não há um posicionamento definitivo da Corte Constitucional acerca da defesa concorrencial em mercados regulados, mais especificamente, no setor bancário.

Voltando ao contexto do conflito, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, indo contra o entendimento exarado pelo parecer GM-020 da AGU, conforme entendimento majoritário dos Conselheiros no julgamento do Caso Finasa<sup>115</sup> continuaram reafirmando sua competência, quando apreciaram o Ato de Concentração n. 08013.002381/2001-23 (Caso Alliance/BCN)<sup>116</sup> tendo este, sido levado até a última instância do Poder Judiciário.

---

<sup>114</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 478.

<sup>115</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 462-606.

<sup>116</sup> BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração n. 08013.002381/2001-23 (Caso Alliance/BCN). Relator: Fernando de Oliveira Marques. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=proto](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=proto)

No caso em comento, o ato de concentração entre a Alliance Capital Management Corporation of Delaware (ALLIANCE) e o BCN S.A, foi apresentado ao CADE, tendo sido aprovado sem restrições. Contudo, quando do julgamento do ato, o Tribunal do CADE determinou a apresentação do projeto para que pudesse proceder com a análise *ex post* do ato de concentração ocorrido anteriormente, tendo-lhes imputado multa pela intempestividade na apresentação.

Inconformado com o julgamento, os bancos impetraram Mandado de Segurança, tendo o juízo do primeiro grau entendido pela competência exclusiva do BCB e, portanto, pelo desfazimento do ato do CADE.

O CADE, por sua vez, recorreu da decisão ao TRF da 1ª Região<sup>117</sup>. O processo foi julgado pela 5ª Turma<sup>118</sup>, que de forma majoritária decidiu pela competência complementar das autarquias, tendo inclusive, definido que o parecer da AGU não

---

[colo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](#). Acesso em: 16 set. 2019.

<sup>117</sup> Mandado de Segurança n. 2002.34.00.033475-0/DF. Desembargadora Relatora Selene Maria de Almeida.

<sup>118</sup> 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. [...] 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 8.884/64 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 complementaridade**. Com efeito, dessa ideia 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. (TRF-1ª Região – MAS: 33475 DF 2002.34.00.033475-0, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIRA, Data de Julgamento: 29/08/2007, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 05/10/2007 DjP.70)

teria força para vincular o CADE, posto que, tratava-se de autarquia *sui generis* com autonomia particular, cujas decisões só poderiam ser revisitadas na seara judicial<sup>119</sup>.

Em sede de Recurso Especial n. 109.4218/DF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela vinculação do CADE ao parecer GM-020<sup>120</sup>, ou seja, defenderam a competência privativa do BCB, pelos fundamentos que seguem:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido. (Recurso Especial 2008/0173677-1. REsp 1094218/DF. Relator: MINISTRA ELIANA CALMON, Data de julgamento: 25/08/2010, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação: 12/04/2011).

Em 2011 o processo foi encaminhado à Suprema Corte Constitucional sob à égide do Recurso Extraordinário n. 664.189. Em 2014 o Min. Relator Dias Toffoli, proferiu decisão monocrática desconhecendo do recurso por entender que não haviam questões constitucionais a serem debatidas, tratando-se tão somente de discussões infraconstitucionais, portanto, não havia preenchido os pressupostos recursais para a análise daquela Corte<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> MEDAUAR, Odete. Concorrência no setor financeiro. Conflito de competência CADE e BACEN? In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonand, 2002. p. 124-126.

<sup>120</sup> ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 17 set. 2019

<sup>121</sup> Afim de fundamentar sua decisão o Min. Dias Toffoli, menciona julgados anteriores da Corte Constitucional que entenderam que as questões relativas à competência do BCB eram de caráter infraconstitucional, pois necessitariam da análise das normas que regulam a agência. Nesse sentido, colacionou trecho do acórdão do Min. Joaquim Barbosa, quando do julgamento do RE n. 216.723/PR, julgado em 04/02/2009. Tendo decidido nos seguintes termos: “*Ante o exposto e acolhendo as ponderações ministeriais que são utilizadas também como razões de decidir (fls. 959/961), nos termos do artigo 21, inciso IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, julgo prejudicado o recurso extraordinário interposto pelo Banco de Crédito Nacional S/A e outro e, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*”

No mesmo ano o CADE interpôs agravo regimental em face da decisão, afim de que o recurso fosse analisado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o que até agosto de 2019, ainda não havia ocorrido<sup>122</sup>.

Chama atenção o fato de o Banco Central ter editado circular estabelecendo critérios para análise dos atos de concentração econômica no Sistema Financeiro Nacional, um mês antes da entrada em vigor da nova lei antitruste.

Em resumo, a Circular n. 3.590/2012<sup>123</sup> entrou em vigor em 12/04/2012, enquanto que, a lei editada e publicada afim de aprimorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011<sup>124</sup>) entraria em vigor, logo mais, em 29/05/2012, revogando a Lei anterior n. 8.884/94<sup>125</sup>.

A análise da circular requer especial atenção pois, em tese, tratou sobre o procedimento para avaliação concorrencial dos atos de concentração no mercado financeiro, mas, efetivamente, os procedimentos convencionados para avaliação antitruste do BCB, foram embasadas no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal<sup>126</sup> do CADE.

A circular estabelecia procedimentos convencionais na avaliação antitruste, estabelecendo cinco etapas que eram, também, semelhantes ao que dispunha o guia do CADE. Foi elaborado pelo Banco Central o Guia da Análise de Atos de Concentração, explicitando os pontos da Circular n. 3.590/2012, quais sejam: (i) definição de mercado relevante; (b) determinação de parcela do mercado; (iii) análise

<sup>122</sup> Em 2018 o Agravo Regimental esteve sob relatoria do Min. Celso de Mello, tendo em março proferido despacho nos termos que seguem: *Os órgãos de imprensa têm veiculado noticiário sobre a formulação de “memorando de entendimento” destinado a viabilizar a atuação conjunta do CADE e do BACEN, em tema de defesa da concorrência e em processos de fusão e aquisição no âmbito do sistema financeiro nacional. Desse modo, manifestem-se ambas as autarquias sobre o seu alegado propósito de pôr termo ao conflito existente.* (Ag.Reg. no RE 664.189/DF. Relator: Celso de Mello)

<sup>123</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. Circular n. 3.590/2012. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ\\_3590\\_v3\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v3_P.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>125</sup> BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 10 set. 2019.

<sup>126</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.

de probabilidade de exercício de poder de mercado; (iv) geração de eficiência e (v) ponderação de custos e benefícios<sup>127</sup>.

Desse modo, o que se pode concluir é que houve uma confirmação da insegurança jurídica advinda do conflito de competência entre o CADE e o BCB, isso porque, a publicação da circular concomitantemente com a vigência da Lei n. 12.529/2011, inviabilizaram ao administrado a certeza de qual seria a entidade a quem deveriam se reportar.

Nesse sentido, o administrando continuava refém das decisões institucionais que poderiam ocorrer em descompasso com os critérios preestabelecidos, na medida em que cada autarquia observa aspectos diversos relativos ao ato de concentração, pois tanto o BCB quanto o CADE possuem finalidades institucionais distintas.

Conforme demonstrado anteriormente, o Banco Central busca uma análise sob a perspectiva da regulação prudencial, compreendendo quais os riscos que a concentração de determinada atividade ensejaria ao mercado como um todo. Inclusive, adota-se a premissa maior no sentido de que a restrição da concorrência será admitida na medida em que os benefícios do ato forem maiores do que seus prejuízos.

Contudo, essa ressalva pode ser feita pelo próprio CADE, sendo que esse, buscará analisar o ato sob à ótica da defesa concorrencial. A autoridade antitruste busca viabilizar um mercado competitivo e equilibrado ao consumidor, ou seja, pretende extinguir práticas que representem abuso do poder econômico consoante o que dispõe o preceito constitucional da livre concorrência.

---

<sup>127</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. Guia para Análise de Atos de Concentração. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/Guia\\_analise\\_acordo\\_concentracao\\_COMUNICADO22366.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/Guia_analise_acordo_concentracao_COMUNICADO22366.pdf). Acesso em: 10 set. 2019.

### 3 CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DAS AUTARQUIAS

#### 3.1 Teoria das Imunidades Implícitas

O conflito amplamente discutido no presente trabalho, remonta ao complexo estudo acerca da relação entre a atuação do Estado como agente regulador e a atuação do ente antitruste. Isso porque, há, uma contradição de fundo que marca a existência desses sistemas. A autoridade antitruste, busca a defesa da concorrência, voltando-se a atividade do particular e a autorregulação dos mercados com base na força empreendida pelos agentes econômicos. Enquanto, o ente regulador, representa a intervenção direta do Estado, agindo e devendo agir, em prol do interesse social, nem sempre podendo observar o cenário concorrencial.<sup>128</sup>

A interação das políticas de defesa da concorrência e mercado regulado, repercutem de forma direta no equilíbrio econômico do país, estando subsidiadas pelos princípios constitucionais, norteadores da atuação estatal na economia, quais sejam, os artigos 173 e 174 da Constituição Federal<sup>129</sup> que, segundo Calixto Salomão<sup>130</sup>, revelam a atuação do Estado de três modos: (a) agente direto da atividade econômica; (b) agente fiscalizador do exercício da atividade econômica; (c) agente normativo da atividade econômica.

Esse cenário, demonstra que, a atuação do Estado em certos momentos está expressamente sujeita ao sistema concorrencial, contudo, a discussão persiste nos momentos em que o Estado atua como ente fiscalizador e regulamentar, isso porque, a depender da atividade econômica desempenhada pelo setor, haverá maior ou menor ingerência do Estado na operação da atividade econômica.

---

<sup>128</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro. In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 129-147.

<sup>129</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>130</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Antitruste: Fronteiras e Formas de Interação no Setor Financeiro. In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 130.



Dessa forma, importando da doutrina norte-americana, foram desenvolvidas duas teorias, traduzidas como Teorias das Imunidades Implícitas, que buscam explicar a relação entre o Estado interventor e o direito concorrencial.

As teorias do *Pervasive Power Doctrine* e *State Action Doctrine* surgiram nos Estados Unidos da América com o movimento de eclosão das agências reguladoras no país. Em apertada síntese, foram desenvolvidas com o objetivo de por fim aos inúmeros conflitos de competência decorrentes das relações entre autoridades antitruste e agências reguladoras<sup>131</sup>.

O grande ponto em relação a aplicação das teorias de imunidade, diz respeito a quais circunstâncias de regulamentação seriam capazes de ensejar a descon sideração da aplicação de princípios concorrenciais. Segundo a doutrina majoritária nacional, no Brasil, não há, nenhuma lei infraconstitucional que detenha dispositivos expressos assegurando a isenção antitruste de determinado setor econômico, há, apenas, uma ressalva constitucional para as hipóteses de planejamento econômico previstos no art. 174 da Carga Magna<sup>132133</sup>.

Assim, o caso do planejamento econômico, representaria uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual, a atuação do agente econômico dependeria diretamente da criação de uma política expressa, definida e implementada pelo Estado, substituindo a competição pela regulação naquela atividade econômica.

Nesse contexto, não há dúvidas de que a Lei 12.529/11 não possui dispositivos que tratem sobre a imunidade antitruste, nem no que diz respeito ao setor bancário, nem em relação a outros mercados. O artigo 31 da referida lei, é cristalino ao defender

<sup>131</sup> SALOMÃO FILHO. Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 273.

<sup>132</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. §1 a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais de desenvolvimento. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>133</sup> Segundo Eros Grau, existem três formas de atuação do Estado no domínio econômico. A primeira delas seria a intervenção por absorção ou participação. A segunda, a intervenção por direção. A terceira, por fim, a intervenção por indução. Assim, expõe que, no art 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta da “atividade econômica” pelo Estado, além de no §1 deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica” de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. No art 175 define incumbir ao Poder Público a prestação “de serviço público”. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 91-100.

que todas as pessoas físicas e jurídicas, independente da sua natureza, irão se submeter ao regime antitruste, que busca, a priori, a repressão e prevenção ao abuso da ordem econômica. Vejamos:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.<sup>134</sup>

Assim, trazendo a discussão para o conflito de competência entre o CADE e o BCB, nos dizeres de Calixto Salomão, a importação da teoria das imunidades implícitas, seria uma solução inicial para a discussão, com ressalvas na sua implementação.

A análise detida da teoria da *State Action Doctrine* permite concluir que sua aplicação está diretamente relacionada ao federalismo norte-americano, sendo de difícil ou impossível aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que no Estado brasileiro, os estados federados não detêm a mesma autonomia vivida no modelo estadunidense. Além disso, a teoria em comento consiste na verificação dos atos de governo estaduais, para identificar se a conduta dos agentes confere ou não, imunidade à aplicação da lei antitruste.

Para proceder com a aplicação da referida teoria, segundo Calixto Salomão, era necessário observar dois requisitos: (a) existência de uma política que expresse claramente a intenção de substituir a competição pela regulação, e (b) supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.<sup>135</sup>

Dessa forma, é certo que tal teoria não poderia ser aplicada para a resolução do conflito entre as autarquias federais brasileiras, inicialmente, por não haver uma lei expressa que determine a isenção antitruste na análise de atos de concentração decorrentes de operações financeiras.

A aplicação desses dois critérios no sistema brasileiro levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante a concessão haveria imunidade. Apenas a concessão de serviço público permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício pelo particular de serviços públicos que não se sujeitam ao regime concorrencial) e,

---

<sup>134</sup> BRASIL. **Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011.** [...] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12529.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>135</sup> SALOMÃO FILHO. Calixto. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 270-272.

de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da Administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar. Ausentes quaisquer desses dois requisitos, a ação estatal é passível de revisão pelo órgão encarregado de aplicação do direito concorrencial.<sup>136</sup>

Por outro lado, buscando a solução do eminente conflito de competência entre autoridade antitruste e agência reguladora, depreendeu-se que a Pervasive Power Doctrine seria aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, posto que, não consiste na análise de competência dos Estados Federados, mas sim, na análise das agências governamentais federais sob a ótica de suas competências regulamentares. Seguindo nessa teoria, similar ao que dispõe a State Action, haveriam duas formas de afastar a competência do órgão de defesa da concorrência.

A primeira forma, trataria do poder extenso do ente regulador, ou seja, sua competência é tão ampla que afasta a análise concorrencial. Logo, diante da definição expressa em lei, haveria a substituição da concorrência pela regulação. De outro lado, na segunda forma, diante do poder profundo do ente regulador, o poder conferido à agência já incluiria a aplicação da lei antitruste, ou seja, seria dispensável uma reanálise concorrencial, posto que, o órgão competente regulador, a teria feito<sup>137</sup>.

Explica-se que, para haver a isenção antitruste, a agência reguladora deteria competência expressa para proceder com a aplicação da lei antitruste, ou, estaria claramente autorizada a substituir a concorrência pela regulamentação. No entanto, muito embora haja uma defesa no sentido de que os artigos 10, X, “c” e 18, §2 da Lei 4.595/64<sup>138</sup> prevejam a análise das questões concorrenciais em casos de operações entre instituições financeiras, essa discussão foi anteriormente superada<sup>139</sup>, por compreendermos que não estaria tratando diretamente na análise concorrencial e sim, de uma regulamentação de pontos concorrenciais observáveis no setor bancário.

Considerando que não se vislumbra nenhuma dessas hipóteses na Lei 4.595/64 nem mesmo na Lei 12.529/11, não haveria que se falar na isenção antitruste ao setor bancário. Inclusive, diante da análise histórica dos atos de concentração,

---

<sup>136</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 272.

<sup>137</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 274.

<sup>138</sup> BRASIL. Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964. [...] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>139</sup> Cf. Capítulo 2 item 2.2.3.

vários doutrinadores<sup>140</sup> defendem que, a análise do BCB em nenhum dos atos de concentração, preocupou-se com os aspectos concorrenciais da operação.

Não fosse o fato de que o Banco Central do Brasil historicamente, jamais desempenhou a função de autoridade antitruste no Sistema Financeiro Nacional, seja aplicando a lei de concorrência em lugar dos órgãos do SBDC, por ausência de previsão legal para tanto, seja editando regulamentos, com base na competência genérica prevista no art. 18 §2º, da Lei n. 4565/64<sup>141</sup>.

Vale destacar que, mesmo após o início do conflito entre CADE e BCB, os atos levados ao BCB continuaram inobservando os aspectos concorrenciais das operações<sup>142</sup>. Fato é, não seria prudente, tão pouco, eficiente, assegurar ao BCB competência exclusiva para análise dos atos de concentração, isso porque, em diversos momentos as questões concorrenciais seriam desconsideradas podendo acarretar prejuízos aos interesses sociais e ao adequado funcionamento do mercado.

Nesse ponto, percebe-se que a Pervasive Power Doctrine, tenderia a solucionar o conflito de competência entre CADE e BCB na medida em que permitiria uma análise conjunta dos atos de concentração pelas autarquias, vez que, inexistente dispositivo expresso que afaste a atuação do CADE no sistema financeiro e também que assegure ao BCB a aplicação da Lei Antitruste, assim, seriam consideradas tanto as condições técnicas e econômicas do ente regulador, quanto os critérios específicos ponderados pela órgão de defesa da concorrência.

No entanto, conforme demonstrado em outros momentos, algumas peculiaridades atinentes ao setor bancário, como exemplo, a existência de risco sistêmico e a preocupação depreendida com a manutenção da higidez do mercado,

---

<sup>140</sup> Quando da análise do Caso Finasa, diversos estudiosos e doutrinadores se manifestaram sobre a questão convergento para uma análise comum no sentido de que, o Banco Central do Brasil, na análise dos atos de concentração não se preocupava em observar os aspectos concorrenciais do ato. Cabendo destacar alguns deles, a exemplo, Celso Campilongo, Roberto Troster, Ruy Santacruz, Carlos Ari Sundfeld e Calixto Salomão. CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

<sup>141</sup> CORRÊA, Darwin. *Defesa da Concorrência no Sistema financeiro Nacional: Âmbito de validade do Parecer GM-020 da AGU, Regime Jurídico em Vigor e Considerações 'de lege ferenda'*. In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p.75-76.

<sup>142</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08012.000332/2011-28**. Requerentes: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Voto proferido em 07 de dezembro de 2011.

poderá, em uma única hipótese representar imunidade à análise concorrencial. Ou seja, diante da existência de risco sistêmico, o BCB procedendo com uma regulação prudencial e sistêmica do setor financeiro, irá afastar a competência do CADE para analisar os aspectos concorrenciais da operação, isso porque, somente o BCB possui *know-how* específico no que tange à higidez do Sistema Financeiro Nacional<sup>143</sup>.

Desse modo, salvo na presença de risco sistêmico e eminente risco à higidez do Sistema Financeiro Nacional, não há que se falar na isenção antitruste ao setor bancário, até mesmo, porque, a própria Lei 4.595/64 em seu art. 18, §2 dispõe sobre a regulação das condições concorrenciais. Logo, muito embora o BCB não atue em tutela a defesa da concorrência, não há, dispositivo legal que afaste a análise concorrencial dos atos de concentração entre instituições financeiras pelo CADE, ao contrário, a própria lei 4.595/64 assegura a observância de aspectos concorrenciais.

Para fortalecer esse posicionamento, Calixto Salomão, defende que a atuação do Banco Central do Brasil é consentânea com a aplicação do direito concorrencial. Primeiro porque o poder de polícia exercido pela agência deve obedecer aos princípios concorrenciais. E depois, porque, a proteção a poupança popular – objetivo essencial do BCB – deve ser aplicado considerando a competitividade do mercado. Também, segundo ele, a concentração de instituições financeiras aumenta os riscos para a poupança popular, apresentando como solução o fomento a defesa da concorrência<sup>144</sup>.

Assim, para concluir, a aplicação da *Pervasive Power Doctrine* ao conflito de competência entre o CADE e o BCB na análise dos atos de concentração do sistema financeiro nacional, permite depreender que somente diante de hipótese de risco sistêmico, haveria, por certo, uma isenção antitruste ao mercado bancário, isso

---

<sup>143</sup> Do ponto de vista econômico, não há vantagens comparativas em atribuir-se ao Banco Central e não ao CADE a competência para julgar os atos de concentração no setor financeiro (excetuadas as hipóteses de risco sistêmico). De fato, não há ganho de produtividade ou eficiência para o Estado com isto. Diferentemente do BACEN, o CADE e os órgãos instrutores do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem larga experiência em acessar as bases de dados e os estudos que caracterizam os diversos setores econômicos do Brasil, além de terem desenvolvido ao longo do tempo um *know-how* analítico adequado à defesa da concorrência no país. Assim, detêm dois fatores fundamentais – experiência e *know-how* – para propiciar maior produtividade e, desse modo, garantir maior eficiência ao Estado na tutela concorrencial. SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no Sistema financeiro. In **Concorrência e regulação no Sistema Financeiro**, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

<sup>144</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Editora Malheiros. 2013.p. 286-287.

porque, nessa situação o Banco Central procederá com uma análise da regulação prudencial e sistêmica do mercado, o que não confronta às competências do CADE.

Dessa forma, concluindo pela necessária atuação complementar das autarquias, vez que, não há previsão expressa para substituição da concorrência pela regulação, nem mesmo, dispositivo legal que autorize ao Banco Central a aplicação da Lei Antitruste em situações normais do mercado, estaria o conflito resolvido diante da atuação conjunta entre autoridade antitruste e agência reguladora.

### **3.2 Atuação complementar entre autoridade antitruste e a agência reguladora**

Após ampla contextualização sobre o conflito de competências entre a Lei n. 12.529/2011 e a Lei n. 4.595/64 foi identificado que, muito embora em alguns momentos tenham surgido soluções pontuais para o conflito, como o Parecer da AGU ou a circular do BCB, tais medidas não foram suficientes para por fim ao problema. Tanto é verdade que, a judicialização da questão se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal<sup>145</sup>, não existindo, ainda, um posicionamento definitivo da Corte Suprema.

No contexto em que se estabeleceu o mencionado conflito de competências, qual seja, a década de 1990, o cenário econômico se desenhava por inúmeras privatizações e pelo surgimento de diversas agências reguladoras, tendo se tornado ambiente propício a literatura nacional para desenvolver estudos sobre possíveis configurações em busca do estabelecimento de relações harmônicas entre os entes reguladores e a autoridade antitruste.

Nesse sentido, amplamente influenciada pelas experiências de outras jurisdições, como exemplo a dos Estados Unidos da América, a doutrina pátria elaborou estudos que demonstraram a possibilidade do regulador setorial e do regulador antitruste atuarem de forma concomitante e harmônica<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 664.189. Relatoria Min. Celso de Mello (2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4170404>. Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>146</sup> A experiência nos Estados Unidos demonstrou que a política antitruste, incluindo o adimplemento vigoroso das leis antitruste, é compatível com as metas asseguradas a segurança e a saúde do sistema bancário. Guerin-Calvert, 1999. In. OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário.

Desse modo, segundo João Rodas e Gesner Oliveira<sup>147</sup>, cinco principais configurações institucionais foram identificadas ao longo do estudo, demonstrando a interferências dos seguintes fatores: (a) forte influência da cultura econômica do país; (b) definição do mercado relevante e (c) contexto histórico em que serão implementadas<sup>148</sup>. Além desses fatores iniciais, são observados critérios basilares para identificação da melhor forma de interação, sendo eles a regulação técnica, regulação econômica e lei de concorrência<sup>149</sup>, que em conjunto traduzem os requisitos relevantes para escolha do modelo de atuação entre o agente regulador e a autoridade de defesa da concorrência.

Os desenhos das configurações institucionais elencadas pela doutrina, são os seguintes: (a) isenção antitruste, (b) competências concorrentes, (c) competências complementares, (d) regulação antitruste e (e) desregulação<sup>150</sup>.

Assim, observando o conflito decorrente da relação entre CADE e BCB, é possível depreender que em momentos diversos, foram apontadas pelas autoridades brasileiras, soluções distintas que, a depender do interesse de cada instituição, trouxeram soluções baseadas em diferentes desenhos institucionais.

Inicialmente o Parecer n. 762/DEJUR/PRIRE emitido pela Procuradoria do BCB e o Parecer GM 20/2001 da AGU, apontavam para a competência privativa do BCB na análise regulatória e concorrencial das operações ocorridas no sistema financeiro, tendo desse modo, optado pela aplicação do sistema de isenção antitruste, segundo o qual, em razão da atividade de mercado, aquele setor estaria desvinculado da autoridade antitruste, posto que, seria o ente regulador competente para aplicar a legislação de defesa da concorrência e também a regulação técnica e econômica observada na Lei n. 4.595/64<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> OLIVEIRA e RODAS, 2004.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 133-134.

<sup>149</sup> Regulação técnica (RT) é o estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado; Regulação econômica (RE) é o estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens ou serviços regulados; e Lei da concorrência (LC) é a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência. OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 143.

<sup>150</sup> OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p. 334.

<sup>151</sup> Os argumentos fomentados tanto no Parecer n. 762/DEJUR/PRIRE, quanto no Parecer GM20/2001 foram amplamente discutidos nesse trabalho no item XX do Capítulo II.

Por outro lado, ainda no âmbito do conflito de competência, o Parecer 876/2000 (da Procuradoria do Cade) e o Parecer CJ 213/2000 (da Consultoria Jurídica do MJ), apontavam para uma competência complementar entre as autarquias, ou seja, haveria nítida divisão de trabalho entre as autoridades, ficando a agência reguladora com a análise técnica e econômica dos atos e a autoridade antitruste com a aplicação da legislação de defesa da concorrência. Isso porque, à rigor, o BCB tem *know-how* técnico para proceder com a análise do mercado financeiro, mas não se enquadraria como agente específico para o estudo concorrencial do setor.

Adiante, outros pareceres poderiam apontar para a resolução do conflito entre o ente regulatório e o ente concorrencial, por meio da regulação antitruste, modelo esse, que dispõe sobre a competência exclusiva do CADE como responsável total, tanto pela aplicação da legislação antitruste, quanto pelas normas regulatórias técnicas e econômicas dispostas na Lei n. 4.595/64.

Seguindo nesse viés, há que se destacar outra importante configuração institucional, segundo a qual seria possível regular o mercado por meio de competências concorrentes, assim haveria uma sobreposição de competências, pois, tanto a autoridade de defesa da concorrência, quanto a agência reguladora teriam condições de realizar a aplicação de sanções em práticas anticompetitivas e ainda, estabelecer normas de regulação econômica.

Por fim, o último modelo apresentado pela doutrina pátria, foi o da desregulamentação, sendo este o modelo institucional que versa sobre a atuação privativa da autoridade antitruste, eliminando a preocupação com a regulação técnica e econômica, do mercado objeto de análise<sup>152</sup>.

Nesses termos, considerando os modelos acima expostos, questiona-se, qual seria o modelo institucional ótimo<sup>153</sup> para promover o equilíbrio e a convivência harmônica do agente concorrencial e do agente regulador no âmbito do setor bancário brasileiro, nos casos em que os agentes econômicos forem instituições financeiras envolvidas em atos de concentração.

---

<sup>152</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário**. Disponível em: [http://moodle.fgv.br/cursos/centro\\_rec/docs/Defesa\\_da\\_concorrencia\\_e\\_regulacao.pdf](http://moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/Defesa_da_concorrencia_e_regulacao.pdf). Acesso em: 21 set. 2019. p. 11.

<sup>153</sup> A escolha de uma configuração institucional ótima não é trivial. Tampouco seria razoável afirmar que existe um único modelo a ser adotado. As diferentes configurações apresentam vantagens e desvantagens dependendo de conjunturas e situações específicas. OLIVEIRA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 147.



Para tal, cabe lembrar os conceitos constitucionais que tratam sobre a defesa da concorrência (art. 173, §4 CF)<sup>154</sup> e os que asseguram a regulação do sistema financeiro nacional (art. 192, CF)<sup>155</sup>, chamando atenção para o fato de que em momento algum a ordem constitucional estabeleceu a isenção antitruste, isso é, não há na Carta Constitucional, tão pouco na legislação do BCB ou na legislação do CADE, dispositivos que subsidiem a ideia de que haveria uma isenção antitruste ao setor bancário.

Corroborando esse entendimento, Celso Campilongo<sup>156</sup> nos esclarece informando que o modelo institucional adequado seria o de competência complementar, isso porque, as autoridades exercem papéis distintos em suas análises, uma voltada a regulação técnica e econômica do setor, que pode ser transcrita em uma análise de regulação sistêmica e prudencial do mercado bancário, enquanto a outra, observa os atos de concentração sob a perspectiva da defesa da concorrência, buscando evitar abusos do poder econômico e eliminação da concorrência.

Ainda nesse sentido, Gesner Oliveira nos esclarece:

Os conteúdos normativos da Lei n. 8.884/94 (atual Lei n. 12.529/2011) e do art. 18, §2 da Lei n. 4.595/64 não são incompatíveis. Admitem convivência pacífica no ordenamento jurídico por tratarem da defesa da concorrência, de forma geral e específica, respectivamente. (...) As tarefas do Banco Central assemelham-se às de um órgão regulador, responsável pela regulação técnica e pela observância das regras de defesa da concorrência no setor, devendo proceder á investigação de práticas que possam ser consideradas infratoras à ordem econômica. (...) As funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica assemelham-se à de uma agência que, de modo independente,

<sup>154</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>155</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>156</sup> Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-9. Voto de Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul C. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 130.

procede ao julgamento administrativo dos processos que visem a apurar dano à concorrência ou à aprovação de ato de concentração econômica.<sup>157</sup>

Dessa forma, após anos de debate, ainda sem solução no poder judiciário, em fevereiro de 2018 foi aprovado o Memorando de Entendimento n. 01, conhecido também como Ato Conjunto n. 01, acordado entre o BCB e o CADE, dispondo sobre formas de atuação complementar das autarquias. Assim, a próxima seção deste trabalho, destina-se a análise do memorando de entendimento firmado entre as autoridades, bem como as consequências e alterações práticas decorrentes de sua implementação.

### 3.3 Ato Conjunto N. 01

Diante de uma análise da organização institucional ótima de cada setor, tomando por base o cenário político e econômico do Brasil à época e, frente aos impasses advindos da relação conturbada entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil, buscando a resolução do conflito que perdura desde o início dos anos 2000, em fevereiro de 2018, após inúmeras tratativas, as autarquias aprovaram um documento conjunto que dispunha sobre suas competências no que tange a análise de atos de concentração.

Esse documento tem o objetivo de retirar a insegurança jurídica e os problemas advindos da indecisão acerca da competência na análise dos atos de concentração no sistema financeiro, tendo ficado conhecido como Ato Conjunto n. 01, realizado entre CADE e BCB, com o intuito de estabelecer critérios e procedimentos harmônicos que possibilitassem a análise dos atos de concentração no setor bancário, tanto pela ótica concorrencial, quanto pela visão prudencial própria do setor bancário.

Nesse sentido as duas instituições se comprometeram por meio da Cláusula 1.1 do memorando de entendimento à:

Envidar os melhores esforços de cooperação e a estabelecer, de forma conjunta, regras específicas para a análise de processos administrativos de controle de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e de apuração de infrações à ordem econômica

---

<sup>157</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário**. Disponível em: [http://moodle.fgv.br/cursos/centro\\_rec/docs/Defesa\\_da\\_concorrencia\\_e\\_regulacao.pdf](http://moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/Defesa_da_concorrencia_e_regulacao.pdf). Acesso em: 21 set. 2019. p. 36-37.

envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil.<sup>158</sup>

Para tanto, definiu-se a competência de cada uma das entidades. O CADE, de acordo com o art. 88, §6 da Lei n. 12.529/2011<sup>159</sup> seria responsável por zelar pela promoção de benefícios à sociedade e ao consumidor, buscando a defesa da concorrência de modo geral. Enquanto que, o BCB, em busca da manutenção de um sistema financeiro sólido e eficiente, iria zelar pela tempestividade da resolução de eventos de risco assegurando solidez e estabilidade necessárias ao SFN<sup>160</sup>.

Cientes de suas competências as autarquias se comprometeram a estabelecer regras específicas para análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras, com base na cooperação e atuação complementar das instituições, existindo, inclusive, previsão de elaboração conjunta de guias, estudos e seminários capazes de maximizar a eficiência da atuação dessas por meio da troca de informações e atuação cooperativa.

O memorando está dividido em quatro cláusulas principais que em seu todo, abordam os procedimentos para atuação conjunta das autarquias. A cláusula primeira, dispõe sobre o objeto do documento. A segunda, sobre a cooperação entre BCB e CADE. Já a terceira trata das regras específicas de análise e decisão em atos de concentração com aspectos de natureza prudencial, e por fim, a cláusula quarta apresenta as disposições finais do ato<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> BRASIL. Memorando de Entendimento N.01. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando\\_cade\\_bc\\_28022018.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando_cade_bc_28022018.pdf). Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>159</sup> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...)§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I- cumulada ou alternativamente: (a) aumentar a produtividade ou a competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II- sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 21 out. 2019

<sup>160</sup> BRASIL. Memorando de Entendimento N.01. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando\\_cade\\_bc\\_28022018.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando_cade_bc_28022018.pdf). Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>161</sup> BRASIL. Memorando de Entendimento N. 01. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando\\_cade\\_bc\\_28022018.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/memorando_cade_bc_28022018.pdf). Acesso em: 21 out. 2019.

A princípio, CADE e o BCB continuarão se manifestando sobre atos de concentração, sendo necessária a anuência de ambos para aprovação. Mas, quando tratarem de casos que envolvam riscos à solidez e à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional, o BCB fará a análise exclusiva do ato e informará o caso ao CADE. Nos demais casos, ou seja, em situações comuns, o ato somente será aprovado mediante anuência de ambas as autarquias.

Nesse sentido, restou acordado que, no controle de infração à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, a análise competirá ao CADE, que utilizará, também, informações prestadas pelo BCB mediante intercâmbio de informações, ampliando a consistência técnica e a articulação nas decisões, buscando com isso, dar segurança jurídica e eficiência aos atos dos agentes econômicos e, ao mercado, higidez no sistema financeiro e concorrência nos mercados regulados.

Nesse ponto, é certo, que estamos diante do modelo institucional de complementação de competências, que neste caso, foi proposto de forma conjunta pelas próprias autarquias federais, o que corrobora todos os argumentos até então apresentados, no sentido de que, não há isenção antitruste ao sistema financeiro, tornando-se imperiosa a análise conjunta do CADE e do BCB nos atos de concentração ocorridos no setor bancário.

Para frisar e ratificar esse posicionamento, vale uma análise detida sobre as cláusulas dois e três que tratam, mais especificamente, sobre o mérito do memorando firmado entre as partes.

A cláusula segunda, estabelece que a análise de atos de concentração será conduzida em cada autarquia mediante processo próprio, desde que sejam observadas as legislações aplicáveis, os atos normativos conjuntos e as regras do memorando. Em razão da inexistência de expressa previsão legal, restou assegurado que em observância ao art. 10, inciso X, alínea “c” e “g” combinado com o art. 18, §2 da Lei 4.595/64 e ainda com o art. 88, §3 da Lei n. 12.529/2011 a eficácia dos atos ficaria condicionada a autorização de ambas autarquias.

Além disso, os pontos seguintes, dispõem sobre o reconhecimento da relevância na atuação complementar das autarquias, tendo as partes se comprometido a agir de forma cooperativa e eficiente, devendo assim, fomentar a troca de informações quando da análise de processos administrativos de controle de

atos de concentração e também, na apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições financeiras supervisionadas pelo BCB.

Quanto a aplicação de penalidades decorrentes de infrações à ordem econômica, o memorando dispõe que é necessária uma consulta prévia do CADE ao BCB para identificar as especificidades dos mercados e das entidades que o compõe.

Já, na cláusula terceira, a ideia central é apresentar situação nas quais o BCB poderá atuar de forma unilateral, posto que, estar-se-á diante de um ato de concentração envolvendo instituições financeiras com aspectos que evidenciem a natureza prudencial, indicando a existência de riscos relevantes e iminentes à solidez e estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.

Assim, nos casos em que o BCB entender que há riscos de natureza prudencial, a análise do ato será feita de forma restrita pelo BCB que informará ao CADE sobre sua atuação, pontuando os fundamentos e aspectos que caracterizam a natureza prudencial da operação ou do mercado em fomento.

Cabendo destacar que as operações que possuem aspectos de natureza prudencial são aquelas que: (a) comprometem a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e a prevenção de crise sistêmica; (b) envolvem risco à solidez do Sistema ou de uma instituição financeira; (c) prejudicam a efetividade do regime de resolução aplicado em instituição financeiras; (d) prejudicam a efetividade de medidas necessárias para mitigar a aplicação de regime de resolução; e (e) prejudicam a efetividade de medidas utilizadas para reverter a de perda de solidez de uma instituição financeira ou de segmento do Sistema Nacional, com modelo de negócio identificado como inconsistente ou vulnerável.

Em resumo, nessas circunstâncias o BCB irá notificar o CADE, indicando de forma fundamentada as razões de sua decisão unilateral e identificando os limites dos aspectos prudenciais da operação. Contudo, essa decisão não implica na inobservância do procedimento de análise pelo CADE, isso porque, este irá aprovar a operação com base nos fundamentos contidos na decisão do BCB reconhecendo sua eficiência e o desenvolvimento econômico do ato nos termos do art. 88, §6, inciso I, alínea “c” da Lei n. 12.529/2011.

Por fim, o memorando inclui ainda o compromisso do BCB e do CADE de reverem suas regulamentações, se necessário, e de trabalhar conjuntamente estabelecendo parâmetros claros e definidos de atuação das autarquias, observando

as linhas gerais estabelecidas no Memorando, de forma a trazer maior segurança jurídica e previsibilidade para a defesa da concorrência no âmbito das operações que norteiam o Sistema Financeiro Nacional.

### **3.4 Caso Itaú Unibanco vs. XP Investimentos**

Conforme exposto anteriormente, o memorando de entendimento firmado entre o CADE e o BCB foi aprovado em fevereiro de 2018, estabelecendo procedimentos para harmonizar e tornar mais eficientes a análise de atos de concentração no mercado financeiro, ponderando que fossem observadas, de forma conjunta, tanto os aspectos concorrenciais quanto os aspectos regulatórios intrínsecos ao setor bancário.

Dessa forma, imerso no cenário de cooperação entre as autarquias, foi analisado o primeiro ato de concentração após a celebração do memorando, conhecido como Caso Itaú Unibanco vs. XP Investimentos, o qual teve como objeto a análise da aquisição minoritária da XP investimentos pelo Itaú Unibanco.

O Ato de Concentração N. 08700.00431/2017-16<sup>162</sup><sup>163</sup> é objeto de estudo neste capítulo a fim de demonstrar quais fatores são, em regra, observados de forma específica tanto pelo ente regulador quanto pela autoridade antitruste na análise de uma operação financeira e ainda, como foi a dinâmica na atuação conjunta das entidades, posto que, este ato servirá como paradigma para a interação conjunta das autarquias em casos futuros.

Na origem, em maio de 2017 o Banco Itaú Unibanco S.A anunciou que tinha a pretensão de adquirir ações de emissão da XP Investimentos S.A, controladora indireta da XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S.A, no valor de R\$5,7 bilhões e realizar um aporte de capital no valor de R\$ 600 milhões na XP Investimentos, tornando o Itaú acionista da XP, sem aquisição de controle societário da empresa.

---

<sup>162</sup> O número de origem do ato de concentração é o 08700.004880/2017-61, no entanto para ter acesso público ao processo, utilizando-se do SEI/CADE o número do ato é 08700.0043/2017-16.

<sup>163</sup> BRASIL. Ato de Concentração – Caso Itaú Unibanco x XP Investimentos. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 21 set. 2019.

A operação bancária foi dividida em três fases<sup>164</sup>, as quais dispõe expressamente sobre o percentual de atuação do Itaú no capital social total e no capital social votante da empresa até o ano de 2022, posteriormente, havendo interesse em realizar novas operações, o banco terá que notificar novamente o BCB e o CADE para que seja feita uma nova análise de mercado.

A divisão em fases é extremamente relevante para a análise dos impactos econômicos dessa operação, que podem gerar, em maior ou menor grau um cenário de concentração de mercado ou abuso do poder econômico. Para tal, chama-se atenção para os principais critérios concorrenciais utilizados pelo Banco Central do Brasil para proceder com a aprovação da aquisição de percentual relevante no capital social da XP Investimentos pelo Itaú Unibanco.

Como exposto anteriormente<sup>165</sup> o CADE detém competência para realizar análise concorrencial em todos os mercados, enquanto que o BCB atua de forma pontual na regulação concorrencial do sistema financeiro, preocupando-se a maior, com os impactos da regulação sistêmica e prudencial no setor. Nesse contexto, diante da conclusão pela inexistência de imunidade antitruste ao setor, o caso em comento, foi analisado tanto pelo CADE quanto pelo BCB.

Inicialmente, o ato de concentração foi notificado em julho de 2017 tanto ao CADE quanto ao BCB que atuaram conjuntamente na análise da operação, cada um tendo observando os pontos que lhe importavam. Inclusive, no voto do Conselheiro Relator, Paulo Burnier, restou destacado a cooperação efetiva das autarquias.

Antes de passar ao dispositivo do voto, cumpre o registro de que a análise do caso contou com cooperação do CADE com o Banco Central do Brasil (BACEN) e a com a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), na esteira dos esforços empreendidos pela Presidência do CADE no sentido de reforçar laços institucionais, trazer maior eficiência para a máquina pública e maior efetividade na entrega jurisdicional prestada pelo CADE. A cooperação entre o CADE e o BACEN teve início na fase de instrução da SG e continuou no âmbito

---

<sup>164</sup> De acordo com os termos contratuais, a Operação consistirá em três etapas de aquisição: (i) Primeira aquisição: inicialmente, o Itaú se tornará acionista minoritário da XP participando em 49,9% do capital social total e 30,1% do capital social votante; (ii) Segunda aquisição: em 2020, o Itaú adquirirá participação adicional de 12,5% da XP, que lhe assegurará 62,4% do capital social total e 40% do capital social votante; (iii) em 2022, o Itaú adquiriria outro adicional de 12,5% da XP que lhe assegurará 74,9% do capital social total e 49,9% do capital social votante. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCOR9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 21 set. 2019.

<sup>165</sup> Cf. Capítulo 1, item 1.4 e Capítulo 2 item 2.2.3.

do Tribunal. O diálogo interinstitucional ocorreu através de contatos entre as equipes técnicas do CADE e do BACEN, com troca de impressões sobre a Operação e preocupações quanto à consistência das análises e eventuais remédios, respeitados os limites e as atribuições de cada instituição. Trata-se do primeiro Ato de Concentração analisado após a assinatura do Memorando de Entendimentos entre CADE e BACEN, cujo objetivo central é a atuação coordenada entre ambas as instituições, com vistas à maior eficiência nas respectivas análises<sup>166</sup>.

A análise empreendida pelo Banco Central do Brasil (BCB) por meio do Voto 169/2018-BCB, assinada pelo Diretor de Organização do Sistema Financeiro e de Resolução, Sr. Sidnei Corrêa Marques, demonstrou preocupação com a regulação prudencial, observando a concentração do mercado e os impactos econômicos do ato, mas também, mostrou nesta decisão forte preocupação com os aspectos concorrenciais decorrentes da operação.

O voto foi dividido em uma análise fática da operação, destacando os elementos essenciais do ato, seguido de informações gerais sobre o mercado de atuação da XP Investimentos, dada a inovação tecnológica vigente no setor. Tendo posteriormente, passado a análise dos diferenciais competitivos da XP Corretora e aos traços de racionalidade da operação. Sendo o item V do voto, destinado a análise dos potenciais efeitos lesivos sobre a concorrência.

Nesse cenário, foram apontados os principais impactos na concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, chamando atenção para os seguintes: (a) perda de autonomia da XP Corretora; (b) imposição de regras de acesso à plataforma operada pela XP Corretora que poderiam prejudicar as instituições concorrentes em favor do Itaú Unibanco; (c) risco de o Itaú Unibanco e a XP Corretora, em uma eventual parceria operacional, coordenarem ações que direcionassem os clientes e reduzissem a competitividade do mercado<sup>167</sup>.

De um lado, as requerentes argumentavam que a aprovação do ato traria mais concorrência para o segmento. De outro, havia que se ponderar a existência de

---

<sup>166</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração n. 08700.00431/2017-16**. Voto do Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>167</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Voto 169/2018-BCB de 8 de agosto de 2018**. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto\\_169\\_2018-BCB.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto_169_2018-BCB.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.



concentração abusiva de mercados, ensejando a redução da competitividade do setor e, conseqüentemente, a existência de prejuízos ao consumidor. Após realizar uma análise técnica e econômica dos fatores apontados como possíveis riscos de concentração prejudicial ao mercado, o Banco Central concluiu pela aprovação do ato com restrições.

Assim, foram considerados os riscos e benefícios da operação resultando na conclusão de que o ato poderia ser aprovado desde que fossem observadas as medidas compensatórias, ou seja, a proposta inicialmente apresentada pelas requerentes sofreu alterações e limitações que ficaram expressas, como sugestão dos pontos que deveriam ser elencados pelas instituições no Acordo de Controle de Concentração (ACC), estabelecendo condições para que o Itaú Unibanco ingresse no capital social da XP Investimentos sem que isso acarrete prejuízos à concorrência<sup>168</sup>.

Após a conclusão da análise do Banco Central, o Ato de Concentração notificado ao CADE com base no art. 88 da Lei 12.529/2011 conhecido por se enquadrar nos critérios de notificação obrigatória<sup>169</sup>, foi analisado pelo Conselheiro-Relator, Paulo Burnier da Silveira, tendo observado os impactos concorrenciais apontados pelo BCB e recomendado a aprovação do ato condicionado à celebração de Acordo em Controle de Concentrações (ACC)<sup>170</sup>. No caso em comento o CADE utilizou como critérios para análise concorrencial os seguintes itens: (a) o modelo de negócios da XP Corretora e (b) o mercado de atuação em que ela se insere.

<sup>168</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Voto 169/2018-BCB de 8 de agosto de 2018**. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto\\_169\\_2018-BCB.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto_169_2018-BCB.pdf). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>169</sup> Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). BRASIL. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. [...] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 30 set. 2019.

<sup>170</sup> Em síntese o ACC prevê compromissos por parte de ambas as Requerentes, XP e Itaú. Os compromissos assumidos pela XP Investimentos foram apresentados durante a fase de análise na SG e trazem obrigações que vedam a discriminação de concorrentes, reduzem eventuais barreiras à entrada no mercado de plataformas abertas e garantem a política de taxa zero já praticada no mercado. Além disso, de modo a atender a preocupação adicionais do Tribunal, o Itaú assumiu compromisso de não-discriminação, assim como o não direcionamento de seus clientes para a XP. Por fim, o ACC prevê igualmente cláusulas relativas ao monitoramento das obrigações assumidas e correspondentes penalidades em caso de descumprimento. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração n. 08700.00431/2017-16**. Voto do Conselheiro Paulo Burnier. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw\\_LXoR](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jADe7aujS-Rw_LXoR). Acesso em: 21 set. 2019.

Nesse cenário, o CADE teceu considerações acerca das principais operações empreendidas pelo Itaú Unibanco nos últimos anos, com o intuito de identificar o mercado relevante da operação e eventualmente, identificar a existência de concentração prejudicial no mercado. A análise empreendida pela autarquia demonstrou a existência de oito mercados relevantes<sup>171</sup> que deveriam ser observados na análise concorrencial empreendida, posteriormente, pelo CADE. Vejamos:

Nesse sentido, o setor financeiro tem passado por significativas transformações, que devem ser levadas em conta pelo CADE em sua análise concorrencial e que justificam a revisitação da jurisprudência na definição dos mercados relevantes nesse setor. Dessa forma, neste Ato de Concentração, segue-se o entendimento recente do CADE no sentido de separar os mercados de gestão e administração de recursos de terceiros do mercado de distribuição de produtos de investimento, conforme será detalhado posteriormente.

Ao final, CADE concluiu que os riscos e benefícios apresentados na operação, em conjunto, ensejam mais benefícios ao consumidor e uma maior eficiência da intermediação financeira, isso porque, seriam adotadas medidas compensatórias<sup>172</sup> a fim de mitigar os riscos decorrentes do prejuízo concorrencial.

Desse modo, no voto do Conselheiro Relator, Paulo Burnier, identificou-se que a autarquia teve o intuito de atuar no sentido de: (i) garantir autonomia operacional e negocial da XP Corretora; (ii) mitigar o eventual risco de acesso privilegiado, pelo Itaú Unibanco, à base de clientes e de prestadores de serviços relacionados às atividades fim da XP Corretora, bem como sua utilização de forma “casada” com os objetivos do Itaú Unibanco; (iii) mitigar o risco de ações coordenadas de exercício de poder de mercado pelo Itaú Unibanco e pela XP Investimentos.

Assim concluiu:

A análise efetuada pelo BCB no caso descrito reafirma a necessidade de que a abordagem de atos de concentração seja voltada tanto para os aspectos quantitativos quanto para os aspectos qualitativos de cada situação, devendo ser atribuída especial relevância às consequências que a operação pode produzir sobre os mercados

<sup>171</sup> Na operação do Itaú Unibanco x XP Investimentos foram identificados pelo BCB oito mercados relevantes, sendo eles: (a) corretagem de valores; (b) gestão de recursos de terceiros; (c) administração de recursos de terceiros/fiduciária; (d) planos de previdência privada; (e) distribuições de produtos de investimento para o varejo; (f) seguros de vida; (g) seguros habitacionais e (h) corretagem de seguros.

<sup>172</sup> A principal medida compensatória apontada pelo BCB foi no sentido de limitar os direitos políticos envolvidos no investimento feito pelo Itaú Unibanco na XP Investimentos. Outra medida compensatória foi a interdição da celebração de acordos de exclusividade entre a XP e seus AAIs. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE047\\_Ato\\_de\\_concentracao\\_Ita\\_u\\_Unibanco\\_XP\\_Investimentos.pdf](https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE047_Ato_de_concentracao_Ita_u_Unibanco_XP_Investimentos.pdf). Acesso em: 21 set. 2019.

relevantes afetados e sobre os mercados correlatos, de modo a mitigar, inclusive por meio de medidas compensatórias, o risco de consolidação, ao longo do tempo, de estruturas em que as condutas prejudiciais ao ambiente concorrencial se mostrem mais prováveis. [...] Por fim, as medidas compensatórias, ao manterem a independência da XP Corretora e assegurarem a isonomia concorrencial entre ela e outras plataformas similares, fomentam a concorrência e, portanto, a eficiência do sistema financeiro e o bem-estar do consumidor de serviços de intermediação financeira.

Um ponto que chamou especial atenção nesse caso, foi o fato de que, o Ato em Controle de Concentração apontado por ambas autarquias como forma de solucionar os problemas concorrenciais vislumbrados na operação, foi apresentado de forma pontual tanto pelo ente regulador quanto pela autoridade antitruste, destacando fortemente os aspectos que deveriam ser corrigidos pelo Itaú Unibanco e XP Investimentos para que não acarretasse em flagrantes prejuízos à concorrência.

Inclusive, para concluir, o ACC previa os compromissos assumidos pelas requerentes, trazendo obrigações que vedam a discriminação de concorrentes, reduzem eventuais barreiras à entrada no mercado e garantem políticas já praticadas no setor. Além disso, buscando atender preocupações adicionais do Tribunal, o Itaú assumiu compromissos de não-discriminação, assim como o não direcionamento de seus clientes para a XP. Ao final dispunha sobre cláusulas relativas ao monitoramento das obrigações assumidas e correspondentes penalidades em caso de descumprimento.

Diante do exposto, não há dúvidas, de que o Caso Itaú Unibanco vs. XP Investimentos representou um importante passo na interação entre agência reguladora e autoridade antitruste de forma eficiente, isso porque, os resultados empreendidos com a análise conjunta, possibilitará visualizar que cada uma das autarquias possui, de fato, competências próprias e análises mercadológicas distintas, tornando-se insubsistente a tese acerca da isenção antitruste para o setor financeiro.

Muito embora não haja uma legislação expressa, ou ainda, um posicionamento definitivo do judiciário brasileiro a respeito da questão, é importante frisar que o Ato Conjunto N. 01 representa um instrumento relevante para a resolução efetiva do conflito de competência existente entre o CADE e BCB.

E assim, a escolha pela configuração institucional de competências complementares e ainda a utilização da *Pervasive Power Doctrine* no Brasil, resultam

na atuação conjunta entre Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Banco Central do Brasil, vislumbrando uma análise completa dos atos de concentração, pois tanto os aspectos qualitativos quanto os aspectos quantitativos passam a ser observados pelas autarquias, isso porque, há uma preocupação tanto com a regulação prudencial do sistema financeiro, quanto com a defesa da concorrência buscando a prevenção de abusos à ordem econômica.

## CONCLUSÃO

O papel do Estado de orientar e tutelar a liberdade de concorrência mostra-se essencial para o adequado funcionamento da economia. Sendo assim, a implementação de medidas que viabilizassem a integração harmônica entre a autoridade antitruste e o ente regulador foram objeto de importantes discussões a partir da década de 1990 no Brasil.

Nesse contexto, o presente trabalho buscou abordar o momento histórico em que foi editada a Lei 4.595/64 e a Lei 8.884/94, trazendo uma análise detida sobre a nova perspectiva econômica e a reestruturação vivenciada no Sistema Financeiro Nacional e no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, observando, especialmente, a política de regulação e a política de defesa da concorrência no âmbito do setor bancário.

A análise crítica das leis teve como escopo o estudo do Parecer GM-020 exarado pela Advocacia-Geral da União, enquanto a discussão acerca das eminentes distinções entre regulação e concorrência no setor bancário foram tratadas com base nos princípios constitucionais fundamentais à ordem econômica constitucional, sendo eles, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

A partir dessa nova perspectiva, emergiu no mundo jurídico o importante conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BCB) no que tange a análise de atos de concentração operados no mercado financeiro.

O que se pretendeu demonstrar foi que, o setor bancário funciona de forma complexa e sensível, mas suas peculiaridades não asseguram a isenção antitruste ao referido mercado, ou seja, inexistente razão para que o conflito de competência entre o CADE e o BCB exista, isso porque, conforme amplamente explorado ao longo do trabalho, as autarquias procedem com análises distintas acerca dos atos de concentração. A primeira autarquia, se preocupa com a prevenção e repressão a abusos do poder econômico, enquanto a segunda detém uma análise voltada à regulação prudencial e sistêmica do setor bancário.

Assim, ao longo do trabalho restou demonstrado que o Banco Central do Brasil não detém competência para proceder a análise exclusiva dos atos de concentração do sistema financeiro, pois, não há vinculação do CADE aos pareceres emitidos pela

AGU, não há que se falar em superioridade hierárquica entre a Lei 4.595/64 e a Lei 8.884/94 (revogada pela Lei n. 12.529/2011) e, ainda, não há especificidade ou isenção antitruste que determine a competência exclusiva do Banco Central do Brasil.

Superada a questão acerca da competência exclusiva do BCB, foram analisados pontos de convergência e soluções que viabilizassem a interação harmônica entre as autarquias.

Isso posto, com base na Teoria do *Pervasive Power*, verificou-se que a análise de questões concorrenciais que decorrem de operações no Sistema Financeiro Nacional serão melhor exploradas pelo CADE, tendo em vista sua *expertise* no estudo concorrencial. Isso porque, o BCB não detém competência técnica e formal para proceder com a análise concorrencial, o que, inclusive, não vinha sendo feito pela autarquia nos anos em que a Lei Antitruste se mostrava incipiente.

Além do estudo das Teorias das Imunidades Implícitas, foi realizada a análise acerca das possíveis formas de interação entre autoridade antitruste e ente regulador. Nesse ponto, foram observados os critérios de regulação técnica, econômica e lei da concorrência que subsidiaram a conceituação das configurações institucionais, tendo ao fim, concluído que, nem a Lei 4.595/64 nem a atual Lei Antitruste (Lei n. 12.529/11) dispõe de forma expressa sobre a isenção antitruste no setor bancário, razão pela qual, infere-se que a melhor forma de atuação das autarquias federais no Brasil, decorrerá da atuação conjunta, por meio da instituição de competências complementares.

Nesses termos, foi possível depreender que, em situações de normalidade, o ente antitruste mostra-se competente para a análise de operações ocorridas no Sistema Financeiro Nacional. No entanto, diante da existência de risco sistêmico ou situações que desequilibrem a higidez do sistema financeiro, o Banco Central passa a figurar como ente competente para a análise dos atos, vez que, a regulação prudencial e sistêmica do setor é objeto de análise do banco e deve ser priorizada frente ao princípio da livre concorrência.

Para subsidiar o entendimento de que a solução do conflito de competências estaria respaldada pela atuação complementar das autarquias federais, foi realizado o estudo do Ato Conjunto n. 01 firmado, em 2018, pelo Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com o objetivo de mitigar a insegurança jurídica e as consequências negativas decorrentes da indecisão acerca

de qual é o ente competente para analisar os atos de concentração no sistema financeiro, tendo o documento, estabelecido critérios e procedimentos próprios para análise dos atos ocorridos no setor bancário, tanto pela ótica concorrencial, quanto pela via da regulação prudencial e sistêmica, próprias do setor.

Dessa forma, os conceitos da Teoria do *Pervasive Power* associados a configuração institucional de complementariedade de competências foram aplicadas a análise do Caso Itaú Unibanco S.A vs. XP Investimentos, tendo esse sido o principal caso analisado após a edição do Ato Conjunto n.01. O estudo do caso foi no sentido de salientar os pontos positivos e negativos da interação complementar entre o ente regulador e a autoridade de defesa da concorrência, tendo em vista que, as decisões proferidas no referido ato de concentração, por certo, servirão como paradigma para a análise de atos futuros.

Por fim, e para concluir, dadas as peculiaridades do sistema financeiro e a atuação própria do Estado, ora como ente regulador, ora como autoridade antitruste, propõe-se que a análise de atos de concentração operados no sistema financeiro, após a edição do Ato Conjunto N. 01, sejam realizados de forma eficiente e conjunta pelas referidas autarquias federais, observando os critérios e procedimentos da atuação complementar, buscando assegurar a defesa da concorrência no setor bancário, inclusive, considerando as especificidades do setor e as competências próprias do Banco Central do Brasil e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

## REFERÊNCIAS

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

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2001. p.187-212. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm)

BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm)

BRASIL. **Lei n. 4.137 de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm)

BRASIL. **Lei n.12.529 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)

BRASIL. **Lei n. 13.848/2019 de 11 de junho de 2019**. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº



9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 664.189**. Relatoria Min. Celso de Mello (2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4170404>.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)

BANCO CENTRAL DO BRASIL, **Guia para Análise de Atos de Concentração**. Banco Central do Brasil. [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/Guia\\_analise\\_acordo\\_concentracao\\_COMUNICADO22366.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/Organizacao/Guia_analise_acordo_concentracao_COMUNICADO22366.pdf).

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Voto 169/2018-BCB de 8 de agosto de 2018. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto\\_169\\_2018-BCB.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/ACC/Voto_169_2018-BCB.pdf).

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

BULHÕES, Octávio Gouvêia de. **Depoimento/ Ignez Cordeiro de Farias (coord.)**. Brasília: Memória do Banco Central, Rio de Janeiro: CPDOC-FGV, 1990.

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

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09**. Requerentes: Zurich Participações e Representações Ltda., Brasmetal Industrial S/A e Banco Finasa de Investimento S/A. Relatora: Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08012.002381/2001-23**. Requerentes: Banco de Crédito Nacional S/A e Alliance Capital Management Corporation of Delaware. Relator: Fernando de Oliveira Marques. Voto proferido em 04 de setembro de 2002.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08012.000332/2011-28**. Requerentes: Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil S.A. e Banco Bradesco S.A. Relator: Alessandro Octaviani Luis. Voto proferido em 07 de dezembro de 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Ato de Concentração n. 08700.00431/2017-16**. Requerentes: Itaú Unibanco S.A e XP Investimentos S.A. Relator: Paulo Burnier da Silveira. Voto proferido em 14/03/2018.

COMPARATO, Fábio Koder. **O Indispensável Direito Econômico**. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. Revista dos Tribunais. 2011, Vol.01.

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

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

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Direito Antitruste**. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

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

OLIVERA, Gesner. RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Editora Malheiros. 2013.

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

SILVA, José Afonso da. **Constitucionalismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Leandro Novais e. **Regulação, concorrência e o setor bancário: Reflexões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília 158 abr./jun. 2003.

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

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

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

VAZ, Isabel. **Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário**. In Concorrência e regulação no Sistema Financeiro, Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C Veiga e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.