

Ministério da Justiça**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Gabinete do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior

Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09

Requerentes: Banco Finasa de Investimentos S/A; Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participação de Representações.

Relatora: Conselheira Hebe Romano

**VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO
JÚNIOR****EMENTA:**

Conforme já ficou estabelecido nos votos da Conselheira Relatora e também nos votos de vistas dos Conselheiros Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, o presente feito trata da análise de contrato de associação entre as requerentes, no qual ficou estabelecido a obrigação das partes realizarem as providências necessárias para que se operasse nova configuração societária pela qual: 1. a Zurich será detentora de 50% do total do capital acionário emitido e em circulação da Zurich Brasil; 2. a Brasmetal e o Banco Finasa serão, em conjunto, detentores de 50% do total do capital subscrito da Zurich Brasil; e 3. a Zurich Brasil será a detentora de 100% do total do capital acionário da Finasa Seguradora.

Os pareceres acostados aos autos reconheceram que o mercado relevante é o da prestação de serviços de seguros, com abrangência geográfica nacional e, no mérito, foram favoráveis à operação.

Em seu voto, a conselheira relatora, após examinar o parecer da AGU/LA-01/2001, de 28/03/01, relativo a atribuição para a análise de atos de concentração entre instituições financeiras concluiu que:

“Assim, e tendo em vista estar dirimido o conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, nos termos do Parecer n.º AGU/LA-01/2001, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 05 de abril de 2001, publicado no Diário Oficial da União, Seção I, de 25 dos mesmos mês e ano, que expressa a “conclusão pela competência privativa do Banco Central

do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis”, decido que, nestes específicos casos, deve o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica remeter, imediatamente àquela Autarquia este Ato e todos os que estejam em apreciação no âmbito deste conselho, orientando ao Senhor Secretário de Direito Econômico do ministério da Justiça que proceda, de igual modo, em relação aos feitos que ainda estejam sob análise daquela Pasta, bem assim que, de agora por diante, oriente aos Representantes Legais das Instituições que àquela Secretaria dirijam peças na forma das disposições da Lei nº 8.884/94 que o façam diretamente na Autarquia – Banco Central do Brasil, em estrita observância à conclusão acima transcrita.”

Na sessão ordinária do dia 12 de setembro de 2001 o Conselheiro Celso Campilongo apresentou substancial e meditado voto reconhecendo a competência do CADE para apreciar, do ponto de vista da defesa da concorrência, a operação em análise. No mérito, aprovou o ato de concentração, sem restrições.

Em sessão ordinária do dia 26 de setembro o Conselheiro Roberto Pfeiffer apresentou seu voto de vista trazendo séria e consistente consideração sobre a questão, acompanhando o voto divergente do Conselheiro Campilongo e acrescentando algumas importantes distinções conceituais relevantes para a compreensão da complexa matéria.

Recém empossado no cargo de Conselheiro do CADE e diante de tão relevante matéria, com conseqüências que transcendiam, inclusive o próprio objeto estrito e imediato do ato de concentração analisado e que projetava implicações para o próprio desenho institucional e competências deste órgão, e talvez seja válido dizer, também de outras agências, entendi ser prudente emprestar, nos limites temporais e intelectuais que me são impostos a mais dedicada análise que estivesse ao meu alcance.

Como o tema é complexo, adotei também a divisão do voto em partes. Entendo que as questões relevantes a serem tratadas no caso são as seguintes:

1. O novo papel das agências regulatórias, o CADE e sua autonomia
2. A competência plena do CADE para a aplicação da lei 8.884/94
3. A complementariedade das ações dos órgãos reguladores e dos órgãos de defesa da concorrência
4. A competência do CADE para apreciar atos de concentração e condutas de instituições financeiras
5. A inexistência de superioridade hierárquica da Lei n.º 4.595/64 em relação à Lei n.º 8.884/94
6. A especificidade do setor financeiro
7. Os parâmetros legais impostos pelo direito positivo
8. As hipóteses de reestruturação compulsória do setor bancário pelo BACEN e o Regime de Administração Especial Temporária
9. O exemplo americano e europeu de competências concorrentes
10. O artigo 54, e parágrafo 2º. da lei 8.884/94 e o conceito de risco sistêmico
11. A competência do BACEN para definir as hipóteses de risco sistêmico
12. O juízo sobre o ato de concentração submetido a apreciação

O novo papel das agências regulatórias, o CADE e a idéia de autonomia

Não constitui novidade o fato de que o Estado Contemporâneo vem presenciando uma mudança significativa na forma pela qual organiza suas atividades. O processo de privatização intensificou ainda mais a importância do papel das Agências Reguladoras (em sentido lato) como mecanismo de controle e regulação das atividades do setor privado.

Em razão de tal fato, o Poder Executivo, claramente inspirado na experiência jurídica norte-americana, passou a fortalecer o papel e independência de autarquias já existentes além de criar diversas novas agências reguladoras que passaram a atuar em diversos ramos das atividades econômicas¹.

Já é conhecido no direito administrativo brasileiro o conceito de autarquia. Para Hely Lopes Meirelles, por exemplo:

¹ - Cfr. Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Agências Reguladoras e suas características”, Revista de Direito Administrativo, 218:71-91, out/dez, 1999, págs. 72/73.

“Autarquias são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.”

Continua: “A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo em ente autônomo, não há *subordinação hierárquica* da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera *vinculação* à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico.”²

Para cumprir este novo papel, as Agências, nelas incluída o CADE, com as peculiaridades que examinarei a seguir, passaram a contar com ainda maior *autonomia operacional*³. Algumas delas, de maneira expressa, vieram acompanhadas pela afirmação de princípios funcionais de independência, imparcialidade, impessoalidade e publicidade⁴. Outras, de maneira implícita, vieram a consagrar estes mesmos princípios através de sua natureza jurídica de autarquias especiais revestidas estruturas e garantias de independência que fazem presumir a incidência de tais princípios em sua forma de funcionamento.

Conforme aponta Hely Lopes Meirelles, conceituação de autarquia especial não é clara:

² *Direito Administrativo Brasileiro*, 13^a. edição, 1987, pág. 280 e 281.

³ Cfr. Também Caio Tácito, que ao comentar o artigo 5, I do decreto-lei 200/67 assim se manifestou: “Não se qualificou, porém, essa lei orgânica da administração pública federal, ou em qualquer outra, diferenciação entre autarquia comuns e autarquias de regime especial. Unicamente leis especiais têm facultado a certas autarquias um grau mais intenso de autonomia operacional”, In Parecer “Ensino Superior Oficial. Autarquia ou Fundação?”, Apud Mauro Roberto Gomes Mattos, op.cit. pág. 77.

⁴ - Cfr. Artigo 19 da Lei 9.472/97, que criou a ANATEL.

“Diante dessa imprecisão conceitual, é de se dizer que autarquia em regime especial toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar a sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública (...) O que posiciona a autarquia como regime especial são as regalias que a lei criadora lhe confere, para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, observadas as restrições constitucionais”⁵

Na mesma direção, Mauro Roberto Gomes de Mattos, salienta que:

“como autarquia sob o regime especial, as agências reguladoras possuem uma margem bem dilatada de independência e autonomia, definida sempre na lei que as institui, com poderes de supervisão, fiscalização e normatização das empresas as quais foram delegados os serviços públicos”.

Por fim, Arnold Wald chama também a atenção para o fato de que para que pudessem exercer adequadamente suas funções, as agências foram dotadas por lei de certa independência, que deve se manifestar em quatro dimensões, a saber: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira⁶. A estas poderíamos ainda acrescentar a independência jurídica, pela qual uma entidade pode agir por si mesma, não necessitando da intervenção de outrem para que pratique atos jurídicos de seu interesse⁷.

⁵ - Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26 a. edição, RT, pág. 333.

⁶ - Cfr. Arnold Wald e Luiza Rangel de Moraes, “Agências Reguladoras”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, no. 141, já/mar, 1999, pág. 146.

⁷ - Plácido e Silva assim a define: “A independência jurídica: é a que coloca a pessoa fora da autoridade de outrem para que possa agir por si mesma, não necessitando da intervenção de outrem para que pratique os atos jurídicos de seu interesse. É situação decorrente da capacidade jurídica, como a dependência demonstra a incapacidade. Em relação às instituições, a independência jurídica se apresenta como ausência de qualquer modo ou autoridade de outro órgão na sua administração, embora possa existir entre eles uma certa interferência de ordem administrativa, em virtude da qual

É fácil perceber que o CADE, embora não sendo uma agência, é dotada, por força da lei, das cinco dimensões de autonomia acima referidas. Deste modo, é a própria natureza jurídica do CADE como autarquia especial que lhe confere autonomia e independência derivadas de determinados aspectos de sua própria estrutura, bem como da sua própria natureza de órgão administrativo judicante.

Algumas legislações posteriores à lei 8.884/94, seguindo o mesmo sentido de ampliação da autonomia e independência das agências, expressamente preconizaram a independência administrativa e autonomia financeira. Tal é o caso das leis que criam a Agência Nacional de Vigilância (Lei no. 9.782/99) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Lei no. 9.472/97)⁸. No caso do CADE, a não-inclusão no corpo da lei que a institui de expressa previsão não implica o não-reconhecimento da incidência dos mesmos princípios. Antes o contrário, pelos motivos já expostos, o CADE, ainda mais que as outras agências mencionadas, está submetida ao regime autárquico especial que lhe confere autonomia e independência funcional.

O princípio da autonomia

Conforme já lembrado em votos anteriores dos Ilustres Conselheiros Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, a própria composição do CADE apre-

tenham que aturar ou agir em harmonia, na defesa de interesse comuns. É o caso dos poderes públicos, independentes e harmônicos entre si. Neles, como se evidencia, está a exata compreensão do sentido independência, na acepção jurídica, relativa às instituições: cada uma é independente no exercício das suas funções e atribuições, de modo que uma não investe no poder jurisdicional da outra. Mas é independência relativa, pois que entre si há uma interdependência que as orienta e harmoniza para a realização de objetivos e interesse comum.” (*Vocabulário Jurídico* De Plácido Silva, atualizado por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela, 13^a ed., Forense, pág. 425). Apud Mauro Roberto Gomes Mattos, op. cit., pág. 78.

⁸ - O parágrafo único do art. 4º da Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância deixou assente a sua independência administrativa: “Parágrafo Único – A natureza da autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.” Por sua vez, o §2º do art. 8º da Lei 9.472/97, também preconiza expressamente a independência da Agência Nacional de Telecomunicações: “2º - A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.”

senta requisitos especiais para os seus componentes, ou seja, idade superior a trinta anos, reputação ilibada e notório saber jurídico ou econômico (art. 4º, *caput*, da Lei n.º 8.884/94).

Outra dimensão de sua autonomia e independência é expressa na forma especial de nomeação de seus Conselheiros, exigindo-se a prévia aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, f, da Constituição Federal.

A lei prevê também a existência de mandato fixo, durante os quais o conselheiro não poderá ser afastado de suas funções, senão nas hipóteses excepcionais previstas no artigo no art. 6º da Lei n.º 8.884/94.

Por outro lado, é exigida a dedicação exclusiva dos conselheiros, sendo-lhes estabelecida uma série de vedações, constantes do art. 6º da Lei n.º 8.884/94, cuja evidente finalidade é a de garantir imparcialidade, independência e autonomia, condição necessária para a imparcialidade, independência e autonomia do órgão que integram.

Importante também notar que o CADE dispõe de Procuradoria também autônoma, chefiada por Procurador-Geral investido das mesmas prerrogativas de independência que os Conselheiros, a quem compete, dentre outras funções, “promover a execução judicial das decisões e julgados da autarquia” (artigo 10, II da Lei 8.884/94) e “defender (o CADE) em juízo” (artigo 10, I). A capacidade jurídica e postulatória direta da autarquia reforça ainda mais o seu desenho institucional forjado pelo princípio da autonomia, no caso, a autonomia jurídica. O mandato do Procurador-Geral constitui-se não em prerrogativa inútil ou desnecessária, mas sim mais uma garantia de que o órgão não se subordinará senão aos ditames da lei e das competências que esta confere ao órgão. Caso contrário, o órgão poderia ver frustradas suas decisões porquanto a execução judicial das mesmas estaria entregue a quem estivesse hierarquicamente subordinado a autoridade a ele estranha, possivelmente a própria Advocacia Geral da União. Mas isto não foi o que pretendeu e afirmou a norma sobre a concorrência em vigor. Note-se que a lei contempla até mesmo a possibilidade do CADE requerer ao Ministério Público Federal, órgão dotado da mais irrestrita autonomia dentro do Poder Executivo, que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas judiciais, no exercício da atribuição estabelecida pela alínea b do inciso XIV do art. 60. Da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (artigo 12, parágrafo único da Lei no. 8.884/94).

Observe, por fim, e isto também já foi salientado pelos votos mencionados, que um outro aspecto da independência do órgão reside no fato de que, nos termos do art. 50 da Lei n.º 8.884/94, “as decisões do CADE não

comportam revisão no âmbito do Poder Executivo”. Assim, nenhum outro órgão ou autoridade administrativa, sequer o próprio chefe do Poder Executivo Federal, poderá rever as decisões do CADE. Neste contexto, o Conselho é absolutamente soberano na interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência. Tal aspecto reforça mais uma vez a independência decisória do CADE, demonstrando, de forma definitiva, que o órgão é destinado a executar uma política de Estado (a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica) e não uma política de governo.

O corolário desta consideração, bem apontado pelo voto do Conselheiro Pfeiffer, e que afeta diretamente as conclusões contidas no Parecer nº AGU/LA-01/2001, é o de que “se não há como qualquer outro órgão ou autoridade rever *ex post* decisão do CADE a respeito de qualquer aspecto da legislação de defesa da concorrência, as suas deliberações não podem, igualmente, ser condicionadas *ex ante*. Em outras palavras: assim como o CADE não pode ter suas decisões modificadas por outros órgãos ou autoridades administrativas, nenhum deles pode, também, determinar o conteúdo que uma decisão ainda a ser tomada deverá ter.”

Seria oportuna, contudo, a indagação acerca dos limites desta afirmada autonomia. Aqui a pergunta a ser respondida seria a seguinte. Mesmo dotada de autonomia e independência, não estaria o CADE submetido a algum tipo de controle por parte da chefia da administração?

A resposta aqui merece qualificação. É certo, pelos motivos já elencados, que o CADE não está sujeito a controle hierárquico quanto ao mérito de suas decisões. Negá-lo seria o mesmo que desconstruir todas as garantias institucionais acima mencionadas e recusar-lhes a racionalidade para um julgamento imparcial e livre de pressões políticas, econômicas ou mesmo dos próprios interesses governamentais. Conforme salientado, o CADE é um órgão que realiza política de Estado e não de governo.

Seria então um organismo revestido de todas as garantias de autonomia funcional e administrativa derivada de suas funções quase judiciais.⁹

⁹ O seu grau de autonomia do CADE, mesmo antes da promulgação da Lei 8.884/94 que o transformou em autarquia e lhe conferiu ainda maior autonomia, foi expressamente comparado ao do próprio Ministério Público em parecer do então Consultor Geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer, posteriormente ministro do STF: “Por outro lado, é a própria decisão do CADE, no exercício da competência desse órgão colegiado, que o habilita a estar em Juízo, para a seqüência do procedimento repressivo.(...) Assim como o Ministério Público é titular da ação penal, assim o CADE é o

Apesar de suas funções quase judiciais, é certo que a autarquia está submetida a um tipo de controle autárquico.

Aqui mais uma vez entendo que se justifica a repetição de lição de Hely Lopes Meirelles, lembrada no voto do Conselheiro Pfeiffer, que me permito repetir:

“*Controle autárquico* é a vigilância, orientação e correção que a entidade estatal exerce sobre os atos e a conduta dos dirigentes de suas autarquias. Mas esse controle não é pleno, nem ilimitado. É restrito aos atos da administração superior e limitado aos termos da lei que o estabelece, para não suprimir a autonomia administrativa dessas entidades (...).

Sendo as autarquias serviços públicos descentralizados, personalizados e autônomos, não se acham integradas na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, mas tão-somente *vinculadas à Administração direta*, compondo, separadamente, a *Administração indireta* do Estado com outras entidades autônomas (fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por esse motivo não se sujeitam ao controle hierárquico, mas sim, a um controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando unicamente a mantê-las dentro de suas finalidades institucionais, enquadradas no plano global da Administração a que se vinculam e fiéis às suas normas regulamentares. É um controle de orientação e correção superiores, só apreciando os atos internos e a conduta funcional de seus dirigentes em condições excepcionalíssimas, autorizadas por lei”.¹⁰

titular da pretensão de promover judicialmente a repressão do abuso do ordinariamente o exercício da ação penal tem como suposto o inquérito policial sem que também, neste caso, se possa cogitar de recurso hierárquico, ainda que o Ministério público seja também órgão autônomo, integrante, enquanto tal, da Administração.”, (Processo n. 030/C/75 – PR n. 5.905/75), publicado in *Poder Econômico: exercício e abuso*, de José Inácio Franceschini e José Luiz de Azevedo Franceschini, RT, 1985. pág. 537.

¹⁰ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 24ª edição, atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, p. 317.

A conclusão a se impor após a leitura da citação é a de que o controle autárquico jamais pode se estender à matéria de mérito objeto de julgamento pela autarquia. Ora, a Lei n.º 8.884/94 claramente conferiu ao Plenário do CADE a competência para “zelar pela observância desta lei” (artigo 7º., I da Lei 8.884/94), “apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso” (artigo 7º., XII da Lei 8.884/94). É evidente que ao se cometer ao plenário do CADE o poder-dever para zelar pela observância da Lei 8.884/94, conferiu-se-lhe também, como decorrência lógica, o poder para determinar os casos que estão sob sua esfera de incidência. Tanto é assim que o mesmo artigo 7º. XVII da mesma lei afirmou competir também ao plenário do CADE “responder a consultas sobre matéria de sua competência”. Como seria possível responder a consultas desta natureza se não fosse possível ao CADE reconhecer a competência que lhe foi conferida pela própria lei por cuja observância cumpre zelar?

Poder-se-ia ainda imaginar que o CADE poderia ter suas decisões revisadas por outra instância administrativa que o vincularia. Contudo, tal hipótese não tem como prevalecer. Mesmo antes da promulgação da lei 8.884/94, tal questão já havia se colocado na doutrina e jurisprudência.

Em notável parecer sobre o assunto, aprovado pelo Presidente da República (Processo n. 030/C/75 – PR n. 5.905/75)¹¹, o então Consultor Geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer, posteriormente ministro do STF, analisando a *ratio* e finalidade do órgão, já salientava que mesmo na época em que o CADE ainda não era uma autarquia especial, dotada, portanto, de maior autonomia, ele deveria ser considerado “como um órgão autônomo, dotado daquelas peculiaridades inerentes a consecução de finalidades específicas que lhe são impostas por lei”.¹² Isto porque, segundo o entendimento oficial:

¹¹ Cujas ementa é a seguinte: “O CADE, como órgão autônomo, integrante da estrutura do Ministério da Justiça, está sujeito à supervisão ministerial prevista nos arts. 19 a 25 do Decreto Lei n.º 200/67. Entretanto, o processo específico de apuração e repressão de abuso do poder econômico no molde do sistema misto, administrativo-judicial, está exaustiva e completamente regulado, em todos os seus trâmites, na Lei 4.137/62 (arts. 26-71), não comportando incidentes, procedimentos ou recursos que não os previstos explicitamente. As decisões do CADE, nessa matéria específica, estão apenas sujeitas ao controle judicial necessariamente subsequente, não sendo suscetíveis de revisão por via de recurso hierárquico.”

¹² E continuava “O Decreto 64.416/69, que dispõe sobre a organização do Ministério da Justiça, deu como classes da estrutura básica do Ministério da Justiça: I – órgãos

“a variedade nas colocações estruturais do CADE no âmbito administrativo não altera o essencial de sua natureza administrativa e de suas atribuições legais. órgão autônomo, inclui-se no âmbito da Administração Direta, reconhecida, no entanto, a sua autonomia funcional para o pleno exercício de seu fim precípua, e esta finalidade que dá medida de sua autonomia, pois esta é sempre concebida, precisamente, para este pleno desempenho.(...) Sem constituir uma entidade da Administração Indireta, mas um órgão autônomo compreendido no quadro da Administração Direta, com grau de autonomia reconhecido compatível ao exercício de suas finalidades legais, a admissibilidade do recurso hierárquico, de seus atos e decisões, há de sofrer o temperamento de suas peculiaridades e a distinção imposta pela diversidade dos atos que pratica.”

Também sobre a possibilidade de supervisão pelos órgãos da administração o parecer já antecipava a tese que ora se defende:

“Essa opinião não exclui o pleno exercício do poder de supervisão ministerial, nas múltiplas formas e instrumentos de que dispõe, resguardada porem a matéria que, por lei, está exclusivamente submetida a apreciação do CADE e da instância judicial, numa relação de interdependência, e na conformidade dos princípios do sistema misto de repressão ao abuso do poder econômico, com que a lei foi concebida e que persistem incólumes, impondo-se aos seus interpretes.”¹³

de planejamento, orçamento e controle financeiro;II – Departamento de Administração; III – órgãos de Assistência Direta; IV – Órgãos consultivos e deliberativos; V – Órgãos operacionais de subordinação integral; VI – Órgãos operacionais autônomos. E dentre os últimos, assim discrimina: “ Art. 38. Sem prejuízo da supervisão ministerial, gozarão de relativa autonomia, os seguintes órgãos: I – Arquivo Nacional;II – Conselho Administrativo de Defesa Econômica; III – Departamento de Imprensa Nacional; IV – Departamento Nacional de Trânsito; V – Departamento de Polícia federal; VI – Ministério Público da União; VII – Ministério Público junto a justiça do Distrito Federal e dos territórios.”(...)

¹³ - parecer in Processo n. 030/C/75 – PR n. 5.905/75.

A questão da possibilidade de recurso administrativo (impróprio) das decisões do CADE, entretanto restou completamente superada em face do disposto no artigo 50 da lei 8.884/94, que vedou expressamente a revisão das decisões daquele órgão colegiado por outro órgão ou autoridade do Poder Executivo. Mais uma vez aqui se verifica a incidência da *rationale* que conferiu autonomia especial para esta autarquia especial com funções quase judiciais.

É apenas neste contexto que cabe verificar a interpretação conforme art. 40, § 1º da Lei Complementar n.º 73/93, que dispõe que “O parecer (*da AGU*) aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal”.

Já foi bem salientado no voto do Conselheiro Pfeiffer que “No caso específico do CADE, a interpretação conforme à Constituição que faço de tal regra é que a vinculação da autarquia a pareceres da AGU somente ocorre em relação às atividades típicas de sua área-meio, jamais àquelas concernentes à sua área-fim. Melhor explicando. Entendo razoável que em tudo o que diga respeito à área-meio, a autarquia deva respeito às interpretações emanadas da AGU e aprovadas pelo Presidente da República. Com efeito, cabe ao Chefe do Poder Executivo a supervisão administrativa das atividades das autarquias, a fim de que haja uma unidade de procedimentos administrativos.”¹⁴

Assim, é certo que o art. 40, § 1º da Lei Complementar n.º 73/93 não conferiu poderes à Advocacia Geral da União para impor ao CADE a forma pela qual deve interpretar a legislação de defesa da concorrência, aí incluída a própria esfera de sua incidência. Saliente-se que isto seria possível se houvesse lei que expressamente assim autorizasse. Esta não existindo, cabe ao intérprete do direito curvar-se à análise do sistema de normas positivas e sua *rationale*. E neste ponto, insisto, não há justificativas ou fundamentos legais para a interpretação veiculada pela AGU (Parecer n.º AGU/LA-01/2001).

Conforme foi bem ponderado em voto do Conselheiro Campilongo:

¹⁴ - o voto continua: “Não seria razoável, por exemplo, que o CADE viesse a interpretar determinado dispositivo da Lei de Licitações ou da legislação de pessoal de forma divergente dos demais órgãos do Poder Executivo, principalmente se for contrária àquela que a AGU fixou e o Presidente da República referendou.”

“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.”

A conclusão a que se chega, é a de que não pode o CADE acolher o argumento contido no parecer da Advocacia Geral da União de que o mesmo vincula suas decisões, senão sob pena de violação de seu dever de zelar pela observância da Lei 8.884/94, bem como renúncia ilegal de sua autonomia e competência para aplicá-la.

Seria um contra-senso que o CADE se vinculasse a qualquer interpretação legal emanada do Poder Executivo quanto à sua área-fim. Se este fosse o caso, qual seria o motivo da afirmação de sua autonomia e independência em seu desenho institucional? Não seria o caso de se ter mantido o CADE no âmbito da administração direta? Mas já foi visto que mesmo quando fazia parte da administração direta, manteve sua autonomia para a consecução de sua atividade-fim. Qual seria o próprio sentido do esforço do governo federal em criar Agências Reguladoras autônomas e estudar a criação de uma Agência Nacional da Concorrência, subtraindo as funções remanescentes do SNDC ainda vinculadas à administração direta (SDE e SEAE) e, portanto, mais próximas de seu controle direto e hierárquico?

A competência plena do CADE para a aplicação da lei 8.884/94

Também neste ponto entendo que os argumentos expostos pelos Conselheiros Roberto Pfeiffer e Celso Campilongo já examinaram detidamente e satisfatoriamente a matéria.

O artigo 15 da Lei n.º 8.884 estabelece de forma clara, a atribuição do CADE em efetivar a análise de atos de concentração de entes privados. Nele podemos ler:

“Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal”.

No mesmo sentido é o teor do artigo 54 da mesma lei que estabelece que devem ser submetidos à apreciação do CADE “os atos, de qualquer forma manifestados, que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”.

Frise-se que a norma não faz exceção ao setor bancário ou financeiro. De igual modo, também as condutas que infringem a ordem econômica não previram exceção para o setor financeiro. Isto significa que não encontramos na própria Lei n.º 8.884/94 nenhuma isenção ou imunidade antitruste para qualquer setor da economia ou espécie de prática comercial.

Caberia verificar, nos termos do roteiro do parecer da Parecer n.º AGU/LA-01/2001 se a Lei n.º 4.595/64 contém disposição que afaste a atribuição do CADE em examinar atos de concentrações envolvendo instituições financeiras.

A complementariedade das ações dos órgãos reguladores e dos órgãos de defesa da concorrência

Já foi afirmado nos votos de vista anteriormente mencionados, que existe importante distinção a ser feita entre os organismos estatais com fun-

ções de regulação (“prudencial”) e os órgãos com funções de adjudicação, como é o caso do CADE em matéria concorrencial¹⁵.

Ao contrário dos órgãos reguladores, que são destinados a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, o órgão de defesa da concorrência possui natureza não normativa, mas sim adjudicativa. Ademais, a sua perspectiva é geral e não setorial, elas não formulam políticas públicas, mas sim aplicam a lei de defesa da concorrência e suas sanções ex-post e não ex-ante e fiscalizam a obediência às regras estabelecidas na legislação de defesa da concorrência e não na legislação específica do setor ao qual pertence o agente econômico.

Não constitui ponto de controvérsia o fato de que a regulação prudencial, seja do setor bancário, seja de qualquer outro setor, jamais deve ser cometida ao CADE, seja pelos impedimentos formais legais, seja pelo seu desenho e finalidade institucionais, seja também, pela falta de aparelhamento para o desempenho de tal função.

Em contrapartida, os órgãos de regulação setorial tampouco poderiam exercer as funções próprias do CADE. Tal se dá, menos pela falta de *expertise* específica, (uma vez que é admissível presumir que também outros organismos altamente capacitados e especializados poderiam desempenhar tal função), mas sobretudo em razão da falta de previsão legal para tanto, uma vez que a Lei n.º 8884/94 comete tal função com exclusividade ao CADE.

Assim, a hipótese de imunidade ou isenção quanto à atuação do CADE, implicaria, na sistemática do direito brasileiro, em princípio, verdadeira isenção ou imunidade antitruste, hipótese não admitida pelo sistema legal. Voltarei a este ponto adiante, uma vez que a matéria ainda demanda outras distinções.

Em verdade, a experiência recente no setor de regulação e concorrência, inclusive setor bancário caminha na direção do estabelecimento de competências concorrentes, marcadas por alto grau de cooperação e interação.

É justamente este o modelo de coordenação entre as agências regulatórias que tem sido explicitamente adotado pelo sistema brasileiro com relação a Agências Reguladoras constituídas nos últimos anos, especialmente nos

¹⁵ A propósito veja os excelentes artigos de Jean Paul Veiga da Rocha, *Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: um modelo para o Brasil*, São Paulo, mimeo, 2001, gentilmente cedido pelo autor e 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.

setores de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, saúde suplementar, etc.

A competência do CADE para apreciar atos de concentração e condutas de instituições financeiras

Aqui mais uma vez acompanho os votos de vista que me antecederam.

Em primeiro lugar é oportuno deixar claros os pressupostos hermenêuticos para a interpretação das leis. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

“quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em interpretação sistemática (*stricto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. (...) A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca de deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil, etc.) e muito menos a sua concatenação imediata (nunca leia um só artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos).”¹⁶

Entendo viável e correto, do ponto de vista sistemático, compatibilizar os textos dos artigos 2º, 15 e 54 da Lei n.º 8.884/94 com o artigo 18 da Lei n.º 4.595/64, que trata do sistema financeiro nacional define as competências do Banco Central¹⁷.

¹⁶ - *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*, Atlas, 1988, pag. 262.

¹⁷ - Os dispositivos mais importantes são os seguintes:

“Art. 10 Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: VIII- exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar-lhes penalidades;

IX- conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

a) funcionar no país;

b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;

Dispõe em seu artigo 18, parágrafo 2º que : “O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrências entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta Lei.”

Os dispositivos acima mencionados tornam clara a competência privativa do BACEN para atuar plena e *privativamente*, inclusive autorizando atos de concentração e regulando as condições de concorrência entre as instituições financeiras, no âmbito da regulação prudencial.

Assim, a expressão “competete privativamente”¹⁸ é utilizada no sentido de afastar a atribuição de qualquer outro órgão regulador. Ela não exclui, contudo, a competência complementar do CADE para, da perspectiva do direito concorrencial e adjudicativa, apreciar um mesmo ato de concentração,

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou imobiliários;”

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

§ 1º Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta Lei no que for aplicável as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrências entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta Lei.”

¹⁸ Interessante neste contexto, a diferenciação entre competência exclusiva e competência privativa feita por José Afonso da Silva, *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 16ª ed., 1999, p. 481: “*Quanto à extensão*, ou seja, quanto à participação de uma ou mais entidades na esfera da normatividade ou da realização material, vimos que a competência se distingue em: a) *exclusiva*, quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais (art. 21); b) *privativa*, quando enumerada como própria de uma entidade, com possibilidade, no entanto, de *delegação* e de *competência suplementar* (art. 22 e seu parágrafo único, e art. 24 e seus parágrafos); a diferença entre a exclusiva e a privativa está nisso, aquela não admite complementariedade nem delegação (...).”

analogamente ao que já ocorre, com a diferença de que através de legislação mais clara, que não demanda maiores esforços hermenêuticos do interprete da lei, com o setor de telecomunicações. Neste caso, claramente a ANATEL desempenha as funções de órgão regulador prudencial, podendo inclusive levar em consideração aspectos concorrenciais, e o CADE, desempenha a função adjudicativa.

Mais uma vez aqui vemos as semelhanças entre a ANATEL e o BACEN. Ambos organismos exercem função reguladora prudencial e executam políticas de governo e não, como é o caso do CADE, políticas de Estado.

Deste modo, na linha das conclusões dos votos de vista já indicados, existe uma clara divisão de competências. Nas palavras do Conselheiro Roberto Pfeiffer: “o BACEN poderá efetivar uma análise de natureza regulatórias no marco das suas atribuições de fiscalização e da aplicação da política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Ademais, a sua racionalidade levará sempre em conta a circunstância de evitar qualquer risco sistêmico, detendo, para tanto, informações exclusivas, que nenhum outro órgão estatal possui. É dentro deste espectro que se entende as suas funções de analisar atos de concentração e regular as condições de concorrência, aplicando as normas da legislação específica do setor bancário para sancionar eventuais infrações a tais regras.”

Desta maneira, entendo que não existe conflito de competência, mas sim complementaridade de atribuições. Trata-se de uma clara situação de conflito aparente de normas, que exige do hermeneuta um esforço integrador.

A inexistência de superioridade hierárquica da Lei n.º 4.595/64 em relação à Lei n.º 8.884/94

O argumento contido no parecer da Parecer n.º AGU/LA-01/2001 e também em alguns trabalhos doutrinários¹⁹ de que existiria uma superioridade hierárquica entre a Lei n.º 4.595/64 frente à Lei n.º 8.884/94 também não merece prosperar.

O assunto também já foi amplamente analisado nos votos de vista anteriores. O argumento básico do Parecer n.º AGU/LA-01/2001, é o de que as disposições da Lei n.º 4.595/64 que versam sobre concorrência foram recepcionadas como lei complementar, somente podendo ser derogadas por outra

¹⁹ Cfr. “O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor nas operações financeiras”, de Arnold Wald, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, no. 10, págs. 13/34.

lei complementar. Assim, a Lei n.º 8.884/94, por ser de natureza ordinária, e portanto hierarquicamente inferior, não poderia afastar a competência do BACEN para examinar o sistema financeiro, privativamente, também da perspectiva concorrencial.

Sumarizando seus principais argumentos pode-se afirmar que não é aceitável a tese segundo a qual as leis complementares estabeleceriam superioridade hierárquica frente a leis ordinárias. Conforme já foi apontado em votos que me antecederam, com auxílio das lições de José Afonso da Silva e Souto Maior Borges²⁰, uma lei formalmente complementar nem sempre será, no todo ou em parte substancialmente complementar. A natureza complementar de uma norma se limita àquilo que nela versar sobre matéria reservada a disciplina por tal espécie de lei. Uma lei formalmente complementar que versar sobre assunto estranho a sua previsão (de lei complementar) terá a nature-

²⁰ “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 lei complementar”. in José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 247-248. No mesmo sentido, Souto Maior Borges: “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” (*Lei complementar Tributária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p. 27).

za de lei ordinária, somente prevalecendo sobre outra lei ordinária se atendido outros requisitos de que regulam a interpretação das leis.

Ora, a Lei n.º 4.595/64, apesar de anterior à Constituição Federal (artigo 192) de 1988 foi recepcionada como lei complementar. Contudo, nem todas as suas disposições possuem natureza de norma complementar. Vários de seus dispositivos já foram reconhecidos como tendo natureza de leis ordinárias, conforme já reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal²¹

Deste modo em face do disposto no artigo 173, § 4º da Constituição Federal, que estabelece que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, entendo que as normas que dizem respeito ao controle de atos de concentração e à fixação das regras gerais de concorrência possuem natureza de norma ordinária.

Nas palavras do Conselheiro Roberto Pfeiffer, “como se extrai da leitura de tal dispositivo, não houve menção à necessidade da matéria ser regulada por lei complementar. Desta maneira, não importa o *quorum* com que tenha sido aprovada ou a natureza com que tenha sido recepcionada a lei que as contenha, sempre as regras que disponham sobre a proteção da ordem econômica possuirão natureza de lei ordinária. Neste contexto ordinária é a natureza da Lei n.º 8.884/94, assim como ordinária é a natureza das normas da Lei n.º 4.595/64 que dispõem sobre a defesa da concorrência.”

Assim, se conflito houvesse que não pudesse ser resolvido pela mera interpretação sistemática das leis, seria de rigor reconhecer que a lei posterior (lei 8.884/94) teria revogado os dispositivos que lhe fossem contrários.

As conclusões até aqui expostas não discrepam dos votos de vista já indicados. Entendo, contudo, que nem todos os problemas e questões suscitados se resumem aos pontos até agora apreciados. Cumpre avançar na análise do sistema legal e seus fundamentos.

A especificidade do setor financeiro

Vários autores têm chamado a atenção para o fato de que o sistema financeiro apresenta peculiaridades importantes que o distinguem dos demais setores da economia. Assim, em que pese o fato de que há vários modelos de desenho institucional que conferem competência complementar para órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras (“prudenciais”) em diversos

²¹ STF – ADIN n.º 449 – Relator: Ministro Carlos Velloso.

países industrializados, demonstrando que esta arquitetura institucional longe de ser inadequada, anacrônica, superada, ou ineficiente, constitui a tendência mais forte em países capitalistas centrais, é necessário analisar dois aspectos com atenção: 1- As peculiaridades deste setor da atividade econômica e 2 - os parâmetros legais impostos pelo direito positivo. Passo a analisar estes dois aspectos.

É necessário reconhecer a existência de determinadas peculiaridades do setor financeiro se comparadas a outros setores regulados da economia. São justamente estas peculiaridades que têm justificado o surgimento de um desenho e aparato institucionais próprios para a regulação do setor financeiro. São estes mesmos motivos que estão por detrás de algumas opções institucionais dominantes em alguns países capitalistas que adotaram o modelo de não-complementariedade entre o organismo encarregado da regulação prudencial do setor e o órgão encarregado da defesa da concorrência²².

A pergunta a ser aqui respondida seria a seguinte: Por que os bancos são especiais? Charles Goodhart e outros²³, ao comparar o setor financeiro bancário ao setor financeiro não-bancário, chamam a atenção para o fato de que:

“a *rationale* para a regulação, e a forma que a regulação deve tomar, difere significativamente entre serviços financeiros bancários e não-bancários, especialmente (como no caso de pensões, seguro e seguro de vida) quando contratos de longa duração estão envolvidos. De maneira especial, questões sistêmicas são centrais na regulação dos bancos, mas elas são muito menos significativas para serviços financeiros não-bancários, ao passo que questões de proteção do consumidor são comparativamente mais importantes nos últimos. (...) Os bancos ocupam uma posição central na economia por duas razões principais: eles

²² - Por exemplo Alemanha, Espanha e Turquia. Cfr. Gesner de Oliveira e Carlos Jacques Gomes, "Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário", relatório de pesquisa, FGV-SP, 2000 e Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Committee on Competition Law and Policy (DAFFE/CLP. "Mergers in financial services", 20.09.2000, www.oecd.org.

²³ - *Financial Regulation. Why, how and where now?*, Charles Goodhart, Philipp Hartmann, David Llewellyn, Liliana Rojas-Suárez e Steven Weisbrod, Routledge-Bank of England, 1999, pags. 10.

são a única fonte de financiamento para um grande número de emprestadores e, mais importante, eles administram o sistema de pagamentos. Se o sistema bancário é posto em perigo, uma crise financeira é mais séria do que seria com outros setores do sistema financeiro (...) A interconexão dos bancos é muito maior do que em outras indústrias, de modo que a crise de um banco pode causar perdas para outros bancos interconectados”

Esta natureza especial do setor bancário tem justificado a criação de sistemas especiais para controle de crise. Exemplo disto pode ser encontrado no próprio sistema que regula as liquidações extrajudiciais de instituições financeiras, que não ficam submetidas à disciplina geral da Lei de Falências.

Em grande medida as diferenças do setor financeiro decorrem da existência do assim chamado risco sistêmico no interior do sistema financeiro.

Segundo Ross Cranston²⁴:

“risco sistêmico é claramente vislumbrável na regulação de instituições bancárias e financeiras. Enquanto existe uma preocupação com a proteção dos depositários contra perdas decorrentes de quebras de instituições individuais, a política pública está também preocupada com a confiança no sistema como um todo. Parte da sabedoria convencional em sistema bancário reside no fato de que a quebra de uma instituição pode se alastrar e comprometer outras instituições. Isto é o risco sistêmico. Ele é separado de outros riscos relativos a bancos individuais - riscos de crédito, riscos de mercado, riscos políticos e assim por diante (...) O risco sistêmico deriva em parte das ligações interbancárias (*linkages*). (...) Em parte também, o risco sistêmico deriva das ligações interbancárias através do sistema de pagamentos. Por fim, existe o risco sistêmico por causa da percepção pública de que outros bancos estão na mesma posição como suspeitos ou bancos quebrados. Há uma corrida para os bancos conforme o público muda para bancos reconhecidos como mais fortes, ou há uma corrida

²⁴ - Ross Cranston, *Principles of Banking Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pag. 71

para sacar dinheiro. Estes bancos podem ser perfeitamente saudáveis, mas irão enfrentar uma crise de liquidez se houver uma corrida para retirada de depósitos”.²⁵

Ainda que existam diversas técnicas regulatórias destinadas a minimizar ou eliminar o perigo do risco sistêmico, é certo que ele existe em maior ou menor escala em todo os sistemas bancários capitalistas mundiais²⁶.

Esta tem sido a *rationale* econômica para a justificação da entrega do controle do setor bancário exclusivamente aos bons critérios regulatórios e técnicos dos encarregados pela regulação prudencial do setor bancário. No caso brasileiro, este tem sido o argumento econômico recorrente para justificar que o controle concorrencial dos bancos fique cometido com exclusividade ao BACEN. Esta razoável *rationale* econômica tem estado subjacente, inclusive, em certas argumentações jurídicas, algo forçadas, em favor da competência exclusiva do BACEN para atuar no mercado financeiro, afastando-se a competência concorrente do CADE, que acabo de examinar²⁷.

²⁵ - idem pag. 72. Numa outra definição, o risco sistêmico seria: “the risk that an event will trigger a loss of economic value or confidence in, and attendant increases in uncertainty about, a substantial portion of the financial system that is serious enough to quite probably have significant adverse effects on the real economy. Systemic risk events can be sudden and unexpected, or the likelihood of their occurrence can build up through time in the absence of appropriate policy responses. The adverse real economic effects from systemic problems are generally seen as arising from disruptions to the payment system, to credit flows, and from the destruction of asset values.” Group of Ten, *Report on Consolidation in the Financial Sector*, Bank for International Settlements, Basel, January 2001, p. 126.

²⁶ Neste sentido também a opinião de Luiz Edson Feltrim, Chefe do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do BACEN (...) “Uma das preocupações é evitar riscos sistêmicos. A quebra de um grande banco poderia trazer conseqüências imprevisíveis. A atuação da autoridade reguladora, supervisora e concedente procura evitar isso. Há uma preocupação com os depositantes e com os poupadores, que devem ter a certeza do retorno do valor aplicado.” in *Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, pag. 94.

²⁷ - Segundo estudo recente da OCDE, “*Relationship Between Regulators and Competition Authorities*” (elaborado pelo seu *Committee on Competition Law and Policy*, em 24 de junho de 1999, e disponível no site www.oecd.org), a experiência internacional em matéria de defesa da concorrência demonstra que os órgãos de defesa da concorrência têm melhores condições técnicas de investigar condutas anti-concorrenciais e controlar preventivamente atos de concentração econômica, do que órgãos de regulação setorial. Esse tipo de arranjo institucional, que permite, em nome daquele balanceamento, uma intervenção conjunta da autoridade antitruste e da auto-

O argumento é ponderável e consistente e merece ser analisado seja da perspectiva econômica, seja da perspectiva do direito econômico, própria do CADE, órgão com funções adjudicativas.

Do ponto de vista econômico, é necessário tornar claro que a peculiaridade do sistema bancário o faz objeto de especial preocupação por parte das políticas de governo. Vale insistir mais uma vez, contudo, que o reconhecimento da existência do risco sistêmico e outras características do sistema financeiro, a exigir, por exemplo, especial celeridade e sigilo no processo decisório, não têm implicado, necessariamente, no afastamento da competência da autoridade antitruste para o exame de condutas e atos de concentração em outros países, como se verá em seqüência.

Cabe agora analisar os parâmetros legais impostos pelo direito positivo e sua relação com o conceito de imunidade e isenção antitruste.

Os parâmetros legais impostos pelo direito positivo

É necessário discutir, inicialmente, se as expressões “imunidade antitruste” e “isenção antitruste” se prestam ao entendimento do problema em questão.

Na tradição da dogmática brasileira, as categorias são de uso corrente no Direito Tributário, no debate sobre a competência tributária, definida como “a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos”²⁸, o que inclui a descrição das hipóteses de incidência, sujeitos ativos e passivos, bases de cálculo e alíquotas.

As regras de imunidade são encontradas na Constituição. Já a isenção tributária, outrora definida pela doutrina tradicional como “dispensa legal

ridade reguladora prudencial do setor financeiro, é adotado, com variações, na Austrália, no Canadá, na Alemanha, na Suíça e no Reino Unido (ver o Relatório da OCDE, intitulado *Mergers in Financial Services*, de setembro de 2000, elaborado pelo seu *Committee on Competition Law and Policy*, disponível no site www.oecd.org. Sobre o Canadá, ver também a publicação *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, que traz conferências e debates do evento com o mesmo nome realizado em março de 1999, em Brasília, pelo CADE e pela ASBACE – Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais).

²⁸ Roque Antônio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 266.

do pagamento do tributo”, é conceituada pela doutrina moderna como “hipótese de não-incidência tributária, legalmente qualificada”²⁹. A distinção é relevante, uma vez que a definição moderna assume que não ocorre o nascimento do tributo. A regra que estipula uma isenção presume a inexistência de imunidade, obviamente. As várias técnicas de criação de isenção são veiculadas por legislação infraconstitucional. O que é importante ressaltar, nos dois casos, é que não se admitem imunidades nem isenções implícitas. A imunidade deve ter sido estipulada expressamente pelo constituinte. A isenção, pelo legislador infraconstitucional.

Se acolhida a analogia com as categorias do Direito Tributário, pode-se dizer que uma regra de imunidade antitruste seria aquela mediante a qual o constituinte teria excluído das pessoas políticas a competência para criar regras antitruste para estruturas e condutas de determinado setor econômico. Tal setor privilegiado contaria com uma imunidade antitruste até que uma emenda constitucional eventualmente a extinguisse.

Já a regra criadora de isenção antitruste resultaria de um texto legal que excluísse determinado setor econômico do regime jurídico da lei antitruste. Em outras palavras, as condutas e estruturas do setor abrangido pela isenção antitruste não poderiam ser juridicamente contestadas nos termos substanciais e procedimentais da legislação de defesa da concorrência, qualquer que fosse o órgão responsável pela sua aplicação.

É importante ressaltar isso: como até aqui definida, isenção antitruste implica não somente a exclusão da avaliação de estruturas e condutas da competência do CADE, mas também de todo e qualquer órgão apto a aplicar a legislação de defesa da concorrência.

A este conceito forte de isenção antitruste pode-se contrapor um conceito fraco de isenção, para identificar um modelo institucional em que uma lei de defesa da concorrência é aplicável a determinado setor, mas esta aplicação não é da competência do órgão antitruste, mas sim da agência reguladora. Segundo este conceito, denominado, aqui, de fraco, um determinado setor da economia estaria marcado por uma isenção antitruste porque sua agência reguladora teria competência exclusiva para julgar e punir estruturas e condutas anticoncorrenciais – o que excluiria, portanto, a competência do CADE.

Admitidas estas convenções conceituais, pode-se enfrentar a seguinte questão: segundo o direito vigente, qual a competência do CADE para o

²⁹ Roque Antônio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, ob. cit., p. 377.

juízo de estruturas e condutas de empresas componentes do sistema financeiro nacional?

A primeira constatação a ser feita é a seguinte: o constituinte não criou nenhum tipo de imunidade antitruste. Não há, na Constituição, nenhuma norma que o faça³⁰. Muito pelo contrário, o princípio da livre concorrência é um dos princípios gerais da atividade econômica (CF art. 170), assim como o princípio da repressão ao abuso do poder econômico (CF 173, §4º). Ambos referem-se a toda a ordem econômica, sem exceção. Por seu turno, o art. 192 da CF, que trata do sistema financeiro, além de não criar imunidade, nem sequer menciona a expressão “concorrência” ou algo do gênero.

A segunda constatação é: o legislador não criou uma isenção antitruste – no sentido forte – para o setor financeiro. Não há, nem na legislação de defesa da concorrência, nem nas diversas leis que regem o sistema financeiro, norma criadora de isenção. Em outras palavras, ainda que se entendesse que o CADE não tivesse competência para aplicar a lei antitruste ao setor financeiro, os órgãos reguladores financeiros não poderiam deixar de analisar as condutas e as estruturas daquele setor segundo os critérios concorrenciais, além de observarem suas próprias regras prudenciais. O problema não seria aplicar ou não a lei, mas sim quem teria competência para fazê-lo. Esta, aliás, a questão posta em análise neste voto.

A terceira constatação: nenhuma norma do direito vigente criou uma isenção antitruste - no sentido fraco - para o setor financeiro. Como ficou claramente demonstrado anteriormente, na esteira dos votos dos Conselheiros Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, ao contrário do que o aparente conflito de normas levaria a crer, há uma complementaridade entre as competências do Banco Central e do CADE. Ninguém, a não ser o próprio Legislativo, pode criar uma isenção antitruste, medida que instauraria um regime jurídico privilegiado para determinado setor da economia.³¹

³⁰ Cfr. Calixto Salomão, fala também em imunidade antitruste “A constituição brasileira não prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste”. Tal situação difere da situação na Comunidade Econômica Européia, consoante previsto no art. 90, n. 2 do Tratado de Roma, pondera ainda o mesmo autor. *Direito Concorrencial, as Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 209.

³¹ Paula Forgioni prefere falar em autorização, ao invés de isenção, ao referir-se ao sistema legal brasileiro de antitruste, uma vez que “no Brasil, o CADE exerce um controle a posteriori das praticas realizadas, que acabam por produzir efeitos plenos ate serem formalmente proibidas pela autoridade antitruste”. Não obstante, as considerações aqui reportam o mesmo sentido que se quer emprestar, genericamente, ao

Talvez se possa questionar a propriedade do uso das categorias de imunidade e isenção do Direito Tributário no direito econômico. Todavia, é certo que os termos são usados na literatura internacional e, por mais que a analogia seja imprópria, ela permite ao menos clarificar dois pontos do debate: (i) a separação entre o papel do constituinte e o papel do legislador; (ii) a exigência de norma legal para que se configure a imunidade ou a isenção.

As hipóteses de reestruturação compulsória do setor bancário pelo BACEN e o Regime de Administração Especial Temporária

Dito isto, pode-se passar a uma outra questão, talvez a mais delicada de todas. Em situações que exijam uma atuação urgente do Banco Central para resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores de uma instituição financeira em estado de insolvência ou pré-insolvência, tornado-se necessária, segundo juízo do Banco Central, uma reestruturação compulsória da instituição (transferência de controle acionário, reorganização societária, incorporação, fusão ou cisão), não se configuraria uma situação de isenção antitruste? E mais: dependendo do grau de concentração e de interdependência das empresas integrantes do sistema financeiro e do porte da instituição financeira cuja debilidade poderia inclusive suscitar a hipótese de risco sistêmico, o controle *ex post* da reestruturação compulsória pelo CADE não seria dispensável ou até mesmo indevido? Em termos mais específicos: não se vislumbraria a hipótese de uma isenção antitruste implícita nos incisos II e III do art. 5º da Lei nº 9.447/97 (que introduz modificações no regime de administração especial temporária de instituições financeiras)? A resposta é negativa. Para entender o motivo, cabe analisar o texto da mesma:

“Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

conceito de isenção e imunidade antitruste. FORGIONI, Paula *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pag. 193/194.

I – capitalização da sociedade com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento em montante por ele fixado;

II – transferência do controle acionário;

III- reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão, ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se -á o regime especial cabível” (grifo meu).

A mesma questão se coloca nas hipóteses de reestruturação societária que podem ocorrer durante o Regime de Administração Especial Temporária (RAET - Decreto-lei 2.321/87, arts. 11 e 13) ou em qualquer outro regime especial de instituição financeira decretado pelo Banco Central.

Aqui se deve fazer uma importante ressalva: tais situações envolvem um contexto em que a hipótese extrema de risco sistêmico, particularmente no sistema financeiro brasileiro, sempre, ou quase sempre, está no horizonte.

Se por um lado não convém banalizar o conceito de risco sistêmico, não é responsável desprezá-lo. Se, por um lado, juridicamente, ele não pode ser presumido, ainda que num contexto de aplicação de legislação instauradora de regime especial, não há também, juridicamente, como descartá-lo.

O risco sistêmico constitui-se em conceito econômico que, ao afetar de maneira direta o funcionamento de instituições que o direito deve regular, assume também a identidade como conceito jurídico. Em outras palavras, ao se constituir em categoria de análise importante sobre os riscos de determinado mercado, afetando o entendimento de outras categorias jurídicas, acaba por assumir, também cidadania no mundo jurídico.

É por esta razão que a analogia com a isenção tributária encontra, neste ponto, seu esgotamento. No lugar do formalismo e da literalidade que caracterizam a interpretação do Direito Tributário, deve entrar uma interpretação teleológica, muito mais apropriada para o Direito Econômico, que resgate o sentido mais profundo da atuação do Banco Central e do CADE. Isto já foi feito, nos votos de vista que me antecederam, que também distinguiram a regulação prudencial do BACEN da função de adjudicação concorrencial do CADE. O argumento aqui retoma aquela distinção acerca da complementaridade de funções entre CADE e BACEN.

De fato, quando promove reestruturações societárias no âmbito de regimes especiais ou nas hipóteses da lei 9447/97, o BACEN, como autêntica agência reguladora do mercado financeiro, está realizando uma reorganização artificial do mercado. Trata-se, aqui, de um momento de configuração do mercado que antecede a própria discussão sobre o seu grau de concorrência. Vislumbra-se, assim, um momento em que o controle concorrencial de estruturas não faz sentido, pois o que está em jogo é a própria sobrevivência do mercado (em risco de crise sistêmica), segundo o juízo prudencial do órgão regulador especializado.

Ressalte-se: não se vislumbra, aqui, um conflito de competência, mas sim uma esfera própria de atuação do órgão regulador prudencial, que antecede toda e qualquer discussão antitruste, uma vez que é requisito da própria configuração das estruturas do mercado. Não se trataria, assim, de uma isenção antitruste implícita (com relação à competência do CADE), mas tão somente o reconhecimento da dimensão regulatória da atividade.

Essa interpretação teleológica não conduz, entretanto, ao reconhecimento de uma isenção antitruste (no sentido fraco) para os casos específicos de regimes especiais e para as hipóteses da Lei 9447/97. Isto porque não caberia, aí, controle concorrencial de estruturas, ou seja, os atos de concentração decorrentes destes processos excepcionais – e somente destes - não deveriam ser submetidos à apreciação do CADE por terem natureza de intervenção regulatória, prevista em legislação competente. Mesmo neste caso, contudo, a não intervenção do CADE não provocaria a não incidência completa dos princípios concorrenciais, uma vez que competiria ao BACEN, nos termos do artigo 18, parágrafo 2º, outrora citado, analisar também os impactos concorrenciais decorrentes da concentração. Se fosse possível falar em isenção fraca, por estar excluída a competência do CADE para a apreciação (mas como visto penso que nem isto é possível), esta não seria uma isenção forte, por comportar o controle também concorrencial pela autoridade reguladora do setor financeiro. Neste caso, contudo, o controle não é propriamente concorrencial tendo em vista que o órgão regulador deve combinar e balancear tais preocupações com outros interesses e princípios predominantemente regulatórios.

Por motivo semelhante, não compete ao CADE redefinir ou impor ressalvas às decisões de cunho regulatório feitas pela ANATEL quando fixa parâmetros e formato do mercado de telecomunicações. Frise-se que tais decisões de natureza regulatória possuem, é evidente, algum impacto concorrencial. Negá-lo seria absurdo. Nem por isto, contudo, compete ao CADE revisar tais decisões regulatórias fixadas por políticas de governo. Por este mesmo motivo, devem tais agências reguladoras, e no caso o BACEN, ao exercerem tais funções levar em consideração também os seus possíveis efeitos concor-

renciais, nos termos do que lhes é imposto inclusive pela ordem constitucional³².

De lege ferenda, poder-se-ia discutir a conveniência de se delimitar de forma mais clara a referida isenção antitruste, matizando-a, por exemplo, conforme a fundamentação criteriosa de situações de risco sistêmico, mas esta é uma decisão que foge à alçada do CADE, que não é órgão legislador, mas sim adjudicante.

Cabe ao CADE, portanto, exercer o controle das estruturas no sistema financeiro nas hipóteses ordinárias, ou seja, nos atos de concentração não abrangidos por regimes especiais nem pela Lei 9.447/97. Nessa sua esfera de atuação, complementar à do Banco Central, que analisa o ato sob a ótica prudencial, o CADE deve, por lei, realizar o controle concorrencial de estruturas.

Em resumo, segundo o direito vigente, teríamos duas situações distintas. A primeira, ordinária, em que o ato de concentração deve ser submetido a dois “guichês”, ou dois “testes”: o prudencial e o concorrencial. A segunda, extraordinária, em que no âmbito de um regime especial ou nas hipóteses da Lei 9.447/97 o BACEN, como órgão regulador prudencial, reconfigura artificialmente, com exclusividade, as estruturas de mercado. Neste caso haveria o “guichê” único do Banco Central.

Diante das normas em vigor, esta parece ser a melhor interpretação, o que atende, inclusive, à prudência e ao zelo pelo interesse público, na observância dos princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, bem como dos princípios da proteção da mobilização da poupança nacional, da proteção da economia popular, da proteção da estabilidade da instituição financeira e da proteção do sigilo bancário³³.

Seria muito importante que o órgão regulador e o órgão responsável pela aplicação da lei antitruste se engajassem cada vez mais num amplo entendimento sobre os procedimentos mais adequados, principalmente quanto aos aspectos da celeridade e da manutenção do sigilo, para o exercício harmônico de suas competências complementares. Para tanto, seria de todo conveniente a elaboração de convênio, com regras explícitas que firmassem o neces-

³² - Cfr. **Decisão do CADE em Processo Administrativo n.º 53500.000359/99 (Apenso: Averiguação Preliminar n.º 53500.002586/98), Representante: TVA Sistema de Televisão S/A.**

³³ Estes quatro últimos são explicitados por Roberto Quiroga Mosquera, “Os princípios informadores do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais”, in Roberto Quiroga Mosquera, coord., *Aspectos atuais do Direito do Mercado Financeiro e de Capitais*, São Paulo, dialética, 1999, p. 257-271).

sário compromisso do CADE com a apreciação em regime especial de urgência de atos de concentração relativos ao setor bancário, a exemplo do que já ocorre nos EUA.

O estabelecimento claro e seguro de tais procedimentos é imprescindível para que se garanta segurança jurídica ao mercado financeiro, tornando os processos de reestruturação mais previsíveis e transparentes, diminuindo-se os custos de transação.

O exemplo americano e europeu de competências concorrentes

Há muito o que aprender com o modelo norte-americano de integração entre regulação prudencial e defesa da concorrência. Algumas interpretações equivocadas daquele modelo sugerem que ele baseia-se numa isenção antitruste geral para o setor financeiro, já que a Federal Trade Commission (FTC) não examina os atos de concentração que envolvem exclusivamente instituições financeiras. Tal competência foi realmente subtraída à FTC,³⁴ mas isto não pode de forma alguma ser entendido como uma isenção antitruste, nem no sentido forte, nem no sentido fraco do termo. Somente uma análise superficial do papel da Antitrust Division do Department of Justice (DOJ) poderia levar a tal conclusão. Este órgão tem o dever de zelar pela aplicação da legislação antitruste norte-americana (“a law enforcement agency”), e o tem feito com afinco no campo das fusões bancárias. No exercício de competências complementares, os órgãos reguladores financeiros aprovam ou mesmo conduzem reestruturações de instituições financeiras que devem obrigatoriamente passar pelo crivo do DOJ. Este tem competência para, no prazo de 30 dias, mover uma ação contra o ato de concentração que considerou contrário à legislação antitruste.

Para promover a segurança jurídica, a celeridade e o delicado equilíbrio entre sigilo e transparência do procedimento, bem como para minimizar a probabilidade de um processo judicial, os órgãos reguladores e o DOJ cultivaram, ao longo do tempo, uma responsável e produtiva parceria, que resultou num modelo altamente eficiente de integração entre reguladores e órgão antitruste. Em 1995, o DOJ, O Federal Reserve Board (FRB) e o Office of the Comptroller of the Currency (OCC) editaram conjuntamente o documento “Bank Merger Screening Guidelines”³⁵, que traz um modelo de formulário para apresentação do ato de concentração, para determinação do mercado

³⁴ Cf. 15 U.S.C. 45 (a) (2), 15 U.S.C. 46 (a), e 15 U.S.C. 46 (b).

³⁵ Disponível no site www.usdoj.gov.

relevante e o cálculo dos HHIs (antes e depois da fusão proposta). Se uma fusão proposta pode causar um problema anticoncorrencial relevante, a alternativa pode ser um acordo mediante o qual os bancos abrem mão de parte de seus depósitos ou agências (“divestiture”) em troca da autorização para a fusão.

Nas já citadas palestras e debates do Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, promovido pelo CADE e pela Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais (ASBACE), Anthony Cynak³⁶, especialista em análise de fusões do Federal Reserve System, enfatizou a importância da discussão informal entre os órgãos reguladores, o DOJ e os requerentes do ato de concentração, que precede a apresentação formal do ato de concentração.³⁷

Com a experiência de quem trabalhou no Federal Reserve System e no DOJ, envolvida principalmente com fusões bancárias, Margarety E. Guerin-Calvert é ainda mais enfática na defesa do modelo, que, segundo ela, tem demonstrado a compatibilidade entre uma aplicação rigorosa da legislação antitruste e o objetivo de higidez do sistema financeiro.³⁸ Fundamental para isso foi a definição clara dos papéis dos órgãos reguladores – FED, OCC e o Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) – e o DOJ, bem como dos procedimentos, inclusive daqueles relativos a casos especiais, como o de fusões envolvendo instituições insolventes³⁹: “A pedra de toque da implementação de fusões nos EUA foi a coordenação próxima entre as agências regulató-

³⁶ ASBACE; CADE, *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, s/d, p. 257 ss.

³⁷ “At this time, the bank regulator and/or the DOJ will informally assess the proposal and may propose possible remedies (usually, the divestiture of offices, deposits, and loans) in the case of mergers which would eliminate substantial competition or create a monopoly. These suggested remedies are usually given much weight by the applicants. Occasionally, no remedy can be found or agreed upon to alleviate egregious anticompetitive effects, in which case, a merger applicant may be strongly discouraged from going forward with an application”. In ASBACE; CADE, *Seminário Internacional*, p. 260-261.

³⁸ ASBACE; CADE, *Seminário Internacional*, p. 369 ss.

³⁹ ASBACE; CADE, *Seminário Internacional*, p. 370.

rias e autoridades antitruste”.⁴⁰ No mesmo sentido vão os pronunciamentos dos membros do DOJ e especialistas em diversos seminários internacionais.⁴¹

O modelo de isenção antitruste geral vai de encontro às mais bem sucedidas experiências estrangeiras. Não é outra a conclusão a que chegam diversos relatórios da OCDE.⁴² Embora os arranjos institucionais sejam dis-

⁴⁰ “The hallmark of merger enforcement in the U.S. has been close coordination between bank regulatory agencies and the antitrust authorities”, in ASBACE; CADE, *Seminário Internacional*, p. 377.

⁴¹ Anthony V. Nanni (Chief – Litigation I Section AD/DOJ) em conferência pronunciada em seminário patrocinado pelo *Federal Reserve Bank of Chicago*, revelou que sua missão ao assumir os casos relativos a bancos na Antitrust Division era incrementar a relação do DOJ com os órgãos reguladores bancários, especialmente o FED e o OCC, de modo a agilizar o processo de análise dos atos de concentração, para que a pequena quantidade de atos potencialmente lesivos à concorrência não atrasasse a consumação daqueles absolutamente desprovidos de qualquer impacto concorrencial danoso. O DOJ, segundo Nanni, não mede o seu sucesso pelo número de ações movidas. Pelo contrário, as fusões anticoncorrenciais foram evitadas sem discussões judiciais e sem o recurso a medidas compulsórias para obtenção de informações. Falando em maio de 1996, ele revelava que das 1874 operações analisadas, somente sete foram reestruturadas, com respeito a todos os prazos legais., in Anthony V. Nanni, “Consolidation in the banking industry: an antitrust perspective”, 32nd Annual Conference on Bank Structure and Competition, Chicago, May 2, 1996,. Constance K. Robinson, Diretora de Operações da Antitrust Division do DOJ, em conferência à Association of the Bar of the City of New York, foi enfático sobre a importância da atuação do DOJ em relação às fusões bancárias. “The Division has been extraordinarily active in this area, dealing with the unprecedented merger wave, which has included a large number of very large bank mergers” E mais: “And we will continue to be vigilant watchdogs in the bank merger area”., Constance K. Robinson, “Bank mergers and antitrust”, p. 1, September 30, 1996, www.usdoj.gov. Em conferência à American Bar Association, Robert Kramer (Chief, Litigation II Section – AD/DOJ), passou em revista as “megafusões” da década de 90. Segundo ele, desde o início dos anos 80, as fusões levaram a uma redução do número de bancos nos EUA de 15.000 para aproximadamente 9000. Só em 1998, o DOJ analisara 1923 atos de concentração, dos quais somente treze tiveram que ser reformulados. Em oito casos houve *divestitures*, em cinco, outras condições foram impostas – tudo resolvido antes da aprovação do ato pelo órgão regulador. Assim, Corestates/First Union, Citicorp/Travelers, NationsBank/Bank of America, Banc One/First Chicago, Norwest/Wells Fargo, todas as grandes fusões que marcaram o sistema financeiro americano em sua grande onda de consolidação passaram pelo crivo do DOJ. Robert Kramer, “‘Mega-mergers’ in the banking industry”, Washington, D.C., April 14, 1999, www.usdoj.gov.

⁴² Ver ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Committee on Competition Law and Policy (DAFFE/CLP). “Enhancing the role of competition

tintos, o princípio recomendado é o mesmo: deve haver um duplo teste para os atos de concentração de instituições financeiras.

O artigo 54, e parágrafo 2º. da lei 8.884/94 e o conceito de risco sistêmico

Caberia ainda, analisar uma outra alternativa extraída da interpretação do sistema legal vigente para o esclarecimento da forma de coordenação de competências entre CADE e BACEN. Esta alternativa se reporta à utilização do conceito de risco sistêmico como hipótese para o reconhecimento da isenção antitruste com fundamento no artigo 54, parágrafo 2o.

Cumpre, antes de mais, recordar o teor do mencionado dispositivo:

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

§ 1º. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços;
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

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

in the regulation of banks”, 11.09.1998; e “Mergers in financial services”, 20.09.2000.

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

§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos 3 (três) das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Entendo que a situação de risco sistêmico no setor bancário, pode, em tese, configurar a hipótese contemplada pela lei em suas hipóteses expressas, isto é, desde que atendidos ao menos três dos requisitos previstos no artigo 54, parágrafo 2º..

Ana Maria de Oliveira Nusdeo, analisando o teor do mencionado dispositivo observa que:

“(...) o CADE não é competente para formular políticas industriais, mas tão somente para aplicar a lei antitruste, tarefa que lhe possibilita, criar uma política de defesa da concorrência. Nesse sentido, a autarquia tem maior facilidade para a aplicação da defesa da eficiência econômica, não apenas em razão do teor da lei, mas da difusão do conceito de eficiência econômica no direito da concorrência atual. Não é impossível, no entanto, a aceitação pelo Conselho de defesas relacionadas à política industrial, em especial em relação àquelas mais compatíveis com a proteção à concorrência: a pesquisa e desenvolvimento, as empresas em situação pré-falimentar e os setores em crise. O procedimento da notificação e apreciação dos atos de concentração, nesse sentido, com pareceres de órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, poderia, em tese, avaliar a pertinência e relevância dessas defesas ao caso, além de, evidentemente, analisar se a operação está estruturada de

modo a não eliminar substancialmente a concorrência e se existiriam meios lesivos a ela para sua concretização”⁴³.

Ainda que a fala da professora recaia em hipótese no campo da atividade industrial, nada impediria que o mesmo raciocínio fosse aplicado ao setor bancário, pelas próprias razões acima elencadas, a saber, a sua especificidade e a presença do risco sistêmico.

A competência do BACEN para definir as hipóteses de risco sistêmico

Na hipótese aventada de invocação do risco sistêmico uma outra questão acabaria por surgir. A quem competiria reconhecer a existência de risco sistêmico?

Entendo que, em tese, o reconhecimento da existência de risco sistêmico deve recair sobre o órgão regulador do setor financeiro, isto é, o Banco Central. Difícil seria a admissão de tese diversa, visto ser este o órgão regulador que exerce a função de governo responsável pela higidez do sistema financeiro. Ademais, o BACEN é talvez o único organismo do governo em condições técnicas e que dispõe das informações necessárias para a realização deste juízo técnico sobre a existência do risco sistêmico.

Dentro desta hipótese, uma verdadeira hipótese⁴⁴, visto que não é esta a precípua questão versada nos autos, competiria ao BACEN aprovar atos de concentração nos termos do artigo 18 da Lei n.º 4.595/64, fazendo desde sempre, um juízo preliminar sobre os seus efeitos concorrenciais (analogamente ao juízo de mesma natureza que também é feito por outras agências, como é o caso da ANATEL). Uma vez aprovado o ato de concentração pelo BACEN, as empresas o comunicariam nos termos da lei, ao CADE, que o examinaria, com o sigilo e a celeridade especial exigidos pela natureza da

⁴³ - *O controle de atos de concentração no direito da concorrência: uma análise a partir do problema da globalização econômica*, tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2000, mimeo, págs. 344/345.

⁴⁴ - A incerteza provocada pela situação jurídica discutida neste voto e, em particular, as suas possíveis repercussões para um setor da economia cujas peculiaridades procurei analisar justificam, ao meu ver o esforço de reconstrução hermenêutica dos caminhos que a podem tornar mais consistentes.

operação, da perspectiva concorrencial. Para tanto, o BACEN seria ouvido, sempre que necessário sob sigilo, inclusive sobre a existência de risco sistêmico, hipótese em que decorreriam as conseqüências daí derivadas e acima sugeridas⁴⁵.

Neste caso haveria um juízo compartilhado entre CADE e BACEN. Competiria a este último o reconhecimento da existência do risco sistêmico, nos limites da razoabilidade de seu entendimento e das restrições já consagradas na doutrina e jurisprudência. Por outro lado, competiria ao CADE reco-

⁴⁵ - Merecem reflexão as considerações de Calixto Salomão sobre precedente do CADE: “A formulação amplíssima do referido dispositivo permite na prática ao CADE decidir discricionariamente a respeito da dispensa de um dos requisitos. (Em rodapé): A questão da natureza jurídica do controle das concentrações por parte do CADE foi objeto de interessante discussão na decisão do CADE no caso Brasilit/Eternit. Ali afirmou-se o caráter duplo do ato do CADE – ato vinculado na medida em que o CADE não poderia introduzir justificativas que não as previstas no art. 54, nem poderia dispensá-las, além do permitido pelo § 1º. Por outro lado, na interpretação dos “conceitos juridicamente indeterminados” contidos em cada justificativa gozaria o CADE de discricionariedade; v. voto de N. Therezinha Mallard, in Ato de concentração n. 6/94, fls. n. 404 do processo (decisão de 25.11.94). Obviamente, a discricionariedade é, também nesse ponto, uma questão de grau e está limitada pelos princípios econômicos que orientam a definição dos conceitos contidos em cada justificativa. Ainda que “juridicamente indeterminados”, alguns deles (como a eficiência, por exemplo), são economicamente determinados, pelo menos em linhas gerais. A indeterminação fica por conta da inclusão do referido conceito em uma regra da razão mais ampla (art.54, § 1º, da lei concorrencial) e da possibilidade prevista no art. 54, § 2º, de dispensar um dos requisitos para a aprovação da concentração, “quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”. Note-se que aí a discricionariedade administrativa sofre, ainda, uma segunda limitação, consistente na obrigatória vinculação aos fins da aplicação da norma. A avaliação de razoabilidade da concentração com base nos critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 54 encontra seu limite no necessário objetivo de proteção do sistema concorrencial (existência da concorrência efetiva ou ao menos potencial) e defesa do consumidor. Esse último objetivo vem de resto expresso na própria parte final do art. 54, § 2º, que prevê a desconsideração de um dos incisos do § 1º em presença de uma das supra-mencionadas justificativas “desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”. O primeiro objetivo, de observância tão obrigatória quanto o último decorre, como já visto no capítulo I, da interpretação sistemática da lei e dos princípios constitucionais em matéria concorrencial.” *Direito Concorrencial, as Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 145.

nhecer a ocorrência da hipótese prevista no artigo 54, parágrafo 2º. da lei 8.884/94.⁴⁶

Insista-se, por fim, que ao CADE competiria de maneira plena, a exemplo do que ocorre em todos os demais setores da economia, analisar as condutas das empresas atuantes no setor financeiro, sob a ótica do direito concorrencial.

O juízo sobre o ato de concentração submetido a apreciação

Por tudo quanto foi dito, entendo que o presente ato de concentração deve ser apreciado pelo CADE. Nele não se vislumbra qualquer indício da ocorrência de risco sistêmico. Nele não há que se falar da ocorrência de isenção antitruste em face da natureza da operação e do papel regulatório do BACEN. Trata-se de situação ordinária de controle prévio de estrutura de empresa.

No mérito, entendo que o mercado relevante é o da prestação do serviço de seguros, onde, conforme visto, a hipótese de ocorrência de risco sistêmico é ainda mais remota, com abrangência geográfica nacional.

Acompanho as razões e fundamentos contidos no voto do Conselheiro Celso Campilongo, e concluo que a operação deve ser aprovada sem restrições, diante da tempestividade de sua notificação e por não vislumbrar nenhum dano ou risco à concorrência.

Conclusão

A partir de tudo que foi exposto creio oportuno sumarizar as conclusões do voto.

1. Acolho a tese de não vinculação do CADE ao Parecer nº AGU/LA-01/2001, cabendo-lhe, com exclusividade, na esfera administrativa, delimitar a abrangência de suas atribuições. Ademais, concluo pela inexistên-

⁴⁶ Veja-se o precedente deste colegiado acerca da hipótese de aplicação do artigo 54, parágrafo 2 da lei 8.884/94, assim já se manifestou o plenário do CADE, acompanhando voto da Conselheira relatora Neide Mallard (AC no. 06/94, julgado em 14/12/94).

cia de superioridade hierárquica da Lei n.º 4.595/64 em relação à Lei n.º 8.884/94;

2. Acompanho entendimento de que o CADE tem competência para aplicar a lei 8.884/94, inclusive a atos de concentração e condutas de instituições financeiras;

3. Concluo que existe complementariedade das ações dos órgãos reguladores e dos órgãos de defesa da concorrência;

4. Reconheço que há especificidades do setor financeiro e que as hipóteses de reestruturação compulsória do setor bancário pelo BACEN e o Regime de Administração Especial Temporária constituem atividade predominantemente regulatórias, da competência do BACEN;

5. Saliento que o artigo 54, e parágrafo 2º. da lei 8.884/94 pode ser analisado à luz do conceito de risco sistêmico;

6. Concluo, assim, pelo conhecimento do ato de concentração apresentado, em virtude da atribuição conferida ao CADE para a sua apreciação e, no mérito, pela sua aprovação sem restrição.

Acompanho também, de maneira expressa a parte final do voto do Conselheiro Celso Campilongo, assim redigida:

“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.”

Acrescento que em face da existência de certa insegurança do mercado com relação à situação dos *casos pretéritos*, que não foram apreciados pelo CADE, mas que, em tese, deveriam ter sido encaminhados a este colegi-

ado, e que poderia provocar certa instabilidade e o aumento do risco para o mercado (eventualmente o próprio risco sistêmico), comprometendo a higidez do sistema financeiro, circunstância que se quer evitar por todos os motivos aventados, entendo ser recomendável a expedição de ofício ao BACEN para que sobre ela se manifeste.

Acredito também, que solução legislativa, face às peculiaridades da situação, poderia também atender aos mesmos objetivos de garantia da normalidade, segurança e saúde do mercado financeiro neste ponto examinados.

Finalmente, saliento que soluções mais seguras e perenes poderão ser alcançadas seja pela via da reforma legislativa, seja pela consolidação de entendimentos jurisprudenciais, mediante Resoluções e ainda o estabelecimento de convênios (entre CADE e BACEN) que claramente descrevam os procedimentos a serem adotados para a consecução das finalidades regulatórias e de defesa da concorrência analisados neste voto.

É o meu voto.

Brasília, 17 de outubro de 2001.

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR

Conselheiro do CADE