

Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Gabinete do Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer Ato de Concentração nº 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 ROBERTO PFEIFFER

Trata-se 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 a seguinte configuração societária:

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.

Todos os pareceres apontam que o mercado relevante é o da prestação de serviços de seguros, com abrangência geográfica nacional

Em seu voto, a conselheira relatora, após analisar parecer da AGU a respeito de qual seria o órgão dotado de atribuição para a análise de atos de concentração entre instituições financeiras concluiu da seguinte forma:

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 nº 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 Autar-

quia 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 proferiu brilhante voto, no qual afirmou 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.

Requeri vistas do processo com o intuito de melhor estudar a questão da competência do CADE para a apreciação do ato de concentração de sociedades de seguro privado. A fim de melhor expor a fundamentação de meu posicionamento, dividi o voto em itens, a seguir expostos.

I- DA DISTINÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ESTABELECIMENTOS DE SEGURO

Diversos memoriais apresentados e reportagens em periódicos especializados salientaram que a atividade de regulação prudencial e de fiscalização das sociedades seguradoras não pertenceriam ao Banco Central, mas sim à SUSEP, o que afastaria a incidência do Parecer da AGU acima referido.

Tendo em vista tal argumento ter sido recorrente, entendi importante estudá-lo. Após a análise do tema convenci-me de que, efetivamente, há distinção entre sociedades seguradoras e entidades financeiras, não se vinculando as primeiras à regulação prudencial do BACEN.

No entanto, apesar do presente ato de concentração ocorrer no mercado relevante da prestação do serviço de seguros, constato que uma das requerentes é entidade financeira, ou seja, o Banco Finasa de Investimento S/A. Assim, a distinção entre instituição financeira e sociedade de seguro não se afigura útil no presente caso. Porém, pretendo enfrentar o tema e demonstrar tal diferenciação no primeiro caso analisado pelo CADE em que as requerentes sejam exclusivamente sociedades seguradoras.

Assim, feito este esclarecimento, passo a fundamentar o meu posicionamento acerca da competência do CADE para a análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

II- DA ATRIBUIÇÃO DO CADE PARA APLICAR A LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA A TODOS OS SETORES DA ECONOMIA

II.1. As disposições da Lei nº 8.884/94

A norma do art. 15 da Lei nº 8.884 estabelece de forma clara, sem conferir imunidade a nenhum setor da economia, a atribuição do CADE em efetivar a análise de atos de concentração de entes privados. Está assim redigido o aludido artigo:

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

Por seu turno, o art. 2º da Lei nº 8.884/94 especifica que as suas disposições aplicam-se a todas as práticas comerciais desenvolvidas no território brasileiro, sem excetuar nenhuma espécie:

“Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

Finalmente, a norma contida no art. 54 da Lei de defesa da concorrência estabelece a obrigatoriedade de serem 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”.

Novamente, não há qualquer exceção a algum específico setor da economia ou a determinada prática comercial. Todos eles submetem-se à apreciação do CADE.

Igualmente, ao referir-se às condutas que tipificam infração à ordem econômica, a Lei nº 8.884/94, em seus artigos 20 e 21 não estabeleceu nenhuma exceção em relação aos sujeitos vinculados a tais normas.

Concluo, assim, que a Lei nº 8.884/94 não estabelece imunidade antitruste a qualquer setor da economia ou espécie de prática comercial e não

dispõe de nenhuma exceção à competência do CADE para apreciar atos de concentração ou para impor sanções a infrações à ordem econômica.

Passo, então, a analisar se a Lei nº 4.595/64 contém disposição apta a afastar a atribuição do CADE em examinar atos de concentrações envolvendo instituições financeiras.

III.2. Da complementariedade entre as ações dos órgãos reguladores e dos órgãos de defesa da concorrência.

Os órgãos reguladores são destinados a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, que possuem relevante interesse social, que os torna suscetíveis de uma regulação setorial específica.¹

Caracterizam-se, assim, por uma perspectiva setorial, formuladora de políticas públicas e com natureza normativa, nos limites fixados pelo Poder Legislativo². Possuem, ainda, atribuições de natureza fiscalizadora, averiguando o cumprimento da legislação específica que rege o setor pelos agentes regulados.

Já os órgãos de defesa da concorrência possuem uma natureza distinta. Em primeiro lugar, sua função não é normativa, mas sim adjudicativa,

¹ Interessante, a propósito, destacar as seguintes ponderações de Juan Miguel de la Cuétera Martínez, na obra *Aproximación a la regulación del servicio público – el nuevo servicio público*, Madri, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 1997: “una buena manera de entender la regulación económica consiste en partir de cero y preguntarnos por qué el poder público se siente llamado a establecer cualquier tipo de regulación. La respuesta más sencilla posible es que la actividad de que se trate posee algún tipo de transcendencia social, puesto que sin ella resultaría indiferente a la colectividad, sin necesidad, por tanto, de regulación alguna”.

² Tratam-se de normas específicas de regulação, não se confundindo, por óbvio, com as normas editadas pelo Poder Legislativo. E não há, igualmente, inconstitucional delegação de poder normativo pelo Poder Legislativo às agências reguladoras, pois este fixa os limites de tal poder normativo e conserva a disposição última sobre os mesmos: “Esta (delegación) no es otra cosa que una transferencia unilateral (sobre la base de habilitación al efecto) por um órgano público de parte de su propia competencia cedida, conservando la disposición última sobre la competencia cedida”, complementando que “el poder transferido a una administración independiente em ningún caso cabe que sea legislativo, es decir, capaz para establecer norma idôneas para cumplir por si mismas las exigências de la reserva constitucional de Ley em sentido formal” (*La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para um estudio del fenómeno*, Madri, civitas, 1994).

ou seja, não formulam regras a serem obedecidas, mas sim aplicam normas legais pré-estabelecidas. Sua perspectiva é geral e não setorial, ou seja, não se preocupam apenas com um setor específico, mas com a economia como um todo. Ademais, não formulam políticas públicas, mas sim sancionam ou previnem lesões à ordem econômica. Finalmente, 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.

Poderiam, é claro, ser destacadas muitas outras distinções. Porém, as diferenças apontadas já são suficientes para demonstrar que a díspare gênese da atividade reguladora e da atividade de defesa da concorrência determina que não sejam efetivadas pelo mesmo órgãos.

Com efeito, a regulação prudencial jamais poderia ser feita pelo CADE, que não possui tal atribuição e, assim, não detém o instrumental necessário para tanto.

Por outro lado, os órgãos reguladores não possuem o instrumental apto para efetivar a defesa da concorrência, uma vez que a Lei nº 8884/94 estabelece-o exclusivamente para o CADE. Assim, retirar a atribuição do CADE de aplicar a legislação de defesa da ordem econômica a setores regulados significa, na prática, tornar tais setores imunes a tais regras, o que não pode ser aceito, tendo em vista ser a coletividade a titular dos direitos protegidos por tal legislação (art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.884/94).

Neste contexto, a doutrina ressalta a imprescindibilidade de aplicação da legislação de defesa da concorrência não somente a setores não regulados, como também aos tradicionalmente regulados e àqueles recentemente regulados, fruto de desconcentração, em setores anteriormente dominados por monopólios naturais.

Constitui eloqüente exemplo destes reclamos as seguintes ponderações de Mário Possas, Jorge Fagundes e João Luiz Pondé:

“Para avançar na análise de situações de regulação parcial – isto é, regulação tradicional com defesa da concorrência em um mesmo setor – é importante ter presente pelo menos dois pressupostos fundamentais e interdependentes:

I- deve constituir um objetivo central a introdução de concorrência (livre entrada e saída) nos segmentos em que isso for considerado possível, e de eficiência produtiva, alocativa e seletiva onde não for e;

II- há muito o que se aprender de referencial analítico e da experiência de regulação da concorrência, expressa na tradição da teoria e da política antitruste

Embora as especificidades da regulação, mesmo em setores que não são mais monopolistas, impeçam uma aplicação pura e simples das técnicas usadas pela economia antitruste, estas são um referencial muito rico, provavelmente essencial, para buscar prevenir as condições estruturais e estratégicas que viabilizem possíveis condutas anticompetitivas pelas empresas que aí operam.”³

Esta é uma constatação mundial, presente, também, na União Européia. Veja-se, a propósito, as seguintes reflexões de Pierre Buigues, chefe da Unidade do setor de telecomunicações do *DG-competition* na União Européia, em palestra proferida em seminário comemorativo do dia europeu da concorrência:

“The respective roles of *ex ante* regulation and competition law for recently liberalized industries such as telecommunications allow for complementary approaches to maximizing the consumer benefits from competitive process. Each has specific strengths and weaknesses, and the challenge to both the Commission and the national authorities is to co-ordinate their activities in order to maximize the potential rewards of competition for consumers as well to preserve certainty for market players”⁴

Como se pode concluir, os autores fazem uma eloqüente apologia da aplicação conjunta de instrumentos regulatórios e de defesa da concorrência. E tal técnica é necessária, a meu ver, em todos os setores, seja os tradicionalmente regulados, seja os recentemente regulados.

E o instrumental da defesa da concorrência somente poderá ser utilizado, insisto, pelo órgão que possui a incumbência legal de aplicá-lo em sua

³ Defesa da concorrência e regulação. In: Revista de direito econômico v. 27. Brasília: CADE. janeiro-julho de 1998, p. 68.

⁴ Buigues, *Ex ante regulation vs. competition law: the first stage fo an evolutionary change*, mimeo, 2000, p.1.

inteireza. Tal atribuição foi conferida ao CADE. Assim, suprimir a competência do CADE significa impedir a aplicação de todo o aparato da Lei nº 8.884/94, o que acarreta na impossibilidade de haver a tutela preventiva e repressiva da ordem econômica. Em outras palavras, equivale a conferir uma imunidade antitruste ao setor financeiro.

Contudo, ao defender que as duas atividades sejam efetivadas por órgãos distintos, não estou advogando que sejam atividades estanques, mas sim, muito pelo contrário, que haja uma interação entre ambos.

Justamente, por cada órgão possuir racionalidade distinta e *expertise* própria, as suas ações devem ser coordenadas, agindo em conjunto para que a coletividade tenha a mais ampla satisfação de seus interesses.⁵

Ressalte-se que a divisão de atribuições, combinada com atuação coordenada é a regra do sistema brasileiro, conforme pode-se verificar a partir da análise do que vem ocorrendo em relação aos diversos setores regulados, tais como o de energia elétrica, telecomunicações, petróleo, saúde suplementar, dentre outros exemplos.

Creio, assim, ainda que de forma sucinta, restar suficientemente demonstrado que a complementaridade é a regra disciplinadora da relação entre o CADE e órgãos reguladores de determinados setores da economia. Passo, então, a proceder ao estudo específico do setor bancário.

III. DA ATRIBUIÇÃO DO CADE PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

III.1. Da harmonização das atribuições do CADE e do BACEN

O item anterior demonstrou que as atividades dos órgãos reguladores e do CADE devem ser absolutamente complementares. Tal raciocínio, com o devido respeito às opiniões em contrário, pode perfeitamente ser aplicado ao Banco Central do Brasil, sendo assim, em que pese a necessidade de uma maior sofisticação, perfeitamente viável compatibilizar os textos dos artigos 2º, 15 e 54 da Lei nº 8.884/94 com os artigos 15 e 18 da Lei nº 4.595/64.

⁵ Os interesses da sociedade são, afinal, em última *ratio*, a justificação da ação do Poder Público em tais setores.

As normas da lei antitruste já foram transcritas no item que trata das atribuições do CADE. Por tal motivo, transcrevo, neste momento, apenas as normas da lei do sistema financeiro nacional:

“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;
- 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.”

Não me assusta a circunstância da lei em comento estabelecer a competência privativa do BACEN para autorizar atos de concentração, muito menos o fato de atribuir a tal autarquia a regulação das regras de concorrência entre as instituições financeiras. Isto porque tais atribuições dão-se no campo da regulação prudencial, típica dos órgãos reguladores.

Assim, a expressão “compete privativamente”⁶ é utilizada no sentido de afastar a atribuição de qualquer outro órgão regulador. Porém, tal competência, por se dar apenas no marco da regulação prudencial, não afasta a atribuição complementar do órgão de defesa da concorrência em analisar os atos de concentração de instituições financeiras, bem como sancionar as condutas por elas praticadas que violem a ordem econômica.

Reforça tal tese a circunstância do Banco Central submeter-se às normas do Conselho Monetário Nacional, sendo, ao aplicar tais diretrizes, típico órgão executor de política de governo e não de política de Estado. Já o CADE, por não se submeter, na análise do mérito, a nenhuma diretriz governamental, é sempre órgão executor de política de Estado.

Assim, resta clara a divisão de atribuições: o BACEN poderá efetivar uma análise de natureza regulatória 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 raciona-

⁶ 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 (...)”.

lidade 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.

Caberá, porém, ao CADE, a análise dos atos de concentração e a aplicação de sanções à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões a ordem econômica nacional. Neste aspecto, suas decisões são autônomas, sendo tomadas independentemente da regulação prudencial efetivada pelo BACEN e CMN.

Resta clara, assim, a perfeita harmonização das atribuições das duas autarquias, não havendo, assim, espaço algum a alegações de cerebrinos conflitos de competências.

Entendimento diverso, inclusive, equivaleria a conferir imunidade antitruste às instituições financeiras. Com efeito, apenas o CADE detém os instrumentais conferidos pela Lei nº 8.884/94 para reprimir e prevenir lesões à ordem econômica. Assim, no campo da repressão, apenas o CADE pode impor as sanções nela previstas. E, no campo da prevenção, somente a Lei nº 8.884/94 estabelece instrumentos de grande valia, tais como o compromisso de desempenho de conduta.

Desta maneira, entendo que não existe conflito de competência, mas sim complementaridade de atribuições.

Ademais, é este o procedimento que o operador do direito deve adotar ao analisar duas leis em aparente conflito: buscar a maneira de melhor conciliá-las, evitando a simples eliminação de uma norma pela outra.

São precisas, neste sentido, as seguintes observações de Carlos Maximiliano, na clássica obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, a seguir transcritas:

“Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação,

é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior”.⁷

Transcrevo, ainda, as preciosas lições de Mesineo, já destacadas no substancioso voto do Conselheiro Celso Campilongo:

“É estrito dever do intérprete, antes de chegar à interpretação ab-rogante (pela qual, num primeiro momento, optaríamos), tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz”.⁸

A este respeito cumpre, inclusive, destacar o panorama internacional, ressaltando o que ocorre nos Estados Unidos da América, onde, especificamente no setor bancário, há tanto o controle prudencial como o controle da perspectiva da defesa da concorrência.

Assim, os atos de concentração entre instituições bancárias são, a princípio, analisados pelas agências reguladoras, com especial destaque para o *Federal Reserve Board* e o *Contropler of Currency (OCC)*.

Porém, mesmo após a apreciação do ato pelas órgãos reguladores, há a intervenção do *Department of Justice (DOJ)*, que também analisa o ato de concentração, podendo opor-se ao mesmo, ainda que autorizado pelos órgãos reguladores.

A propósito, confira-se os seguintes ensinamentos de George Rozansky e Dan Raubinfeld:

“As agências reguladoras do setor bancário permanecem com a autoridade para aprovar ou desaprovar fusões. Entre estas estão incluídas o *Contropler of currency (OCC)*, o *Federal*

⁷ *Hermenêutica e Aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 356.

⁸ *Apud* Norberto Bobbio, *Teoria do odenamento jurídico*, Brasília, UnB, 1989, p. 102.

Deposit Insurance Corporation, o Office fo Trift Supervision e o Federal Reserve Board. A questão de saber qual agência possui autoridade sobre uma fusão proposta é resolvida a partir da análise de qual espécie de instituição resultaria da fusão. O *Federal Reserve Board* e o *OCC* são as agências mais comumente envolvidas. As agências reguladoras do setor bancário são encarregadas pelas Leis bancárias dos Estados Unidos a considerar os possíveis efeitos competitivos das fusões propostas, não podendo permitir fusões que ameacem a concorrência sem que “os efeitos anticompetitivos sejam claramente superados tendo em vista o interesse público, em razão da circunstância dos prováveis efeitos da transação irem ao encontro da conveniência e necessidades da comunidade a que servem (12 U.S.C., 1828 (c) (5) (b)). A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça revê as fusões propostas e envia às agências reguladoras a sua análise sobre os seus prováveis efeitos anticompetitivos. O Departamento pode ajuizar uma ação com base na legislação antitruste dos Estados Unidos para bloquear uma fusão bancária, ainda que esta fusão tenha sido aprovada por uma agência reguladora do setor bancário”.⁹

Assim, fica claro que nos Estados Unidos da América tanto as agências reguladoras como o órgão federal antitruste possuem atribuição concorrente para a análise de atos de concentração. E, muito embora as agências reguladoras sejam obrigadas a analisar as fusões também sob o aspecto de seus efeitos sobre a concorrência, o órgão federal antitruste permanece com o poder de opor-se à fusão eventualmente aprovada.

Resta patente, assim, que nos Estados Unidos há uma clara percepção da diferente perspectiva que possuem, de um lado, as agências reguladoras do setor bancário e, de outro o órgão de defesa da concorrência, sendo adotado o modelo de colaboração institucional e de dupla análise do ato de concentração. É este justamente o modelo que defendo haver adotado o ordenamento jurídico brasileiro.

⁹ George Rozansky e Dan Raubinfeld, *Mergers and other competition policy issues in banking*. In: Seminário Internacional sobre regulação e defesa da concorrência no setor bancário. Brasília: CADE e ASBACE, 199, p. 303-304. Ver, também, Paulo Coutinho e André Oliveira, *Regulação prudencial e concorrência no setor bancário*. In: Revista de direito econômico nº 29, Brasília, CADE, janeiro-julho de 1999, p. 87.

III.2. Ausência de superioridade hierárquica da Lei nº 4.595/64 em relação à Lei nº 8.884/94.

Finalmente, apenas para argumentar, quero deixar expresso que, mesmo adotando-se o argumento de que as normas das duas leis são excludentes, não merece prosperar o argumento de superioridade hierárquica do Lei nº 4.595/64 sobre a Lei nº 8.884/94.

Cumprido, neste contexto, afastar algumas das assertivas adotadas como fundamentação do Parecer nº AGU/LA-01/2001, que, em apertada síntese, considerou que as disposições da Lei nº 4.595/64 que versam sobre concorrência foram recepcionadas como lei complementar, somente podendo ser derogadas por outra lei complementar. Conclui o parecer que Lei nº 8.884/94, por ser de natureza ordinária, não teria o condão de afastar a competência do BACEN.

Início o meu raciocínio destacando que entendo errôneo falar-se em superioridade hierárquica das leis complementares sobre as leis ordinárias. Na realidade, o correto é interpretar-se que há determinadas matérias que somente podem ser disciplinadas por lei complementar. Assim, eventual lei ordinária que venha a dispor sobre tais matérias deve ser tida como inconstitucional, por indevida invasão de campo normativo reservado exclusivamente à lei complementar. Neste contexto, transcrevo lição de José Afonso da Silva:

“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”.¹⁰

Neste sentido, nem sempre uma lei formalmente complementar será, efetivamente, no todo ou em parte, **substancialmente** complementar. Com efeito, apenas possuirão natureza complementar as suas disposições que, efetivamente, versarem sobre matéria reservada a ser disciplinada por tal espécie de lei.

Conseqüentemente, no caso de eventual conflito entre lei de natureza complementar e lei de natureza ordinária, não pode o intérprete adotar aquela que parece ser a solução mais simples, mas que ao meu ver, *data vênia*, é equivocada, qual seja: dizer que as disposições da lei complementar prevalecem sobre as das leis ordinárias, derogando-as, por conseqüência.

Muito pelo contrário, deverá o intérprete analisar a matéria disciplinada nas duas leis. Assim, sempre prevalecerá o disposto na lei complementar quando a matéria por ela disciplinada somente o possa ser por lei desta natureza. Caso contrário, tal lei – ou parte dela – será considerada **substancialmente** como lei ordinária¹¹. E, nesta hipótese, deverão ser aplicadas as seguintes regras hermenêuticas: a) lei posterior revoga lei anterior (art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil) ou; b) lei especial prevalece, no aspecto específico, sobre a lei geral.

Neste contexto, cumpre examinar a natureza da Lei nº 4.595/64. Destaco, em primeiro lugar, que ela se encontra relacionada com o art. 192 da Constituição, o qual determina seja o sistema financeiro nacional regulado por lei complementar.

Porém até o presente momento não foi editada lei posterior à Constituição de 1988 regulamentando as disposições relativas ao sistema financeiro nacional. Assim, doutrina e jurisprudência entendem, de maneira uníssona, que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar.

¹⁰ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 247-248.

¹¹ A respeito, leciona Souto Maior Borges: “Quando a lei complementar extravassa 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).

No entanto, isto não quer dizer que todas as suas disposições possuam natureza de norma complementar. Muito pelo contrário, ela contém em seu corpo disposições que são, **substancialmente**, de natureza ordinária, por regularem matérias que devem ser disciplinadas por tal espécie de lei. Ressalte-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu tal dicotomia de forma expressa, em relação a disposições da própria Lei nº 4.595/64 que regem matéria correlatas aos servidores do Banco Central do Brasil, como se pode ver da ementa abaixo transcrita:

“I- O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.882, de 1990.

II- As normas da Lei 4595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV, da Constituição.”¹²

Sendo assim, 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. Isto por força do que dispõe o art. 173, § 4º da Constituição Federal, ao estabelecer 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”.

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 nº 8.884/94, assim como ordinária é a natureza das normas da Lei nº 4.595/64 que dispõem sobre a defesa da concorrência. Deste modo,— admitindo-se que os dois diplomas contém disposições conflitivas, tese da qual discordo, reitere-se mais uma vez — é forçosa a aplicação da regra de que lei posterior revoga lei anterior. Conseqüentemente, há de prevalecer as disposições da Lei nº 8.884, que, por ter sido promulgada em 1994, é norma posterior.

¹² STF – ADI nº 449 – Relator: Ministro Carlos Velloso.

E não se alegue que deveria ser aplicada, ao invés de tal regra hermenêutica, a norma de que “lei especial prevalece sobre a lei geral em seus aspectos específicos”. São, neste contexto, primorosas as observações contidas no voto de vista do Conselheiro Celso Campilongo, demonstrando a impossibilidade de aplicação de tal regra, uma vez que não há como estabelecer qual dos dois diplomas deve ser considerado geral e especial.

Portanto, mesmo adotando-se o entendimento da incompatibilidade entre os dois diplomas legais, entendo forçosa a conclusão de competência do CADE para aplicação das normas de defesa da concorrência às instituições financeiras.

Finalmente, passo à parte final do voto: investigar se o Parecer nº AGU/LA-01/2001 vincula o posicionamento do CADE sobre a matéria.

IV. DA NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA DECISÓRIA DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.

A melhor abordagem deste ponto necessariamente principia pela demonstração da efetiva independência decisória do CADE.

Ela vem expressa, em um primeiro momento, pelas características da composição de seu plenário.

São assim, exigidos 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 nº 8.884/94)

É, ainda, estabelecida uma forma especial de nomeação, exigindo-se a prévia aprovação pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, f, da Constituição Federal.

Igualmente, é determinada a dedicação exclusiva dos conselheiros, vedando-se a acumulação de cargos, salvo as constitucionalmente admitidas. São, também, estabelecidas uma série de vedações aos conselheiros, constantes do art. 6º da Lei nº 8.884/94, a fim de ser reforçada a garantia da imparcialidade, sem a qual não há como conferir autonomia e independência decisória.

Finalmente, é estabelecido um mandato fixo, com duração de dois anos, durante os quais o conselheiro somente poderá perder o mandato: a) por decisão do Senado Federal, mediante provocação do Presidente da República; b) em razão de condenação penal irreversível; c) em virtude de decisão administrativa em processo disciplinar; d) por ausência injustificada em três reuni-

ões ordinárias consecutivas ou vinte intercaladas ou e) por infringência às vedações estabelecidas no art. 6º da Lei nº 8.884/94.

Tais garantias e vedações possuem um endereço certo: reforçar a independência decisória dos membros do Conselho, a fim de salvaguardá-los de pressões externas, para que possam votar exclusivamente em função de sua convicção técnica a respeito das relevantes matérias que lhes são submetidas.

Um segundo aspecto da independência do órgão reside no fato de que, nos termos do art. 50 da Lei nº 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 ainda mais 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.¹³

Esta conclusão é de suma importância para analisar a possibilidade de vinculação do plenário do CADE ao entendimento esposado no Parecer nº AGU/LA-01/2001, o que passo a proceder.

V. DA AUSENCIA DE VINCULAÇÃO DO CADE AO PARECER DA AGU

Como demonstrado no item anterior, 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.

Neste contexto, aceitar a tese de que o Parecer nº AGU/LA-01/2001 vincula o CADE, equivaleria a admitir que a decisão sobre a sua competência pode ser previamente condicionada por um entendimento de outro órgão ou

¹³ Para um aprofundamento entre a distinção de política de Estado e política de governo ver, dentre outros, Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, Brasília, Unb, 1996.

autoridade administrativa (no caso concreto, a AGU e o Presidente da República). Estaria, assim, desmentida a assertiva de que o CADE possui soberania, dentro da esfera administrativa, na aplicação da legislação antitruste.

Cumpra, neste contexto, ressaltar as ponderações a respeito da autonomia própria dos entes da administração indireta. Estamos, neste caso, de frente de uma importante questão de direito constitucional.

A própria Carta Magna faz expressa menção à administração descentralizada, sendo certo que ela necessita sempre ser criada e extinta por lei (art. 37, incisos XIX e XX). Incide, assim, a expressa e necessária participação do Poder Legislativo, que elege determinados temas que deverão ser tratados por um órgão especial, descentralizado e, assim, dotado de maior autonomia. É o Poder Legislativo quem confere o grau de autonomia e as atribuições de tais entes. Assim, a indevida ingerência da administração direta significará desrespeito às diretrizes expressamente fixadas pelo Poder Legislativo.

Estas considerações são particularmente relevantes em relação ao CADE. Foi expresso o legislador ao conferir-lhe absoluta independência e autonomia decisória, seja pelas características especiais de seus conselheiros (requisitos para a nomeação, mandato fixo e vedações), seja pela soberania de suas decisões na esfera administrativa.

Tal posição está, inclusive, acorde com os entendimentos doutrinários a respeito. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, ressaltava com precisão que:

“*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, atenua-

do, 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”.¹⁴

Assim, o controle pode ser apenas quanto aos aspectos corriqueiros de gestão administrativa, não em relação à matéria de mérito apreciada pela autarquia. Para tanto, seria necessário que a própria lei que criou a autarquia, expressamente, permitisse que a autoridade à qual se vincula revisasse as suas decisões de mérito. Ocorre que a Lei nº 8.884/94, longe de conferir tal autorização, expressamente vedou a revisão das decisões do CADE por outro órgão ou autoridade do Poder Executivo.

Neste contexto, impõe-se a realização de uma interpretação conforme à Constituição¹⁵ da norma inserta no art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73/93, que dispõe:

“O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal”.

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

¹⁴ 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.

¹⁵ Denomina-se “interpretação conforme à Constituição” a técnica hermenêutica de, na hipótese da norma analisada comportar mais de uma significação, encontrar aquela que apresente maior conformidade com as disposições constitucionais, evitando-se, assim, a sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. Ver, a propósito, os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal Federal: STF- ADI nº 1.344-1, Relator Ministro Moreira Alves, D.J.U. de 19.04.096 e STF- ADI nº 1.194, Relator Ministro Maurício Corrêa, D.J.U. de 14.02.96.

Poder Executivo a supervisão administrativa das atividades das autarquias, a fim de que haja uma unidade de procedimentos administrativos.

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.

Entendo que o desiderato do art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73/93 é justamente o de conferir uma unidade de procedimentos para a administração, a fim de que os diversos órgãos não ajam de maneira desuniforme em virtude de interpretações diferentes para as mesmas normas.

Porém, interpreto que a regra da Lei nº 73/93 não pode ser estendida à área-fim do CADE, ou seja, à aplicação da legislação de defesa da concorrência. Admitir isto seria violar a tão propalada independência decisória do órgão antitruste, infringindo a vontade do legislador.

Para que tal vinculação fosse admitida, seria necessária dispositivo legal expresso que limitasse a independência decisória do Conselho, o que não existe.

Deste modo, com a devida vênia, faço esta pequena precisão às considerações esposadas no brilhante voto do Conselheiro Celso Campilongo. Discordo da afirmativa de que a autarquia denominada Conselho Administrativo de Defesa Econômica não está vinculado a nenhum Parecer da Advocacia-Geral da União aprovado pelo Presidente da República. Pelo contrário, entendo que o CADE deve observância a todos os pareceres que digam respeito a interpretação de normas regedoras de sua área-meio, ou seja, à área eminentemente administrativa.

Porém, entendo que o CADE não está vinculado a nenhuma interpretação emanada do Poder Executivo quanto à sua área-fim, ou seja, a aplicação da legislação de defesa da concorrência. Esta sua não vinculação abrange até mesmo os Pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República.

Deste modo, com esta pequena ressalva exposta neste item, adoto 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.

Assim, o presente ato de concentração deve ser apreciado pelo CADE. Quanto ao seu mérito, entendo que o mercado relevante é o da prestação do serviço de seguros, com abrangência geográfica nacional. Ainda, pelas razões expostas no voto do conselheiro Celso Campilongo, entendo que a

operação sem restrições, diante da tempestividade de sua notificação e por ela não prejudicar nem restringir de nenhuma maneira a concorrência.

Diante de todo o exposto acompanho o Conselheiro Celso Campilongo quanto às suas conclusões, acrescentando, porém, os fundamentos ora expostos.

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.

É como voto.

Brasília, 26 de setembro de 2001.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro do CADE

