

A ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SETOR FINANCEIRO: PROPOSTA DE UMA ATUAÇÃO COMPLEMENTAR ENTRE O BANCO CENTRAL E O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

MERGER ANALYZES IN THE FINANCIAL SECTOR: PROPOSAL FOR A COMPLIMENTARY ACTING BETWEEN THE CENTRAL BANK AND THE ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE

Bruno Menegat* Carlos Eduardo Edinger de Souza Santos**

RESUMO

A presente investigação versa acerca da seguinte questão: a qual ente cumpre a atribuição de análise de atos de concentração no setor financeiro — Banco Central do Brasil ou Conselho Administrativo de Defesa Econômica? A partir de uma metodologia sistêmica, verificaremos o porquê de estarem equivocados os fundamentos jurídicos supostamente aptos a embasar a afirmação de que cabe tão somente ao Banco Central tal atribuição. Afirmaremos que, mormente a partir da especialidade, da complementaridade, dos recentes desenvolvimentos legislativos e do interesse público, incumbe a ambos tal atribuição.

PALAVRAS-CHAVE

Cade. BACEN. Atos de concentração. Instituições financeiras. Atribuições.

ABSTRACT

This investigation addresses the following question: which agency has the attribution to analyze merger acts between financial institutions – Central Bank of Brazil (Banco Central do Brasil) or the Administrative Council for Economic Defense (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)? From a systemic approach, we will counter the arguments that defend the exclusive attribution to the Banco Central for analyzing these acts, and their validity. Taking into account the expertise, the complementarity, the recent law-making developments, and the public interest, we will affirm that cited ascription to analyze these acts concerns both.

KEYWORDS

Cade. BACEN. Mergers. Financial institutions. Attributions.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O conflito entre a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 12.529/11. 2.1. A especialidade do BACEN e do Cade. 2.2. A hierarquia das normas. 2.3. A insuficiência da celeridade e da eficiência como critério definidor. 2.4. A vinculação a pareceres. Conclusão. Referências.

REFERÊNCIA: MENEGAT, Bruno; SANTOS, Carlos Eduardo Edinger de Souza. A análise de atos de concentração no setor financeiro: proposta de uma atuação complementar entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 3, n. 1, Porto Alegre, p. 92-105, mar. 2017.

1 INTRODUÇÃO

De longa data, debruça-se sobre a questão atinente à regulação, no Direito brasileiro, dos atos de concentração de instituições financeiras. Afinal, refere-se ela tão somente à apreciação de quesitos mercadológicos ou também se refere à análise de impactos concorrenciais desses atos? Ainda, ao final, a quem cabe essa atribuição? Aqui, pretendemos propor uma resposta a esses questionamentos.

Primeiro, abordaremos as leis regentes da regulação do mercado financeiro e as normas de tutela da concorrência dos demais segmentos econômicos, analisando a existência de eventuais antinomias

* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Noturno, 2015) e pesquisador voluntário com ênfase nas áreas de Direito Econômico, Internacional e Tributário. Desde dezembro de 2016 é Procurador da Fazenda Nacional.

** Advogado. Mestrando em Direito Público - Direito Penal pela UFRGS. Especializando em Direito Empresarial pela PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS. Trabalhou na Agência Gaúcha de Desenvolvimento e Promoção de Investimento e, atualmente, trabalha no escritório de advocacia Knijnik Advocacia.

entre tais diplomas e sua possível solução à luz da direção dada pelas normas constitucionais no que se referem ao sistema financeiro. De forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, propomos uma atuação complementar entre os órgãos que regulam a atividade bancária e aqueles cujo fim é a tutela da concorrência.

Nesse sentido, recentemente, viu-se julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual esse tormentoso problema dividiu o entendimento dos ministros. Prevaleceu, no Recurso Especial nº 1.094.218/DF, a orientação de que tão somente cabe ao Banco Central do Brasil (BACEN) a análise de atos de concentração de instituições bancárias sob sua autoridade em detrimento da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que possui a atribuição legal para a análise desses mesmos negócios jurídicos nas demais atividades econômicas. Tal posicionamento, contudo, não nos parece consentâneo com as leis de regulação da concorrência, tampouco com os fatos jurídicos que instruem a discussão.

2 O CONFLITO ENTRE A LEI Nº 4.595/64 E A LEI Nº 12.529/11

Inicialmente, impõe-se a precisa conceituação de atividade bancária, de atos de concentração e a definição legislativa das atribuições do BACEN e do Cade.

A atividade bancária abarca uma considerável gama de operações econômicas, ligadas — direta ou indiretamente — à concessão, circulação ou administração de crédito, por meio de coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros em moeda nacional ou estrangeira¹, como preceitua o art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (Lei da Reforma Bancária, doravante denominada LRB).² Essas atividades são supervisionadas, atualmente, pelo BACEN, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, sofrendo, portanto, somente seu controle finalístico — aspecto de importante utilidade que será abordado em momento oportuno no presente trabalho.

Atos de concentração, por sua vez, referem-se a atos de associação empresarial, sejam eles feitos por meio da compra total ou parcial dos títulos representativos de capital social — com ou sem direito de voto — ou por meio da aquisição de direitos e ativos que, ao fim, provoquem a substituição de órgãos decisórios independentes.³ Não difere disso a definição de Paula Forgioni:

¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 500.

² “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.” Seu parágrafo único nos diz que “[p]ara os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.”

³ CARVALHO, Nuno. *As concentrações de empresas no direito antitruste*, p. 110, nota 139, *apud* FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*, 6. ed., São Paulo: RT, 2013, p. 397.

Assim, no campo do antitruste, o termo concentração vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado. A mais comum liga-se a situações em que os partícipes perdem sua autonomia, como nas operações de fusão, incorporação, etc. Há, também, concentração quando se dá a constituição de uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle é compartilhado ou quando uma empresa adquira ativos ou parcelas do patrimônio de outrem.⁴

Definição essa que se mostra consentânea com a definição legal trazida pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, (nova lei de infrações à ordem econômica, daqui para frente denominada NLIOE, que revogou em parte a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – a LIOE):

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

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

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

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

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

Quanto à atuação do BACEN e do Cade, ambos possuem, à primeira vista, atribuições⁵ comuns na tutela da concorrência em relação às instituições financeiras. Isso ocorre porque a LRB prevê, em seu art. 18, §2º, que o BACEN, “no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras”. Prevê, também, em seu art. 11, inciso VII, que o BACEN exercerá “permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem”. Por seu turno, a NLIOE dispõe que perante o Cade se processam — e julgam — todos os atos de concentração, independentemente do ramo ao qual pertençam, nos exatos termos de seus arts. 88 e seguintes.

Tais normas passaram por aprofundada análise pelos ministros do STJ, que da seguinte forma decidiram:

ADMINISTRATIVO – ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL –CONTROLE ESTADUAL 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

⁴ Ibidem, p. 396.

⁵ De início, vale ressaltar a impropriedade técnica e científica do termo competência. Isso se dá porque quem possui competência é órgão jurisdicional do Poder Judiciário, nos termos do que nos leciona Antônio Carlos de Araújo Cintra *et. al*, segundo o qual “[c]ada juiz e cada tribunal são plenamente investidos de jurisdição mas o exercício desta é distribuído pela Constituição e pela lei ordinária, entre os muitos órgãos jurisdicionais. Cada qual então a exercerá dentro de determinados limites, ou seja, com referência a determinado grupo de litígios. Tal é a problemática central da competência, que se define como a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos (Liebman).” Cintra, A.; Grinover A.; Dinamarco C. *Teoria Geral do Processo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, p. 250.

ou fusão de instituições 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 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. (REsp 1.094.218/DF)⁶

Como se depreende, o aresto utilizou como razão de decidir a vinculação de toda a Administração Pública a pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU), ratificados pelo Presidente da República, e a especialidade da LRB diante de demais normas concorrenciais, o que levaria, em tese, à conclusão de que somente cabe ao BACEN a atribuição de análise de atos de concentração de instituições financeiras. Ademais, ao comentar o caso, o jurista Arnaldo Wald agrega a tais fundamentos argumentos relacionados ao tempo que leva o Cade para prolatar certa decisão e à inconstitucionalidade de quaisquer outras interpretações, tendo em vista a hierarquia das referidas leis:

Efetivamente, o tempo de decisão do Cade, mesmo se conseguir acelerar as suas decisões, é incompatível com o timing das operações bancárias e especialmente as de aquisição de controle, fusão e incorporação das instituições financeiras.⁷

Assim sendo, tendo em vista que o inc. VII do art. 11 e o §2º do art. 18 da Lei 4.595/1964 dispõem sobre as atribuições do BACEN, inclusive no âmbito concorrencial, deve-se concluir que não pode haver derrogação do referido dispositivo, por lei ordinária, mas unicamente por norma da hierarquia prevista no art. 192 da CF/1988, ou seja, por lei complementar, sendo, portanto, inconstitucional qualquer interpretação no sentido de submeter as instituições financeiras e as federações e associações das (sic) quais são filiadas à disciplina da Lei 8.884/1994.⁸

A solução da presente questão passa, portanto, por quatro pontos: (i) a especialidade da LRB em relação à NLIOE; (ii) a análise da hierarquia da NLIOE — que, quanto a esse assunto, dispõe da mesma forma que a LIOE — e da LRB, em face da previsão do art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)⁹; (iii) a maior eficiência, em razão da celeridade, do BACEN para analisar atos de concentração de instituições financeiras; e, por fim, (iv) a vinculação da Administração Pública aos pareceres exarados pela AGU, que, no caso, determinava a exclusão específica dessa atribuição do Cade.

⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.094.218/DF, Primeira Seção, julgado em 25 de agosto de 2010.

⁷ WALD, Arnaldo. “Ato de Concentração, Aquisição ou Fusão de Instituição Integrante do Sistema Financeiro Nacional”. Controle Estatal pelo BACEN ou pelo Cade? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 52, jul. 2011, p. 315.

⁸ Ibidem, p. 316.

⁹ Segundo ele, 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”.

Agora, um a um, averiguaremos a validade jurídica dos pontos aventados como impeditivos da análise de atos de concentração por parte do Cade.

2.1 A ESPECIALIDADE DO BACEN E DO CADE

A defesa da atuação exclusiva do BACEN na tutela da concorrência das instituições bancárias com fundamento na máxima *lex specialis derogat legi general*, critério positivado na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), largamente utilizado para resolver as frequentes antinomias legais decorrentes de nosso sistema legal, carece, no ponto, de respaldo jurídico. É dizer, o simples fato de a LRB dotar o BACEN de larga intervenção no mercado bancário não retira a competência do Cade para a análise dos impactos concorrenciais das operações de concentração entre instituição financeiras.

Ambas as leis postas em conflitos são, ao mesmo tempo, especiais entre si. Com efeito, a LRB é especial com relação a sua aplicabilidade às atividades financeiras. Todavia, a especialidade da NLIOE decorre do fato de ela tutelar específico ramo: a concorrência. Ademais, foi expressa a intenção do legislador, quando da tramitação do projeto que deu origem a segunda lei antitruste brasileira (LIOE), de submetê-la a todos os campos econômicos, como se depreende do relatório do deputado federal Fábio Friedman, segundo o qual, “na linha adotada pela pelas legislações antimonopolísticas mais modernas, como o Japão, deverá a lei antitruste brasileira regular, ainda, os atos e ajustes entre empresas sujeitas ao controle estatal”.¹⁰

Outrossim, como afirma o jurista Calixto Salomão Filho, salvo hipóteses muito específicas — como a prestação de serviços públicos em regime de monopólio — todas as demais atividades econômicas devem se submeter à apreciação do Cade, acoimando de inconstitucionais leis que restrinjam a atribuição da autarquia:

A não-aplicação da do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente seu cumprimento pelos particulares — ou seja, quando cria diretamente a atividade pública. Em consequência, um regulamento exarado nas condições supramencionadas, ainda que no exercício da competência legalmente atribuída ao órgão específico, seria inconstitucional e ilegal. Inconstitucional por implicar ferimento ao art. 173, § 4º, da CF e ilegal na medida em que implique infringência a alguns dos dispositivos dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884/94.¹¹

¹⁰ BRASIL, *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 3.172/93*. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13MAI1993.pdf#page=7>>. Acesso em: 12 ago. 2014, citado por SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 179.

¹¹ Ibidem, p. 174.

Corroborando a tese de afastamento da especialidade do BACEN, temos duas agências reguladoras no Brasil que, por determinação legal, devem comunicar ao Cade eventuais condutas incompatíveis com a concorrência em suas áreas de atuação, ressaltando o dever de atuação conjunta entre tais órgãos. A primeira é a Agência Nacional do Petróleo — ANP —, que, por força do art. 10 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com redação dada pela Lei nº 10.202, de 20 de fevereiro de 2001, deve encaminhar ao Cade qualquer fato que possa configurar indício de infração às normas concorrenciais, bem como comunicar ao Conselho sanções aplicadas a empresas do ramo petrolífero, para as medidas cabíveis de competência da ANP, por força do parágrafo único do referido artigo, respectivamente:

Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada.

A segunda é a Agência Nacional de Telecomunicações — Anatel —, que tem o dever de agir conjuntamente com o Cade para apuração e repressão a atividades econômicas ilícitas, na forma do art. 19, XIX, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.¹²

Tais previsões legais demonstram, ainda mais, a necessidade de atuação conjunta entre os órgãos reguladores e o Cade, na troca de conhecimentos técnicos de cada campo, em detrimento da atuação solitária de somente um deles. Isso nada mais é do que a aplicação da complementaridade entre órgãos de forma a, corretamente, lidar com a sociedade complexa em que estamos inseridos.

2.2 A HIERARQUIA DAS NORMAS

A exigência de lei complementar para a regulação do sistema financeiro nacional, exigida pelo art. 192 da CF, em nada interfere na aplicação da NLIOE ao setor bancário pelo simples fato de ser esta lei ordinária. A exigência constitucional para tal ramo engloba tão somente as normas técnicas e de estrutura do mercado bancário, não todas as atividades por ele desenvolvidas. Tal tese foi corrobo-

¹² À Anatel atribui-se, especialmente, o exercício “relativamente às telecomunicações, [d]as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”.

rada pelo Supremo Tribunal Federal quando do rumoroso julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, no qual se chancelou a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor — CDC — aos contratos bancários, não obstante seja tal lei de caráter ordinário:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. [...] 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro.

A possibilidade de aplicação de tal diploma protetivo, malgrado não possuir a força de lei complementar, deu-se, nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa, pela teoria do diálogo das fontes. Essa construção doutrinária, sintetizada pela professora Cláudia Lima Marques, significa “a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais”.¹³ Como se vê, ela, de larga aplicação nas mais variadas searas jurídicas, ajusta-se também na justificação científica da presente proposta de atuação complementar entre o Cade e o BACEN.

Com efeito, a aplicação isolada da LRB, como o consequente afastamento por completo da NLIOE vai de encontro à atual técnica de aplicação harmônica de mais de um diploma legal, tendo por fim a coerência de todo sistema jurídico. Dessa forma, em face da complexidade do trato de ambas as matérias — tanto bancária, quanto concorrencial —, deve-se buscar, o máximo possível, a troca de conhecimento técnico e jurídico entre ambas as autarquias, sintetizando o direito da concorrência e a economia em um todo coerente, sob pena de, ao revés, esfacelar o ordenamento jurídico de modo incompatível com o mandamento constitucional da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

2.3 A INSUFICIÊNCIA DA CELERIDADE E DA EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DEFINIDOR

Arnoldo Wald, em seu artigo anteriormente citado, sugere que

o Brasil não pode fazer prevalecer os princípios da livre concorrência sobre a necessária eficiência que o sistema bancário e, com ele, toda a economia deve alcançar, com a sua racionalização e a supressão tanto dos gastos inúteis como dos eventuais gargalos de estrangulamento que nele ainda existem.¹⁴

Da mesma forma, isso também é dito pela Min. Eliana Calmon, segundo a qual “[a] rapidez das soluções no campo do sistema financeiro é fator indiscutível nesse mundo digital e cibernético”.¹⁵

Aqui, como se expôs, tratamos da análise de atos de concentração de instituições bancárias e sua implicação no âmbito concorrencial. Ao estabelecer os princípios da defesa da concorrência, o art. 1º da NLIOE é claro ao dizer que tal atividade é “orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Como se vê, desses princípios, não consta a celeridade. Quando muito, poder-se-ia falar em eficiência, prevista no art. 37 da CRFB.¹⁶ A eficiência é “princípio que impõe sejam as condutas administrativas orientadas a resultados satisfatórios, significando, assim, um primado de qualidade da ação da Administração Pública.”¹⁷

Mas, ainda assim, na CRFB também constam outros princípios, tal como a legalidade. Também, na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo) constam outros princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública, dentre os quais citamos a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, e o interesse público.¹⁸ Por tudo, é forçoso concluirmos que, em que pese a celeridade ser um critério importante, não é ela o único a definir e pautar a Administração Pública.

¹⁴ WALD, op. cit., p. 318.

¹⁵ Voto da Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp 1.094.218/DF.

¹⁶ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

¹⁷ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: RT, 2013, p. 53.

¹⁸ Segundo o art. 2º do referido diploma legal, a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Outrossim, não é correto afirmar que a eficiência (ou a celeridade) tem o condão de sacrificar a legalidade. Afinal, deve ela “ser sempre considerada em consonância com a validade da ação administrativa (legalidade, moralidade, impessoalidade, etc.)”.¹⁹ Diz-se, com isso, que a falta de eficiência não invalida uma ação estatal, embora se possa responsabilizar o agir ineficiente de um órgão público.

Como exposto, a celeridade não é um fim em si mesma. Por essa razão, não é critério necessário e suficiente nem para ser a única diretriz da Administração Pública, nem para definir delimitações de atribuições de órgãos. Ademais, o interesse público é o que deve prevalecer em qualquer atuação da Administração Pública, não podendo ele ser afastado por necessidades contingentes de setores específicos da sociedade, pois o interesse público, mormente no que tange à concorrência, extravasa o limite objetivo do ato de concentração posto à análise, podendo ser ele próprio considerado como o interesse de toda a coletividade.

Pondo fim ao tópico, uma solução de cunho processual bastaria para que tal questão se fizesse respondida. *Eg.*, não haveria óbice na instituição de um prazo para que a autarquia responsável se manifestasse quanto à homologação do ato de concentração. Transcorrido ele *in albis*, impor-se-ia a presunção *iuris tantum* da validade do negócio jurídico, podendo esse ser revisto pela Administração Pública, nos termos da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual “[a] administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

É exatamente por estas razões que a Procuradoria do Cade emitiu parecer no sentido de que o decurso do prazo sem manifestação sobre determinado ato de concentração gera, automaticamente, a sua aprovação. Efetivamente, apesar da ausência de previsão legal neste sentido — ausência já encontrada na anterior lei antitruste —, entendeu-se que “não é razoável supor que, descumprido o prazo legal de análise pela própria Administração, as partes que exerceram legitimamente direitos assegurados pela Constituição permaneçam indefinidamente sem pronunciamento ou que o mesmo seja considerado negado.”²⁰

2.4 A VINCULAÇÃO A PARECERES

Cumprе salientar, por fim, que a questão atinente aos pareceres da AGU desborda do escopo desse trabalho, porquanto se trata de matéria eminentemente vinculada a orientações da Administração

¹⁹ MAFFINI, op. cit., p. 53.

²⁰ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal Especializada Junto ao Cade. *Parecer PROCADE 17/2012/PROCADE/PGF/AGU*. 16 de dezembro de 2011.

Pública, as quais, na espécie, não podem ir de encontro àquilo que é legalmente definido e interpretado. Todavia, a título de argumentação, não pode essa vinculação ser óbice à interpretação legal aqui intentada, reportando-nos às razões de Cássio Scarpinella Bueno:

É certo que a criação da AGU admite que seus pareceres, desde que aprovados pelo Presidente da República, tenham caráter vinculante para a administração federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento (Lei Complementar nº 73/93, art. 40, §1º). No entanto, parece mais acertado o entendimento de que os assuntos que podem ser objeto de deliberação vinculativa só podem ser aqueles relativos à própria estruturação ou — se se preferir — máquina burocrática da Administração Federal. À sua atividade-meio, portanto. Nunca aquilo que diz respeito à forma, ao modo, às condições de persecução de suas próprias atividades-fins, é dizer, ao cumprimento de sua missão institucional imposta pela lei e que, em última análise, justifica sua criação e subsistência. Admitir que a atividade-fim de uma autarquia pode ficar adstrita ao que disser outro órgão ou entidade da máquina administrativa federal (no caso, a AGU) é reconhecer que a independência funcional típica das autarquias, tão destacada pela doutrina especializada e francamente reconhecida por suas leis de criação — o art. 3º da Lei n. 8.884/94 é claro neste sentido — pode ser obstada, frustrada ou negada por vias transversas e de escalão normativo inferior à lei.²¹

Aliado a isso, vale dizer que nenhuma orientação está isenta nem da crítica científica, nem do controle jurisdicional; não pode, assim, mero parecer obstruir a tutela jurisdicional sobre qualquer matéria.²²

CONCLUSÃO

Como visto, por ser necessária a análise de um amplo conjunto de indicadores é que se propõe a atuação conjunta de ambas as autarquias neste sensível e indispensável mercado. Dessa forma, tendo em conta o atual panorama jurídico, impõe-se uma revisão tanto científica quanto jurisprudencial do tema versado no presente artigo. Com isso, melhorar-se-á a técnica de controle do sistema financeiro, bem como a tutela da concorrência de tal segmento econômico.

Tais premências são facilmente verificáveis com a análise de recente julgamento do Cade, por meio do qual sua Superintendência-Geral declarou “complexo” o ato de concentração entre Bradesco, Banco do Brasil, Banco Santander (Brasil), Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco pelo qual pretendem constituir a Gestora de Inteligência de Crédito (GIC), espécie de *bureau* de crédito, na forma de sociedade por ações, no bojo do processo Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47.²³

²¹ Citado pelo Ministro Castro Meira no julgamento do REsp 1.094.218/DF.

²² É claro o art. 5º, inciso XXXV da CRFB, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47*. Requerentes: Banco Bradesco S.A, Banco do Brasil S.A., Banco Santander (Brasil) S.A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S.A. Advogados: Barbara Rosenberg, Marcos Exposto, Guilherme Morgulis e outros. Acolho a Nota Técnica nº 18/2016/CGAA2/SGA1/SG/Cade (Doc. Sei nº 0206009), de 03 de junho de 2016, e, com fulcro no §1º do art. 50, da Lei 9.784/99, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação, para, nos termos do artigo 56 da Lei

A parceria desenvolverá um banco de dados para agregar, conciliar e tratar informações cadastrais e de crédito de pessoas físicas e jurídicas, devendo os clientes autorizar a inclusão de suas informações no banco de dados. A nova companhia terá seu controle compartilhado entre as instituições financeiras, sendo que cada uma delas deterá 20% de seu capital social. O conselho de administração será composto por membros indicados pelos bancos, e os executivos terão dedicação exclusiva ao negócio, preservando sua gestão independente.

Mais além, vale dizer que há dois projetos de lei buscando alterar o atual entendimento a respeito, exatamente na linha do que estamos a propor. O primeiro — Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 — propõe que, assegurando a competência decisória do Banco Central nos atos de concentração que possam afetar a higidez do sistema financeiro, confira-se ao Cade as atribuições que ele já detém em relação aos demais setores da economia.²⁴ O segundo — Projeto de Lei Complementar 265/2007 —, além de também estabelecer que a análise de atos de concentração de instituições financeiras deve ser realizada de maneira conjunta entre ambas as autarquias, revoga o art. 18, §2º da LRB²⁵ de forma explícita.

Portanto, seja pelos argumentos aqui coligidos, pelo atual caso analisado pelo Cade — no qual a complexidade da atuação bancária resta incontroversa —, seja, por fim, pelos diversos movimentos legislativos em torno da questão, torna-se necessária uma revisitação sobre a matéria. A complementaridade da atuação entre os diversos entes reguladores é, efetivamente, a melhor e mais eficaz forma de dar cumprimento aos tradicionais princípios da livre concorrência e da repressão ao poder econômico que vise dominar mercados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47*. DOU 06 de julho de 2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal Especializada Junto ao Cade. *Parecer PROCADE 17/2012/PROCADE/PGF/AGU*. 16 de dezembro de 2011.

12.529/11 e do artigo 120 do Regimento Interno do Cade, declarar o Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47 complexo e determinar a realização das diligências detalhadas na Nota Técnica. Esta SG/Cade resguarda ainda a sua faculdade de posteriormente, se for o caso, requerer a dilação do prazo de que tratam os artigos 56, parágrafo único, e 88, §§ 2º e 9º, da Lei nº 12.529/2011, e artigo 120, parágrafo único, do Regimento Interno do Cade, o que, por ora, não se faz necessário. DOU 06.06.2016.

²⁴ BRASIL. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 344/2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B30C5F94DA47561103E35350594348A7.proposicoesWebExterno1?codteor=102977&filename=Tramitacao-PLP+344/2002>. Acesso em: 12 ago. 2014.

²⁵ BRASIL. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 265/2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0EAB2832CEE0E8C76D55B5EDAB92DDC2.proposicoesWeb2?codteor=1372623&filename=Avulso+-PLP+265/2007> Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Decreto-lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Lei nº 4.595*, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Lei nº 8.884*, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Lei nº 9.478*, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Presidência da República. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Congresso Nacional. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 344/2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B30C5F94DA47561103E35350594348A7.proposicoesWebExterno1?codteor=102977&file-name=Tramitacao-PLP+344/2002>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Congresso Nacional. *Projeto de Lei Complementar da Câmara dos Deputados nº 265/2007*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0EAB2832CEE0E8C76D55B5EDAB92DDC2.proposicoesWeb2?codteor=1372623&file-name=Avulso+-PLP+265/2007>. Acesso em: 12 ago. 2014.

_____, Supremo Tribunal Federal. *ADI 2591*, Relator para Acórdão Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 7 de junho de 2006.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.094.218/DF*, Primeira Seção, julgado em 25 de agosto de 2010.

FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 6. ed., São Paulo: RT, 2013.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed., São Paulo: RT, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SADDI, Jairo. Da Competência Privativa do Banco Central do Brasil para Analisar e Aprovar os Atos de Concentração de Instituições Integrantes do Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Bancário, do mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

STUBER, Walter. A análise dos Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 57. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jul-set de 2012.

WALD, Arnaldo. Ato de Concentração, Aquisição ou Fusão de Instituição Integrante do Sistema Financeiro Nacional. Controle Estatal pelo BACEN ou pelo Cade? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 52, jul. 2011.

