

processos crime na Bélgica, em virtude da inobservância de diversas obrigações legais belgas sobre o pagamento da remuneração mínima prevista na convenção colectiva aplicável, sobre a obrigatoriedade de pagar cotizações para um fundo especial de protecção aos trabalhadores (os denominados «*timbres-intempéries*» e «*timbres-fidélité*» que garantem aos trabalhadores o pagamento da sua retribuição, mesmo que não seja possível trabalhar em resultado de condições meteorológicas desfavoráveis, entre outros) e de organizar e manter registos individuais sobre os trabalhadores.

Chamado a decidir, o TJCE entendeu que «*a livre prestação de serviços, enquanto princípio fundamental do Tratado, só pode ser limitada por regulamentações justificadas por razões imperativas de interesse geral e que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma actividade no território do Estado-Membro de acolhimento, na medida em que esse interesse não esteja salvaguardado pelas regras a que o prestador está sujeito no Estado-Membro em que está estabelecido*».

De facto, tendo ficado provado que os interesses que as normas belgas pretendiam proteger já estavam devidamente salvaguardados por regras essencialmente comparáveis em razão da sua finalidade no país de envio (i.e. França), o princípio da liberdade de prestação de serviços no seio da Comunidade estava a ser restringido de forma desproporcionada.

Esta doutrina foi posteriormente desenvolvida nos Acórdãos *Finalarte e Portuguesa Construções*, tendo o TJCE concluído que a aplicação das disposições imperativas do Estado de envio tem de ficar subordinada à verificação dos seguintes requisitos:

- (i) As normas imperativas desse Estado têm de prosseguir um objectivo de interesse geral, em especial a protecção dos trabalhadores destacados;
- (ii) Essas normas têm de proporcionar uma vantagem real e não apenas equivalente à que resulta da aplicação das normas do país de envio; e
- (iii) Essas disposições devem ser proporcionadas ao objectivo que pretendem atingir.

A não verificação de qualquer um destes requisitos torna a aplicação das respectivas normas por parte do Estado de acolhimento aos trabalhadores destacados, inadmissível, sendo considerada uma limitação injustificada do princípio da livre prestação de serviços previsto no art. 49.º do TCE.

## Conclusões

Dada a importância do tema do destacamento internacional de trabalhadores, justificava-se uma maior e melhor intervenção do legislador nacional com vista a clarificar uma série de situações com enorme relevância prática.

Enquanto tal não suceder, teremos que lidar com as problemáticas dos prazos máximos e mínimos de duração do destacamento, excepto no que diz respeito à Segurança Social, matéria em que se aplica o Regulamento em toda a União Europeia.

Finalmente, considerando que a delimitação da figura do destacamento é em certos casos extremamente difícil de efectuar, impõe-se ao aplicador e ao julgador do direito a realização de uma análise casuística. Para este efeito, a jurisprudência do TJCE tem desempenhado um papel fundamental. Resta esperar para ver como os Tribunais nacionais irão assimilar essas orientações.

ANDRÉ P. NASCIMENTO e JOSE PEDRO ANACORETA (\*)

## LATINOAMÉRICA

### CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CADE E BACEN PARA A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO SETOR FINANCEIRO BRASILEIRO

#### Do Conflito Positivo de Competência

O conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil («*Bacen*») e o Conselho Administrativo de Defesa Económica («*Cade*») para a regulação da concorrência no setor financeiro tem como base a antinomia entre os arts. 10, X, c), e 18, §2.º, da Lei n.º 4.595/64 («*Lei Bancária*»), e o art. 54, *caput*, da Lei n.º 8.884/94 («*Lei Antitruste*»). A contradição reside no fato de a Lei Bancária conferir ao Bacen competência para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, abrindo uma exceção ao poder geral de regulação da concorrência conferido ao Cade pela Lei Antitruste.

(\*) Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Lisboa).

Para a exposição clara de tal antinomia, vale citar os artigos:

(i) da Lei Bancária:

«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;»

«Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 2.º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.»

(ii) da Lei Antitruste:

«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.»

### Histórico de Decisões Administrativas Envolvendo Concentrações no Setor Financeiro

O ato de concentração entre o Banco Francês Brasileiro e a AFINCO - Americas Finance Company, pertencente ao banco Itaú, em 1995, foi o que primeiro suscitou divergências entre o Cade e o Bacen em relação à regulação de atos de concentração realizados por instituições financeiras. Em virtude deste ato foram expedidos um parecer do Bacen, avocando para si a competência para sua autorização, e outro do Cade, no sentido oposto.

Resumidamente, os argumentos apresentados nos referidos pareceres foram os seguintes:

(i) pelo Bacen:

- o art. 192 da Constituição Federal, que dispõe que «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», fez com que a Lei Bancária fosse recepcionada como lei complementar, o que impediria sua revogação pela Lei Antitruste, uma vez que esta é lei ordinária;

- os arts. 10, X, c), e 18, §2.º, da Lei Bancária, expressamente conferem ao Bacen competência para regular a concorrência no setor financeiro; e
- a Lei Bancária, além de ser hierarquicamente superior à Lei Antitruste, trata de matéria específica, o que faz com que ela prevaleça contra disposições de caráter geral.

(ii) pelo Cade:

- a Lei Bancária foi recepcionada pela Constituição Federal como lei complementar apenas no que se refere diretamente ao sistema financeiro nacional, tendo seus dispositivos relativos à defesa da concorrência sido recepcionados como lei ordinária; e
- a Lei Antitruste não prevê quaisquer exceções à competência do Cade para disciplinar a defesa da concorrência, e, portanto, derrogou a Lei Bancária no que atine a esta matéria.

Posteriormente, a pedido do Ministro da Fazenda, foi encomendado à Advocacia Geral da União («AGU») um parecer vinculativo, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73/93, para a solução definitiva da matéria (Parecer n.º GM - 02/01). Para que se compreenda o caráter vinculativo do referido parecer, veja-se o texto dos referidos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n.º 73/93:

«Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1.º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2.º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.»

Conforme aprovado pelo Presidente da República e publicação no Diário Oficial da União de 25/04/2001, o parecer da AGU reafirmou os argumentos inicialmente levantados pelo Bacen, postulando que *«a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade»*.

Em ato de concentração julgado posteriormente ao parecer da AGU, em 21/11/2001, referente ao Banco Finasa (AC n.º 08012.006762/2000-09), o Cade, baseando-se em voto do *Conselheiro Celso Campilongo* que, além de considerar a Lei Complementar n.º 73/93 inconstitucional no que tange à competência da AGU sobre conflitos entre órgãos da administração indireta, entendeu também que a mesma foi derogada pela Lei Antitruste no que concerne à concorrência, decidindo pelo caráter não vinculativo do parecer da AGU. O então presidente do Cade, João Grandino Rodas, proferiu voto rejeitando a posição do *Conselheiro Campilongo*, mas foi vencido.

No ato de concentração envolvendo a aquisição dos direitos e obrigações dos fundos e carteiras de investimento do Banco Inter American Express pelo BNP Paribas (AC n.º 08012.004499/2002-77), julgado em 11/12/2002, o Cade novamente reconheceu sua competência sobre a regulação da concorrência entre instituições financeiras.

Operações mais recentes envolvendo instituições financeiras, como a aquisição do BankBoston pelo Banco Itaú em 2006 (julgada pelo Cade em 25/10/2006), foram apresentadas ao Cade como aquisições de empresas não-financeiras. Em seu voto, o *Conselheiro Relator* descreveu que se tratava da aquisição de participações societárias do BankBoston Capital, Boston Comercial e Participações, BankBoston Asset Management (que, no voto do *Relator*, não foi considerada como instituição financeira), BankBoston Corretora de Seguros e Libero Trading, pertencentes ao Bank of America (AC n.º 08012.005499/2006-18), não suscitando quaisquer questões relativas à competência do Cade em relação ao controle da concorrência no sistema financeiro. O mesmo se deu com a aquisição, pelo UBS, do Banco Pactual e de suas subsidiárias, tendo o ato de concentração sido apresentado apenas em relação às atividades não financeiras do Banco Pac-

tual (AC n.º 08012.005793/2006-20, julgado pelo Cade em 04/10/2006).

Entretanto, no dia 30/08/2007, foi publicada no periódico *Valor Econômico* (o periódico financeiro atualmente de maior destaque no Brasil) a matéria «Cade Julgará Fusão e Aquisição de Banco», redigida pelo jornalista Juliano Basile, divulgando uma decisão do Tribunal Regional Federal («TRF») da Primeira Região, até o momento não publicada pelos veículos oficiais, em que este, julgando a não-notificação pelo Banco Bradesco durante a compra do Banco BCN em 1997, decidiu que recai sobre o Cade a competência para a análise de concentrações envolvendo instituições financeiras. O procurador-geral do Cade afirmou na mesma reportagem que a decisão do TRF possibilita ao órgão administrativo multar, por intempetividade, todos os bancos que não submeteram os aspectos financeiros de seus atos de concentração à apreciação do Cade durante os últimos cinco anos.

Por fim, tramita no Congresso Nacional desde 2002 o Projeto de Lei Complementar n.º 344, que altera a Lei Bancária para conferir ao Bacen a competência privativa para a análise de atos de concentração que envolvam instituições financeiras, devendo ele, no entanto, encaminhar à análise do Cade as concentrações que não tenham potencial de afetar a higidez do sistema financeiro nacional.

### Considerações Finais

Desta forma, pode-se resumir a situação nos seguintes termos:

- (i) em 2001, o conflito de competência entre Bacen e Cade foi solucionado pela AGU em favor do Bacen;
- (ii) em atos de concentração julgados imediatamente após o parecer da AGU, o Cade considerou que este não poderia vincular antes da administração indireta, e continuou a conhecer e julgar atos de concentração envolvendo instituições financeiras;
- (iii) operações mais recentes envolvendo instituições financeiras foram submetidos ao Cade apenas em seus aspectos não financeiros, e foram aprovadas; contudo
- (v) em decisão proferida no segundo semestre de 2007, o TRF da Primeira Região se pronunciou a favor da competência do Cade para a análise e julgamento de atos de concentração envol-

vendo instituições financeiras, inclusive em seus aspectos financeiros.

Não obstante a decisão do TRF e a declaração do procurador-geral do Cade, a discussão sobre o conflito positivo de competência entre este órgão e o Bacen ainda não está encerrada. Inicialmente, de tal decisão cabe recurso ao Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que ela estaria, ao contradizer o parecer da AGU, violando o já mencionado art. 40 da Constituição Federal.

Além disso, não haveria justificativa legal pela qual o Cade poderia multar retroativamente os bancos pelos atos de concentração realizados nos últimos cinco anos, e que tenham sido a ele apresentados e por ele aprovados somente em seus aspectos não-financeiros, uma vez que a decisão do referido tribunal produz efeitos apenas em relação às partes litigantes.

De notar-se que existe a possibilidade de que o Cade volte a assumir sua postura original, conhecendo das concentrações bancárias também em seus aspectos financeiros, eventualmente multando as instituições que se negarem a submeter-lhe a devida notificação.

Quanto às concentrações bancárias atualmente em curso, o mais provável é que o Cade officie as instituições financeiras envolvidas para que estas

complementem suas notificações, para nelas incluir os aspectos financeiros das operações apresentadas.

Em consequência, e em que pesem o parecer da AGU, a forma como os últimos atos de concentração envolvendo instituições financeiras foram apresentados ao Cade e a recente decisão do TRF da Primeira Região, o tema ainda é marcado pela insegurança jurídica, uma vez que não houve manifestação expressa, quer por parte do Cade ou do Bacen, no sentido de abdicar da competência da regulação da concorrência no setor financeiro, também não tendo sido fornecida, até o momento, uma solução legislativa apta a resolver a questão.

Assim, a posição mais conservadora para a notificação de atos de concentração que envolvam instituições financeiras seria a de submeter ao Cade todas as operações em que uma das partes for uma instituição financeira, independentemente da outra parte sê-lo ou não, de forma a evitar qualquer possibilidade de penalidades administrativas. Caso o ato de concentração envolva a aquisição de uma instituição financeira, a operação deveria ser apresentada, simultaneamente, à aprovação do Bacen.

**ERICK DOS ANJOS CORVO Y CAIO CAETANO LUNA (\*)**

---

(\*) Abogados destacados en la Oficina de Sao Paulo