

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

Gabinete da Conselheira Hebe Romano

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.006762/2000-09

*REQUERENTES: BANCO FINASA DE INVESTIMENTOS S/A; BRASMETAL INDÚSTRIA S/A; ZURICH PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES.***VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA HEBE TEIXEIRA ROMANO****1 - DA OPERAÇÃO**

Nos termos do Relatório que este Voto integra, trata-se, neste feito, da aquisição, realizada em 22 de novembro de 2000, por meio de Contrato de Associação, onde as Requerentes – BANCO DE INVESTIMENTOS S/A (“BANCO FINASA”), BRASMETAL INDUSTRIAL S/A (“BRASMETAL”) e ZURICH PARTICIPAÇÕES E REPRESENTAÇÕES LTDA. (“ZURICH”) – juntamente com as intervenientes-anuentes ZURICH BRASILI SEGUROS S.A (“ZURICH BRASIL”); FINASA SEGURADORA S.A (“FINASA SEGURADORA”); ZURICH INSURANCE COMPANY; BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S.A (“BANCO MÚLTIPLO”) e SOUTO VIDIGAL S.A (“SOUTO VIDIGAL”), ficou estabelecido que as partes realizariam vários atos que após completados apresentaria a seguinte configuração:

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 detentora de 100% do total do capital acionário da FINASA SEGURADORA.
- 4.

2. DA TEMPESTIVIDADE

Embora o meu entendimento seja o de que este Ato deva ser apreciado pelo Banco Central do Brasil, e mais adiante justificarei, apenas para que

não se tenham dúvidas sobre o momento de sua apresentação à luz do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94, acolho os entendimentos firmados pelas Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Procuradoria-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao considerar como tempestivamente apresentada a presente Operação, eis que, firmado em 22 de novembro de 2000, o Contrato supra referido foi submetido ao crivo das disposições da Lei nº 8.884/94, em 13 de dezembro de 2000.

3- DO MERCADO RELEVANTE

3.1- Produto

Relativamente ao mercado relevante do produto deve ser considerado o mercado de serviços de seguros, no âmbito de instituições financeiras, caso não seja acolhida a proposta de conclusão deste Voto.

3.2- Geográfico

De igual modo, tão-somente para não deixar de registrar o exame deste tópico, defino o mercado geográfico desta Operação como sendo o nacional.

4- DAS QUESTÕES DE MÉRITO

4.1 - Da Regulação de Instituições Financeiras

Como já me manifestei em recente oportunidade, o Setor Bancário e as Instituições Financeiras vêm, na esteira dos demais setores da atividade econômica, passando por um processo de reestruturação, o qual exige um rítimo empreendedor na busca da eficiência, visando aumentar a competitividade, melhorar a qualidade de seus produtos e serviços e diminuir custos aos destinatários finais, os consumidores.

A onda de concentração pela qual vem passando o setor bancário tem preocupado as autoridades de defesa da concorrência no que concerne ao cumprimento dos princípios basilares da norma em benefício da coletividade, titular do bem jurídico a ser protegido pela Lei.

Entretanto, vale registrar que o setor bancário tem suas atividades reguladas e fiscalizadas pelo Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil, (Lei nº 4.595/64) órgãos responsáveis pelas entradas e saídas de empresas (Bancos) bem como pelo desempenho e eficiências dessas empresas, na busca da saúde do mercado financeiro e conseqüentemente na defesa dos interesses dos depositantes, também chamado de “consumidores dos serviços bancários”.

A garantia da credibilidade do sistema financeiro, ainda que não seja antagonica aos princípios da defesa da concorrência, possui peculiaridades que a diferenciam da regulação de outros mercados, principalmente no que concerne à capacidade econômica do agente que pretende entrar neste mercado, pois as regras de entrada são bastantes rígidas e não permitem o livre acesso, conforme ocorre nos outros mercados.

A regulação do setor se destina a proteger o depositante a economia popular, evitando o que pode ser chamado de “risco sistêmico” que significa manter a regularidade das operações e a eficiência de cada uma das instituições financeiras para que o insucesso de uma dessas instituições não reflita sobre as operações das demais empresas do setor e cause efeitos sobre a confiabilidade do mercado tanto local, nacional ou mundial.

Note-se, que as instituições financeiras, trabalham em forma de sistema e suas atividades são cruzadas entre si. Para melhor entendimento, num exemplo mais simplório e mais próximo do entendimento do consumidor desses serviços, podemos verificar os sistemas “on line” de operações bancárias. Para tanto, tais atividades necessitam de garantias econômicas suficientemente sólidas para gerir capital alheio.

A estabilidade e fortalecimento do sistema financeiro depende, repetindo, de práticas bancárias sólidas e seguras para garantir sua credibilidade na busca de uma quantidade maior de depositantes e outros credores (a clientela).

Assim, os órgãos regulatórios necessitam impor barreiras, diminuindo a quantidade de participantes no mercado para fortalecer o setor. Por outro lado, a concorrência impõe que os participantes de um mercado deixem entrar livremente, outros competidores, para disputar a clientela, aumentando, assim, a melhoria na qualidade dos serviços. Aí está o impasse!

É importante ter em mente que as regras de defesa da concorrência não existem sem a aplicabilidade do princípio da razão e que as mesmas não existem para prejudicar a solidez de qualquer setor.

A própria Lei nº 8.884/94, traz nos seus incisos do artigo 54, a perfeita aplicabilidade da regra da razão quando afirma, no §1º que:

“O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o “caput”, desde que atendam as seguintes condições:

I-tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a- aumentar a produtividade;

b-melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c-proporcionar a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou eco-nômico. (grifei)

4.2 - DA COMPETÊNCIA DO CADE

Como fiz registrar nos autos do Ato de Concentração nº 08012.007435/00-02, em que foram Requerentes o BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S/A e PATAGON.COM INTERNATIONAL INC, não se trata de desenvolver qualquer raciocínio que gere conflito de competência entre o CADE e o Banco Central, mesmo porque o Banco Central é o responsável pela implementação das diretrizes de uma política econômica, voltada para o desenvolvimento, o progresso e a solidez econômica do País.

O CADE, não pode pautar suas decisões técnicas e independentes, nas diretrizes da política econômica. As decisões do CADE está restrita à avaliação do que é benéfico ao bem comum e não benéfico à solidez financeira do agente submetido a problemas sistêmicos.

É preciso análise cuidadosa da questão, pois trata-se de um mercado diferenciado e não se pode falar em proteger o mercado ou a livre iniciativa, sem se falar da proteção da saúde financeira do país e sua credibilidade junto ao movimento de constante crescimento das demais economias mundiais.

A imposição de barreiras é necessária para a manutenção da credibilidade e solidez do setor para gerir o capital e o patrimônio alheio.

Tal fato vai de confronto com as regras concorrenciais eis que o principal objetivo desta é aumentar a competitividade ou seja aumentar o número de participantes do setor.

Ademais não se pode deixar de reconhecer que o Banco Central e o Conselho Monetário Nacional estão atentos, aos dispositivos legais, e a sua

competência para combater acúmulo de poder econômico, político e social exercido pelas instituições financeiras que podem influenciar o processo de tomada de decisões das autoridades. Conforme se vê estamos diante de avaliações de políticas públicas que se distanciam bastante dos critérios adotados pela defesa da concorrência.

A Lei nº 4.595/64, em seu artigo 18, §2º dispõe que:

“O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena”.

O mesmo artigo atribuí ao Banco Central a competência de “conceder autorização às instituições financeiras a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas” (grifei)

A Constituição Brasileira, em seu artigo 192, determina que:

“Art. 192 – O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir os interesses da coletividade, será regulado em lei complementar...”

Se adotarmos o princípio da recepção, veremos que a Lei nº 4.595/64, que institui o Sistema Financeiro Nacional foi recepcionada pela Constituição Federal e de acordo como que preleciona José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 15ª ed. P/ 790.

.....
“Fica valendo, como tal, pelo princípio da recepção, a Lei nº 4.595/64, que precisamente institui o sistema financeiro nacional.

Não é, portanto, a Constituição que está instituindo. Ela está constitucionalizando alguns princípios do sistema. Aquela lei vale, por conseguinte, como se lei complementar fosse.”

Poderíamos rebater tais argumentos sob a abordagem de que uma Lei mais nova 8884/94, derroga a mais antiga 4595/64. No entanto, aplica-se à espécie o disposto na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942), artigo 2º, §2º, a saber: “A lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” Este é o caso da Lei 8884/94, lei especial que visa defesa da concorrência. (grifei)

Ainda que assim não fosse, visto que, em direito prevalecem as teorias, vejamos o que diz o art. 5º da Lei nº 9447/97, posterior à Lei 8884/94, que confere ao Banco Central do Brasil poderes para análise de atos de concentração de instituições financeiras e determinar transferências de controle acionário e reorganizações societárias mediante incorporação, fusão ou cisão:

“Lei 9447/97

Art. 5º - Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-Lei 2.321, de 1987, é facultado do 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 administrativa especial temporária, determinar as seguinte medidas:

- I- capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários aos seu soerguimento, em montante por ele fixado;
- II- transferência de controle acionário;
- III- reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão e cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decreta-se-à regime especial cabível. (grifou-se)”

Resta claro que se trata de mercado diferenciado, regulado por Autarquia com poderes especiais que entende estar o CADE praticando ingerências e criando conflito de competência, o que se esclareceu e foi dirimido pelo Parecer da AGU/LA-01/2001, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em 05 de abril de 2001.

O CADE foi criado para cumprir e defender a concorrência, na busca da proteção a coletividade que é a titular do bem jurídico a ser protegido. Todavia, a dúvida que restava acerca da competência, pelo que acima frisei, e que era objeto do Parecer nº 2000/00762/DEJUR/PRIVE, de 18.10.00 da Procuradoria-Geral daquela Autarquia restou claro que o conflito deva ser dirimido com a maior urgência, asseverando que:

“.....as recentes manifestações do CADE, proferidas em processos que apreciaram atos de concentração praticados no âmbito do sistema financeiro. Essas manifestações traduzem o flagrante desrespeito do CADE aos entendimentos travados pelas duas autarquias e que levaram a criar por meio de Portaria Conjunta nº 01 de 09.02.2000, um grupo Interinstitucional de Cooperação Técnica, cuja agenda de trabalho incluía a elaboração de uma Proposta de Encaminhamento da Discussão sobre a competência para análise de atos de concentração no sistema financeiro”. (grifei)

A sugestão daquela Autoridade, de que o conflito fosse submetido à AGU para solução através de Parecer, restou concluído, embora, no momento da apreciação do supracitado Ato de Concentração já tenha eu entendido não ser necessário o envio da matéria aquele Órgão eis que o Colegiado do CADE tinha competência legal para decidir definitivamente e dirimir tal conflito e a Lei de Defesa da Concorrência, para ser executada, não se subordinava aos entendimentos da AGU.

4.3 - OUTROS CRITÉRIOS BASEADOS NA JURISDIÇÃO AMERICANA

As hipótese de conflito que não puderem ser evitadas devem ser solucionadas, em princípio, pela aplicação do critério da especialidade. Esta aplicação, entretanto, pode ser bastante enriquecida se a ela incorporarmos algumas considerações elaboradas pela jurisprudência americana por ocasião da análise de casos envolvendo a questão da chamada *imunidade implícita*: até que ponto uma decisão de um órgão de fiscalização e controle, aprovando determinada conduta, seria apta a torna-la imune à aplicação da lei antitruste? Pode a agência, ao regular determinada atividade, desrespeitar os dispositivos da lei antitruste?

Salomão F^o (1998) analisa as tendências da jurisprudência americana no tratamento dessas questões, classificando-as em duas grandes correntes: a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

A *Pervasive Power Doctrine* argumenta-se que a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste em duas hipóteses, desde que o poder conferido à agência seja **amplo** (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade. Tal amplitude pode se verificar ou porque o poder é extenso ou porque é profundo; daí as duas hipóteses de imunidade acima mencionadas:

a) o poder da agência reguladora é **extenso**, conferido em intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Pode-se presumi-la se a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se uma situação na qual “...há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. Salomão F^o (1998:210);

b) o poder é **profundo**, *i. e.*, já inclui a competência para aplicar a lei antitruste, devendo-se levar em conta as regras antitruste quando da regulamentação ou decisões. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja adotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (Salomão F^o, 1998:204/210/211).

Tal característica – *pervasiveness* – é assim descrita pelo Judiciário: “...na ausência de imunidade antitruste expressamente conferida pelo Congresso, tal imunidade pode ser deduzida apenas se o Congresso claramente suplantou a lei antitruste e seu modelo de competição com um regime diferenciado de concorrência, definido por padrões competitivos particularizados e aplicado por uma agência administrativa...”. Definição da Suprema Corte americana no caso *United States v. National Assotiation of Securities, Inc.* (1975), *apud* Salomão F^o (1998:204).

Vejamos se e como esses critérios se aplicariam aos serviços públicos no sistema brasileiro e, particularmente, ao setor elétrico.

Pode-se verificar, em primeiro lugar, que os critérios da *State Action Doctrine* são bastantes semelhantes àqueles da *extensão*. Ambos supõe uma

situação na qual a regulação substitui a concorrência porque a agência reguladora determina as decisões fundamentais dos agentes – quantidades e preços – que, em outras circunstâncias, seriam determinadas pelas *forças de mercado*. Note-se também que ambas atribuem imunidade a setores no âmbito dos quais **todas** as decisões dos agentes são reguladas – *i. e.*, não há graus de liberdade para a tomada de decisões à medida em que não há condutas não reguladas (ou simplesmente permitidas porque não proibidas).

Sendo assim, poderíamos concluir que as hipóteses da *State Action* e da *extensão* não se aplicariam àqueles serviços públicos – entre eles Telecomunicações e Energia Elétrica – nos quais a regulação visa à substituição completa do sistema de mercado, antes o contrário: busca criar um ambiente institucional que propicie não só a participação de empresas privadas mas também o aumento da concorrência onde possível. Em outras palavras, nesses setores, o serviço público não é compatível com o sistema de mercado. No caso do setor elétrico, parece claro que a legislação setorial não conferiu poderes à ANEEL com objetivo de substituir a concorrência pela regulamentação.

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de que aquelas circunstâncias imunizadoras possam se verificar **parcialmente** em setores regulados – *i. e.*, que haja, ao lado das condutas reguladas, alguns graus de liberdade para a tomada de decisões pelos agentes -, poderíamos tirar outras duas conclusões da aplicação dos critérios da *State* ou da *extensão*.

A primeira, e mais óbvia, é de que às condutas reguladas não se aplica o controle antitruste; assim, se a agência reguladora obriga ou permite expressamente um certo comportamento, este não poderá ser condenado pelas autoridades antitruste, ainda que constitui uma infração à concorrência. Em outras palavras, equivale a dizer que, em situação como as descritas nas hipóteses **B(2)** e **C** do quadro analisado na seção anterior, prevalece a decisão da agência setorial, chegando-se, portanto, a um resultado semelhante ao obtido pela aplicação do critério da especialidade.

Uma segunda é a de que, contrariamente, se há ações possíveis dos agentes (não reguladas) ou falhas na supervisão, não há que se falar em imunidade antitruste. Assim, admitindo-se que, mesmo sob regulação, possa sobrar uma margem de ações não reguladas na qual possa haver concorrência, deve se admitir também que aí possa haver anticompetitivas, aplicando-se a elas a lei antitruste. Essa situação corresponde à hipótese **B(2)** contemplada na seção anterior, e comporta a mesma solução lá apontada – ou seja, a da prevalência da proibição, com base na lei de concorrência.

É interessante observar que os critérios da *State Action Doctrine* já foram adotados pelo CADE em diversos casos. Num deles, o CADE entendeu não haver a imunidade em virtude da falta de um dos requisitos, afirmando ser a "*Doutrina americana da 'state action' ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado*" (Processo Administrativo 08000.021660/96-05, em que o CADE se declarou competente com auxílio do Poder Municipal).

No âmbito da *Pervasive Power* temos ainda a hipótese da *profundidade* do poder, que é caracterizada, como vimos, por três requisitos: 1) que as regras antitruste devam ser levadas em conta quando do exercício do poder regulamentar ou em outras decisões da agência; 2) que a atuação da agência efetivamente leve em consideração os efeitos de seus atos sobre a concorrência; 3) que a agência reguladora apresente conhecimentos técnicos e de mercado privilegiados. Verificando-se estes elementos, afasta-se a competência de qualquer outra autoridade.

O interesse nessa hipótese, e que a distingue das anteriores, é que não há, propriamente, uma imunidade da aplicação das normas e princípios da defesa da concorrência, mas simplesmente uma atribuição à agência setorial para aplica-los preventivamente, em substituição às autoridades antitruste. O que se cogita, aqui, seria uma espécie de aplicação setorializada do direito da concorrência, justificada com base no maior conhecimento técnico-especializado da agência reguladora."

5. CONCLUSÃO

Reforço que este Colegiado não pode silenciar-se diante dos feitos que lhe são submetidos para análise na forma da Lei, sob pena de responsabilidade.

Reafirmo, ainda, que entendo que conflito de competência ou a concorrência suscitado não pode também ser dirimido por Pareceres ou Resoluções que podem ser alteradas de acordo com a conveniência administrativa.

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 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.

É o voto.

HEBE TEIXEIRA ROMANO

Conselheira-Relatora

