

O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O CADE E O BACEN

*Fábio Almeida de Andrade**

RESUMO

O presente artigo tem por escopo abordar sucintamente as questões que envolvem o conflito de atribuições entre duas autarquias – CADE e BACEN – onde se discute o poder de fiscalização desses dois entes quanto à análise de operações que envolvam transferências de controle acionário entre instituições financeiras.

Diante disto, procurou-se abordar no presente trabalho, questões relevantes que vêm sendo debatidas no mundo jurídico, dividindo o mesmo em quatro tópicos que apontam elementos distintos quanto à análise da controvérsia travada, destacando-se em especial a legislação que regula a matéria, bem como o enfoque constitucional relativo à competência privativa do Banco Central para conceder autorização para a transferência do controle acionário entre instituições financeiras.

** Advogado no Rio de Janeiro, pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Universidade Gama Filho.*

1- INTRODUÇÃO

1.1 CADE, BACEN e a autonomia dos entes autárquicos

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE foi criado em 1962, tendo sido transformado em autarquia pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. É vinculado ao Ministério da Justiça e tem como atribuições orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder.

Ao analisar fusões, incorporações e associações de qualquer espécie entre agentes econômicos, age de modo preventivo, analisando os negócios jurídicos privados entre empresas de modo a evitar prejuízos ou restrições à livre concorrência. Age, ainda, repressivamente, ao analisar as condutas anti-concorrenciais, previstas no artigo 20, da Lei nº 8.884, e na Resolução nº 20, reprimindo tais práticas, que consistem, basicamente, nos cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade (ressalte-se, por oportuno, que as estruturas concentradas de mercado – monopólios e oligopólios – não são ilegais). Por fim, o papel educativo consiste na difusão da cultura da concorrência – artigo 7º, inciso XVII, da Lei nº 8.884/94.

O Banco Central do Brasil – BACEN, por sua vez, é uma autarquia federal, integrante do Sistema Financeiro Nacional. Foi criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, sendo vinculada ao Ministério da Fazenda.

A figura do BACEN não é tipicamente brasileira. Em outros países, é comum a existência de uma instituição financeira independente ou ligada ao Estado, que tenha como função a gestão da política econômica, ou seja, a garantia da estabilidade e do poder de compra da moeda de cada país e do sistema financeiro como um todo. Ademais, define as políticas monetárias e aquelas que regulam o sistema financeiro local.

Quando da sua criação, ao BACEN foram atribuídas as funções antes pertencentes à Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, ao

Banco do Brasil e ao Tesouro Nacional. Tal fato se deu porque se pretendeu atribuir ao BACEN o desempenho do papel de “banco dos bancos”.

Na qualidade de órgãos da Administração Pública, nos termos do artigo 37, inciso XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil, os entes autárquicos têm autonomia relativa, estando vinculados aos órgãos que os criaram e ao princípio da legalidade.

O Poder Executivo exerce sobre as autarquias o denominado “controle administrativo”, embutido no próprio conceito de autarquia.

2- O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

Discute-se muito o conflito de atribuição entre o BACEN e o CADE, no que tange à análise de operações que envolvam transferências de controle acionário entre instituições financeiras.

Inicialmente, insta enfatizar que, em que pese ao fato de a legislação estabelecer quais seriam as competências do BACEN e do CADE, fato é que o que existe na verdade são atribuições, eis que o termo competência é inerente àqueles que exercem funções jurisdicionais.

O CADE já decidiu, em várias ocasiões, que tais operações, ainda que envolvessem de forma exclusiva instituições bancárias, deveriam passar por seu controle preventivo, ressaltando que se faria imprescindível a presença dos critérios previstos no artigo 54, da Lei nº 8.884/94, quais sejam:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). [\(Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000\)](#)

§ 4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. [\(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95\)](#)

§ 5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§ 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de sessenta dias. [\(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95\)](#)

§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados. [\(Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95\)](#)

§ 8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo Cade, SDE ou SPE.

§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.”

Por outro lado, não só a Lei nº 4.595/64 como também a própria Constituição da República estabelecem que a competência para conceder autorização para a transferência do controle acionário entre instituições financeiras compete privativamente ao BACEN.

Por oportuno, quanto a tal ponto, vale a pena destacar que, competência privativa não é a mesma coisa que competência exclusiva.

Ao referir-se a tais competências, José Afonso da Silva assim as diferencia:

- *Competência exclusiva: quando está atribuída a uma entidade com exclusão das demais.*
- *Competência privativa: quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de delegação e de competência suplementar.*

Retomando a explanação acerca do conflito de atribuições entre os entes autárquicos já mencionados, tem-se que as Leis nº 4.595/64 e 8.884/94 trazem em seu bojo expressões com conceitos diversos. Enquanto a primeira faz referência a “transformação, fusão, incorporação e encampação”, bem como a “transferência de controle acionário” – ato que acarrete a reorganização do quadro societário de uma instituição financeira –, a segunda refere-se a “ato de concentração”, que consiste, basicamente, no ato que, de qualquer forma, possa interferir de forma prejudicial na livre concorrência ou resultar na dominação de um mercado relevante.

A Constituição da República, em seu artigo 165, inciso V, dispõe que a fiscalização das instituições financeiras é matéria a ser tratada em Lei Complementar.

Diante de tal dispositivo, afirmam que o CADE não poderia controlar tais instituições porque foi criado por uma lei ordinária (contudo, a Lei nº

4.595/1964 também é uma lei ordinária, apesar de toda a discussão acerca da sua recepção como Lei Complementar).

Em que pese a Carta Magna ter atribuído, de forma expressa, autonomia institucional ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União – artigo 127, § 1º, e artigo 73, § 3º –, não o fez com relação ao CADE, que, nos termos da Lei Complementar nº 73/1993, Capítulo IX, Título II, é um órgão vinculado à Advocacia Geral da União.

De uma forma geral, a organização financeira de um país é o pilar do seu sistema financeiro. Para se ter uma idéia, 80% (oitenta por cento) do Produto Interno Bruto brasileiro é intermediado por instituições financeiras.

A idéia referente à concentração da regulação do sistema financeiro é um fenômeno mundial, daí a incumbência dada ao BACEN, no caso do Sistema Financeiro Nacional.

Por outro lado, é cediço que a fusão, incorporação ou aquisição de uma sociedade por outra pode afetar o mercado de modo a prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência, direitos constitucionalmente garantidos, razão pela qual surgiu a necessidade de um órgão responsável pela regulação dos aspectos concorrenciais.

O artigo 192 da Constituição da República dispõe:

“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. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003\)](#)”

A Lei nº 4.595/64 é o primeiro diploma legal a regular o Sistema Financeiro Nacional, tendo sido aprovada quando da vigência da Constituição de 1946, época em que a lei complementar não tinha a concepção de hoje. Tampouco existia qualquer disposição constitucional que determinasse a regulação do Sistema Financeiro Nacional por Lei Complementar, razão pela qual

se sustenta que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada com status de lei complementar, a exemplo do que ocorreu com o Código Tributário Nacional.

Faz-se necessário ressaltar que grande parte da doutrina entende inexistir hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, havendo, sim, âmbitos materiais distintos atribuídos pela Carta Magna.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-2/DF, salientou que as normas da Lei nº 4.595/64 que dizem respeito ao pessoal do BACEN foram recepcionadas como lei ordinária, de acordo com a inteligência do artigo 192, inciso IV, da Lei Maior.

Tem-se, ainda, que o artigo 173, § 4º, da Constituição da República, não estabelece que a repressão do abuso do poder econômico dar-se-á por lei complementar, mostrando-se aplicável, desta forma, as regras da Lei nº 8.884/94 às operações de concentração realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Contudo, também a exemplo do Código Tributário Nacional, pode-se entender que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar no que tange certos dispositivos. Na já mencionada ADI 449-2/DF, o Relator Ministro Carlos Velloso afirmou no corpo de seu voto que as questões relacionadas ao artigo 192 da Magna Carta dispostas na Lei nº 4.595/64 deveriam ser consideradas como recepcionadas com o status de lei complementar.

Com base nesse entendimento, há quem entenda que não se mostra razoável permitir que as operações que envolvam aumento de participação de capital estrangeiro em instituições financeiras instaladas no País, bem como a instalação de novas agências financeiras estrangeiras no País, que devem ser submetidas ao crivo de diversos órgãos do Poder Executivo e até do próprio Presidente da República, sejam submetidas ao CADE, com poderes para condicionar a operação e até mesmo desconstituí-la. Entendem esses autores que a admissão de tal hipótese poderia ir de encontro ao interesse do Governo Brasileiro, que, nem sempre, se coaduna com o interesse da sociedade de forma particularizada.

Tem-se, ainda, que a Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997 (posterior, portanto, à Lei nº 8.884/94) autoriza de forma expressa ao BACEN não apenas a análise dos atos de concentração de instituições financeiras, mas também a determinação da transferência de controle acionário, capitalização com aporte de novos recursos e reorganização societárias, razão pela qual, analisando sistematicamente o ordenamento brasileiro, é possível concluir que a questão da concorrência entre agentes financeiros é uma exceção ao sistema geral de defesa da concorrência instituída pela Lei nº 8.884/94.

Saliente-se, todavia, que a Lei nº 8.884/94 não prevê qualquer exceção à atuação do CADE, devendo tal autarquia atuar quando houver uma potencial lesão à concorrência. Saliente-se, ainda, que a Lei nº 9.447/97 é lei ordinária e, como tal, não poderia disciplinar sobre quaisquer temas que dissessem respeito ao Sistema Financeiro Nacional.

A Advocacia Geral da União, em 2001, em resposta a uma consulta formulada pelo Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, emitiu um parecer acolhendo a tese concernente à atribuição privativa do BACEN – Parecer GM nº 020, da AGU, publicado em 25 de abril de 2001, no Diário Oficial da União. Contudo, tal parecer carece de robusta fundamentação, eis que, dentre outros argumentos, baseou seu entendimento na Lei nº 9.447/97, cujas considerações já foram acima tecidas.

3- SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

O CADE e o BACEN resolveram tentar dirimir toda a controvérsia concernente ao conflito de atribuições, esboçando um projeto de lei que regulamente a matéria. Neste projeto de lei, prevê-se que os atos de concentração que envolvam instituições financeiras deverão ser analisados de forma prévia pelo BACEN, ficando a cargo deste o julgamento das operações que envolvam risco sistêmico – a saber, trata-se do risco de quebra de sucessivas instituições

financeiras, já que, no sistema brasileiro, há defasagem entre a contratação e a liquidação das obrigações, eis que esta não é imediata e as operações realizadas ao longo do dia são efetuadas sem movimentação efetiva de fundos – e a cargo do CADE a análise das condutas consideradas anti-concorrenciais.

Ademais, de acordo com informação extraída do sítio do Banco Central, foi celebrado entre os entes autárquicos, em 31 de agosto de 2005, um convênio de cooperação técnica, que envolve troca de informações, realização de estudos setoriais, seminários, publicação de textos, disponibilização de acervos de estudo e de conhecimento técnico de seu pessoal especializado.

Retornaram, inclusive, a discussão acerca da criação de uma agência reguladora para atuar no ramo da concorrência – a Agência Nacional da Concorrência - ANC –, projeto este que trará um grande avanço para o Direito Econômico Brasileiro. Nesse contexto, o CADE não perderia sua independência, continuando com seu papel de órgão administrativo julgador, incumbindo à ANC o papel de investigar e instruir o processo.

Na prática, o que vem ocorrendo é que toda a celeuma concernente ao conflito de atribuições envolvendo CADE e BACEN está desafogando no Judiciário, onde em alguns casos já decidiu em sentido favorável ao CADE, afirmando que os atos de concentração de instituições financeiras (fusão, incorporação, transformação, encampação, etc.) devem passar pelo crivo tanto do Banco Central do Brasil quanto do CADE.

Nesse sentido, destaca-se o recente julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº. 2002.34.00.033475-0/DF – TRF1 – onde se discute a submissão ao CADE do contrato que transferiu ao Banco Bradesco S.A. o controle acionário do Banco BCN.

Em tal ação, as duas Instituições se insurgiram contra ato do CADE que lhes fixou prazo para apresentarem a documentação referente à aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob pena de multa diária de mais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Os dois bancos impetraram mandado de segurança, alegando, em síntese, que a operação por eles realizada somente necessitava de aprovação do

BACEN (art. 10, inciso X, alínea "c", da Lei 4.595/64), sendo ilegal a exigência do CADE.

Com o escopo de melhor ilustrar tal discussão, colaciona-se abaixo notícia veiculada no sítio do TRF1 sobre a questão acima referida:

Aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco deve ser submetida a prévia aprovação do Cadê

Provido o recurso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para determinar a submissão a ele do contrato que transferiu ao Banco Bradesco o controle acionário do Banco BCN.

A 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sessão de julgamento realizada no dia 30 de agosto, por maioria, deu provimento ao recurso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para determinar a submissão a ele do contrato que transferiu ao Banco Bradesco o controle acionário do Banco BCN.

Entendeu a Turma, pelos votos majoritários dos Desembargadores Federais João Batista Gomes Moreira e Sebastião Fagundes de Deus, que os atos de concentração de instituições financeiras (fusão, incorporação, transformação, encampação, etc.) devem passar pelo crivo tanto do Banco Central do Brasil quanto do Cade.

Inconformados com ato do Cade que lhes fixou prazo para apresentarem a documentação referente à aquisição do controle acionário do BCN pelo Bradesco, sob pena de multa diária de mais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), os dois bancos impetraram mandado de segurança, alegando, em síntese, que a operação por eles realizada somente necessitava de aprovação do Bacen (art. 10, inciso X, alínea "c", da Lei 4.595/64), sendo ilegal a exigência do Cade.

Acolhida a tese do BCN e do Bradesco no primeiro grau de jurisdição, o Cade apelou, argumentando que, no desempenho de suas funções de regulação prudencial (proteção dos depositantes) e regulação sistêmica (estabilidade do sistema financeiro), o Bacen utiliza variáveis concorrenciais que, no entanto, não retiram a competência outorgada ao Cade pela Lei 8.884/94.

O Desembargador Federal Fagundes de Deus salientou, em seu voto, que a Lei Bancária não se sobrepõe à Lei Antitruste, nem a substitui no tocante à matéria de competência legal do Cade, devendo ambas ser aplicadas de forma complementar, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda cuidaria especificamente da tutela da concorrência.

Ressaltou, ainda, que, a despeito de sua notória importância no desempenho de suas atribuições legais de índole político-jurídico-econômica, o Bacen "não é dotado, atualmente, de estrutura técnico-jurídica do nível e dimensões que se requerem para a aplicação das regras que integram o sistema legislativo de defesa contra os abusos do Poder Econômico. O Cade, contudo, acha-se devidamente aparelhado para exercer, em toda plenitude, suas funções

institucionais, apurando e decidindo soberanamente acerca das questões concorrenciais", de forma a evitar, entre outras coisas, a formação de trustes. Isso sem contar que o Cade é bem mais independente do Poder Executivo que o Bacen, pois não se submete às políticas implementadas pelo Conselho Monetário Nacional, como sucede com o Banco Central, o que lhe garante a imparcialidade necessária para julgar os atos de concentração dos agentes financeiros.

Dessa forma, o papel do Banco Central de regulador do Sistema Financeiro Nacional lhe atribui a tarefa de conceder autorização às instituições financeiras no tocante aos atos de fusão, transformação ou incorporação, o que não exclui o poder do Cade de regular, em sua plenitude, as questões atinentes à concorrência em que atos de concentração estão envolvidos, uma vez que este possui pessoal especializado e com larga experiência em acessar bases de dados e estudos que caracterizam os diversos segmentos econômicos do Brasil, além de terem desenvolvido ao longo do tempo um know-how analítico adequado à defesa da concorrência no País.

Apelação em Mandado de Segurança 2002.34.00.033475-0/DF

Notícia publicada no site do TRF1

Conforme se observa, o fundamento utilizado pelas Instituições financeiras para não se submeterem ao controle do CADE está ligada à competência privativa do BACEN em conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, conforme a norma constitucional alhures mencionada.

Ocorre que, em que pese o dispositivo citado tratar da competência atribuída ao Banco Central, sendo esta legal, para o insigne constitucionalista José Afonso da Silva tal competência é "a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões".

Diante das distinções entre competência privativa e exclusiva elucidada pelo jurista acima citado, elucidações estas já apresentadas anteriormente, verifica-se que, mesmo havendo grande diversidade de entendimentos e opiniões sobre o tema, o que se extrai do que fora exposto é que, a princípio, não haveria um justo impedimento para que o CADE exercesse um controle suplementar às atribuições do BACEN, sem com isso interferir em

questões internas que não estejam ligadas às questões relativas transformações, fusões, aquisições ou encampações entre as instituições financeiras.

4- CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, conclui-se o presente artigo lançando-se o entendimento de que, na verdade, legalmente, não há empecilhos jurídicos para a atuação do CADE nas questões acima mencionadas, de modo que, em uma última análise, tal controvérsia deverá chegar aos Tribunais Superiores, os quais terão que dirimir tais dúvidas relacionadas às competências e atribuições de ambas as autarquias, resolvendo o problema a fim de dirimir qualquer dúvida sobre o tema.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo – Ano 2, nº. 5, maio-agosto de 1999;
- 2) FONSECA, Antônio, et al – Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência – Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2003;
- 3) AGUILLAR, Fernando Herren – Direito Econômico - do direito nacional ao direito supranacional – Ed. Atlas, São Paulo, Ano 2006;
- 4) SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional Positivo – Ed. Malheiros, 2006;
- 5) MAGALHÃES, Arnaldo – Concentração e Concorrência no Sistema Financeiro – Freitas Bastos, 2006.
- 6) Tribunal Regional Federal da 1ª. Região – www.trf1.gov.br - Acesso em 12 de outubro de 2007;
- 7) Banco Central do Brasil – www.bcb.gov.br - Acesso em 20 de setembro de 2007;
- 8) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – www.cade.gov.br - Acesso em 20 de setembro de 2007.