

**Ministério da Justiça****Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**

Gabinete do Presidente João Grandino Rodas

Ato de Concentração no. 08012.006762/2000-09

Requerentes: Banco Finasa de Investimentos S/A; Brasmetal Industrial S/A e Zurich Participações e Representações

Conselheiro- Relator: Hebe Teixeira Romano

**VOTO VISTA DO PRESIDENTE JOÃO GRANDINO RODAS**

1. Pedi vista dos autos para ter a oportunidade de avaliar detalhadamente a questão da competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para julgar operações envolvendo instituições financeiras.

2. Inicialmente, devo consignar minha concordância com o i. Conselheiro Roberto Pfeiffer, em seu voto vista: o mercado relevante da operação *sub judice* é o de serviços de seguros e, não fosse o envolvimento de instituição financeira na operação, seria absolutamente inquestionável a competência do CADE para se manifestar.

3. Porém, a presença de instituição financeira faz vir a lume, mais uma vez, a indagação sobre o órgão competente para análise de atos envolvendo pessoa jurídica desta natureza, se o CADE ou se o Banco Central do Brasil – BACEN.

4. Deve-se, inicialmente, questionar se existe, efetivamente, conflito entre as competências atribuídas pela Lei no. 4.595/64 ao BACEN e aquelas atribuídas pela Lei no. 8.884/94 ao CADE, o que chamarei, neste voto, de “conflito de competência entre o BACEN e o CADE”.

5. Como ensina Arruda Alvim:

*“Em essência, a competência significa a idéia de legitimidade do exercício de um determinado poder, num determinado momento e sob determinadas circunstâncias.”*

(Alvim, Eduardo Arruda, *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. Ed. RT, São Paulo, 1.999)

6. No caso, questiona-se a legitimidade institucional para investigar e julgar operações e práticas de instituições financeiras, nos termos da atual legislação.

7. Ocorre que, tanto no BACEN como no CADE, há manifestações pela respectiva competência para a realização da atividade em epígrafe. Por exemplo, o Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de 18 de outubro de 2.000 (PARECER/2000/00762/DEJUR/PRIRE), assevera que:

*...“o art 18, par. 2º da Lei no. 4.595/64 trata, indubitavelmente, de uma atribuição do Banco Central, qual seja, a de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes abusos... Tal fato corrobora a proposição inicial, que pugna pela competência do Banco Central para análise de atos de concentração de instituições financeiras, por força do status de lei complementar da norma que a estabelece, sendo certo que não poderia – como não foi – revogada pela Lei ordinária no. 8.884/94.”*

8. E o CADE, por sua vez, já se manifestou, no sentido de que a Lei no. 4.595/64 não teria aptidão para tratar da matéria referente ao controle das estruturas de mercado e das condutas anticoncorrenciais, uma vez que teria sido recepcionada, apenas, no que tange à matéria financeira (Ato de Concentração no. 08012.007435/00-02, Requerentes Banco Santander Central Hispano S/A e Patagon.com International Inc., Cons. Relatora Hebe Romano).

9. Portanto entendo que existe, na atualidade, conflito de competência entre o BACEN e o CADE, já que ambos os órgãos se dizem competentes para julgar a mesma matéria. Rigorosamente falando, o BACEN considera ter competência exclusiva no tocante à concorrência entre instituições financeiras, ao passo que o CADE vem entendendo que sua competência é complementar à daquele órgão, quando se trata de controle preventivo, e exclusiva, quando se trata de controle repressivo.

10. Está certo que o CADE sempre agiu de forma conciliadora em relação ao BACEN, tendo buscado cooperação e complementaridade na análise de atos e condutas do sistema financeiro. Porém, a atitude positiva do CADE não basta para elidir o conflito em curso. O administrado necessita certeza e previsibilidade, a qual não se alcançou, por exemplo, com a assinatura de Convênio de Cooperação Técnica entre ambas as Autarquias.

11. Assim, resta imperioso identificar a quem compete dirimir o conflito de competência entre a Lei no. 4.595/64 e a Lei no. 8.884/94, ou entre o BACEN e o CADE, sendo certo que a nenhum destes órgãos caberá tal decisão, pelo fato óbvio de ambos se encontrarem no mesmo patamar institucio-

nal e uma vez que o convênio celebrado com esta finalidade não restou frutífero.

12. Aliás, bem assinalou o i. Conselheiro Celso Campilongo, em seu voto vista:

*“Este Plenário também não é o foro competente para interpretar qualquer norma estranha às normas constantes da Lei no. 8.884/94. Não é a sua função administrativa dirimir conflitos entre normas – quando estes existirem em nosso ordenamento jurídico – que impliquem conflitos de competência. E, por fim, este Plenário não tem a competência para definir um modelo de articulação de competências entre órgãos administrativos que exerçam funções complementares (como é o caso do BACEN e do CADE)”*.

13. Deve-se definir, portanto, a quem cabe dirimir o presente conflito de competência. Para chegar a esta resposta, integrada que é na lógica do sistema jurídico, desenvolverei o raciocínio a seguir:

14. Governo e administração pública são conceitos próximos. No dizer de Lopes Meirelles:

*“Governo é... expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos.”*

(...)

*“Administração pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos de Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos.”<sup>9</sup>*

---

<sup>9</sup> Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2.001

15. Dessa forma, continua o autor mencionado: governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica.

16. Assim, entendo, diferentemente do voto da i. Relatora deste processo, ex-Conselheira Hebe Romano, que tanto o BACEN como o CADE desenvolvem atividade administrativa e não de Governo, de modo que devem ser neutros, vinculados à lei ou à norma técnica.

17. Pois bem. Como ensina Cretella Júnior<sup>10</sup>, a estrutura administrativa assemelha-se a uma árvore genealógica, com linhas e graus, desde os órgãos centrais, que representam o Poder Executivo, em sua unidade, até outros órgãos que se acham no término da função de que se trata, sendo certo que o nível de coordenação entre os mesmo irá variar.

18. Na verdade, o conceito de integração da Administração Pública é importante para garantir a manutenção sistêmica do Poder Executivo, bem como as limitações do mesmo. Por exemplo, de acordo com Bobbio, quando um órgão atribui a outro um poder normativo, não o faz de maneira ilimitada<sup>11</sup>.

19. E, de fato, o legislador preocupou-se em explicitar a estrutura e grau de coordenação da Administração Federal - na qual se inserem o CADE e o BACEN - definindo os órgãos que a compõem e o grau de relação entre os mesmos.

20. Primeiramente, vejamos a composição da Administração Federal, como determina o Decreto Lei no. 200, de 25 de fevereiro de 1967:

*“Art. 4º A Administração Federal compreende:*

*I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.*

*II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:*

*a) Autarquias;*

*b) Empresas Públicas;*

*c) Sociedades de Economia Mista.”*

---

<sup>10</sup> Cretella Júnior, José, *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2.000

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Ed. Polis, São Paulo, 1.991

21. A Autarquia, no dizer de Bandeira de Mello<sup>12</sup>, é a pessoa jurídica de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa, que tem como características a independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira. E, como se percebe pelo texto legal, as Autarquias integram o quadro da Administração Federal.

22. Logo, a despeito das características fundamentais das Autarquias, estas não possuem total independência em relação ao Poder Central da Administração. Tanto que, exemplificativamente, existem as chamadas Autarquias Especiais ou sob regime especial que, segundo Bandeira de Mello<sup>13</sup>, “gozam de teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos”. Ora, se a independência da Autarquia fosse total, desnecessária seria a existência da figura da Autarquia sob regime especial, como conceituada.

23. Assim, deve-se agora questionar qual o grau de relacionamento entre a Autarquia e a Administração Direta e, para tanto, torna-se necessário conhecer os princípios fundamentais orientadores da Administração Federal, de acordo com o Decreto Lei no. 200, citado acima:

*“Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:*

*I – Planejamento.*

*II – Coordenação.*

*III – Descentralização.*

*IV – Delegação de Competência.*

*V – Controle.”*

24. Os princípios elencados se aplicam em maior ou menor grau aos diferentes órgãos da Administração Federal. Porém, certo é que são princípios cogentes, de ordem pública. Inclusive, como observa Bandeira de Mello<sup>14</sup>, os princípios acima poderiam ser afastados por lei posterior que instituísse órgão

---

<sup>12</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2.000

<sup>13</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*

<sup>14</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*

da Administração Federal. Porém, no caso em análise, da legislação do CA-DE, isto não ocorreu.

25. Considero relevante tecer considerações acerca dos princípios acima, a fim de identificar aqueles que se aplicam ao caso concreto, e o farei em ordem crescente de relevância:

26. “Planejamento”, no dizer do texto legal em comento, significa elaboração da ação administrativa do Poder Executivo, que irá obedecer programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual, a fim de promover o desenvolvimento econômico e social.

27. “Descentralização”, por sua vez, diz respeito às atividades da Administração Federal e pressupõe a existência de pessoas jurídicas diversas daquela que originariamente tem ou teria titulação sobre certa atividade e aquelas outras às quais foi atribuído o desempenho das atividades em causa.

28. “Delegação de competência” nada mais é do que um instrumento de descentralização administrativa, através do qual a Administração Federal autoriza a prática de atos administrativos.

29. Quanto ao “controle”, este deverá ocorrer em todos os níveis e todos os órgãos da Administração Federal, como determina o Artigo 13 do Decreto-Lei no. 200:

*“Art. 13. O controle das atividades da administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente.”*

30. No dizer de Bandeira de Mello<sup>15</sup>, a palavra controle, neste contexto, deve ser usada em sentido estrito, para designar o poder que a Administração tem de influir sobre a pessoa descentralizada. No caso das Autarquias, o autor é contundente ao ensinar que:

*“O que habitualmente se conhece como tutela, ou controle das autarquias – isto é, o poder de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em*

---

<sup>15</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de, op. cit.

*vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado...Todas as entidades da administração indireta encontram-se sujeitas à supervisão da Presidência da República ou do Ministro a cuja Pasta estejam vinculadas”...*

31. Sinto-me, neste ponto, compelido a manifestar minha interpretação quanto ao conceito de controle autárquico. Pois, em meu entender, o controle sobre a Autarquia é a segurança do administrado de que a mesma não irá extrapolar suas limitações legais. O controle não significa poder de ingerência na atividade discricionária da administração indireta, o que seria ilegal. A idéia de controle se aproxima da verificação de legalidade dos atos administrativos, que pode ser exercida (e quanto a isto penso haver unanimidade) pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. Não seria admissível, em um Estado de Direito, que órgãos da Administração Pública não estivessem sujeitos à verificação pelo próprio Poder Executivo, já que este tem o dever, como todos os Poderes do Estado, de manter a ordem social e a observância da Lei. E claro, ressalto novamente, que o poder de controle não é ilimitado nem aleatório, mas sim adstrito ao mérito de específicos comandos legais, quando existirem, e a genéricos preceitos relativos aos objetivos públicos para os quais foi criada a Autarquia.

32. Por fim, no tocante à coordenação, determina o Artigo 8º do Decreto-Lei no. 200, de 1967, que:

*“As atividades da Administração Federal e, especialmente, a execução de planos e programas de governo, serão objeto de permanente coordenação.*

*Par. 1º A coordenação será exercida em todos os níveis da administração”...*

33. Como se nota, todas as atividades da Administração Federal devem ser coordenadas. Assim não o fosse, o comando legal não faria menção específica, como o fez, “à execução de planos e programas de governo”. Ademais, não há distinção quanto ao nível da Administração Federal, no tocante à necessidade de coordenação, o que significa que todos os órgãos estão sujeitos a esta peculiaridade.

34. Novamente, neste ponto, proclamo meu entendimento de que não se trata de tolher o poder discricionário dos órgãos da Administração Federal, mas sim, de fazer com que a máquina estatal funcione de maneira coerente, eficiente e econômica, sempre a favor da manutenção do Estado de Direito. E, note-se, coordenação não é alinhamento a planos de governo, mas

sim busca da estrutura sistêmica lógica na atuação de cada e de todos os órgãos.

35. Identificados os princípios orientadores da Administração Federal, considero que o controle e a coordenação sejam relevantes ao caso em tela, de modo que vou me ater sobre os mesmos.

36. Pois, por um lado, entendo que o controle, desde que limitado à verificação da consonância da Autarquia com o os objetivos para os quais foi criada pode e deve ser exercido pelo próprio Poder Executivo, sendo este um direito, em ultima análise, do próprio administrado. Não seria justo exigir que o administrado movimentasse a máquina Judiciária, cada vez que verificasse a existência de um ato da administração pública que extrapolasse os limites legais, quando este fosse um fenômeno recorrente. É necessário que a própria Administração Pública possua meios de coibir tais comportamentos. Abordando a delicada questão em análise, considero que o tema competência esteja, acima de tudo e antes de mais nada, vinculado aos objetivos para os quais foram criados o CADE e o BACEN. Competência não é mérito, nem decisão meramente discricionária. Competência é poder originário da Autarquia, a competência existira à medida em que o órgão foi criado para este ou para aquele fim.

37. Quanto à coordenação, esta se faz necessária, *in casu*, já que não vislumbro coerência, eficiência e, tampouco, segurança, na situação existente, de conflito de competência entre o BACEN e o CADE. Afinal, o administrado, hoje, está sujeito, em potencial e em última análise, ao julgamento do mesmo fato por dois órgãos diferentes, independentes e que podem, eventualmente, proferir decisões contraditórias.

38. Porém, a quem caberá a atividade hermenêutica de interpretar a lei que determina as respectivas competências do BACEN e do CADE?

39. Vislumbro a resposta nos comandos da Lei Complementar no. 73, de 10 de fevereiro de 1.993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências, a qual reza:

*“Art. 1º ...*

*Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.”*

40. Ou seja, quando houver dúvida sobre a interpretação da lei, desde que não se trate de matéria discricionária, caberá consulta à Consultoria-Geral da União, nos termos do Artigo 11 do mesmo texto legal:

*“Art. 11 – As Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:*

*III – fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União.”*

41. Assim, é autorizado que a Consultoria-Geral da União, no caso das Autarquias, se manifeste a respeito de lei que institui a competência das mesmas, se esta dúvida surgir, pois o tema extrapola o poder discricionário da Autarquia e chega à alçada dos próprios objetivos para os quais a mesma foi criada, atingindo ainda a lógica da estrutura funcional do Estado.

42. As consultas realizadas à Consultoria-Geral da União resultam em pareceres, que têm a seguinte força legal, de acordo com a Lei Complementar em comento:

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

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

*(...)*

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

43. Explicitando o óbvio, o parecer da Consultoria-Geral da União, desde que aprovado pelo Advogado-Geral da União, submetido ao Presidente da República e publicado como Despacho Presidencial, vincula a Administra-

ção Federal e deve ser cumprido fielmente. Não há margem, no texto legal, para interpretação contrária.

44. Assim, devo aplicar a construção teórica ao caso concreto:

45. Nos presentes autos, aborda-se tema que suscitou conflito de competências com o BACEN. Ocorre que, ambos os órgãos estão sujeitos aos termos do Decreto-Lei no. 200 e da Lei Complementar no. 73/93, de modo que a forma de interpretar as leis no. 8.884/94 e 4.595/64 - que determinam, respectivamente, as competências do CADE e do BACEN - deve ser fixada por parecer da Consultoria-Geral da União ou da Advocacia-Geral da União, sendo certo que, se tal parecer for aprovado pelo Presidente da República, o mesmo terá força vinculante.

46. Delineada a teoria para a solução do presente conflito, verifica-se que, de fato, foi realizada consulta à Consultoria-Geral da União sobre conflito de competência entre o BACEN e o CADE, a qual se encontra no processo no. 00001.006908/2000-25. Em tal processo, a Consultoria-Geral da União analisou as posições conflitantes constantes no Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e nos Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, da Procuradoria do CADE e em estudo do Doutor Gesner de Oliveira, de outro. Foi então proferido, nos mesmos autos, o Parecer no. AGU/LA-01/2001, em 28 de março de 2.001, de autoria do Doutor Luiz Alberto da Silva, Consultor da União. O Parecer AGU/LA-01/2001, por sua vez, foi submetido ao Advogado-Geral da União, que o submeteu ao Exmo. Presidente da República, o qual o aprovou em 5 de abril de 2.001. Por fim, o referido Parecer foi publicado no Diário Oficial da União, Seção I, na data de 25 de abril de 2.001, de modo que foi concluído o trâmite previsto na Lei Complementar 73/93, para que se tornasse obrigatório seu fiel cumprimento.

47. Desta forma, não resta saída, senão observar as conclusões do Parecer no. AGU/LA-01/2001, o qual conclui que:

#### **“V – CONCLUSÃO**

*96. À vista de todo o exposto, parece-me lícito concluir, em síntese, que, à luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Ban-*

*co Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE.*

*97. Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos da Lei no. 4.595/64 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar.”*

*98. Quanto à sugestão apresentada no final do Parecer da PGFN, a que se referiu no item 94 deste, parece-me, em princípio, viável como medida para evitar futuros conflitos ou a continuação dos atuais. No entanto, sua adoção constitui matéria de conveniência a ser examinada pelas autoridades superiores, às quais compete igualmente analisar as razões referidas no item 95 deste.”*

48. Transcrevo, ainda, a Ementa do referido Parecer:

**“EMENTA:**

*4. 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 condições de concorrência **entre** instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.”*

49. Não posso deixar de dizer que não concordo com a fundamentação do Parecer AGU/LA-01/2001. Aliás, anteriormente à existência do Parecer mencionado, tive oportunidade de manifestar minha posição pessoal em relação ao tema, nos autos do Ato de Concentração no. 87/96, envolvendo Banco Francês e Brasileiro S/A e Américas Finance Company Limited, empresa do Banco Itaú, Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca. Deixo, porém, de transcrever tal posição, o que faria a título ilustrativo. Abstenho-me, também, de comentar as premissas que levaram à conclusão do referido Parecer, o que certamente farei em oportunidade acadêmica, pois quero evitar, a todo custo, perder o cerne da questão que estou abordando. Minhas considerações ou críticas pessoais quanto ao mérito do Parecer em tela não têm o condão de alterar sua eficácia.

50. Pois, efetivamente, hoje, o Parecer proferido pela AGU vincula o CADE e não há como entender de modo contrário. *De lege ferenda*, as su-

gestões podem ser muitas e, certamente, o serão. *De lege lata*, porém, o Parecer AGU/LA-01/2001 é vinculante, de modo que voto pela incompetência do CADE para aprovar o presente ato de concentração.

51. Por fim, chamo a atenção do Plenário, em caráter de extrema urgência e relevância, para o fato de que considero existir lacuna no Parecer AGU/LA-01/2001, pois este não deixa claro se o que caracteriza a competência do BACEN é o sujeito ou o objeto. Temo que, no futuro, instituições financeiras possam vir a participar de atividades econômicas absolutamente estranhas às suas finalidades originárias simplesmente para elidir do CADE a competência de julgamento. Sugiro, em consequência, envio de Ofício à Advocacia-Geral da União, manifestando esta preocupação, para que esta tome as providências que entender cabíveis.

É como voto.

Brasília, 28 de novembro de 2.001.

JOÃO GRANDINO RODAS

**Presidente do CADE**