

**Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional**

André Luís M. Freire<sup>1</sup>

**RESUMO:**

Desde o início dos anos 2000, existe forte embate a respeito da titularidade da competência para defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional, travado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (BCB). O presente artigo descreve o panorama decisório do Cade nos 23 casos julgados no mercado bancário e aponta fatos decorrentes da relação institucional entre atores relevantes inseridos neste conflito. Conclui-se que, por meio de seis mecanismos, o Conselho tem consolidado sua competência para tutela da competição entre instituições financeiras. Nesse cenário, surge como elemento extrajurídico importante o argumento reputacional. No mercado analisado neste estudo, a reputação do Cade, entendida como o efeito social da atividade desempenhada pela autoridade, vem a incrementar a competência do Conselho, até então estabelecida apenas pela argumentação jurídica.

Palavras-chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); Banco Central do Brasil (BCB); concorrência; conflito de competências; Sistema Financeiro Nacional; reputação.

**ABSTRACT:**

Since 2000, there is a substantial conflict among Administrative Council of Economic Defense (CADE) and Central Bank of Brazil (BCB) about the antitrust competency in the National Financial System. This paper describes CADE's decisions on 23 cases in the bank market and points out relevant facts about the institutional relations established among the main players of the conflict. It concludes that the Council has been consolidating its competency to defend antitrust conditions in the bank market by six main mechanisms. In this scenario, a reputational argument emerges as an important extralegal element. In the market analyzed in this study, CADE's reputation, understood as the social effect of the authority's performance, increases the Council's competency, so far established by the legal argument.

Key-words: Administrative Council of Economic Defense (CADE); Central Bank of Brazil (BCB); antitrust; competency conflict; National Financial System; reputation.

---

<sup>1</sup>Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado. E-mail: [andrefreire7@gmail.com](mailto:andrefreire7@gmail.com)

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Breve nota de método; 3. O conflito entre Cade e BCB em linhas gerais; 4. Primeiro período (2000-2006); 4.1. Institucional: atrito e consenso com o BCB; 4.2. Casuística: afirmação da competência; 5. Segundo período (2007-2011); 5.1. Institucional: destaque da ProCade e do Judiciário; 5.2. Casuística: construção metodológica e aprofundamento do mérito; 6. Terceiro período (2012-); 6.1. Institucional: explicitação do conflito no STF; 6.2. Casuística: continuando o incremento qualitativo das decisões; 7. Reputação e seis mecanismos de consolidação de competência; 8. Considerações finais; 9. Referências Bibliográficas

## 1. Introdução<sup>2</sup>

Na última década e meia, figurou entre os temas mais debatidos no campo do direito concorrencial brasileiro o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Banco Central do Brasil (BCB) para tutela da concorrência entre agentes do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Dentre os argumentos que já permearam essa discussão, embora pouco recorrente, é pertinente como ponto de partida teórico para este artigo a *pervasive power doctrine*<sup>3</sup>. Esta teoria tem como premissa negar de que as competências regulatórias sejam pré-estabelecidas por mera designação legal. Ao contrário, por essa tese, as competências seriam consolidadas de acordo com as práticas regulatórias desenvolvidas pelas instituições. O Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva já aplicou a teoria do *pervasive power* para sustentar que o BCB não teria competência para a realização do controle concorrencial do mercado bancário, tendo em vista sua abstenção na aplicação de regras antitruste ao setor sob a tutela regulatória da agência<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup>As principais ideias contidas neste artigo foram extraídas do trabalho "*Concorrência no setor bancário: como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem construído sua competência?*", elaborado sob orientação do Prof. Calixto Salomão Filho.

<sup>3</sup>Em linhas gerais, a teoria do *pervasive power* estabelece que a aplicação da norma antitruste poderia ser afastada quando o regulador setorial tivesse poder amplo e profundo para aplicar a normas de defesa da concorrência, de modo a abarcar a tutela da competição no mercado por ele regulado. Para aprofundamento, cf. SALOMÃO FILHO, 2007, p. 240. O voto vencido da Cons. Hebe Romano no caso Finasa também trata da aplicação da *pervasive power doctrine* (AC 08012.006762/2000-09, Cons. Rel. p/ acórdão Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. 21.11.2001, fls. 136-137 dos autos Cade).

<sup>4</sup>Consta em seu voto na operação envolvendo o Banco ABN AMRO e o Mellon Bank: "*Calixto Salomão [...], estudando a efetividade do poder regulamentar, demonstra que o Banco Central não tem, em toda a sua existência, exercido a atribuição de controlar os aspectos concorrenciais da atividade bancária. Assim, com base na teoria do pervasive power, segundo a qual as competências regulatórias são construídas e não definidas, pode-se inferir que o Banco Central, efetivamente, não tem competência, nesse específico sentido, para exercer o controle concorrencial das instituições financeiras.*". AC 08012.005581/2002-19, Cons. Rel. p/

Como pergunta principal de pesquisa, propus investigar como o Cade tem construído sua competência no mercado bancário. Parti da hipótese segundo a qual, ao longo da evolução da prática decisória da autoridade, haveria de ocorrer uma construção crescente da competência do Conselho, seja por suas relações institucionais com outros órgãos da Administração e com o mercado, seja pelo incremento qualitativo na análise de mérito em suas decisões.

Fazendo uso de entrevistas com atores relevantes e de análise de julgados da autarquia (conforme detalhado no item 2), concluo que essa hipótese foi confirmada. A partir dos elementos coletados, percebo que, além de argumentos jurídicos, compõe esse debate uma crescente questão reputacional. A busca pela consolidação de competência perpassa não apenas por uma previsão legal, mas também pela demonstração de qual autoridade, de fato, exerce o controle de condutas e estruturas no mercado bancário com a devida capacidade técnica. Desse modo, procuro elucidar neste artigo como o Cade tem buscado consolidar sua competência para a tutela da concorrência entre instituições bancárias, em especial, por meio de seis mecanismos identificados.

Para além desta parte introdutória, o artigo está dividido em sete outros itens. No item 2, exponho brevemente o método de trabalho empregado. O terceiro item traça um panorama histórico da divergência entre Cade e Banco Central. Os itens 4 a 6 descrevem os achados de pesquisa em uma divisão temporal tripartida (de 2000 a 2006, de 2007 a 2011 e a partir de 2012). O argumento reputacional incorporado pelo Cade e os seis mecanismos que o embasam estão destacados no sétimo item, seguido de algumas considerações finais levantadas no item 8.

## **2. Breve nota de método**

Visando a compreender a atuação histórica do Cade, no sentido da afirmação de sua competência no mercado bancário, adotei duas óticas de observação.

Admitindo que um conflito institucional se assenta sobre a interação dinâmica entre pessoas e entre instituições, julguei pertinente realizar entrevistas com atores relevantes inseridos nesse contexto. A fim de captar os bastidores dessa relação antagônica entre Cade e

---

acórdão Ricardo Villas Bôas Cueva, Requerentes: ABN AMRO Bank N.V. e Mellon Bank N.A., j. 27.10.2004, fl. 619 dos autos CADE.

BCB, foram entrevistados Celso Fernandes Campilongo<sup>5</sup>, Fernando de Magalhães Furlan<sup>6</sup>, Vinícius Marques de Carvalho<sup>7</sup>, Marcos Paulo Veríssimo<sup>8</sup> e Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo<sup>9</sup>. Os resultados dessas entrevistas, juntamente com a análise de documentos oficiais, permitiram observar a questão posta sob uma ótica que denominei "institucional".

A par da construção da competência pelo Cade no âmbito institucional, pressupus, também, que essa competência foi sendo consolidada por meio da prática decisional do próprio Conselho. Buscando conjugar os casos que tivessem o mercado relevante adstrito à atividade bancária (critério objetivo)<sup>10</sup> e aqueles envolvendo apenas instituições financeiras na posição de requerentes/representadas (critério subjetivo), encontrei 23 processos relevantes ao universo de pesquisa<sup>11</sup>.

Após a análise dos autos dos casos selecionados, parametrizei o estudo de acordo com as seguintes variáveis: (i) atuação do conselheiro relator na complementação instrutória<sup>12</sup>; (ii) entendimento do Conselho quanto à sua competência; (iii) qualidade argumentativa da análise concorrencial (definiu mercado relevante? Mensurou *market share*? Avaliou possibilidade de exercício de poder de mercado? Ponderou entre os efeitos pró e anticompetitivos da operação/condução?)<sup>13</sup>. As impressões extraídas desse recorte permitiram alcançar conclusões sob a ótica "casuística" da construção da competência, também apresentada em cada um dos três itens analíticos (4 a 6) a seguir expostos.

---

<sup>5</sup>Ex-conselheiro do CADE, relator do caso Finasa, coordenador do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP e advogado especialista em direito concorrencial.

<sup>6</sup>Ex-procurador-geral (presente na sessão de julgamento do caso Finasa) e ex-conselheiro do CADE, relator do caso **Itaú/Unibanco** (2010).

<sup>7</sup>Ex-secretário da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e atual conselheiro presidente do CADE.

<sup>8</sup>Ex-conselheiro do CADE, relator do caso do **crédito consignado** (2012).

<sup>9</sup>Procurador do CADE desde 2006, ex-procurador-chefe e atual conselheiro do CADE.

<sup>10</sup>Em que pese a dificuldade em se delimitar o conceito de "mercado bancário", recorri a três fontes de informação para compreender o que compõe o núcleo da atividade bancária: (i) no direito positivo, o art. 17 da Lei n. 4.595/64 e o art. 1º da Lei n. 7.492/86; (ii) na literatura especializada, FORTUNA (2005), MAYER *et al.* (1993) e YAZBEK (2009); (iii) a própria jurisprudência do CADE. Assim, esses foram os mercados relevantes considerados para a composição do universo de pesquisa: poupança, depósitos (à vista ou a prazo) e crédito em suas diversas modalidades (empréstimos, arrendamento mercantil, crédito direto ao consumidor, empréstimo consignado, financiamentos, cartão de crédito).

<sup>11</sup>No sítio eletrônico do CADE, na rubrica "Jurisprudência", "Consulta por partes", utilizei a ferramenta de busca do Google Chrome (Ctrl + F) e busquei pelos indexadores "banc" e "bank". Assim, encontrei 129 processos em que no pólo processual constava ao menos uma empresa com essas expressões no nome. Após a breve leitura das decisões e pareceres, excluí aquelas cujos mercados relevantes não foram definidos dentro do rol da nota anterior, resultando em 23 casos. A lista dos 22 atos de concentração e do único processo administrativo estudados encontra-se após as referências bibliográficas.

<sup>12</sup>Esse questionamento se justifica pelo fato de os órgãos instrutórios (SDE e SEAE), em regra, terem se declarado incompetentes para a instrução, não tendo apurado dados quanto ao segmento financeiro da atividade das requerentes.

<sup>13</sup>Essas e outras questões foram extraídas da Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50/2001 (Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal), das Portarias do Ministério da Justiça n. 849/2000 e n. 04/2006, e da Portaria da SDE n. 15/2005.

Da observação de ambas as perspectivas ("institucional" e "casuística"), pode notar uma evolução temporal dividida em três períodos relativamente homogêneos quanto ao contexto institucional e quanto ao padrão decisório do Cade. Assim, os itens 4 a 6 descreverão as percepções para os períodos de 2000 a 2006, de 2007 a 2011 e de 2012 em diante, não sem antes apresentar ao leitor, em linhas gerais, a trajetória do conflito ora tratado, desde os anos 2000.

### 3. O conflito entre Cade e BCB em linhas gerais

A controvérsia entre a autoridade antitruste e a agência reguladora tem seu marco inicial nos primeiros anos da década de 2000. Em abril de 2001, foi publicado o Parecer GM-020 da Advocacia-Geral da União (AGU)<sup>14</sup>, ratificado pelo Presidente da República, atribuindo poder exclusivo ao BCB para investigar e sancionar condutas anticompetitivas, bem como para aprovar os atos de concentração entre as instituições financeiras<sup>15</sup>.

A primeira oportunidade em que o Conselho pôde reagir ao posicionamento da AGU foi no julgamento do caso Finasa<sup>16</sup>. Na ocasião, o plenário do Cade não poderia ter sido tão enfático: no voto condutor da maioria, o Cons. Celso Campilongo afirmou a existência de competências complementares do Conselho e do Banco Central, rebatendo os argumentos trazidos no Parecer GM-020 e rechaçando a possibilidade de vinculação da autarquia antitruste aos termos do parecer, especialmente em razão da autonomia técnica e independência decisória das quais gozam o Cade<sup>17</sup>.

O conflito se intensificou e se transferiu da esfera administrativa para o campo judicial com o advento do ato de concentração envolvendo o Banco de Crédito Nacional ("caso

---

<sup>14</sup>Publicado no Diário Oficial da União em 25 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413&ID\\_SITE=>](http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8413&ID_SITE=>)>. Acesso em janeiro de 2013. Por força do art. 40, *caput* e §1º, da Lei Complementar n. 70/93, quando aprovados pelo Presidente da República, os pareceres normativos da AGU passam a vincular a administração pública federal.

<sup>15</sup>Em síntese, o órgão consultivo sustentou que essa competência teria sido atribuída ao Banco Central pela Lei do Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 4.595/64), em seus arts. 10, inciso X, e 18, §2º. Vez que o referido diploma normativo fora recepcionado pela Constituição Federal na qualidade de lei complementar, no entender da AGU, não poderiam seus dispositivos ser revogados pela Lei n. 8.884/94 (Lei Antitruste vigente à época), por se tratar esta de lei ordinária. Ademais, o referido conflito aparente de normas poderia ser solucionado pelo critério da hierarquia, sendo a primeira lei hierarquicamente superior à segunda.

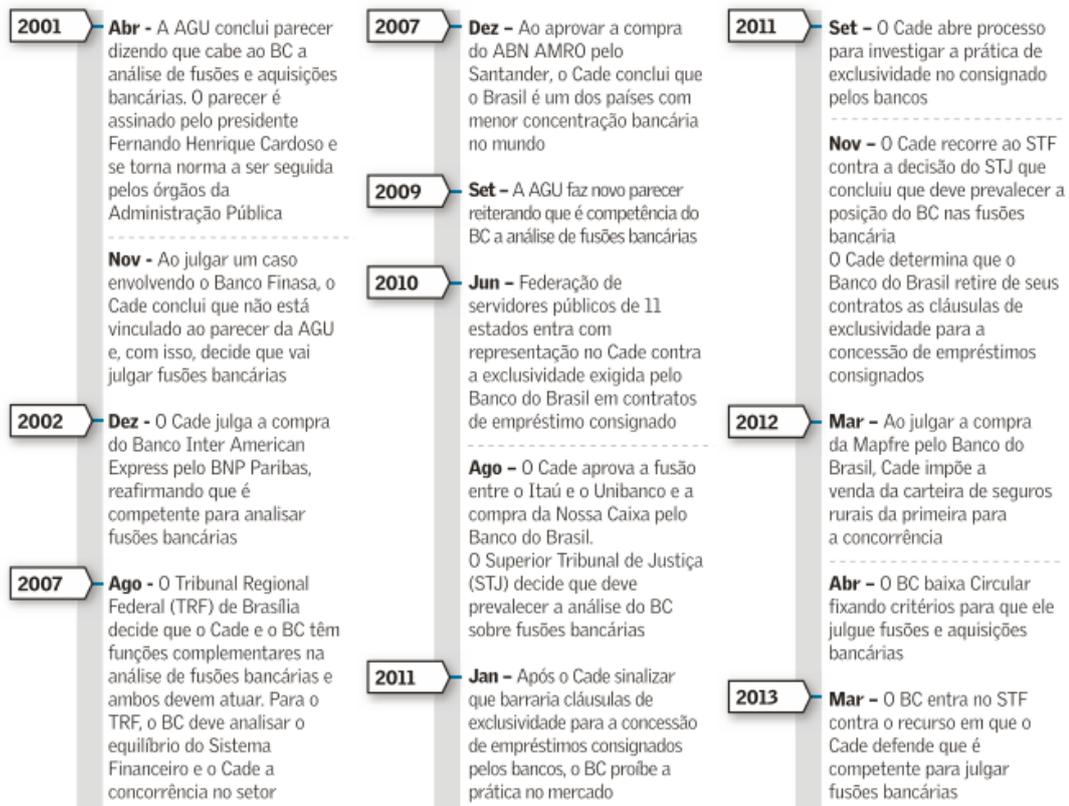
<sup>16</sup>AC 08012.006762/2000-09, Cons. Rel. p/ acórdão Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações, j. 21.11.2001.

<sup>17</sup>Em suma, prevaleceu no CADE o entendimento segundo o qual (a) inexistiria setor da economia contemplado por isenção antitruste; (b) não haveria hierarquia ou antinomia entre a Lei n. 4.595 e a Lei n. 8.884; e (c) a competência do BCB para evitar crises sistêmicas e proteger a higidez do SFN não excluiria a tutela antitruste exercida pelo CADE, ao contrário, seriam ambas complementares.

*Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional*

BCN")<sup>18</sup>. Embora o Conselho tenha aprovado a operação, impôs às requerentes multa por intempestividade na notificação do ato. Posteriormente, houve judicialização da decisão, de modo que o caso BCN foi discutido em primeira instância<sup>19</sup>, no Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região<sup>20</sup> e no Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>21</sup>, tramitando, atualmente, no Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>22-23</sup>. A figura a seguir esquematiza esses e outros eventos que compõem o histórico desse conflito de competências.

*Figura 1. Linha do tempo do conflito Cade vs. BCB (2001-2013)*



Fonte: Valor Econômico, 03 de março de 2013.

<sup>18</sup>AC 08012.002381/2001-23, Rel. Cons. Celso Fernandes Campilongo, Requerentes: Banco de Crédito Nacional S.A. e Alliance Capital Management Corporation of Delaware, j. 29.05.2002.

<sup>19</sup>MS 2002.34.00.033475-0, 14ª vara federal da seção judiciária do Distrito Federal, DJ 17.07.2003.

<sup>20</sup>AMS 0033410-98.2002.4.01.3400, Rel. p/ acórdão Des. Fagundes de Deus, 5ª Turma, DOU 05.10.2007.

<sup>21</sup>REsp 1.094.218/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJe 12.04.2011.

<sup>22</sup>RE 664.189/DF, sob relatoria do Min. Dias Toffoli.

<sup>23</sup>O histórico do caso BCN será relevante para compreender a dinâmica do conflito entre CADE e BCB em sede judicial, fator que será melhor trabalhado adiante.

#### 4. Primeiro período (2000-2006)

Do ponto de vista institucional, a interação entre Cade e BCB no primeiro período foi caracterizada pela alternância entre atrito e consenso sobre a titularidade da competência para defesa da concorrência no SFN. Os agentes de mercado, a seu turno, resistiram a admitir a competência da autoridade antitruste no mercado bancário.

Já o estudo da prática decisória do Cade demonstra o enfoque dado pelo plenário à afirmação de sua competência, em detrimento da análise do mérito das operações notificadas ao Conselho, vez que foi verificada uma análise superficial quanto à delimitação de mercados relevantes, mensuração de *market share* e ponderação do poder de mercado e dos efeitos da operação.

##### 4.1. Institucional: atrito e consenso com o BCB

Ainda antes da publicação do Parecer GM-020 da AGU, já se observava uma interação entre Cade e Banco Central nos processos atinentes ao SFN. Note-se que já em maio de 1997 as autarquias firmaram Convênio de Cooperação Técnica versando sobre troca de informações no que concerne às operações notificadas<sup>24</sup>. No caso **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001)<sup>25</sup>, a autoridade antitruste oficiou o BCB para que este se manifestasse quanto ao potencial conflito de competência suscitado. O regulador setorial, em resposta, sustentou possuir competência para apreciação dos atos de concentração entre bancos, dispondo-se, no entanto, a fornecer eventuais informações necessárias à tomada de decisão pelo Cade no caso concreto<sup>26</sup>.

Com a publicação do referido Parecer, consolidou-se posição enfática no plenário no sentido da não vinculação ao entendimento da AGU e da consequente competência complementar entre Cade e BCB no mercado financeiro. Essa dinâmica pode ser constatada

---

<sup>24</sup>Este convênio foi citado em algumas decisões do Conselho, no entanto, não foi encontrada a íntegra do acordo.

<sup>25</sup>Embora catalogado como ato de concentração, o referido processo foi recebido pelo plenário na qualidade de consulta realizada pela Comissão de Valores Imobiliários (CVM), a respeito do dever de notificar o CADE quando da ocorrência de reorganização societária no mercado de valores mobiliários.

<sup>26</sup>"A propósito, trago ao conhecimento de V.Sa. que as alterações societárias da modalidade acima em referência, verificadas em instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, encontram-se na esfera de competência deste Banco Central, por força do disposto na Lei nº 4.595/64, recepcionada pela Constituição Federal promulgada em 1988, naquilo que versa sobre matéria prevista no artigo 192 da Carta Magna, como lei complementar. Não obstante, na hipótese de esse Conselho julgar necessário, poderá esta Autarquia prestar informações adicionais a respeito do assunto, nos termos da cláusula terceira do Convênio de Cooperação Técnica firmado em 08.05.97." (fl. 170 dos autos CADE).

da leitura dos votos no caso Finasa, julgado em 2001, e do relato do Cons. Celso Campilongo, que descreveu os bastidores do julgamento em entrevista<sup>27</sup>.

A posição estabelecida pelo Cade não ficou imune às reações da diretoria do Banco Central. Embora o presidente do BCB à época, Armínio Fraga (1999-2003), fosse favorável à complementaridade das competências, os diretores da autarquia setorial se opuseram ao teor da decisão do caso Finasa. Fraga foi uma importante ponte institucional na busca pelo diálogo entre os entes administrativos e, com a sua saída, a solução consensual pareceu se distanciar<sup>28</sup>.

Com o decorrer do tempo, no entanto, a tese de complementaridade de competências foi se consolidando na alta cúpula do governo, e entre as autarquias foi se estabelecendo uma relação mais harmoniosa<sup>29</sup>. Os Ministérios da Justiça e da Fazenda e o Banco Central, em colaboração, redigiram a minuta do projeto de lei complementar que reparte as competências para apreciação de atos de concentração dos agentes do SFN entre Cade e BCB. Ademais, em uma das edições do PinCade<sup>30</sup> do início dos anos 2000, o Banco Central solicitou ao Cade que reservasse dez vagas para seus técnicos, vez que tinha por intuito formar gestores com expertise antitruste para compor a divisão concorrencial do BCB, a ser constituída.

Os agentes de mercado, a seu turno, opuseram-se à consolidação da competência do Cade. Tem-se notícia de que uma instituição financeira recuou ao não representar perante o Conselho a respeito de práticas anticompetitivas de seus concorrentes, pois desse modo estaria configurada a admissão da competência do Cade por agentes do sistema financeiro<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup>Segue trecho da entrevista: "*Quando saiu o parecer da AGU, aprovado pela Presidência da República, o [João Grandino] Rodas, que era presidente do CADE, [...] me perguntou: 'Você tem algum caso de banco lá no teu gabinete?'. Eu falei: 'Eu já olhei, não tenho nenhum. Mas já queria avisar a você e aos demais: eu não tenho nenhum, eu vou estudar esse negócio e o primeiro que aparecer, eu vou pedir vista.'* Bom, alguns dias depois veio a Conselheira Hebe Romano no meu gabinete com o caso Finasa e falou: '*Campilongo, você vai mesmo pedir vista desse negócio? Você não está convencido de que esse parecer vincula a gente?'* Não, eu estou convencidíssimo que esse parecer está furado. Quando eu fui conversar com o presidente, eu não conhecia esse parecer, não tinha estudado o caso. Mas a essa altura eu já estou com o caso na ponta da língua, e tenho certeza que ele não nos vincula. Minha convicção já está formada. Então, se você tiver um caso de banco, eu já te aviso que eu vou pedir vista, e se você disser que nós não somos competente, eu vou chumbar.' [risos]".

<sup>28</sup>É o que relata em entrevista o Cons. Furlan, procurador-geral à época: "*o presidente do Banco Central era o Armínio Fraga, que foi muito receptivo, ao contrário da sua diretoria, que não queria abrir mão de nada de competência, não aceitava essa discussão. O Armínio Fraga até foi bastante aberto a ouvir as nossas opiniões, a opinião do CADE. Infelizmente, logo depois ele acabou saindo e a coisa não andou muito.*".

<sup>29</sup>Essas informações foram extraídas das entrevistas com os Cons. Celso Campilongo e Fernando Furlan.

<sup>30</sup>"*O Programa de Intercâmbio do Cade, o PinCade, é uma oportunidade para estudantes de graduação e pós-graduação de todo o país vivenciarem as atividades cotidianas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, tanto nas áreas técnicas quanto nas processuais. O objetivo do PinCade é difundir e fortalecer a cultura de defesa da concorrência, promover a cooperação científica e estimular discussões e estudos acadêmicos sobre o tema*". Disponível em: <<http://www.cade.gov.br:8081/pincade/>>. Acesso em janeiro de 2014.

<sup>31</sup>Celso Campilongo, com base em sua experiência advocatícia na área do direito da concorrência, noticia: "*[H]ouve uma época em que eu fui procurado por um grande banco que queria que eu apresentasse uma representação contra um outro grande banco, seu concorrente. [...] [A]cabou não dando em nada, eles haviam achado que era mais prudente não fazer isso, porque seria um reconhecimento da competência do CADE.*".

#### 4.2. Casuística: afirmação da competência

O primeiro período de análise é composto por oito atos de concentração<sup>32</sup>. Foi constatado que o relator fez uso de seu poder instrutório em poucas ocasiões, requisitando informações genéricas das requerentes quanto à sua atuação nos segmentos bancários. Um dos poucos exemplos é a operação **Mellon/Brascan** (2002). Na ocasião, o Cons. Afonso Arinos oficiou as requerentes ordenando a listagem das agências dos bancos envolvidos e solicitando o *market share* em diversos segmentos da atividade financeira, bem como informações sobre a dinâmica dos serviços de autoatendimento e de *internet banking*<sup>33</sup>.

No que concerne ao entendimento do plenário quanto à competência da autarquia, nesse primeiro período foram delineados os argumentos mais consistentes no sentido da sua consolidação. Em regra, os conselheiros teceram considerações de cunho legal, interpretando o texto constitucional, as Leis n. 4.595/64 e 8.884/94 e o Parecer GM-020. Do mesmo modo, foi recorrente o uso da jurisprudência do próprio Cade para sustentar a competência do Conselho. Essa linha argumentativa foi expressa em cinco dos oito casos<sup>34</sup>.

Por outro lado, a análise concorrencial das operações foi notadamente superficial. A delimitação do mercado relevante, em diversos julgados, foi genérica, quando não, inexistente. Nos autos de **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), por exemplo, o Cons. João Bosco Leopoldino enquadrou a operação entre os "*serviços bancários em geral*" no âmbito "*nacional*"<sup>35</sup>. Apenas nas operações **BNY/Credibanco** (2000) e **Westdeutsche/Boullion** (2002) a delimitação do mercado foi detida a segmentos de mercado<sup>36</sup>.

Em apenas três casos foi mensurada a parcela de mercado detida pelas requerentes<sup>37</sup>. A análise da possibilidade de exercício de poder de mercado e a ponderação dos efeitos da operação, do mesmo modo, foram realizadas por afirmações genéricas e superficiais. O recurso mais empregado pelo Conselho para justificar a aprovação da operação foi a negação

---

<sup>32</sup>**BNY/Credibanco** (2000), **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), **Skandinaviska/FSB** (2001), **Westdeutsche/Boullion** (2002), **Mellon/Brascan** (2002), **American Express/SRL** (2004), **Avion** (2006) e **Société Générale/Pecúnia** (2006).

<sup>33</sup>Ofícios n. 3.180/2001 (fl. 536 dos autos CADE) e n. 3.541/2001 (fl. 546).

<sup>34</sup>**BNY/Credibanco** (2000), **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro** (2001), **Westdeutsche/Boullion** (2002), **Mellon/Brascan** (2002) e **Société Générale/Pecúnia** (2006).

<sup>35</sup>Também foi abrangente a definição no caso **Mellon/Brascan** (2002): "*serviços financeiros prestados pelas requerentes a clientes brasileiros*".

<sup>36</sup>Respectivamente "*serviços de financiamento de importações e exportações [...] no território nacional*" e "*leasing de aeronaves [no mercado] mundial*".

<sup>37</sup>**Westdeutsche/Boullion** (2002), **American Express/SRL** (2004) e **Avion** (2006).

de riscos à concorrência, ante a pulverização de agentes no mercado e a forte concorrência entre eles<sup>38</sup>.

Da conjugação dos dados apresentados neste item, percebe-se que este primeiro período é caracterizado pela instabilidade nas relações entre os atores relevantes, bem como pela tentativa por parte do Cade de se afirmar como órgão de importância perante os interesses do governo central.

O plenário buscou garantir autonomia decisória ao Cade, de modo a evitar futuras ingerências políticas no espectro de competências do órgão, especialmente em um período de assentamento da atuação das agências reguladoras recém estruturadas. Essa etapa foi representativa, na medida em que o Conselho fez prevalecer a compatibilidade entre regulação setorial e tutela concorrencial.

O fato de a análise concorrencial das operações ter sido superficial pode ser explicado por fatores de diversas ordens. A análise dos processos parece apontar para a baixa complexidade dos casos notificados até 2006, fator que dispensaria uma análise mais aprofundada. Considerando, ainda, a incerteza quanto à competência do Conselho no mercado bancário, cogito que a autoridade antitruste tenha resistido à imposição de restrições às operações, a fim de mitigar o risco de ter seus julgados largamente questionados pelos agentes de mercado no âmbito do Judiciário, como ocorrido em alguns casos.

## **5. Segundo período (2007-2011)**

À distinção do primeiro período, o lapso temporal entre 2007 e 2011 se caracterizou por quatro principais elementos: (i) sob a ótica institucional, o Poder Judiciário e a ProCade tornaram-se atores de destaque na dinâmica do conflito entre Cade e BCB; (ii) houve significativo robustecimento na atuação instrutória do conselheiro relator; (iii) a delimitação de mercado relevante pelo plenário do Conselho foi muito mais detalhada, tendo inclusive trabalhado com questões metodológicas; e (iv) foi observada uma apreciação mais criteriosa do impacto concorrencial da operação, vez que o Cade, em regra, ponderou *market share* das requerentes, probabilidade de poder de mercado e efeitos das operações notificadas.

---

<sup>38</sup>Esse padrão de argumentos foi verificado nos casos **BNY/Credibanco** (2000), **American Express/SRL** (2004) e **Avion** (2006).

## 5.1. Institucional: destaque da PROCade e do judiciário

Pelas informações coletadas nas entrevistas realizadas, existem evidências de que a aproximação entre as autoridades foi crescente na transição do primeiro para o segundo período. O Cons. Fernando Furlan apontou maior contato entre os diretores do Banco Central e os conselheiros do Cade, especialmente durante a presidência da Cons. Elizabeth Farina (2004-2008). Cogitou-se, nessa época, a realização de um manual conjunto sobre análise de operações bancárias, e a equipe do BCB mostrou-se interessada na experiência do Cade no controle de condutas e na realização de acordos substitutivos de sanção.

O litígio oriundo da imposição de multa no caso BCN gradualmente alcançou instâncias mais elevadas do Poder Judiciário e, nesse momento, passou a ser imprescindível a consideração do fator judicial no atrito entre Cade e Banco Central. A decisão do TRF da 1ª Região em favor do Conselho, publicada em 05 de outubro de 2007, representou um marco na assunção da competência pela autoridade antitruste, constituindo mais um argumento em contraposição ao conteúdo do parecer da AGU<sup>39</sup>.

Com a interposição de recurso especial por parte do BCN, o foro para essa discussão foi transferido para o STJ. Nesse contexto, o alinhamento entre o Cade e o Banco Central foi representativo a ponto de terem as autarquias protocolado, em dezembro de 2008, um acordo intra-administrativo nos autos do REsp 1.094.218/DF<sup>40</sup>. No documento, foi consignado que, para a análise dos atos de concentração, haveria complementaridade de competências e, para a apreciação das condutas no SFN, o Cade seria o agente competente com exclusividade.

Tendo o STJ decidido em favor da competência exclusiva do BCB<sup>41</sup>, verificou-se uma alteração na postura da diretoria da agência reguladora, não mais em acordo com a tese da complementaridade, mas em favor da competência exclusiva do Banco Central para condutas e estruturas de mercado. O Cons. Vinícius de Carvalho<sup>42</sup> e o Cons. Gilvandro de Araújo<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Ilustra esse novo cenário o fato de o acórdão do TRF ter sido citado em seis acórdãos do Conselho deste segundo período, na qualidade de argumento de autoridade: **BNP/BGN** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010) e **BMG/GE** (2011).

<sup>40</sup> A petição está disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/00000001.pdf>>, acessível pelo site do CADE, na rubrica "Acesso à informação", "Acordos e convênios". Acesso em março de 2013.

<sup>41</sup> Em que pese a aparente prevalência da tese da competência exclusiva do Banco Central, nesse ponto, o acórdão resultou em empate de votos.

<sup>42</sup> Afirmou o conselheiro em entrevista: "*Para mim, o que aconteceu foi que eles fizeram um acordo em torno da redação do projeto de lei, porque tinham receio do que poderia ser a decisão do STJ. Quando viram que a decisão do STJ teria sido favorável ao Bradesco, recuaram.*".

<sup>43</sup> São as palavras de Gilvandro Araújo em entrevista: "*Eles [os diretores do Banco Central] mudaram de opinião. O Banco Central, inclusive, trabalhou, lá atrás, em um projeto de lei de Antonio Carlos Magalhães-pai que tinha um apoio do Banco Central e do CADE de resolução desse imbróglgio com o disciplinamento de competências complementares [...] Só que, em idos de 2010 ou 2011, o Banco Central mudou de ideia.*".

acreditam que esse retrocesso na busca pelo consenso teria advindo justamente da vitória do Bradesco e do BCN no STJ.

Outro ator de destaque neste segundo período foi a ProCade. A Procuradoria se diferenciou entre os órgãos instrutórios e agregou aos autos dos atos de concentração elementos externos, principalmente a respeito da dinâmica judicial do conflito. A cúpula da AGU passou a outorgar maior autonomia aos procuradores do Cade, de modo a permitir que realizassem a defesa, em juízo e na esfera administrativa, da tese da complementaridade de competências adotada pelo Conselho<sup>44</sup>. Em diversas ocasiões, a ProCade alertou o plenário da existência do Parecer GM-020 e da controvérsia travada com o Banco Central<sup>45</sup>. Os procuradores se destacaram, também, por buscar uma interação entre as autoridades, tendo recomendado aos conselheiros relatores a requisição da manifestação do BCB nos atos de concentração submetidos, visando à complementação da instrução. Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso **BB/BEP** (2009)<sup>46</sup>.

## **5.2. Casuística: construção metodológica e aprofundamento do mérito**

O segundo período desse estudo é composto por treze atos de concentração<sup>47</sup>. Nesses julgados, restou superado o debate sobre a competência e houve aprofundamento da discussão do mérito das operações, em um movimento marcado por expressivo incremento qualitativo dos argumentos utilizados pelos conselheiros.

Em primeiro lugar, importante apontar que atividade instrutória do conselheiro relator foi substancial. Em complemento às informações apresentadas pelas requerentes na notificação dos atos, o relator buscou colher informações detalhadas sobre as atividades das partes, a segmentação de mercado, sua relação com consumidores, sua estratégia comercial, entre outros fatores. Foram enviados ofícios requerendo informações não apenas às partes,

---

<sup>44</sup> Gilvandro Araújo, procurador no CADE desde 2006, ressalta a posição da AGU quanto à autonomia do CADE para recorrer das decisões judiciais quando contrárias à tese da autarquia: "[A] AGU se preocupa em que esse parecer normativo [GM-020] não gere uma absoluta impossibilidade de o CADE exercer seu direito de recorrer. [...] Seria um respaldo para que, não obstante a existência do parecer normativo, o CADE possa continuar exercendo seu direito legítimo de recorrer."

<sup>45</sup> Segue trecho da entrevista com Gilvandro Araújo: "O que a gente [da procuradoria] costuma sempre fazer é ressaltar a existência do parecer normativo, para que sempre o Conselho possa saber da sua existência e emitir o seu juízo. Isso eu acho que é um dever do procurador."

<sup>46</sup> Consta no parecer: "Recomenda-se ainda o encaminhamento de ofício ao Banco Central para que, havendo interesse, se manifeste sobre a operação, de modo a auxiliar a instrução do presente feito." (fl. 306 dos autos CADE).

<sup>47</sup> São eles: **BNP/BGN** (2007), **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **HSBC/Korea Exchange Bank** (2008), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **BB/BESC** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

mas também às suas concorrentes e ao Banco Central<sup>48</sup>. O processo em que esse detalhamento ficou mais evidente foi na operação **Itaú/Unibanco** (2010)<sup>49-50</sup>.

Em todos os treze casos, o Cade entendeu-se competente para processar e julgar as operações, implícita ou explicitamente. Nesse segundo período, ao contrário do primeiro, o debate sobre a competência não deu lugar a argumentações alongadas e desenvolvidas, tendo sido a preliminar de incompetência resolvida em poucos parágrafos nos votos quando enfrentada explicitamente.

No que concerne à definição de mercado relevante, foi a partir de 2007 que o plenário passou a discutir metodologia de segmentação de mercados<sup>51</sup>. Recorrendo à prática decisória internacional e a modelos econômicos, os conselheiros contrapuseram três métodos: segmentação por produto, consideração de todos os produtos como um único mercado e segmentação por *clusters*<sup>52</sup>. Na delimitação material do mercado relevante, o plenário levou em consideração critérios como substituíbilidade de produtos, regulação setorial, barreiras à entrada, estruturas da oferta e da demanda, bem como buscou parâmetros em decisões de autoridades estrangeiras e na literatura especializada<sup>53</sup>. Também quanto à dimensão geográfica, instaurou-se uma discussão quanto às alternativas de abrangência territorial nacional e municipal<sup>54</sup>.

A mensuração do *market share* das instituições financeiras foi também muito minuciosa no segundo período. O Conselho se fundou em uma combinação de informações prestadas pelas requerentes com outras extraídas de documentos oficiais do BCB nos casos

---

<sup>48</sup>Cenário verificado nos casos **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010) e **BMG/GE** (2011).

<sup>49</sup>O Cons. Furlan solicitou lista de agências das requerentes, todos os documentos enviados quando da notificação da operação ao BCB, esclarecimentos sobre algumas atividades arroladas no anexo I, lista das parcerias comerciais para algumas modalidades de crédito, participação das requerentes nos mercados segmentados, entre outras informações. Cf. ofícios n. 188/2010 (fl. 536 dos autos CADE), n. 361/2010 (fls. 553-554), n. 644/2010 (fls. 586-587), n. 1440/2010 (fl. 771-772) e 1928/2010 (fls. 784-785).

<sup>50</sup>Também foi relevante a atuação dos relatores nos casos **BNP/BGN** (2007), **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>51</sup>Uma exposição aprofundada a respeito de metodologia de definição de mercado relevante foi realizada nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/Nossa Caixa** (2010) e **Itaú/Unibanco** (2010).

<sup>52</sup>Cabe observar que o Cons. Furlan, no caso **Itaú/Unibanco** (2010), acolheu como método uma variante da segmentação por *clusters*, realizando agrupamentos de produtos substitutos por semelhança.

<sup>53</sup>Houve segmentação específica por produtos em dez casos: **Société Générale/Cacique** (2007), **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010), **Caixa/Panamericano** (2010), **BB/Nossa Caixa** (2010), **Itaú/Unibanco** (2010), **BTG/Panamericano** (2011), **BMG/GE** (2011) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>54</sup>Em regra, o CADE adotou o recorte nacional, considerando especialmente a difusão de agências e de meios eletrônicos para realização de operações e o fato de as estratégias comerciais serem definidas em âmbito nacional. Ainda que tenha preponderado essa abordagem, o CADE adotou posição cautelosa ao analisar subsidiariamente os mercados locais nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/Votorantim** (2010) e **BMG/GE** (2011). Excetuaram a regra os casos **BB/BEP** (2009) e **BB/Nossa Caixa** (2010), nos quais o plenário apreciou o ato à luz do recorte municipal (e regional, no primeiro caso).

**BMG/Schahin** (2011) e **BMG/GE** (2011), sendo que, neste último acórdão, contribuíram para a formação da convicção da autoridade as informações prestadas por concorrentes das empresas notificantes. Além dessas medidas, outros acórdãos evidenciaram também a participação de mercado a partir do número de agências bancárias por município em que foi verificada sobreposição horizontal entre as empresas, como nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007), **BB/BEP** (2009), **BB/Votorantim** (2010) e **Caixa/Panamericano** (2010).

Por fim, quanto à análise do poder de mercado e dos efeitos pró e anticompetitivos das operações, o plenário, de modo geral, aplicou a presunção de detenção de posição dominante para os agentes que passassem a deter 20% do mercado relevante<sup>55-56</sup>, consoante a regra do §3º do art. 20 da Lei n. 8.884/94. Nos casos em que o *market share* pós-operação superou esse patamar, os conselheiros deram continuidade à apreciação concorrencial do ato. As eficiências da operação, fase de análise até então negligenciada, foram evidenciadas no ato **BMG/GE** (2011)<sup>57</sup>.

Cumprido destacar que neste segundo período foi firmado o primeiro termo de compromisso de desempenho (TCD) pelo Cade em uma operação adstrita ao mercado bancário. No caso **BB/Nossa Caixa** (2010), o Banco do Brasil aceitou adotar medidas comportamentais, visando à implementação de normas regulatórias do BCB, no intuito de reduzir a assimetria de informações entre os bancos e seus clientes.

Observa-se, da análise do exposto neste quarto item, que entre 2007 e 2011 o foro de discussão a respeito da competência para tutela antitruste no sistema financeiro foi estendido para além da esfera administrativa, alcançando altas instâncias do Poder Judiciário. Imprescindível, a partir de então, olhar não apenas para a jurisprudência do Conselho, mas também para a reação dos tribunais em relação ao conflito entre Cade e BCB.

Neste período, o Banco Central parece ter saído institucionalmente fortalecido, em virtude da decisão do STJ a seu favor. Por outro lado, o Cade compreendeu o potencial impacto positivo, em face dos agentes de mercado e dos demais atores governamentais, de decisões melhor embasadas tecnicamente, o que vem a favorecer a consolidação da tese da complementaridade de competências.

---

<sup>55</sup>No caso **BB/Nossa Caixa** (2010), o Cons. César Mattos elevou esse limite de presunção a 40%, considerando que, embora o crédito ao pequeno consumidor fosse concedido pelas agências (âmbito local), o estoque de capital, as estratégias comerciais e a robustez da instituição financeira seriam aferíveis a nível nacional, onde as empresas de fato concorreriam, tendo à disposição vultosos recursos.

<sup>56</sup>A partir dos dados de *market share*, o CADE empregou o Índice Herfindhal-Hirschman (IHH) nos casos **Santander/ABN AMRO** (2007) e **BMG/Schahin** (2011).

<sup>57</sup>Cf. trecho do voto do Cons. Ricardo Ruiz, no qual destaca quatro tipos de eficiências, na fl. 820 dos autos CADE.

Em que pese este conflito institucional ter transcorrido por cerca de uma década, à essa época, o Conselho já buscava se "aparelhar" tecnicamente para construir uma reputação que lhe permitisse fazer frente e impor medidas interventivas a eventual operação ou conduta restritiva ao ambiente concorrencial.

## 6. Terceiro período (2012-)

Dois fatores impulsionaram-me a discorrer sobre este terceiro lapso temporal em apartado, composto por apenas dois casos. Primeiramente, houve a aprovação do primeiro ato de concentração sob a égide da Lei n. 12.529/2011, a qual trouxe nova configuração institucional ao SBDC, muito pertinente a esse estudo. Do mesmo modo, foi realizado o julgamento do primeiro processo administrativo contra instituição bancária, inaugurando a prática decisória do Cade em relação às condutas anticompetitivas no SFN.

### 6.1. Institucional: explicitação do conflito no STF

Com a subida dos autos do caso BCN ao STF, o consenso intra-administrativo tornou-se inviável. O BCB ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae* e requereu a extinção do processo, na clara intenção de fazer prevalecer o acórdão do STJ, supostamente a seu favor. Assim, pela primeira vez Cade e Banco Central estiveram formalmente de lados opostos em uma lide e, nesse momento, a oposição entre as autarquias adquiriu contornos explícitos<sup>58</sup>.

Já sob a ótica da relação entre o Cade e o mercado, ainda em 2012 foi levantado pelas instituições financeiras o argumento da incompetência do Conselho, na tentativa de frustrar a apreciação do ato de concentração submetido. Apesar de terem notificado sua operação, Itaú Unibanco e BMG justificaram a submissão do ato de concentração por um mero "*espírito de cooperação*" com o Cade, vez que entendiam ser o órgão incompetente para apreciar seu negócio (Itaú Unibanco/BMG, 2012, fl. 02 dos autos).

Por outro lado, no processamento da primeira conduta no SFN, o caso do **crédito consignado** (2012), verificou-se uma relação triangular entre o Cade, o Banco Central e o

---

<sup>58</sup>É o que também entende o Cons. Vinicius de Carvalho: "*O conflito só se formalizou em termos reais entre CADE e BACEN depois que o BACEN pediu autorização ao Supremo para entrar como amicus curiae no processo envolvendo CADE o Bradesco, que está no STF. Foi nesse contencioso judicial que apareceu pela primeira vez o CADE e o BACEN de lados opostos.*". Assim, para o Cons. Vinicius, "*ficou inviável [uma solução interna corporis] porque não tem acordo. O BACEN só topa um acordo em que só ele tenha a competência.*".

mercado, a qual só veio a reforçar a competência do Conselho. Em ofício<sup>59</sup>, a autoridade setorial apontou que sequer possuía respaldo normativo para proceder pela análise de condutas anticompetitivas<sup>60</sup>. Inesperadamente e pela primeira vez de modo expresse, os agentes do BCB apontaram para a inexistência de base legal para que procedessem a investigação da conduta objeto dessa representação. No entender do Procurador-Chefe Gilvandro<sup>61</sup> e do Cons. Vinícius<sup>62</sup>, isso sinalizou o reconhecimento parte do BCB de sua incompetência, fato que teria ratificado a competência do Cade para investigar a conduta em apreço.

## **6.2. Casuística: continuando o incremento qualitativo das decisões**

Os casos que compõem o terceiro período apontam para o incremento qualitativo decisório, em continuidade ao que fora construído pelo Cade nos períodos anteriores.

A atividade instrutória do relator foi desnecessária no caso **Itaú Unibanco/BMG** (2012), vez que a Superintendência-Geral adotou o rito simplificado de julgamento, tendo aprovado a operação por despacho. Já no caso do **crédito consignado** (2012), o relator comunicou ao BCB o conteúdo dos autos para que se manifestasse sobre a conduta investigada e a aguardou a juntada dos documentos protocolados pela representante.

Quanto à arguição da competência do Cade, o despacho instaurador e o acórdão do processo administrativo contra o Banco do Brasil possuem forte fundamentação do Cons. Marcos Paulo Veríssimo, no sentido do cabimento da tutela antitruste do Cade para investigar e punir condutas anticompetitivas no SFN, bem como para firmar acordos com as instituições bancárias<sup>63</sup>. Já o Superintendente-Geral, decidindo a operação **Itaú Unibanco/BMG** (2012), julgou ser desnecessária a reafirmação expressa da competência do Conselho.

---

<sup>59</sup>Nos autos da representação proposta pela FESEMPRE no BCB, a representante pugnou pela adoção de um rito complementar de análise da conduta, juntamente com o CADE. O ofício que lhe fora enviado pelo BCB foi juntado pela FESEMPRE aos autos que tramitaram no CADE.

<sup>60</sup>Consta da comunicação do BCB: "A propósito do assunto, informa a Vossa Senhoria que a ausência de regulamentação da matéria, no âmbito do sistema financeiro nacional, impede que as condutas sejam analisadas com vistas a eventual instauração de processo administrativo punitivo contra a instituição financeira representada" (fl. 970 dos autos CADE).

<sup>61</sup>"O Conselheiro Vinícius disse [nos autos]: "Banco Central, você quer se manifestar?". Aí o Banco Central soltou a seguinte manifestação: "Não, porque eu não tenho competência.". Não tem competência? Então, a gente [do CADE] tem que analisar isso aqui."

<sup>62</sup>"Há um parecer do BACEN nesse caso dizendo que eles não têm competência no setor. [...] E eu mandei [um ofício] para o BACEN se pronunciar sobre isso, avaliando que talvez eles desejassem fazer a instrução e mandar para o CADE para a gente julgar. Mas aí eles deram parecer falando que não, que não tinham condição."

<sup>63</sup>Em resumo, foram esses os argumentos do relator: (a) a Constituição Federal não faz ressalva ao setor financeiro quanto à livre concorrência (art. 170) e não atribuiu à lei complementar o papel de regular a

Em ambos os processos, o Cade realizou acurada delimitação do mercado relevante. No despacho instaurador do caso do **crédito consignado** (2012), o Cons. Marcos Paulo fez uso de dados constantes no Relatório de Economia Bancária e Crédito do BCB de 2009 e das informações fornecidas pelo representante para concluir pela ausência de substituíbilidade entre as demais modalidades creditícias e o crédito consignado, sendo este o mercado relevante da conduta investigada<sup>64</sup>.

Já no ato de concentração, após ter explanado as metodologias de segmentação de mercado relevante já acolhidas na jurisprudência do Cade, o Superintendente Carlos Ragazzo adotou o recorte por *cluster* de produtos. Embora tenha verificado sobreposição horizontal em quase todos os produtos financeiros ofertados pelas requerentes, Ragazzo restringiu o mercado relevante à atividade principal da *joint venture* a ser constituída, qual seja, a oferta de crédito consignado. Na dimensão geográfica, o Superintendente desenvolveu argumentos já trazidos em casos anteriores para concluir pelo recorte nacional.

Foi no despacho da Superintendência no caso **Itaú Unibanco/BMG** (2012) em que se verificou a análise concorrencial mais completa. Note-se que foram realizadas ponderações sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado pelo Índice Herfindhal-Hirschman (IHH) e pela razão de concentração (Cn), adotando parâmetros tanto do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) quanto da Comissão Europeia<sup>65</sup>. Para os mercados em que essa análise numérica gerou desconfiança, a Superintendência encontrou efeitos pró-competitivos, taxativamente apontados, que justificaram a aprovação do ato de concentração. Também houve mensuração do *market share* no despacho instaurador do caso de **crédito consignado** (2012). Diversos elementos levantados pelo Cons. Marcos Paulo confluíram para seu convencimento sobre a representatividade do Banco do Brasil no mercado do consignado.

Por fim, para este último período, importante ressaltar que o caso do **crédito consignado** (2012) deu origem ao primeiro acordo celebrado entre a autoridade e um agente de mercado, no campo das condutas anticompetitivas. Visando a fazer cessar os efeitos dos

---

competência para tutela de condutas no setor bancário (art. 173); (b) não há antinomia entre as Leis n. 4.595 e n. 8.884. A primeira estabelece a regulação prudencial e a segunda, concorrencial; (c) há convivência da Lei n. 4.595 com outros ordenamentos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, como já decidiu o STF; (d) o art. 18, §2º, da Lei n. 4.595 teria sido revogado pelo art. 25, ADCT, tendo este vedado a competência normativa do Poder Executivo não estabelecida na Constituição; (e) a capacidade normativa, se atribuída ao Banco Central, deve obedecer aos limites da legalidade, sendo que, nesse contexto, prevalece a Lei n. 8.884, por ser posterior à Lei n. 4.595; (f) na tutela de condutas, o relator não vislumbrou justificativa de risco sistêmico que afastasse a competência do CADE para fazer cessar os efeitos dos contratos de exclusividade em questão; (g) o BACEN já teria demonstrado nos autos não dispor de quadro normativo suficiente para a tutela de condutas. Se fosse excluída a competência do CADE, haveria licença no setor para as práticas anticompetitivas.

<sup>64</sup>A dimensão geográfica foi implicitamente definida como nacional, tendo em vista os dados considerados pelo relator.

<sup>65</sup>Cf. fls. 134 e seguintes dos autos CADE.

contratos de exclusividade firmados pelo Banco do Brasil para oferta de crédito consignado e a impedir a celebração de novos acordos com esse objeto, o Cade assinou o termo de compromisso de cessação de conduta (TCC) com o representado, estipulando, ainda, a maior contribuição da história do Conselho em condutas unilaterais (próximo a R\$100 milhões).

Considerando o exposto neste item, apesar de se tratar apenas de uma tendência (ante o julgamento de apenas dois casos), noto ser possível afirmar que a partir de 2012 o Cade deu um salto qualitativo da prestação da tutela concorrencial. Tendo a reforma legal de 2011 trazido para dentro do órgão a atividade instrutória desde o início, os atos de concentração parecem ter sido solucionados com maior celeridade e qualidade, em virtude do melhor aparelhamento pessoal e técnico do Conselho.

No campo das condutas, por outro lado, resta a dúvida sobre se o órgão antitruste terá expertise e pessoal suficientes para incrementar o *enforcement* no mercado bancário de ofício, ou se ainda dependerá da representação dos agentes de mercado prejudicados pelas práticas anticompetitivas das instituições financeiras.

De todo modo, é indubitável que a tutela do Cade sobre o SFN, após uma década e meia de incerteza, se faz presente, como já demonstra o TCC firmado com o Banco do Brasil.

## **7. Reputação e seis mecanismos de consolidação de competência.**

Considerando todos os dados levantados no estudo jurisprudencial e na análise da percepção dos atores relevantes para esse conflito, foi possível apreender a importância recente da questão reputacional no contexto de consolidação de competências no campo da regulação econômica.

O Conselho buscou reforçar sua competência não apenas por uma interpretação jurídica. Na transição do segundo para o terceiro período, e neste último em especial, os membros da autoridade antitruste reforçaram que a competência não se estabelece apenas por determinação legal. É preciso que o órgão administrativo exerça sua função com rigor técnico e qualidade, sem que isso implique demora no oferecimento de resposta ao administrado e aos demais agentes de mercado.

No intuito de compreender como a reputação passou a ser um fator substancial nesse contexto, identifiquei seis mecanismos por meio dos quais o Conselho corroborou sua qualidade técnica e articulou a consolidação de sua competência.

(i) **sustentação expressa e bem fundamentada da competência nos processos julgados.** Especialmente no primeiro período (2000-2006), foram decantando na memória institucional do Cade os argumentos mais consistentes, que rebateram a posição da AGU e da diretoria do BCB. No caso do **crédito consignado** (2012), esse debate foi retomado para reafirmar a competência do Conselho no campo das infrações comportamentais à concorrência. Essa fundamentação contribuiu para dar legitimidade às decisões e para assinalar ao mercado e aos demais agentes a posição da autarquia antitruste.

(ii) **realização de diligências instrutórias direcionadas e detalhadas.** A partir de 2007, o conselheiro relator de cada ato de concentração apreciado exerceu importante papel na complementação à instrução. Esse fenômeno abriu campo para que o Conselho, quando reunido para julgamento, tivesse à sua disposição elementos suficientes para empregar uma análise bem embasada. Ademais, no exercício da função instrutória, o envio de ofícios aos concorrentes dos notificantes e ao Banco Central é mais um sinalizador da posição ativa do Cade na tutela da concorrência no setor financeiro.

(iii) **emprego de análise concorrencial com qualidade e celeridade.** Como decorrência do mecanismo anterior, foi possível ao plenário proferir decisões de mérito mais aprofundadas. Nos julgados mais recentes, verificou-se um representativo debate metodológico sobre segmentação de mercados relevantes. Operada a devida delimitação de mercado, foram realizadas ponderações substanciais sobre exercício de poder de mercado e impacto concorrencial das operações sobre o ambiente competitivo do SFN e sobre os consumidores.

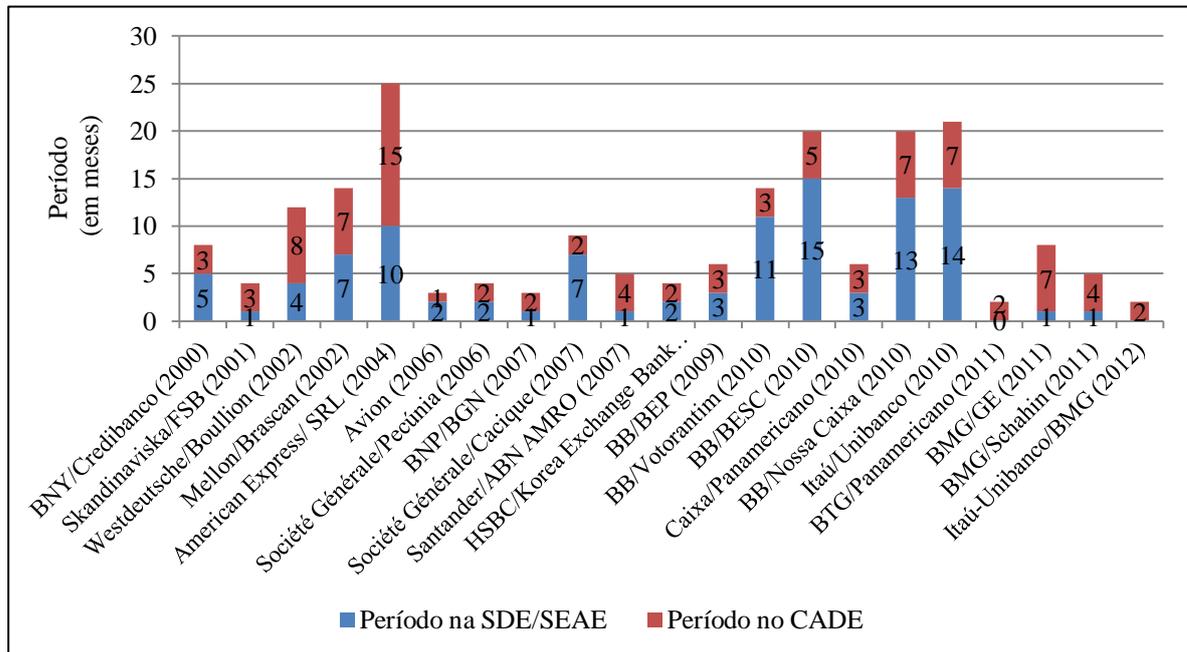
O fator qualitativo não pode estar desvinculado do fator celeridade, pois uma decisão de qualidade não teria o efeito desejado se estivesse em descompasso com a necessidade de rapidez na conclusão das operações societárias. Se essa constatação tinha menor importância na sistemática da Lei n. 8.884/1994, quando as concentrações eram apresentadas *a posteriori*, com a instituição pela Lei n. 12.529/2011 do sistema de notificação prévia, o tempo de análise das operações pelo Cade tornou-se um fator de sobremaneira relevante.

Excetuados alguns casos em que se observa um longo período de tramitação dos autos na SDE e na SEAE<sup>66</sup>, o gráfico abaixo ilustra em retrospectiva que, em regra, o Conselho tem decidido os atos de concentração em tempo inferior a 330 dias, tempo máximo de tramitação previsto na atual legislação antitruste.

---

<sup>66</sup>Especialmente se considerarmos que a atividade instrutória empregada por esses órgãos pouco agregou na formação do convencimento do plenário.

Gráfico 1. Evolução do tempo de análise dos atos de concentração<sup>67</sup>



Fonte: elaboração própria, com dados extraídos do site do Cade.

Este terceiro mecanismo talvez represente a face mais visível do argumento reputacional.

(iv) **atuação da Procuradoria, administrativa e judicialmente.** A ProCade tem exercido papel central como órgão auxiliar na construção de competência pelo Cade. Nos processos analisados pelo Conselho, conferiu respaldo jurídico à atividade instrutória do relator e buscou uma interação entre o Cade e o BCB. Já na esfera judicial, a Procuradoria exerceu seu dever funcional de defesa da autarquia, levando ao Judiciário a tese da complementaridade de competências. Nesse ínterim, obteve vitórias representativas, como a decisão do TRF da 1ª Região no caso BCN. Os pareceres administrativos da ProCade, em regra, visaram a informar o plenário quanto à situação judicial do conflito e, com base nisso, os conselheiros tiveram à sua disposição mais elementos em relação ao contexto jurídico-institucional.

(v) **interação institucional com o Banco Central, na busca pelo consenso.** O Cade demonstrou, em sua trajetória histórica, estar disposto ao diálogo com a diretoria do Banco Central, bem como com a cúpula da AGU. Isso externaliza aos demais atores a vocação do

<sup>67</sup>Foi excluído da representação gráfica o caso **AFINCO (Itaú)/Banco Francês e Brasileiro (2001)**, por ter sido recepcionado pelo plenário no *status* de Consulta formulada pela CVM. A sua inclusão geraria distorção nas dimensões apresentadas, vez que entre o seu protocolo no CADE e o seu julgamento transcorreram 65 meses (de 10 de outubro de 1995 a 07 de março de 2001).

Cade para a tutela da concorrência no mercado bancário e que a regulação setorial não exclui a atuação do órgão antitruste. Em grande medida, esse fator parece justificar os termos dos projetos de lei que tramitam no Legislativo sobre essa matéria até os dias de hoje.

(iv) **interação positiva com o mercado.** Em regra, nos casos apreciados, o Cade reafirmou sua competência e sinalizou ao mercado o dever de notificação das operações entre instituições bancárias, seja em relação aos segmentos não financeiros (ex. emissão de cartão de crédito), como no que diz respeito aos segmentos financeiros (ex. depósitos, poupança e crédito). Para além da submissão voluntária por parte dos agentes de seus atos de concentração, cumpre ressaltar o efeito propagador dos meios negociais de cumprimento de decisões firmados pelo Cade. O TCC e o TCD estabelecidos com o Banco do Brasil podem vir a ser interpretados como um passo importante na admissão da competência do Cade por parte das instituições financeiras<sup>68</sup>.

## 8. Considerações finais

Existe um efeito social da atividade desempenhada pelo Cade, que impacta de modo positivo sobre o mercado e sobre os demais agentes estatais, por força do incremento qualitativo de sua prática decisória. Como consequência, tem-se um reforço na legitimidade e na competência do órgão antitruste para tutela da concorrência no mercado bancário.

A esse fenômeno, atribuí o nome de "argumento reputacional". A chancela concedida pelo Conselho às operações por ele aprovadas constrói o substrato da sua reputação, na medida em que sua análise é empregada com qualidade e celeridade<sup>69</sup>. Essa noção fica muito clara no relato concedido por Gilvandro Araújo em entrevista:

*"A gente vê cada vez mais os atos de concentração serem submetidos ao Cade. Eu acho que a própria credibilidade da operação tem outra envergadura se ela tem o crivo de uma análise concorrencial. Eu acho que esse é um aspecto muito importante, principalmente quando você tem*

---

<sup>68</sup>O Cons. Marcos Paulo afirmou em entrevista: "*Outra evolução foi que os bancos, apesar desse cenário incerto, têm de uma maneira geral reconhecido a competência do CADE, tanto em AC [atos de concentração] como em conduta. Em AC, tivemos a submissão de vários casos, o próprio Banco do Brasil chegou a fazer um acordo em ato de concentração. Em conduta tivemos esse caso do Banco do Brasil [...], foi o maior recolhimento de contribuição em conduta unilateral [...] e foi no setor de banco.*"

<sup>69</sup>Esse também é o entendimento do Cons. Vinícius de Carvalho: "*O que eu acho é que, de certo modo, a forma como o CADE tem lidado com o tema ao longo dos últimos anos tem mostrado que é um órgão que preserva sua autonomia técnica, funcional e que analisa os casos com rigor, sempre dentro de um padrão razoável.*"

*amarras que não são amarras única e exclusivamente legais, são reputacionais."*

Como se nota, cada vez mais o enfoque dos membros da autoridade é agregar maior grau de legitimidade às suas decisões, por meio do incremento técnico-qualitativo<sup>70</sup>. Assim, a performance do Cade teria como melhor medida a percepção dos agentes de mercado, denominados por Gilvandro Araújo como os "*clientes do Cade*"<sup>71</sup>.

Em suma, neste artigo objetivei reconstruir a trajetória de construção de competências por parte do Cade, seja sob uma ótica interna, por meio de sua própria jurisprudência, seja sob uma ótica externa, travando forças com outros atores. Dessa dinâmica, foi possível traçar seis principais mecanismos pelos quais o Conselho tem se colocado como agente atuante na tutela concorrencial no mercado bancário, mesmo ante o ambiente de incerteza institucional.

De todo modo, creio que a decisão do STF que está por vir nos autos do RE 664.189/DF não irá colocar um ponto final no conflito ora tratado. Assim infiro porque, ainda que paralisados, existem projetos de lei que se propõem a disciplinar a distribuição de competências entre os órgãos e que podem ser aprovados futuramente.

Ademais, retomando a premissa teórica do *pervasive power doctrine*, as competências regulatórias não são definidas estaticamente, senão por meio do seu exercício. E, como visto, o Cade tem lançado mão dos instrumentos que tem à sua disposição para se apresentar ao mercado como agente tecnicamente capaz de exercer sua missão também no mercado financeiro.

---

<sup>70</sup>O Cons. Marcos Paulo destaca essa evolução qualitativa, reconhecida também internacionalmente: "*Se aprendeu muito ao longo desses anos. O staff se desenvolveu, a competência se consolidou, as análises se tornaram mais profundas, no âmbito internacional o CADE recebeu um reconhecimento importante, acabou de estar no ranking da Global Competition Review entre as dez melhores agências antitruste do mundo, em 2013.[...] Hoje, há um consenso de que o CADE faz um trabalho substantivo e de qualidade muito boa. Acho que isso ajuda a construir uma reputação.*"

<sup>71</sup>Na entrevista, o Procurador-Chefe Gilvandro reforça que o melhor termômetro da qualidade das decisões são os administrados submetidos às suas decisões: "*Quer dizer, você vê que o CADE também tem se aprimorado ano a mais ano em análise do sistema financeiro. Existe essa preocupação de que a análise tem que ser sempre técnica. [...] Eu costumo dizer que quem melhor avalia o CADE não é o CADE, são os clientes do CADE. Então, a gente vai consultar o sistema financeiro. [...] A análise do CADE é boa? É técnica? É rápida? Esse que eu acho que é o melhor julgamento que a gente tem que fazer.*" O Cons. Marcos Paulo ressalta que esse reconhecimento é resultado de décadas de trabalho e incremento qualitativo na atuação do Conselho: "*De uma maneira geral, as empresas do setor privado prestam mais atenção no CADE hoje do que prestavam há dez anos, e isso é fruto de trinta anos de trabalho. Porque há dez anos trabalhando intensamente, foi construindo uma percepção de que o tema concorrência é um tema importante em vários mercados, no financeiro também.*"

## 9. Referências bibliográficas

FORTUNA, Eduardo (2005). *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 16ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora.

MAYER, Thomas; DUESENBERY James S.; ALIBER, Robert Z. (1993). *Moeda, bancos e a economia*. tradução da 4ª edição americana. Rio de Janeiro: Editora Campus.

SALOMÃO FILHO, Calixto (2007). *Direito concorrencial - as estruturas*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores.

VALOR ECONÔMICO (2013). *BC pede ao STF fim da ação do Cade sobre fusão bancária*. Finanças, C9, 03 de março de 2013.

YAZBEK, Otávio (2009). *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2ª Ed. ampl. Rio de Janeiro: Elsevier.

## Casos estudados

Ato de Concentração 08012.000765/2000-41, Cons. Rel. Diogo Thompson Almeida Andrade, Requerentes: BNY International Financing Corporation, Banco Credibanco S/A e outras, j. 04.10.2000

Ato de Concentração 87/1996, Cons. Rel. João Leopoldino da Fonseca, Requerentes: Americas Finance Company Limited e Banco Francês e Brasileiro S/A, j. 07.03.2001

Ato de Concentração 08012.003923/2001-85, Cons. Rel. Diogo Thompson Almeida Andrade, Requerentes: Skandinaviska Enskilda Banken AB e Föreningssparbanken AB, j. 24.10.2001

Ato de Concentração 08012.000239/2001-41, Cons. Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Requerentes: Westdeutsche Landesbank Girozentrale / Deutsche Bank Aktiengesellschaft, j. 09.01.2002

Ato de Concentração 08012.006482/2000-92, Cons. Rel. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Requerentes: Mellon International Investment Corporation e Banco Brascan S/A, j. 30.01.2002

Ato de Concentração 08012.003785/2002-15, Cons. Rel. Clevelando Prates Teixeira, Requerentes: American Express Bank Ltd. e SRL Empreendimentos Ltda., j. 02.06.2004

Ato de Concentração 08012.001843/2006-08, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: DVB Bank AG, Airbus Financial Services e outros, j. 06.07.2006

Ato de Concentração 08012.002454/2006-91, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: Société Générale, Banco Pecúnia S.A. e Tecnicrédito SGPS, j. 16.08.2006

Ato de Concentração 08012.010609/2007-44, Cons. Rel. Luís Fernando Schuartz, Requerentes: BNP Paribas S/A e BGN Participações S/A, j. 07.11.2007

Ato de Concentração 08012.002025/2007-03, Cons. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Requerentes: Banco Société Générale Brasil S.A. e Banco Cacique S.A., j. 12.12.2007

Ato de Concentração 08012.010081/2007-11, Cons. Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, Requerentes: Banco Santander Central Hispano S/A, Royal Bank of Scotland Group Plc. e outros, j. 12.12.2007

Ato de Concentração 08012.012010/2007-45, Cons. Rel. Abraham Benzaquen Sicsú, Requerentes: HSBC Asia Pacific Holdings (UK) Limited e Korea Exchange Bank, j. 16.01.2008

*Concorrência no mercado bancário:  
Incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional*

Ato de Concentração 08012.011505/2008-38, Cons. Rel. Paulo Furquim de Azevedo, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco do Estado do Piauí S.A., j. 17.06.2009

Ato de Concentração 08012.000810/2009-85, Cons. Rel. Olavo Zago Chinaglia, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco Votorantim S.A., j. 07.04.2010

Ato de Concentração 08012.009986/2008-11, Cons. Rel. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Banco do Brasil S.A., Banco do Estado de Santa Catarina S.A. e BESC S.A. Crédito Imobiliário, j. 09.06.2010

Ato de Concentração 08012.010345/2009-91, Cons. Rel. Ricardo Machado Ruiz, Requerentes: Caixa Participações S.A. e Banco PanAmericano S.A., j. 09.06.2010

Ato de Concentração 08012.011736/2008-41, Cons. Rel. César Costa Alves de Mattos, Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco Nossa Caixa S.A., j. 04.08.2010

Ato de Concentração 08012.011303/2008-96, Cons. Rel. Fernando de Magalhães Furlan, Requerentes: Banco Itaú S.A. e Unibanco - União dos Bancos Brasileiros S.A., j. 18.08.2010

Ato de Concentração 08012.002350/2011-44, Cons. Rel. Olavo Zago Chinaglia, Requerentes: BTG Pactual S/A e Banco PanAmericano S.A., j. 05.04.2011

Ato de Concentração 08012.011135/2010-53, Cons. Rel. Ricardo Machado Ruiz, Requerentes: Banco BMG S.A., Banco GE Capital S.A. e General Electric do Brasil Participações Ltda., j. 15.06.2011

Ato de Concentração 08012.004534/2011-49, Cons. Rel. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Banco BMG S.A. e Banco Schahin, j. 28.09.2011

Processo Administrativo 08700.003070/2010-14, Cons. Rel. Marcos Paulo Veríssimo, Representado: Banco do Brasil S.A., j. 10.10.2012.

Ato de Concentração 08700.006962/2012-39, Despacho do Superintendente-Geral Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Banco BMG S.A., j. 16.10.2012