

O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS ASSINADO ENTRE CADE E BACEN: ATUAÇÃO COOPERATIVA NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Mayara Gasparoto Tonin

*Mestranda em Direito Comercial pela USP
Advogada da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

1. Introdução

Em 14.3.2018, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprovou, por maioria, a operação de aquisição minoritária da XP Investimentos S.A. (XP) pelo Itaú Unibanco S.A. (Itaú). O ato de concentração (nº 08700.001642/2017-05¹) torna o Itaú acionista da XP, sem poder de controle.

Mas a eficácia da operação ainda depende do aval do Banco Central do Brasil (BACEN), nos termos do Memorando de Entendimentos assinado entre as duas autarquias em 28.2.2018.

O documento, que prevê a atuação conjunta e cooperativa do CADE e do BACEN, encerra – ou ao menos suspende – a longa disputa entre os órgãos acerca da competência para a análise de atos de concentração de instituições financeiras.

2. A discussão acerca da competência das autarquias

A Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), assim como já previa a legislação anterior (Lei 8.884/1994), estabelece a competência do CADE para atuar em todo o território nacional em questões concorrenciais², tanto de forma preventiva como repressiva³. Por sua vez, a Lei 4.595/1964,

¹ O processo pode ser consultado no seguinte endereço: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTdppU3M3hVIY_XnkycHwMIGq9JEUb3O6oy4hpQTiqgU (acesso em 22.4.2018).

² Art. 4º: “O CADE é entidade julgante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

³ Art. 1º: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, estabelece a competência do BACEN em matéria concorrencial no âmbito do Sistema Financeiro Nacional⁴.

Em razão disso, a competência para análise de atos de concentração de instituições financeiras era controversa e vinha sendo discutida há anos no Poder Judiciário.

Ainda na década de 1990, o BACEN aprovou a aquisição do Banco de Crédito Nacional (BCN) pelo Bradesco. Na época, o ato de concentração não foi submetido ao CADE, apenas ao BACEN. Alguns anos depois, o CADE, ao aprovar outro ato de concentração envolvendo o BCN, determinou que este apresentasse à autarquia a operação ocorrida anteriormente, inclusive com a aplicação de multa por intempestividade.

Em face dessa determinação do CADE, o BCN e o Bradesco impetraram mandado de segurança, fundamentando a alegação de competência exclusiva do BACEN em parecer da Advocacia Geral da União (AGU) que havia sido submetido à Presidência da República. A segurança foi concedida, decidindo-se pela competência exclusiva do BACEN.

O CADE interpôs apelação, e a sentença foi reformada. O TRF da 1ª Região reafirmou a relação de complementaridade entre as autarquias e ressaltou que o CADE não estava vinculado ao parecer da AGU.

Diante disso, o BCN e o Bradesco interpuseram recurso especial (nº 1.094.218). O Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, concluindo pela competência exclusiva do BACEN na análise dos atos de concentração de instituições financeiras.

Foram interpostos recursos extraordinários por ambas as partes (atuados sob o nº 664189). O recurso do CADE teve seguimento negado monocraticamente. O Ministro Relator entendeu que seria necessário o reexame da legislação infraconstitucional para solucionar o conflito. Já o recurso do BCN e do Bradesco foi julgado prejudicado.

Em 20.8.2014, o CADE interpôs agravo regimental para que a questão fosse discutida no plenário do Supremo Tribunal Federal. Esse recurso ainda não foi julgado.

⁴ Art. 10: “Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário”.

3. O Memorando de Entendimentos assinado pelas autarquias

Recentemente, em 28.2.2018, o CADE e o BACEN assinaram um Memorando de Entendimentos para harmonizar e conferir maior previsibilidade ao tratamento de pedidos de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

As duas instituições comprometeram-se a *“envidar os melhores esforços de cooperação e a estabelecer, de forma conjunta, regras específicas para a análise de processos administrativos de controle de atos de concentração envolvendo instituições financeiras e de apuração de infrações à ordem econômica envolvendo instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil”* (cláusula 1.1).

Os pedidos de concentração dos agentes econômicos deverão ser submetidos às duas autarquias, sendo que a análise dos pleitos será conduzida em cada uma das instituições mediante processo próprio. Mas *“a eficácia dos atos de concentração fica condicionada à autorização tanto do CADE como do BACEN”* (cláusula 2.3).

O Memorando de Entendimentos demonstra o comprometimento das autarquias na atuação cooperativa e eficiente, assim como na criação de mecanismos de cooperação e na troca de informações pertinentes à análise das operações. Existe inclusive previsão de elaboração conjunta de guias, treinamentos, seminários, estudos e outras atividades que possam maximizar a eficiência da atuação das autarquias.

O BACEN poderá aprovar a operação unilateralmente, sem a análise do CADE, *“sempre que aspectos de natureza prudencial indiquem haver riscos relevantes e iminentes à solidez e à estabilidade do Sistema Financeiro Nacional”* (cláusula 3.1).

As operações que possuem aspectos de natureza prudencial são aquelas que (1) envolvem risco à solidez de instituição financeira ou de segmento do Sistema Financeiro Nacional; (2) comprometem a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e a prevenção de crise sistêmica; (3) prejudicam a efetividade de regime de resolução aplicado em instituição financeira; (4) prejudicam a efetividade de medidas necessárias para a mitigar a necessidade de aplicação de regime de resolução; ou (5) prejudicam a efetividade de medidas necessárias para reverter trajetória de perda de solidez de instituição financeira ou de segmento do Sistema Financeiro Nacional, com modelo de negócio identificado como inconsistente, vulnerável ou inviável.

Nesses casos, o BACEN deverá notificar o CADE, indicando os fundamentos da decisão e informando os limites dos aspectos de natureza prudencial na operação. A aprovação unilateral pelo BACEN não implica alteração do procedimento de análise pelo CADE, que aprovará a operação pelos fundamentos contidos na decisão do BACEN, reconhecendo-se a eficiência e o desenvolvimento econômico do negócio, nos termos do art. 88, §6º, I, c, da Lei 12.529/2011⁵.

4. A primeira operação analisada no novo cenário

A aquisição minoritária da XP pelo Itaú foi a primeira operação a ser analisada considerando o cenário de cooperação das autarquias.

O ato de concentração é constituído de três etapas. Primeiramente, o Itaú se tornará acionista minoritário da XP, com uma participação correspondente a 49,9% do capital social total e 30,1% do capital social votante. Depois, em 2020, o Itaú adquirirá uma participação adicional de 12,5% da XP, que lhe assegurará 62,4% do capital social total e 40,0% do capital social votante. Por fim, em 2022, o Itaú adquirirá outro adicional de 12,5% da XP, passando a deter 74,9% do capital social total e 49,9% do capital social votante.

Apesar da aquisição de participação societária significativa, o controle da companhia permanecerá com a XP. Apenas a partir de 2024, a XP poderá exercer seu direito de venda da totalidade de sua participação no capital social ao Itaú; e a partir de 2033, o Itaú poderá exercer seu direito de compra da totalidade da participação detida pela XP no capital social. Porém, caso isso venha a ocorrer, uma nova notificação ao CADE e uma nova análise concorrencial serão necessárias.

O CADE identificou problemas concorrenciais na operação de compra estruturada pelas duas instituições financeiras. Entretanto, nos termos do voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, a estruturação da aquisição minoritária e as obrigações assumidas pelas partes

⁵ Art. 88. (...) §5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo. §6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. (...)”.

no âmbito do acordo submetido à autarquia permitiram que os riscos concorrenciais fossem suficientemente mitigados. Assim, por maioria, vencidos os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, a aquisição minoritária da XP pelo Itaú foi aprovada pelo órgão concursal.

No seu voto, o Conselheiro Relator destacou a importância da atuação cooperativa do CADE e do BACEN. Afirmou que *“a cooperação entre o CADE e o BACEN teve início na fase de instrução da SG e continuou no âmbito do Tribunal. O diálogo interinstitucional ocorreu através de contatos entre as equipes técnicas do CADE e do BACEN, com troca de impressões sobre a Operação e preocupações quanto à consistência das análises e eventuais remédios, respeitados os limites e as atribuições de cada instituição. Trata-se do primeiro Ato de Concentração analisado após a assinatura do Memorando de Entendimentos entre CADE e BACEN, cujo objetivo central é a atuação coordenada entre ambas as instituições, com vistas à maior eficiência nas respectivas análises”*⁶.

A operação ainda não foi analisada pelo BACEN.

5. Considerações finais

Em paralelo, no âmbito do Poder Judiciário, o CADE foi intimado a apresentar manifestação sobre seu interesse no prosseguimento do recurso extraordinário pendente de julgamento pelo STF, como *“os órgãos de imprensa têm veiculado noticiário sobre a formulação de memorando de entendimento destinado a viabilizar a atuação conjunta do CADE e do BACEN, em tema de defesa da concorrência e em processos de fusão e aquisição no âmbito do sistema financeiro nacional”* (despacho publicado em 4.4.2018). Até o momento, não houve manifestação da autarquia.

Não obstante ainda não haver pronunciamento do BACEN sobre a aquisição minoritária da XP pelo Itaú, tampouco manifestação do CADE perante o Supremo Tribunal Federal, já é possível concluir que o Memorando de Entendimentos representa avanço no diálogo entre as autarquias. O documento encerra – ou ao menos suspende – a disputa acerca da competência para a análise de atos de concentração de instituições

⁶ O inteiro teor do voto está disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNF1IICDDQCndX0bPSLorBDkK7p-ovVP8emzsSwSLc8HCX5Ffli3vXsr4KfQsqsmD0zcl6TCgMZ1ESD7FBLluls (acesso em 22.4.2018).

financeiras e demonstra a disposição do CADE e do BACEN na atuação conjunta e cooperativa nesses tipos de operação.

Informação bibliográfica do texto:

TONIN, Mayara Gasparoto. O memorando de entendimentos assinado entre CADE e BACEN: atuação cooperativa na análise de atos de concentração de instituições financeiras. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 134, abril de 2018, disponível em www.justen.com.br/informativo, acesso em [data].