

Ministério da Justiça**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE***Gabinete do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo*

Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09

Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A, Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações.

Conselheira-Relatora: Dra. Hebe Romano

VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO CELSO CAMPILONGO

Pedi vista para firmar minha convicção a respeito de dois pontos: (i) o CADE tem competência para apreciar concentrações que envolvam instituições financeiras?; (ii) o Parecer da Advocacia Geral da União, aprovado por Sua Excelência, o Presidente da República, nos termos do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar n.º 73/93 – que fixa interpretação para dirimir suposto “conflito positivo de competências” entre o Banco Central e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – vincula também ao CADE? Dividi meus argumentos, na tentativa de uma exposição concatenada e didática das respostas a serem oferecidas aos dois quesitos, em cinco partes. Na **primeira**, examino o papel institucional do CADE. Na **segunda**, centro a atenção na diferenciação entre atividade regulatória e função adjudicatória, apontando quais os papéis e competências do BACEN e do CADE nesses dois campos diversos. Na **terceira** parte, indago sobre vinculação ou não do CADE ao Parecer da Advocacia Geral da União, que define o Banco Central como competente para a apreciação dos atos de concentração que envolvam instituições financeiras. Na **quarta** parte, analiso o mérito do Parecer da AGU. Na **quinta** e última, verifico as condições para a aprovação da operação.

I - O PAPEL INSTITUCIONAL DO CADE

No Estado de Direito, diz Kelsen, “é absolutamente inconcebível qualquer atividade dos órgãos do Estado que não esteja amparada pela norma jurídica ou pela lei”¹. É assim, nas democracias, quer em relação às políticas

¹ Cf. Hans Kelsen. Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Mexico, Porrúa, 1987, p. 405.

de Estado quer em relação às políticas de governo. As primeiras dizem respeito aos vínculos, traçados pela definição dos objetivos coletivos, entre as autoridades dotadas de poder de império e a sociedade civil. As políticas de governo, ao contrário, estão associadas às relações intercorrentes entre os principais órgãos do aparato estatal. Enquanto as políticas de Estado são mais facilmente identificáveis pelo marco jurídico-constitucional que as define, as políticas de governo possuem dinâmicas que – sem que possam ser consideradas juridicamente livres ou constitucionalmente desvinculadas – destacam compromissos conjunturais².

A atividade jurisdicional – judicial ou administrativa (aqui incluído o CADE) –, bem como as entidades administrativas independentes (aqui incluídas as “agências”: Anatel, ANP, Aneel), encontram-se entre as instituições que traduzem ou implementam fins constitucionais de direção política (“indirizzo politico”, na expressão italiana popularizada entre os constitucionalistas). Na terminologia aqui adotada, um Judiciário robusto, assim como a existência de tribunais administrativos e de “agências independentes” – vale dizer: vinculados exclusivamente à lei – resultam de um modelo jurídico de respeito à autonomia operativa dessas esferas de competência. A passagem de um momento hierárquico (por exemplo, de submissão ao Poder Executivo ou aos Ministérios) para uma progressiva pulverização da titularidade do poder em diversas esferas (em especial nas “agências independentes”) se caracteriza pelo reconhecimento e pelo respeito à posição de neutralidade dessas instâncias em relação ao Governo. Dito de modo singelo: os tribunais administrativos, como é o caso deste CADE, ou as agências reguladoras se perfilam como aparatos resultantes de um modelo de Estado integrado por órgãos técnicos, independentes e, conseqüentemente, capazes de assumir uma posição de substancial paridade em relação aos demais órgãos do Poder Político. As funções de vigilância, controle, autorização e sanção – verdadeiros poderes parajudiciais conferidos pelo legislador a esses órgãos – são absolutamente incompatíveis com uma postura de submissão ao poder político e ao governo. Do contrário, não haveria o menor sentido em submeter as pessoas jurídicas de direito público à aplicação, por exemplo, da Lei 8.884/94 (art. 15)³.

A independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer ingerência do Governo. Não há nem relação

² Cf. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra. Smedina, 1991.

³ Ver, sobre as “agências independentes”, Vincenzo Cerulli Irelli, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in Franco Bassi e Fabio Merusi organizadores, *Mercati e amministrazioni indipendenti*. Milano, Giuffrè, 1993, pp.1-27.

de tutela e, muito menos, de orientação do Governo ao CADE. É no interesse do próprio Estado – e da coletividade definida como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884 – que se fixa a independência organizativa (em relação ao Governo) e funcional (das decisões) do CADE. Por isso a lei prevê uma série de requisitos para as pessoas físicas titulares dos mandatos neste Conselho: notório saber, ilibada reputação, nomeação pelo Presidente da República, aprovação pelo Senado, regime de incompatibilidades, garantias do mandato, enfim, mecanismos que, em conjunto, foram concebidos para proteger os Conselheiros de interferências externas. Daí que a sujeição do Conselho, evidentemente, só se dá em relação à Lei, nunca ao poder hierárquico e diretivo da autoridade de governo.

Nem se diga que o modelo policêntrico e horizontal do chamado Estado Regulador descaracteriza o Estado de Direito e o princípio da separação de poderes, criando feudos decisórios arrogantes e arbitrários. Nada disso. Como bem pontua Alexandre Santos Aragão,

“Bem ao contrário disto, as competências complexas das quais as agências reguladoras independentes são dotadas fortalecem o Estado de Direito, vez que, ao retirar do emaranhado das lutas políticas a regulação de importantes atividades sociais e econômicas, atenuando a concentração de poderes na Administração Pública central, alcançam, com melhor proveito, o escopo maior – não meramente formal – da separação de poderes, qual seja, o de garantir eficazmente a segurança jurídica, a proteção da coletividade e dos indivíduos empreendedores de tais atividades ou por elas atingidos.”⁴

Cabe verificar, com base na Lei 8.884/94, o figurino administrativo de que se reveste o CADE para, a partir dele, extrair as conseqüências jurídicas em termos do grau de autonomia do ente e de sua eventual submissão às demais autoridades administrativas. Fique claro que a independência do CADE não se confunde com “soberania” e muito menos com a ausência de liames de coordenação com os diversos setores do Governo.⁵

⁴ Cf. Alexandre Santos de Aragão. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, Revista dos Tribunais, V. 786, p.32

⁵ Cf. Alexandre Santos de Aragão. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais, op. cit, p.12

Como deflui do artigo 3º da Lei da Concorrência, o CADE possui natureza jurídica autárquica, tendo sido criado com base na chamada *descentralização administrativa*. Este fenômeno pressupõe a criação de pessoa jurídica distinta da pessoa política que lhe dá origem. Por tal razão, pode-se dizer que o CADE possui *autonomia administrativa* e integra a *administração indireta*. Diante disto, **não existe hierarquia entre o órgão da concorrência e a administração direta**, mas uma relação que se pode dizer *horizontal*, delineada pela lei de criação da autarquia. Diferentemente, portanto, do que ocorre com a *desconcentração administrativa*, em que, nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não se verifica prejuízo à “unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado hierarquia”.⁶

Com efeito, a autonomia do CADE é desenhada pela própria Lei 8.884/94. Seu artigo 50 veicula aquilo que, em direito administrativo, se costuma denominar “ausência de subordinação hierárquica”. Prevê tal dispositivo que “as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”. Assim, manifestações decisórias do CADE só podem ser contrariadas por medidas judiciais. Não há, destarte, previsão de nenhum *recurso hierárquico impróprio* que legitime qualquer espécie de reavaliação das decisões desta autarquia.

Para salientar o grau da autonomia do CADE, de sorte a impedir a ingerência política do Poder Executivo sobre suas decisões, a Lei da Concorrência ainda prevê a existência de mandato fixo a ser exercido por seus dirigentes. Conseqüência de tal escolha legislativa é a impossibilidade de que os Conselheiros sejam exonerados livremente pelo Presidente da República, por não se ajustarem ao talante da *política de governo*.

Diante disto, cumpre asseverar que não se cogita, ao menos sob o prisma da legalidade, a hipótese de revisão administrativa das decisões do CADE por um outro ente administrativo. Bem assim, analogamente, não podem ser revistas decisões da administração direta, salvo nos casos estabelecidos pela própria Carta Magna.

É a partir desse marco institucional – que leva em consideração as significativas alterações sofridas pelo Direito Público com o aparecimento das “agências independentes”, da pluralidade de centros de poder coordenados

⁶ Curso de Direito Administrativo, 8ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1996, p. 81.

funcionalmente mas não hierarquizados estruturalmente – que se poderá vislumbrar, com facilidade, as respostas aos dois questionamentos iniciais deste voto.

II- A LEI 8.884/94 E A COMPETÊNCIA DO CADE PARA PREVENIR E REPRIMIR O ABUSO DO PODER ECONÔMICO. A DIFERENÇA ENTRE REGULAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.

Conforme já havia afirmado neste Plenário, quando proferi voto de vista no Ato de Concentração n.º 08012.007435/00-02, que envolvia o Banco Santander e a Patagon.com International, entendo que a Lei 8.884/94 *é aplicável a todos os setores da economia no que diz respeito à matéria concorrencial*, abrangendo, nos termos de seu artigo 15, *todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica*.

Naquele voto reafirmei o entendimento, já consagrado por este Plenário, de que o artigo 54 da Lei 8.884/94, que trata do controle preventivo do abuso do poder econômico (controle concorrencial de estruturas), *não estabelece exceções quanto aos atos que devam e os atos que não devam ser analisados pelo CADE*. Ademais, procurei esclarecer que o controle preventivo do abuso do poder econômico, exercido pelo CADE, nos termos da Lei 8.884/94 e com fundamento nos artigos 170 e 173, §4º, *não afasta a tarefa regulatória do BACEN em torno, inclusive, de aspectos concorrenciais*. Conforme afirmo, entendo que *a regulação do setor financeiro no sentido de produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas do setor financeiro e em busca da proteção da poupança popular, é exercida pelo BACEN, não havendo incompatibilidade alguma entre essa regulação (“prudencial”) e as funções de adjudicação da matéria concorrencial pelo CADE*.

Nesse sentido, procurei reforçar o entendimento deste Plenário de que *a competência do BACEN para autorização das instituições financeiras “a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (artigo 10, inciso X, letra “c”, da Lei 4.595/64), não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no artigo 54 da Lei 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, sendo que a primeira forma de controle (exercida pelo BACEN) se dá com base em aspectos específicos do setor financeiro, e a segunda forma de controle (exercida pelo CADE) se dá sob o prisma da defesa da concorrência*.

Quando se fala, em que pese a imprecisão do termo, em “risco sistêmico”, a ser evitado pela atividade regulatória do BACEN, o que se tem em mente, com certeza, é o risco no sistema financeiro. O policentrismo do Estado contemporâneo e a policontextualidade do direito moderno – expressões recorrentes entre os juristas que lidam com a temática da “sociedade de riscos” – não são compatíveis com a idéia de que possa haver, na política e na normatividade hodiernas, um Olimpo capaz de servir de vértice gerenciador de todos os riscos da sociedade. Por isso, o “risco sistêmico”, no plano das atividades do BACEN, só se refere ao sistema financeiro. É preciso ter em mente um sistema normativo constituído por uma pluralidade de ordenamentos setoriais e, nesse contexto, identificar o âmbito do BACEN. No seu campo, apenas o Banco Central, e ninguém mais – excetuadas as condições de direção política e a observância dos pressupostos legais e constitucionais – tem competência para opinar. Isso não significa, porém, controle de estruturas e condutas tendentes a reforçar o respeito às regras do jogo concorrencial. Quanto aos riscos concorrenciais (não de contaminação do sistema financeiro, mas de prejuízos à livre concorrência, aos consumidores e à coletividade), e, especialmente, quanto à aplicação da Lei nº 8.884/94, a competência, como se verá, é do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Não se cogita, por isso, de nenhum conflito de competências, mas sim de identificação de precisos e distintos âmbitos de validade normativa e de construção técnico-dogmática (sistema financeiro e direito concorrencial) e diferentes planos de operacionalização jurídica da ordem econômica (regulação prudencial e adjudicação concorrencial). Daí não se identificar nenhum eventual conflito de competências entre o BACEN e o CADE.

Assim, já havia sido consagrado, neste Plenário, o entendimento de que a competência do BACEN para regular o setor financeiro, nos termos da Lei nº 4.595/64, não se confunde com a atuação do CADE na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, exercida nos termos da Lei nº 8.884/94. **São, portanto, funções que possuem raios de atuação próprios e que se complementam.**

Em outras palavras, este Plenário, que, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.884/94, tem competência para “zelar pela observância desta Lei”, **em nenhum momento entendeu existir conflito de competência entre as competências atribuídas pela Lei nº 4.595/64 ao BACEN e aquelas atribuídas pela Lei 8.884/94 ao CADE.** Pelo contrário, este Plenário afirmou e reafirmou que se tratam de competências distintas e complementares, e aplicou a Lei nº 8.884/94, como não poderia deixar de fazê-lo, uma vez que prevenir e reprimir o abuso do poder econômico são competências atribuídas ao CADE.

Isto posto, reafirmo, mais uma vez, que, independentemente de se discutir, aqui, a vinculação do CADE ao parecer da AGU (do ponto de vista estritamente formal), ou, ainda, de se debater o mérito do parecer da AGU (do ponto de vista estritamente material), não compete a este Plenário refutar a interpretação dada pela AGU ao suposto conflito entre os dispositivos da Lei nº 8.884/94 e da Lei nº 4.595/64, sob o prisma das normas da Constituição Federal de 1988. Isto porque tal interpretação visa solucionar um conflito de competência entre o BACEN e o CADE que a AGU afirmou existir, mas, na verdade, inexistir. A este Plenário compete “zelar pela observância” da Lei nº 8.884/94, interpretando e aplicando os seus dispositivos, e, não dirimir supostos conflitos de competência entre órgãos da administração pública federal. A **função de regulação** econômica prudencial do setor financeiro, exercida pelo Banco Central, não se confunde, em nenhuma hipótese, no entendimento já registrado por este Plenário, com a **função de adjudicação** exercida pelo CADE na prevenção e na repressão ao abuso do poder econômico (atividades traduzidas como controle de estruturas e controle de condutas).

No que concerne à harmonização de competências na dimensão do controle de comportamentos, é imprescindível a correta interpretação do artigo 18, § 2º da Lei nº 4.595/64.

Tal dispositivo atribui ao BACEN a tarefa de, no exercício de fiscalização que lhe compete, **regular** as *condições de concorrência* entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena nos termos de referida Lei.

Não há como confundir esta competência com a **adjudicação** de matéria concorrencial no caso de condutas dos agentes do mercado. Esta norma, como em outra ocasião já aludida (Santander-Patagon), atribui ao BACEN a competência para **regulação** do setor financeiro, ou seja, para a produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas prudenciais⁷, ou seja, em busca da

⁷ A este respeito, são interessantes as considerações de Paulo Coutinho acerca da regulação prudencial exercida pelo BACEN, a qual possui como objetivos: “... promover práticas bancárias seguras e sólidas, promover a eficiência do setor bancário, zelar pela proteção aos depositantes e outros credores e manter a estabilidade dos mercados financeiros. Dentre estes, o mais importante é o último, que pode ser traduzido como preocupação em evitar falências de bancos que possam conduzir, através, por exemplo, do sistema de depósitos e pagamentos, a um colapso do sistema financeiro. Essa possibilidade é conhecida como risco sistêmico.” (COUTINHO, Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário, in: *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, CADE, 1999, pp. 214 a 215). Ver, ainda, sobre a distinção entre regulação e adjudicação,

proteção da poupança popular, da mitigação do risco sistêmico e do aumento da eficiência no setor.⁸ Por este motivo, o artigo em comento fala em regular as *condições* de concorrência. Trata-se de exercício administrativo *prévio*, que limita a livre iniciativa dos agentes do mercado em nome de valores setoriais prestigiados pela Constituição Federal (art. 192).⁹ Ora, o CADE não estabelece, *a priori*, em que *condições* dar-se-á a concorrência dos mercados – apenas **julga** atos concretos das empresas à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Dito de outro modo: o CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência no sistema financeiro. O CADE, apenas e tão somente, aplica a Lei nº 8.884/94. Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou. Sem clareza nessa distinção, impossível saber qual a competência do CADE e porque ela é perfeitamente compatível com a competência do BACEN.

Jean Paul Veiga da Rocha, Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: um modelo para o Brasil, São Paulo, mimeo, 2001. Trata-se de estudo produzido no CEBRAP, inclusive, com referências à jurisprudência do CADE e ao Parecer da AGU. Ver, finalmente, Paulo Todescan Lessa Mattos. Regulação Concorrencial dos serviços de telecomunicações e o provimento de acesso à Internet no Direito brasileiro *in* Comércio Eletrônico, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁸ Vale destacar que o artigo 11, VII, estende o poder de vigilância e fiscalização do BACEN ao mercado de capitais sobre as empresas que nele interfiram. Com efeito, o poder de fiscalização que o BACEN, como autoridade monetária, exerce tanto sobre o mercado financeiro como, mais restritivamente, sobre o de capitais gira em torno da segurança do Sistema Financeiro Nacional, da disciplina das questões técnicas do mercado de capitais e da proteção da poupança popular, exercendo o controle dos agentes econômicos que participam deste mercado.

⁹ Confira-se, a título de exemplo, o trabalho de Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva, premiado pelo IBRAC: “cresce a importância da atividade normativa regulamentar do Poder Executivo como um controle prévio das atividades setoriais. De certa forma, a novidade deste controle está no fato de ser realizado, principalmente, a priori, esvaziando a importância do típico controle, efetuado pelo Executivo, em face da já ocorrência de um caso individual e concreto (adjudicação). Passa-se a relevar, por consequência, um controle significativo e substancial, até mesmo como corolário da complexidade intrínseca na implementação da competição em setores específicos com alto grau de detalhamentos técnicos”. Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva. As Agências Reguladoras e a Defesa da Concorrência (Rev. do Ibrac, vol. 8, n. o. 2, 2001 p. 34). Ver, também, os excelentes estudos do ex-Presidente do CADE, Dr. Gesner Oliveira, contidos na obra Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo. São Paulo, Saraiva, 2001.

Com efeito, a coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. Trata-se, portanto, de um nítido controle *per se* – recorrente em setores regulamentados.

Isto significa que as condutas proibidas aos agentes financeiros já estarão previamente tipificadas, diferentemente, pois, do controle comportamental efetuado pelo CADE. No CADE, as condutas dos agentes não são julgadas exclusivamente com base em tipificações, mas a partir de verificação dos impactos concorrenciais destes atos. Pode-se dizer que enquanto a repressão de condutas no setor financeiro se dá a partir de tipos *fechados*, com similaridade em relação ao direito penal, no direito da concorrência há uma abertura normativa que torna necessária a conjugação entre a tipologia aberta do comportamento anticoncorrencial e a aferição do impacto concorrenciais das condutas. No direito da concorrência, há a verificação, caso a caso, da licitude dos atos dos agentes econômicos.

Desta forma, **um comportamento de determinada instituição financeira censurado pelas normas prudenciais pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94.** A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste.

Em suma, comportamentos reprimidos no âmbito financeiro podem ou não ensejar a reprimenda no campo concorrenciais. Bem assim, um ato perfeitamente legal à luz das normas prudenciais pode, agora sob o enfoque do direito da concorrência, ser censurado pelo CADE em nome da defesa da ordem econômica.

Não há, neste fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei nº 8.137/90.

Este Plenário não é, portanto, o foro competente para discutir a vinculação ou não do CADE ao parecer da AGU. Tal foro encontra-se no **Poder Judiciário**, que certamente poderá ser motivado a se manifestar sobre a questão. Este Plenário também não é o foro competente para interpretar qualquer norma estranha às normas constantes da Lei nº 8.884/94. Não é a sua função

administrativa dirimir conflitos entre normas - quando estes existirem em nosso ordenamento jurídico - que impliquem conflitos de competência. E, por fim, este Plenário não tem a competência para definir um modelo de articulação de competências entre órgãos administrativos que exerçam funções complementares (como é o caso do BACEN e o CADE). Tal competência é, única e exclusivamente, do **Poder Legislativo**.

É certo que essas questões são de grande importância não só para o CADE, enquanto órgão da administração pública indireta que goza de autonomia decisória para a **adjudicação** sobre as matérias de que trata a Lei nº 8.884/94 - pela qual deve zelar -, mas para todos os órgãos da administração pública federal que exercem funções de **regulação econômica** e que possuem, em lei, garantias de autonomia decisória. Porém, cabe ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo enfrentar tais discussões e questões, não a este Plenário.

Reconhecer agora um conflito de competência que este Plenário entendeu não existir, tendo consagrado o seu entendimento jurisprudencialmente, causará enorme insegurança jurídica aos administrados, podendo comprometer até a autonomia decisória do Conselho. Este Plenário vem aplicando a Lei nº 8.884/94 aos negócios jurídicos realizados entre instituições financeiras atingidos pelos seus dispositivos legais. Salvo mudança de entendimento do Plenário, todos os negócios jurídicos realizados entre empresas que exercem atividades financeiras atingidos pelo disposto no artigo 54 da Lei nº 8.884/94 deverão continuar a ser apreciados pelo CADE.

III – DESVINCULAÇÃO DO CADE AO PARECER DA AGU

Visto que, salvo melhor juízo, inexistente conflito de competências entre o BACEN e o CADE, não haveria razão técnica para que fosse dirimida a questão. Porém, como veio a lume o Parecer da douta Advocacia Geral da União, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e supondo, apenas para argumentar, que realmente houvesse qualquer conflito, é inevitável uma resposta à questão da submissão ou não, formalmente, deste Conselho ao referido Parecer. É o que será feito nos próximos parágrafos.

O Poder Executivo exerce, em relação às autarquias, aquilo que a doutrina majoritária denomina de *tutela* ou *controle administrativo*. Ocorre que tal *controle* tem seus limites fixados na própria lei criadora do ente integrante da administração indireta. No caso, a Lei nº 8.884/94 estabelece a independência do CADE, de modo a não deixar dúvidas quanto à ausência de subordinação do Tribunal da Concorrência em relação a outros entes da Ad-

ministração Pública. Neste sentido, vale citar a expressão, cunhada pela doutrina francesa, que ilustra claramente a questão: “*Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au delà des textes*”.¹⁰

A professora Odete Medauar, em brilhante monografia sobre o controle administrativo das autarquias, alerta para o fato de que “*Se a autoridade superior tivesse de exercer ação incessante sobre toda a atividade dos órgãos descentralizados, seria inútil aplaudir ou condenar a descentralização e não haveria interesse ou conveniência em recorrer tão freqüentemente a esse modo de gestão dos serviços públicos*”

(...) “*Descentralizar administrativamente quer dizer reconhecer a uma pessoa jurídica pública **independência** para atuar no âmbito e em vista de dos fins que lhe foram fixados*”.¹¹

Mais adiante, conclui a autora: “*Não há, então, poderes gerais de tutela; existem poderes particulares de tutela que a **lei** atribui a certas autoridades com fundamento na salvaguarda do interesse geral e na necessidade de assegurar unidade de direção na atuação de todas as pessoas administrativas descentralizadas*”.¹²

Desta forma, a relação travada entre a administração direta e o CA-DE tem de estar previamente estabelecida em lei, ou seja, é o legislador quem fixa os critérios relacionais entre uma e outra esfera. Com efeito, não é possível, do ponto de vista jurídico, que atos infralegais emitidos pelo Poder Executivo pautem a atuação de uma entidade independente, sem que, para tanto, haja expressa previsão legal autorizativa de tal atuação. Em outros termos, a administração pública direta não recebe um *cheque em branco* no seu relacionamento com as autarquias. Somente disposições legais *específicas* – sobre a *tutela administrativa*, que prevejam *a priori* a eventual *medida de controle* a ser adotada e sobre qual *assunto* poderá tal medida tratar – permitem a superposição da administração direta.

Neste sentido, o dispositivo da Lei Complementar 73/93, ao determinar que “O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial *vincula a Administração Federal*” (art. 40. §1º), deve ser interpretado restritivamente, de maneira a abranger somente a administração direta e aqueles entes da administração indireta que possuem autonomia limitada por decorrência de previsões específicas de suas correspondentes leis de criação, sob pena de lesão à Carta Magna.

¹⁰ Jean Rivero, Droit Administratif, Dalloz, 1952, p.278.

¹¹ Controle Administrativo das Autarquias, São Paulo, José Bushatsky – Editor, 1976, p. 65, grifos nossos.

¹² Idem, p. 68, grifos nossos.

Destaca-se que a administração indireta, ao lado da administração direta, possui raiz constitucional (art. 37). A *ratio* de uma previsão como esta é a de, exatamente, separar duas figuras distintas que nem o legislador, nem tampouco o administrador podem reunir num só corpo. A administração indireta – enquanto gênero, sendo a autarquia uma de suas espécies – não pode ter sua configuração, *em tese* e *a priori*, restringida, como se não fosse mais possível criar pessoa jurídica de direito público com autonomia própria. Uma reforma do modelo geral de organização administrativa do Estado só poderia ser levada adiante por meio de emenda à Constituição Federal. Mais: como poderia a Lei Complementar 73/93 versar sobre matéria de organização administrativa (do art. 37 da CF), considerando-se que se presta a regulamentar as competências da Advocacia Geral da União?¹³ Como prescrito na Carta Maior, “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de *consultoria* e *assessoramento jurídico* do Poder Executivo” (art.130). Assim, não é correto considerar que o dispositivo em comento se estende à administração indireta. No entanto, salienta-se que nada impede que leis específicas restrinjam, isoladamente, a independência de um ou outro ente autárquico, sem comprometer, é claro, a idéia constitucional de administração indireta.

A consideração de que o referido comando da Lei Complementar deve vincular a administração indireta importa, também, em reconhecer uma autêntica *delegação disfarçada* de competência legislativa ao chefe do Poder Executivo, porquanto este poderá, com a aprovação das sugestões e pareceres da AGU, configurar a organização administrativa da União ao seu bel-prazer, subordinando autarquias, fundações e empresas estatais criadas por leis específicas que tiveram o cuidado de detalhar o perfil administrativo de cada uma destas pessoas. O cuidado singular dispensado pela legislação a estas entidades não pode ser suprimido por um dispositivo genérico, que ignore toda a riqueza e a complexidade dos modelos jurídicos peculiares às respectivas pessoas de direito público, estabelecido nas leis esparsas. É o legislador quem decide, caso a caso, qual deve ser o limite de interferência possível do Poder Executivo sobre determinada autarquia. Por meio da interpretação mais lassa, o Presidente da República teria *perpetuado* seu poder para, quando *oportuno* e *conveniente*, limitar a atuação dos entes administrativos, sem que, para tanto, obtivesse autorização legal específica para exercer o controle.

¹³ O art. 1º da Medida Provisória 1.342/96 define a AGU como órgão de *assessoramento direto* do Presidente da República.

Deve-se realçar, nesta linha, que a *intervenção* da administração direta sobre uma autarquia somente é permitida “em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia”¹⁴. O que não ocorre no caso, uma vez que este Conselho, em nenhum momento, adotou postura de confronto em relação a qualquer ente da administração e, inclusive, tem entendido que a competência do CADE sobre questões concorrenciais que envolvam instituições financeiras harmoniza-se perfeitamente com a atuação do BACEN.

“Data maxima venia”, surpreendente e injustificável a afirmação, constante do Parecer/2000/00762/DEJUR/PRIRE, da douta Procuradoria do Banco Central do Brasil, de que as decisões deste Conselho em operações, envolvendo o sistema financeiro, traduziriam “flagrante desrespeito ao CADE aos entendimentos travados pelas duas autarquias” (fls. 11, item 48 do Parecer). Nunca, em momento algum, o CADE procurou anular ou deixar de observar qualquer entendimento com o BACEN sobre o tema concursal no setor financeiro, nem ofereceu tratamento conflitivo à matéria. Qualquer radicalismo, neste campo, pretendendo fazer da suposta sobreposição de competências em conflito a ser resolvido como um “jogo de soma zero”, vale dizer, “tudo a um ou a outro dos lados da contenda”, além de ingênuo seria ofensivo ao interesse público. Por isso, vale a pena reproduzir trecho de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAJ/Nº 491/2001) sobre o comportamento do CADE na matéria:

“Não há nos processos administrativos do BACEN nºs 9600680937, 9900969250 e 0001049912, que reúnem todos os pronunciamentos da autarquia bancária referidos nos itens 7, 8 e 9 supra e que correspondem ao material originalmente remetido a esta Pasta e à AGU ou posteriormente objeto da requisição formulada através do citado Aviso nº 583/AGU/SG-CS/2000 da AGU, qualquer elemento que objetiva e efetivamente caracterize, concretamente, conflito jurídico-interpretativo entre o BACEN e o CADE acerca das disposições insertas na Lei nº 8.884/94 à vista da Lei nº 4.595/64, mas exclusivamente iniciativas do CADE indevidamente recebidas, analisadas e tratadas pelo BACEN como “conflito” – exceção à manifestação relatada no item 7 supra, que nitidamente não teve conotação –, verificando-se mesmo que o BACEN, no item 48 do Parecer nº 2000/00762,

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *idem*, p. 89.

afirma que houve “flagrante desrespeito do CADE” aos entendimentos comuns que vinham sendo mantidos sobre a matéria: comentário desta espécie, data vênua, caracteriza imprópria presunção do BACEN no sentido (i) que a sua interpretação sobre a matéria – e apenas ela – está necessária e inquestionavelmente correta e, pior, (ii) que o CADE teria ciência do descabimento de sua interpretação e ainda assim prosseguisse na rota da ilegalidade!!!”. (item nº 10 do Parecer, fls. 7).

Ao contrário disso, o que a prática internacional tem demonstrado é a extrema necessidade de uma elevadíssima troca de informações e experiências entre setores encarregados da regulação prudencial e órgãos de defesa da concorrência. Confira-se, sobre o tema, a palestra de Anthony Cynrak no “Seminário Internacional Sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário”, com anais publicados pelo CADE e pela ASBACE, em 1999, especialmente pp. 260-261. Esse relacionamento, além de propiciar sinergia e racionalidade entre as agências do Estado, confere maior eficiência às decisões de ambos. Tanto o BACEN quanto o CADE sempre estiveram abertos e dispostos a esse diálogo.

Aliás, os Conselheiros do CADE, investidos das responsabilidades decorrentes do exercício de um mandato, não podem se escusar de aplicar a lei, quando entendam que deva ela ser aplicável, seja pelo compromisso ético assumido no desempenho de uma função pública seja, com maior razão, por instrumentalizar poderes tendo em vista a consagração do interesse da coletividade, consubstanciado na tutela da concorrência (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94).

Portanto, o Poder Executivo não pode se respaldar em *previsões genéricas* para adotar postura contrária à ordem legal e constitucional, vindo a reunir, em suas mãos, aquilo que a Constituição Federal separou, maculando, inclusive, o princípio da segurança jurídica.

Diferentemente, o BACEN não possui o mesmo grau de independência atribuído ao CADE, já que, conforme a Lei nº 4.595/64, está subordinado às decisões do Conselho Monetário Nacional, que é órgão da administração direta. Seus dirigentes não possuem mandato fixo, uma vez que são **demissíveis ad nutum** pelo Presidente da República (art. 1º do Decreto nº 91.961/85); suas decisões podem ser revistas pelo CMN (art. 3º, inc. XXVI, da Lei nº 4.595/64); e deve plena obediência às normas emanadas por aquele órgão (art. 9º, da Lei nº 4.595/64).

Assim, sob outro prisma, pode-se questionar a própria imparcialidade de um parecer aprovado pela administração direta em favor de um ente que lhe é subordinado (BACEN), em detrimento de uma autarquia independente (CADE).

A Lei Complementar 73/93 extrapolou seu campo material, que seria o da organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União enquanto – e tão-somente enquanto -- prestadora de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. É claro, neste sentido, o *caput* do art. 131 da Constituição: a lei complementar nele referida não deveria tratar de matéria atinente à organização administrativa como um todo, já que esta é tema do art. 37 da Constituição.

Isto posto, nem sequer há de se cogitar da hipótese de conflito de normas entre a LC 73/93 e a Lei nº 8.884/94. Esta última, como é sabido, concretiza o princípio da livre concorrência (Constituição, art. 170, IV) e o princípio da repressão ao abuso do poder econômico (Constituição, art. 173, § 4º). Atua, portanto, em campo material distinto da Lei que regulamentou a AGU. Insista-se: a LC 73/93 não pode ser interpretada como uma “super-lei”, espécie de complemento do Decreto-Lei 200/67, que, pairando sobre todas as outras leis específicas dos entes da Administração Indireta, redefine, cria ou extingue competências específicas desenhadas por cada uma delas. Admitir isto seria aceitar que ela tratou da organização administrativa como um todo, e não somente da organização e do funcionamento da AGU. Assim, das duas, uma: ou a LC 73/93 extrapolou seu campo material, incorrendo em inconstitucionalidade formal, ou o termo “Administração Federal”, utilizado ao longo de seu texto, deve ser entendido como “Administração Federal Direta”, como já sustentado *supra*. É preferível esta última interpretação, que preserva a lei, livrando-a da mácula da inconstitucionalidade.

Todavia, *ad argumentandum*, suponha-se que a LC 73/93 utilize a expressão “Administração Federal” em seu sentido mais amplo, abrangendo a Administração Indireta, e que se configure, entre aquela lei e a Lei nº 8.884/94, uma antinomia, já que esta última não cria nenhum tipo de restrição às competências do CADE. Sendo a LC 73/93 lei complementar, prevaleceria sobre a Lei nº 8.884/94, lei ordinária, por ser hierarquicamente superior? A resposta só pode ser uma: absolutamente não. É que já está por demais desgastada, no Direito Brasileiro, a tese da superioridade hierárquica da lei complementar. Não obstante a insistência de doutrina minoritária,¹⁵ à qual, implicitamente, se agarra a argumentação da Procuradoria do Banco Central e a

¹⁵ Hugo de Brito Machado, Posição hierárquica da lei complementar, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 14, nov. 1996, p. 19-22.

própria Advocacia-Geral da União, o que se reconhece é que a lei complementar tem assegurado, pela Constituição, um campo material determinado, que não pode ser invadido por lei ordinária. Trata-se de reserva legal qualificada (competência *ratione materiae*), e não de superioridade hierárquica. Como aponta Celso Bastos, a adoção do critério da hierarquia para a solução de antinomias “pressupõe a existência de um requisito básico, qual seja, a existência de um campo material comum”.¹⁶ Portanto, se não há campo material comum, não há que se discutir hierarquia. Lei complementar e lei ordinária nunca terão um campo material comum. Da mesma forma que a lei ordinária, por respeito à Constituição, não pode invadir o campo da lei complementar, a esta última é vedada a invasão do campo de atuação da lei ordinária. Ambas retiram sua validade diretamente da Constituição.¹⁷

Uma parte da doutrina sustenta uma posição intermediária, porém crítica da tese da hierarquia pensada em termos absolutos. Esta posição foi defendida, de forma pioneira, por José Souto Maior Borges, há mais de duas décadas.¹⁸ Para ele, pode haver situações em que a lei complementar subordina a lei ordinária: quando aquela primeira fundamenta a validade desta última. Entretanto, ressalta Souto Maior, é imprescindível perceber que a lei complementar resulta de um regime material e formal, nunca exclusivamente formal. Assim, sustenta ele, quando a lei complementar disciplina matéria de competência de legislação ordinária da União, extrapolando seu próprio campo material, ela é substancialmente lei ordinária, e pode ser revogada por outra lei ordinária.¹⁹

Em síntese: quando uma lei complementar e uma lei ordinária tratam da mesma matéria, duas situações básicas podem ser constatadas: (a) a matéria é reservada a lei complementar, devendo prevalecer a lei complementar, pois a lei ordinária, de forma inconstitucional, invadiu seara alheia; (b) a matéria não é reservada a lei complementar, devendo prevalecer a lei ordinária que seja posterior à lei complementar que extrapolou de seu próprio campo mate-

¹⁶ A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias, *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 26, p. 11-20 (trecho citado na p. 16).

¹⁷ A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias, p. 19. A inexistência de hierarquia é também defendida por Michel Temer e Roque Antonio Carrazza, citados pelo autor, p. 13. Geraldo Ataliba, inicialmente defensor da tese da hierarquia, mudou sua opinião em texto publicado na RDP 53/54-61, citado pelo autor, p. 12.

¹⁸ Lei Complementar Tributária, São Paulo, RT/Educ, 1975.

¹⁹ Lei Complementar Tributária, p. 27.

rial, inexistindo relação hierárquica entre elas, já que retiram sua validade diretamente da Constituição.

A argumentação de Souto Maior é adotada por José Afonso da Silva em seu consagrado livro *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.²⁰ Ao criticar Hugo de Brito Machado, para quem a lei complementar pode ser concebida em termos estritamente formais e é sempre hierarquicamente superior à lei ordinária, José Afonso da Silva utiliza um argumento irrefutável, que, apesar de longo, vale a pena transcrever:

“Na verdade, existem normas e princípios que autorizam a conclusão de que a lei complementar somente pode cuidar das matérias a elas reservadas pela Constituição. O art. 59, ao discriminar os atos legislativos, especifica separadamente lei complementar e lei ordinária, reconhecendo as duas espécies. O art. 61 também reconhece separadamente a ambas, a propósito do poder de iniciativa, e só se vai saber se o caso é de iniciativa de lei complementar se a matéria de que se trata exige tal tipo de lei, o que só se descobre pela indicação expressa da Constituição. Fora disso a matéria é de lei ordinária, pouco importa com que quorum em cada caso concreto ela foi aprovada. Uma lei não deixa de ser ordinária quando não se exige outra forma, mesmo que tenha sido aprovada pela unanimidade das duas casas do Congresso Nacional. Lei ordinária é tal não apenas porque é aprovada por quorum, mas também porque segue um procedimento ordinário, comum, conforme o disposto nos arts. 65 e 66, e de acordo com o princípio segundo o qual só depende de quorum especial (maioria absoluta, dois terços, três quintos) quando expressamente seja previsto em dispositivo constitucional (art. 47). E a Constituição expressamente dispôs que a lei complementar depende do voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional (art. 69). Que lei complementar? Só pode ser aquela que é expressamente indicada pela Constituição. Fora disso, como é que se vai reconhecer quando um projeto é de lei complementar para que se atenda ao disposto no art. 69, sem contrariar o art. 47? Só pela matéria indicada em dispositivo constitucional à competência de

²⁰ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2000. p. 247-250.

lei complementar. Demais, a admitir a doutrina do autor [Hugo de Brito Machado], ingressaríamos, nesse assunto, num mero nominalismo inconseqüente, porque bastaria pôr o nome num ato legislativo de 'lei complementar' para que tivesse essa natureza, sem nenhuma correspondência às exigências constitucionais; e estaríamos banalizando o conceito, podendo até supor uma situação radical em que viríamos a ter apenas leis complementares, e aí elas não seriam mais do que leis ordinárias, bem ordinárias.”²¹

Ora, sendo a Lei nº 8.884/94 posterior à LC 73/93, e por suposição – *ad argumentandum*, lembre-se – imaginando que esta última trata da Administração Indireta, a lei que transformou o CADE em autarquia derogou a Lei da AGU, ao conferir ao órgão antitruste um grau maior de autonomia do que aquele normalmente atribuído às autarquias e uma competência irrestrita para julgar condutas e estruturas que propiciem abuso do poder econômico. As normas da LC 73/93 que direta ou indiretamente afetem competências que não digam respeito exclusivamente às tarefas de assessoramento jurídico do Poder Executivo pela AGU podem ser revogadas por lei ordinária posterior. A competência do CADE, claramente traçada na lei antitruste, não pode ser objeto de avaliação pela Advocacia-Geral da União. Naquilo em que extrapola seu campo material, à LC 73/93, ao se contrapor à Lei nº 8.884/94, aplica-se, sem dúvida, a regra *lex posterior derogat priori*. E mais: sendo a lei do CADE específica sobre esta autarquia, ela prevalece sobre a LC 73/93, que trata, genericamente – e inconstitucionalmente, lembre-se – de órgãos e entidades da Administração Federal que não a AGU. Aqui encontra, também, plena validade a regra *lex specialis derogat generali*. Mais uma vez, admitindo-se a existência de antinomia, prevalece a Lei nº 8.884/94, posterior e especial em relação às normas da LC 73/93, que extrapolaram o seu campo material e, direta ou indiretamente, permitiram a alteração do rol de competências do CADE. Não há nenhum motivo, portanto, para sustentar que o parecer da AGU, aprovado pela Presidência da República, vincule ao CADE.

IV– O PARECER DA AGU

Sempre por amor ao debate e na tentativa de que não parem dúvidas sobre o entendimento abraçado neste voto, admitindo-se, “ad argumentan-

²¹ Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 249-250.

dum”, a existência de conflito de competências, algo deve ser dito, complementarmente, sobre o mérito do Parecer da AGU.

O parecer da AGU (§51), seguindo a argumentação do BACEN, parte da premissa de que a matéria relativa à concorrência entre instituições financeiras encontra-se incluída no artigo 192 da Constituição, que não traria um rol taxativo dos temas a serem tratados por lei complementar. Tal conclusão seria autorizada pelo termo “inclusive”, que aparece no caput do artigo. A Lei nº 4.595/64, recepcionada pela atual Constituição como lei complementar, trata do tema nos artigos 10º (X, “c” e “g”) e 18 (§2º). Como o art. 173, §4º, não proíbe que mais de um órgão estatal seja responsável pela repressão ao abuso do poder econômico (§68 do Parecer), a interpretação conjunta dos textos constitucionais citados levaria às seguintes conclusões: (a) a Lei nº 4.595/64 trata do tema de forma privilegiada, pois seu objeto é, lógica e funcionalmente, indissociável da regulamentação do sistema financeiro nacional; (b) a Lei nº 4.595/64, agora com força de lei complementar, por ser de hierarquia superior, prevalece sobre a Lei 8.884/94, lei ordinária, (c) a competência para aprovar atos de concentração de instituições financeiras e para regular as condições de concorrência entre elas é privativa do BACEN. Para reforçar o argumento, os pareceres AGU e BACEN citam a Lei 9447/97, que dá competência ao BACEN para determinar atos de concentração *ex officio*. Mas o parecer AGU não pára por aí. Para arrematar a argumentação, sustenta que, embora o BACEN “não tenha competência para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94, a Lei nº 4.595/64 prevê penalidades, inclusive para o caso de abusos de concorrência” (§74 do Parecer).

Cada passo da argumentação merece ser contestado separadamente. Começando pelo fim, é manifesta a pouca familiaridade do Parecer com os conceitos do Direito Concorrencial e do Direito da Regulação Econômica. Ao referir-se a “abusos de concorrência”, repetindo o vago e impreciso termo da Lei nº 4.595/64, e ao misturar a questão da “regulação de condições de concorrência” com a temática relativa ao **controle** de atos de concentração, o Parecer ignora duas distinções fundamentais. A primeira é a diferença entre **regular** e **julgar**. Ora, como se viu, o CADE exerce função de **adjudicação**, e não de **regulação**. O citado art. 18, §2º da Lei nº 4.595/64 não se relaciona com o “cerne da controvérsia”, para usar a expressão tão enfatizada no Parecer. A segunda é a distinção, no plano da adjudicação, entre controle de **condutas** e controle de **estruturas**. O que está em questão é o controle de estruturas, e não o controle de condutas, sugerido pelo referido art. 18. Ora, as penalidades aventadas no art. 44, §2º, “b”, referem-se ao mesmo art. 18 da Lei nº 4.595/64, o que sugere serem elas aplicáveis no controle de condutas, e não de estruturas. Admita-se: basta um simples exame da complexa processualística e

da variedade de condutas ilícitas anticoncorrencias expressas da Lei nº 8.884/94 para se perceber, ao compará-la com a Lei nº 4.595/64, que esta última não foi talhada para a defesa da concorrência. A lei que criou o BACEN não oferece, sequer minimamente, a construção de qualquer tipo jurídico-dogmático concorrencial. Fala, genericamente, em “abusos de concorrência”. Nem cita o cartel, que é a mais famosa das condutas anticoncorrenciais. Causa espécie que isto não seja um problema para o Parecer da AGU. Para ele, “o Banco Central, tendo em vista a competência genérica que lhe é atribuída pelo §2º do art. 18 da Lei nº 4.595/64 de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, tem ampla margem de discricionariedade para identificar os casos de infração às regras de concorrência do setor, podendo editar regras próprias ou valer-se de critérios constantes de outras leis, inclusive da Lei nº 8.884/94” (§81 do Parecer). Além de provar, definitivamente, que o Parecer confundiu **conduta** com **estrutura**, o trecho citado mostra, também, que ele se esquece, completamente, do princípio da tipicidade – os tipos das infrações são imprescindíveis, e não é o Banco Central, mas sim o legislador, quem pode criá-los. Entretanto, há que se ater, com a “devida venia”, ao contrário do que faz o Parecer da AGU, ao cerne da controvérsia: a Lei nº 4.595/64 também não tem procedimento nem critérios materiais concorrenciais específicos para avaliar atos de concentração, nem tampouco previsão de celebração de compromissos de desempenho (controle de estruturas). Nem poderia tê-los, já que sua preocupação não é concorrencial, mas sim prudencial. É isto o que importa para a discussão, o que, infelizmente, escapou à compreensão do Parecer.

O problema da hierarquia já foi discutido *supra*. Cumpre, neste ponto, somente retomá-lo para tratar das relações entre a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 8.884/94. Deve-se rechaçar, desde já, o argumento falacioso que tende a levar ao infinito o campo material da lei complementar regulamentadora do art. 192 da Constituição. Ao se interpretar a Constituição, convém não abusar das palavras. O fato de o caput do art. 192 conter o termo “inclusive” não significa que todo e qualquer assunto que se relacione ao sistema financeiro deva ser objeto de lei complementar. Como alerta José Afonso da Silva, o campo material de uma lei complementar não pode ser expandido de forma a banalizar o próprio conceito de lei complementar.²²

A Lei nº 8.884/94 está vocacionada a regulamentar o art. 170, IV e o art. 173, §4º, da Constituição – concretizar o princípio da livre concorrência,

²² Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 250.

combater o abuso do poder econômico, em todo e qualquer setor da ordem econômica. Nunca será demasiado lembrar que o princípio da livre concorrência é um dos princípios basilares da ordem econômica. Não há, nem no art. 170, nem em nenhum outro, uma previsão de isenção antitruste para o setor financeiro. Não é legítimo ao intérprete criá-la do nada, sem qualquer fundamento na ordem constitucional. O art. 192 não tem relação com o problema da concorrência. Ou melhor: ele tem tanta relação quanto qualquer outro que trate de uma atividade econômica ou de um serviço público específico. Com efeito, se um intérprete cheio de imaginação começasse a enxergar, nas leis setoriais que regulam atividades econômicas e serviços públicos, isenções antitruste implícitas, restaria completamente esvaziada a lei de defesa da concorrência e, conseqüentemente, o status constitucional do princípio da livre concorrência. Dito de modo direto: “hermenêutica” de tal ordem subverteria todos os fundamentos constitucionais da ordem econômica.

Considerando-se que o problema do suposto conflito de competências entre as duas autarquias está baseado na relação entre a Lei do Sistema Financeiro e a Lei da Concorrência, é possível trabalhar com quatro hipóteses:

1. Não recepção, pela CF de 1988, dos artigos da Lei nº 4.595/64 que tratam, pretensamente, de matéria concorrencial. A competência seria, então, do CADE.

2. Recepção com *status* de lei ordinária. Considerar que os dispositivos da Lei nº 4.595/64, efetivamente, veiculam matéria concernente à adjudicação do direito da concorrência tem como efeito a *impossibilidade* de que tenham sido recepcionados com *status* de lei complementar. Explica-se. A defesa da concorrência, na dimensão preventiva e repressiva, tem como fundamento constitucional os artigos 170 e 173, § 4º que não fazem referência à lei complementar. Não é razoável que o artigo 192 – ao esposar, de maneira exemplificativa, as matérias que devem ser reguladas pela lei complementar do sistema financeiro, permanecendo silente quanto à matéria de concorrência – seja interpretado de maneira a contemplar *implicitamente* referida matéria. Primeiramente, porque os dispositivos da ordem econômica encontram-se no mesmo Título (Da Ordem Econômica e Financeira) em que está presente o artigo 192. Aliás, não é lógico supor que o constituinte tenha desejado atribuir maior rigidez ao tema da concorrência no setor financeiro (necessidade de lei complementar), sem o fazer expressamente. Ainda por cima, imediatamente

após ter considerado que tal assunto seria tratado por lei ordinária (art. 173, § 4º da CF). Se considerou, repita-se uma vez mais, **expressamente**, que o tratamento da matéria concorrencial por meio de lei ordinária é a regra, como poderia o intérprete extrair do texto constitucional norma implícita de exceção – a qual exige maior rigor na veiculação de tal matéria?

Nem todo assunto sobre o setor financeiro deve ser considerado “*matéria do sistema financeiro*” que, por tal razão, tenha que ser veiculado, necessariamente, por lei complementar. Se assim fosse, aspectos de organização administrativa, de licitações, trabalhistas e concorrenciais somente poderiam ser veiculados mediante leis especiais. Daí decorreria um raciocínio teratológico: a impossibilidade de aplicação da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), da Consolidação das Leis do Trabalho, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei da Concorrência em relação a tudo que for relativo ao setor financeiro. Por mais este motivo, deve-se entender que a matéria de concorrência deve ser veiculada por lei ordinária. Mais uma vez, a competência seria do CADE.

3. Recepção da Lei nº 4.595/964 com status formal de lei complementar, mas substancialmente lei ordinária. Ainda que a matéria relativa à concorrência no setor financeiro seja considerada recepcionada *formalmente* com *status* de lei complementar, porquanto integrante do todo normativo da Lei 4.595/64, *substancialmente*, tal assunto possui reserva constitucional de lei ordinária, consoante acima explicitado.

Como se sabe, matéria de lei complementar não pode ser veiculada por lei ordinária. Já a afirmação contrária não é verdadeira, pois é até possível lei complementar tratar de matéria reservada à lei ordinária, uma vez que o quorum para aprovação da primeira (maioria absoluta) absorve o da segunda (maioria relativa). Entretanto, um tal tratamento não retira do tema adjudicação da concorrência o seu *status material* de lei ordinária, visto que esta característica decorre, diretamente, da Constituição, não sendo possível que a lei complementar “intrusa” desvirtue o texto magno, oferecendo-lhe nova interpretação. A consequência disso é óbvia: a possibilidade de revogação da lei formalmente complementar, mas materialmente ordinária, por outra lei ordinária.

A respeito, confira-se citação de Souto Maior Borges, já trazida à colação:

“Quando a lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência de legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é o rótulo, o nomen juris que caracterizará o fenômeno, nem tampouco o simples quorum de aprovação, a lei ‘complementar’ será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada – é claro – por outra lei ordinária editada pela União.”²³

Destarte, uma vez considerada revogada a lei do sistema financeiro nos dispositivos em questão, seria hipótese de competência do CADE.

4. Recepção da Lei nº 4.595/64 com status formal e substancial de lei complementar. Neste caso, não haveria revogação dos dispositivos da Lei 4.595/64 pela Lei 8.884/94, uma vez que ocupam raios materiais distintos, definidos pela própria Constituição: um pertencente à lei complementar e outro à lei ordinária. Seria possível admitir – e é, na verdade, o que parcialmente faz este voto, com expressa tomada de posição pela inexistência de conflito de competência – a hipótese de harmonia entre as funções do BACEN e as do CADE, já que os dispositivos versam sobre matéria de regulação do setor financeiro, no que toca à Lei nº 4.595/64, e à adjudicação da concorrência, em qualquer setor, respeitadas as especificidades regulatórias do sistema financeiro, pelo CADE.

Não é possível inferir que o controle de estruturas cabe ao BACEN por força do disposto na Lei 4.595/64, já que se trata de novo mecanismo adjudicatório da concorrência – que tem gênese em 1994, com o advento da Lei 8.884/94. Nem é possível dizer que o mecanismo de aprovação pelo BACEN das concentrações no setor exclui a sua apreciação pelo CADE, uma vez que não há, no caso, isenção concorrencial. Como restou demonstrado, o controle prévio das concentrações do setor – mecanismo de **regulação prudencial** – convive, harmonicamente, com a aprovação, “ex post”, efetuada pelo CADE sob o prisma da **adjudicação concorrencial**. É o que prevê, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicação. Aliás, os aspectos específicos do

²³ Lei Complementar Tributária, p. 27.

setor serão obrigatoriamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se “válvulas de escape” por meio da regra da razão. Aqui, o valor da concorrência não tem aplicação tão mecânica quanto em setores “normais” da economia. O que se deve afastar, de plano, é a idéia de uma isenção antitruste para o setor financeiro. É até possível que, em determinados setores da economia, a não incidência do direito da concorrência (controle de condutas e estruturas) seja parcial ou até mesmo total. Estes setores, por serem dotados de características específicas (imperfeições estruturais, limitação de recursos, abertura à exploração, privatização, etc), podem ter substituída a aplicação do controle de estruturas ou até mesmo de condutas pela utilização de mecanismos prévios de regulação. Entretanto, esta opção não pode ser pressuposta, já que a respectiva lei do setor deve adotá-la clara e expressamente, em nome de finalidades que a justifiquem. A leitura da Lei 4.595/94 não permitiria pressupor que há adoção de isenção antitruste. A hipótese de isenção requereria, além de sua previsão expressa (que não há), que não exista, na lei que a institui, tratamento material da **adjudicação** da concorrência, já que a questão seria resolvida, exclusivamente, sob a dimensão regulatória do setor (matéria financeira exclusivamente).

Quanto à suposta superioridade hierárquica da Lei 4.595/64, pouco há a ser acrescentado ao que já foi dito sobre a relação entre a LC 73/93 e a Lei 8.884/94. Lei complementar não é superior a lei ordinária, e insistir em dizer o contrário é desprezar o debate travado no Direito Público brasileiro. Porém, não importa. Não importa porque, como já foi sustentado, **não há conflito entre normas das leis 4.595 e 8.884**, já que aquela primeira não trata do controle concorrencial de estruturas, mas tão-somente do seu controle prudencial. Entender isto é entender a lição dos grandes mestres da teoria do Direito e do Direito Econômico, que já nos alertam, há muito tempo, para a necessidade de uma compreensão funcional do Direito. Grosso modo, temos que nos perguntar: para que serve a lei 4.595/64? Ela serve para promover a livre concorrência? Para quem estuda a lei e conhece a história da atuação do Banco Central no Brasil a resposta só pode ser “não”. Não se trata, como insinua o Parecer AGU, de especular sobre o melhor modelo, a partir da experiência de outros países. Não é isso, definitivamente. Trata-se, sim, de compreender que, no ordenamento jurídico brasileiro, o Banco Central exerce um controle de estruturas sob a ótica prudencial, enquanto o CADE, posteriormente, exerce o **mesmo** controle, mas numa perspectiva concorrencial. **As competências não são excludentes, nem do ponto de vista funcional, nem do prisma jurídico-formal.** Se isto for entendido, poder-se-á compreender que esta é a melhor interpretação possível, pois ela demonstra o caráter aparente da antinomia, preservando os textos de todas as normas envolvidas na querela. Re-

chaçar essa interpretação implica reconhecer uma antinomia insolúvel, para a qual nenhum critério hermenêutico reconhecido tem serventia. Cumpre, aqui, lembrar as sábias palavras de Bobbio:

“Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades:

- 1) eliminar uma;*
- 2) eliminar as duas;*
- 3) conservar as duas.*

[...]

“A terceira solução – conservar as duas normas incompatíveis – é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais freqüentemente. Mas como é possível conservar duas normas incompatíveis, se por definição duas normas incompatíveis não podem coexistir? É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, diferentemente, à eliminação da incompatibilidade. [...]

“Dissemos que o terceiro caminho é o mais usado pelos intérpretes. O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à conservação das normas dadas. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve acarretar prejuízo ao princípio de autoridade, segundo o qual as normas existem pelo único fato de terem sido estabelecidas.”²⁴

Vale a pena ainda transcrever a bela citação que Bobbio faz de Messineo:

²⁴ Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, EdUnB, 1989, pp. 102-104.

*“É estrito dever do intérprete, antes de chegar à interpretação ab-rogante (pela qual, num primeiro momento, optaríamos), tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz”.*²⁵

Dito isto, além de claramente equivocado, o recurso ao critério hierárquico para resolver o suposto conflito de competência entre o CADE e o BACEN é absolutamente desnecessário, assim como qualquer outro critério. Sendo aparente, e não real, o conflito entre as normas de competência, impõe-se o respeito às duas leis, e aos dois órgãos, com vocações distintas no direito brasileiro.

Outro argumento inaceitável – sempre com a “venia” dos respeitáveis entendimentos em contrário – é o de que a Lei nº 4.595/64 “é específica e, portanto, prevalece sobre a última (Lei nº 8.884/94), de caráter geral” (item 46 do Parecer/2000/00762/DEJUR/PRIRE, do Banco Central do Brasil). Por que a Lei do sistema financeiro seria especial e a Lei Antitruste geral? Especial e geral em relação a que matérias? Por que não o contrário: em relação à concorrência, a Lei Antitruste seria específica? Discussão análoga surgiu, doutrinariamente, em torno de se saber se a Lei de Privatizações não seria especial e a Lei de Defesa da Concorrência, supostamente, geral e, portanto, hierarquicamente inferior. Com o rigor e a precisão habituais, Fernando Herren Aguillar esquadrinhou com maestria a questão. Pela analogia e aplicação imediata no exame da relação entre a Lei do Sistema Financeiro e a Lei Antitruste, vale a pena transcrever o trecho do autor paulista:

“ O que nos parece inaceitável, em termos de raciocínio jurídico, é a sustentação do argumento da prevalência da lei especial em face da lei geral para o caso específico. A lei de defesa da concorrência é uma lei geral apenas no sentido de abranger a tutela das atividades econômicas como um todo. Mas é uma lei especial no que se refere à temática do controle dos atos que ameacem a ordem econô-

²⁵ F. Messineo, Variazioni sul concetto di ‘rinunzia alla prescrizione, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, XI (1957), p. 505 ss, *apud* Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 105.

mica, e abrange indiscutivelmente os atos de origem privada e estatal.

E isso é desempenhado em nome do princípio constitucional que impõe como dever do Estado zelar pela defesa da concorrência (art. 173, §4º da Constituição). E de maneira alguma a Lei 8.884/94 é uma lei geral em relação à Lei de Privatizações.”²⁶

Ora, a conclusão não pode ser diversa no exame da relação entre as Leis nº 4.595/64 e nº 8.884/94: a Lei Antitruste é especial no que se refere à adjudicação concorrencial das concentrações no sistema financeiro.

Por fim, cumpre explicar, sucintamente, porque não foi feliz a referência feita pelo Parecer AGU à Lei 9447/97, para supostamente reforçar o seu argumento. A Lei permite ao BACEN (art 5º) determinar atos de concentração compulsórios, como medida de proteção da economia pública, dos depositantes, investidores e demais credores, quando se verificar qualquer uma das hipóteses legais que justificam intervenção ou liquidação de instituição financeira. Trata-se de procedimento excepcional, voltado claramente para a preservação da higidez do sistema. Não pode ser usado, como fazem o BACEN e a AGU, para justificar uma suposta regra geral e normal de competência exclusiva do BACEN para aprovar atos de concentração de instituições financeiras.

E mais: como se trata de matéria de caráter **estritamente** prudencial, encontra-se, sem dúvida, incluída no âmbito material do art. 192 da Constituição, que exige lei complementar para tanto. Ocorre, porém, que a Lei 9447/97 é ordinária... Pior do que isso: veio ao mundo jurídico, originariamente, como medida provisória (MP 1470-16 de 1997). Vislumbram-se, portanto, na mesma, lei, duas inconstitucionalidades co-originárias, decorrentes de uma medida provisória e uma lei ordinária que invadiram, de forma ilegítima, o campo material de lei complementar. Não se trata, obviamente, sempre mantida a vênua, de um exemplo muito nobre para uma linha de argumentação que sacralizou a lei complementar.

V – MÉRITO

Superadas todas essas questões preliminares, abre-se caminho para análise do Ato de Concentração. A presente operação consiste na aquisição, pela Zurich Brasil Seguros S/A, 26% do total das ações emitida e em circulação do capital social da Brasmetal Industrial S/A, empresa

²⁶ Cf. Fernando Herren Aguillar. Controle social de serviços públicos. São Paulo, Max Limonad, 1999, p.278.

holding do Grupo Finasa. A Finasa Seguradora S/A é a empresa do Grupo Finasa que atua no mercado de seguros. O Grupo Zurich atua, da mesma forma, no mercado de seguros.

Defino o mercado relevante da operação, em consonância com os pareceres exarados na instrução do feito, como o mercado nacional de seguros. Considerando o mercado de atuação das Requerentes, verifica-se existência de concentração horizontal. Com a efetivação da operação, as Requerentes passarão a deter 1,2% do mercado relevante, uma vez que a Finasa ocupava a 22ª posição do ranking com 0,75%, enquanto que a Zurich ocupava a 29ª posição, com 0,45% de participação no mercado.

Entendo que o aumento gerado pela operação, não traduz aumento de poder de mercado, uma vez que se trata de um mercado competitivo, com a presença de fortes seguradoras, detentoras de considerável participação de mercado, tais como Itaú Seguros, Bradesco Seguros, Sul América, Porto Seguros, AGF, HSBC/CCF, dentre outros.

Considerando que a operação realizada não modifica substancialmente a estrutura do mercado relevante – dada o pequeno aumento de participação de mercado - e a presença de fortes competidores, entendo não haver possibilidade de exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado.

Desta forma, concluo que não estão presentes as circunstâncias previstas no caput do art. 54, ou seja, a operação não prejudica ou restringe de alguma forma a concorrência, razão pela qual voto pela sua aprovação, sem restrições.

Para concluir, em face da relevância dos temas aqui abordados e reconhecendo seu caráter polêmico, sugiro que seja remetido Ofício ao Banco Central reiterando a completa disponibilidade deste CADE para um entrelaçamento institucional capaz de resolver, definitivamente, pendência que gera insegurança aos administrados e que, do mesmo modo que não foi resolvida pelo douto Parecer da AGU – como, aliás o próprio documento reconhece: “*parece-me, em princípio, viável como medida para evitar futuros conflitos ou a continuação dos atuais*” (grifos nossos), referindo-se o Parecer à sugestão da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional para que a questão seja resolvida por **dispositivo de lei** – também não foi resolvida completamente por este voto.

É o meu voto.

Brasília, 12 de setembro de 2001

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator