

Ministério da Justiça

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Gabinete do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo

Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09

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

Conselheira-Relatora: Hebe Romano

ADITAMENTO DE VOTO DO CONSELHEIRO CELSO FERNANDES CAMPILONGO

Acompanhei atentamente, após ter prolatado voto-vista, a leitura dos votos dos Conselheiros Roberto Pfeiffer e Ronaldo Macedo Jr. Pela riqueza e precisão dos argumentos colacionados pelos dois Conselheiros – que, em síntese, não divergem de meu entendimento, mas complementam meu voto com observações que lhe conferem clareza e exatidão – peço “venia” para aditar o voto e incorporar vários pontos suscitados nas sólidas manifestações mencionadas.

Não entra em conflito com o entendimento por mim esposado – antes, o reforça – a precisa argumentação do Conselheiro Roberto Pfeiffer sobre o Parecer da AGU. Após discorrer a respeito da independência do CADE, o ilustre Conselheiro Pfeiffer sustenta que, se nenhum outro órgão ou autoridade administrativa pode rever *ex post* uma decisão do CADE, “*as suas deliberações não podem, igualmente, ser condicionadas ex ante*”. E continua: “*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*”. E isso por uma óbvia razão: a independência do julgador não reside apenas no “decision – making process”; refere-se, também, à “functional independence”. Essa é a “independência substantiva”²⁷, essencial ao desempenho profícuo da defesa da concorrência, mas que restou comprometida pelo Parecer da AGU.

²⁷ Cf. Shimon Shetreet, “Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges” in *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, in Shimon Shetreet and Jules Deschênes organizadores, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 595

Concatenada com essa tese está a distinção, também ressaltada pelo Conselheiro **Pfeiffer**, entre atividades típicas da área-meio do CADE e aquelas relativas à sua área-fim. Na interpretação conforme a Constituição que constrói do art. 40, §1º, da Lei Complementar nº 73/93, o Conselheiro **Pfeiffer** demonstra, com toda a razão, que há vinculação da autarquia somente em relação à área-meio, de caráter meramente administrativo. Nesse sentido, registrou discordância em relação à minha argumentação, que daria a entender, segundo ele, que nunca ocorreria tal vinculação. Aproveito o ensejo para manifestar integral sintonia com a tese do Conselheiro **Pfeiffer**. É verdade que não distingui a área-meio da área-fim, mas em nenhum momento pretendi discutir outra coisa que não fosse a área-fim do CADE. A argumentação voltava-se, exclusivamente, para a definição da competência e a afirmação da independência deste Conselho na aplicação da lei antitruste. Foi essa a minha única preocupação na discussão sobre o suposto conflito de competência CADE/BACEN.

As interferências externas ao SBDC, quando não amparadas em Lei, sejam elas “ex ante” (delimitando ou tolhendo competências) sejam elas “ex post” (admitindo ou tolerando os recursos hierárquicos), comprometem o cerne das atividades regulatórias e adjudicatórias, isto é, a ausência de poderes diretivos do Executivo. Por isso, o caso BACEN/CADE tem repercussões que vão muito além do sistema financeiro. O que está em questão é o próprio modelo das “agências independentes”. Estão em jogo, igualmente, duas opostas concepções de democracia e poder: uma monolítica, jacobina, herdada do Estado absolutista e sintetizada na “reductio ad unum” de uma indistinta “vontade geral” representada no Parlamento ou, no sistema presidencialista, no Presidente da República; outra policêntrica, que vê os poderes como intrinsecamente limitados e diferenciados por leis que regulam seus espaços e formas. É dessa segunda modelagem que as funções adjudicatórias – mas também as “agências reguladoras independentes” –, derivam e extraem forças para imunizar suas decisões das intromissões do poder político. Contraditório, motivação, transparência, enfim, regras do jogo que pressupõem uma discricionariedade técnica que não tolera a submissão ao poder político: é essa a racionalidade das autoridades independentes. Mas não só: em essência, como acertadamente aponta **Giuliano Amato**, “*as Autoridades Independentes são o produto do encontro dessas tradições e contam com tudo isso para fornecer a direitos e valores constitucionais tutelas e garantias antes inexistentes*”.²⁸

²⁸ Cf. Giuliano Amato, “Le Autorità indipendenti nella costituzione economica”, in “Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti”,

Feito este esclarecimento, registro não haver nenhuma discordância, a meu juízo, entre o posicionamento do Conselheiro **Pfeiffer** e o meu, uma vez que adoto, integralmente, a tese de que o parecer da AGU, aprovado e publicado com o despacho presidencial, não vincula ao CADE no que se refere à sua área-fim (o que seria um condicionamento indevido *ex ante* de suas decisões), mas tem efeito vinculante em relação à sua área-meio.

Em meu voto, ressaltei a importância da distinção entre as competências de regulação prudencial do Banco Central (BACEN) e as de adjudicação concorrencial do CADE. Esta diferença foi reforçada no voto do Conselheiro **Ronaldo Porto Macedo Júnior**, inclusive com a discussão sobre as hipóteses em que a insolvência ou pré-insolvência de instituição financeira exigem uma atuação urgente do BACEN, com vistas à proteção dos depositantes, investidores e demais credores da instituição. CADE e BACEN têm “reservas de tecnicidade” que não se confundem, para usar uma expressão de **M.S. Giannini**²⁹. Isso significa que os fundamentos dos poderes e as funções de cada órgão também são distintos. Distinção, logicamente, não é o mesmo que conflito.

A atuação do BACEN pode incluir uma reorganização artificial do mercado financeiro, mediante a reestruturação compulsória. Esta deve ocorrer, obviamente, com respaldo na legislação específica: Lei nº 9447/97; Decreto-lei nº 2321/87; Lei nº 6024/74. Trata-se – nestes, e somente nestes casos – de hipóteses em que se vislumbra um controle prudencial de estruturas de competência exclusiva do BACEN, uma vez que envolvem atividade de regulação. Não é o caso, como explicou em seu voto o Conselheiro **Ronaldo Macedo Jr.**, de isenção antitruste implícita. Toda e qualquer isenção antitruste deve ser explícita, e ela inexistente no Direito brasileiro. Aliás, se existisse, seria claramente inconstitucional. O que se verifica, na hipótese aventada, é a atuação de caráter regulatório do BACEN, como órgão regulador prudencial do mercado financeiro que, com base legal, em situações excepcionais, pode promover uma reorganização artificial e compulsória do mercado, com vistas à sua higidez.

Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1997, pp. 3 -16, particulamente p.13.

²⁹ Cf. Silvano Labriola. “Le Autorità indipendenti”, in Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano, Silvano Labriola organizador, Milano, Giuffrè, 1999, p.16.

Convém, neste ponto, tecer novas considerações sobre o conceito de risco sistêmico. Definido como o risco de que um evento (um choque) deflagra uma perda de valor econômico ou de confiança numa porção substancial do sistema financeiro, grande o suficiente para produzir efeitos adversos na economia real,³⁰ o risco sistêmico tem sido banalizado no debate público brasileiro. É inegável que a traumática reestruturação bancária, particularmente após a implantação do Plano Real, exigiu uma atuação forte do Banco Central, com vistas à preservação dos sistemas bancário e de pagamentos. Entretanto, superado o período crítico, não se justifica a utilização gratuita do risco sistêmico como argumento *ad terrorem* que explique a isenção antitruste no Brasil.

Da mesma forma que é irresponsável desprezar o risco sistêmico, não é prudente exagerá-lo. Nem toda situação que envolva um regime especial de instituição financeira, ou sua reestruturação compulsória, implicará, necessariamente, risco sistêmico. O surgimento desse tipo de risco depende do tamanho da instituição e do grau de interdependência do sistema. De qualquer modo, de acordo com o entendimento já explicitado, é o Banco Central que atuará, de forma exclusiva, em tais situações excepcionais, com ou sem risco sistêmico. Assim, não se exclui que, em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela que resultar menos gravosa sob o perfil da tutela concorrencial.³¹ Novamente, nem conflito de competências nem, muito menos, colisão de valores.

Aqui, cabe ressaltar a relevância do controle concorrencial de estruturas no sistema financeiro. Estudos recentes demonstram ser plausível a hipótese de que quanto maior a consolidação do sistema financeiro, maior tende a

³⁰ Cf. Gianni De Nicolo e Myron L. Kwast, “Systemic risk and financial consolidation: are they related?”, paper apresentado na *Banks and System Risk Conference*, Bank of England, 23 a 25 de maio de 2001, p. 2. Os autores fazem parte, respectivamente, do *staff* do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do *Board* do Federal Reserve System (Fed). O conceito amplo de risco sistêmico por eles adotado é o do G-10 (cf. GROUP of TEN, Report on Consolidation in the Financial Sector, Bank for International Settlements (BIS), Basileia, janeiro de 2001, capítulo IV).

³¹ Cf. Guido Rossi, Il conflitto di obiettivi nell’esperienza decisionale delle Autorità, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*. Quaderni della Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, nº 2, Milano, Giuffrè, 1997, p. 51.

ser a sua interdependência e, conseqüentemente, maiores os riscos.³² Assim, a aplicação da lei antitruste aos casos ordinários de concentração no sistema financeiro, do ponto de vista estritamente econômico, torna-se ainda mais justificável, na medida em que, combinada com o controle prudencial das estruturas – como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos –, pode contribuir, de forma eficiente, para uma consolidação sustentável do sistema.³³

Dessa forma, acredito que meu posicionamento, com base na tese das competências complementares, não somente está de acordo com o direito vigente, mas também é consistente, “*data venia*”, do ponto de vista econômico. Outra não é a lição, bem lembrada no voto do Conselheiro **Ronaldo Macedo Júnior**, dos países da OCDE, em vários relatórios dessa instituição, nos quais o sistema da isenção antitruste no setor financeiro é enfaticamente rejeitado.³⁴

Sugestiva, nesse ponto, a lição de **Guido Rossi**, com amplo amparo doutrinário e jurisprudencial, para quem as autoridades de vigilância bancária são “naturalmente” orientadas a garantir os benefícios da própria regulação em detrimento de assegurar os mais difusos, porém menos palpáveis, benefícios advindos da disciplina concorrencial. E, continua o professor de Milão, “*é natural que o órgão de vigilância bancária, que para atingir seus fins institucionais está baseado principalmente nos efeitos de reputação e credibilidade, dê mais peso e prefira, pelo menos a curto prazo, o aspecto da estabilidade em relação ao da concorrência*”. O problema, lá e aqui, é que tal opção está afastada pela lei.³⁵

Os votos que se seguiram ao meu reforçaram, ainda mais, minha convicção no sentido de que as competências do BACEN para regular, fiscalizar e coibir práticas anticoncorrenciais (controle de condutas) – artigos 18, § 2, e 44 da Lei nº 4.595/64 – ou, ao lado disso, suas competências para autori-

³² Cf. Gianni De Nicolo e Myron L. Kwast, “Systemic risk and financial consolidation: are they related?”, *op. cit.*

³³ Cf. Stephen Rhoades, “Bank mergers and banking structure in the United States, 1980-1998”, Board of Governors of the Federal Reserve System, Staff Study nº 174, August 2000, p. 32.

³⁴ Cf. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Committee on Competition Law and Policy (DAFFE/CLP). “Enhancing the role of competition in the regulation of banks”, 11.09.1998; e “Mergers in financial services”, 20.09.2000.

³⁵ Cf. Guido Rossi, *Il conflitto di obiettivi nell’ esperienza decisionale delle Autorità, in Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, *op.cit.*, p.46

zar o funcionamento e determinar a intervenção, liquidação, reorganização societária, inclusive incorporação, fusão ou cisão (controle de estruturas) – artigo 18, “caput”, da Lei nº 4.595/64 e artigo 5º da Lei nº 9.447/97 – não se confundem, não se sobrepõem e muito menos conflitam com os ditames da Lei nº 8.884/94 . As razões são inúmeras e não é o caso de repetir, neste aditamento, os argumentos esgrimados com lucidez pelos colegas que me antecederam. Porém, o debate que o caso vem gerando nos meios jurídicos e acadêmicos especializados está a exigir, aqui, um esforço de síntese explicativa.

Em relação ao controle de **condutas**, basta dizer que a Lei nº 4.595/64 não contempla nem tipifica nenhuma infração concorrencial e, quando menciona “abusos de concorrência” (artigo 44, § 2º, “b”), além de impor penalidades irrisórias, pressupõe que as instituições financeiras obrem com negligência ou dolo e imagina infrações “per se”. Ora, a Lei nº 8.884/94 é rica e detalhada, apesar de sua tipologia aberta, na exemplificação das condutas anticoncorrenciais, rigorosa na imposição de penalidades, não exige negligência ou dolo do agente e tem na “regra da razão” a fórmula de calibração de sua aplicabilidade. Por isso tudo, impossível – com a “venia” dos respeitáveis entendimentos em contrário – imaginar qualquer conflito de competências entre o arsenal jurídico antitruste que a Lei 8.884/94 oferece ao CADE para o controle de condutas e a verdadeira “armata Brancaleone” antitruste que a Lei 4.595/64 disponibiliza ao BACEN.

Em relação ao controle de **estruturas**, suficiente dizer que, nos termos da Lei nº 8.884/94, o exame de concentrações é preventivo, exercido em sessões públicas, por órgão colegiado e independente e conta com uma sofisticada arquitetura jurídica de suporte a situações extraordinárias: impugnações por terceiros, fixação de metas e compromissos de desempenho, reversibilidade das decisões, enfim, uma teleologia mundialmente reconhecida como mais adequada para a adjudicação da concorrência. Não se compreende, também nesse passo – dada a marcante diferença e complementaridade das funções –, a alegação de conflito de competências. Ademais, não custa lembrar que o controle de estruturas, do prisma concorrencial, só foi introduzido em nosso ordenamento em 1994.

Por isso, nos estritos termos da legislação vigente, imaginar que as ferramentas antitruste ensarilhadas pela Lei 4.595 sejam o suficiente para impor um regime verdadeiramente concorrencial – é dizer: de respeito ao princípio constitucional da livre concorrência – é, no mínimo, ingênuo. Seria o mesmo que oficializar uma inconstitucional isenção antitruste.

Se, com certo esforço interpretativo, é possível afirmar que os dispositivos da Lei 4.595 foram recepcionados pelo artigo 192 da Constituição de 1988, não é possível dizer que tenham eles o status de veicular, além do tema financeiro, a matéria de adjudicação da concorrência. Isto é, se admitido que tal Lei esteja em vigor pela técnica da *recepção*, traduzindo-se em autêntico procedimento de economia legislativa, não é possível interpretá-la de forma a ampliar seu sentido – o qual não pode ser o mesmo daquele desejado pelo constituinte com relação a livre concorrência, insculpido nos artigos 170, IV e 173, § 4º. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência só se aperfeiçoou a partir da edição da Lei 8.158/91, vindo a se consolidar com a atual Lei da Concorrência – Lei 8.884/94 – que instaurou o regime do controle preventivo – antes inexistente no direito antitruste pátrio – ao lado do controle repressivo já existente nas leis anteriores. Digno de realce, que antes do advento do moderno sistema de defesa da concorrência, vigorava a política de defesa da economia popular que não permitia um controle concorrencial efetivo. A defesa da concorrência só ganhou corpo com o marco constitucional de 1988.³⁶ Do prisma histórico é improvável que o legislador de 1964 tenha atribuído à tutela concorrencial o moderno figurino reclamado pela Carta de 1988.

Não há exagero nas afirmações aqui feitas. Pergunto: qual o registro, na jurisprudência, na literatura jurídica ou na prática bancária, desde 1964, de análise antitruste de atos de concentração no sistema financeiro feita pelo BACEN, ou de controle de condutas anticoncorrenciais? A resposta é seca e direta: nenhum! Pelo menos que tenha sido oferecido ao debate público, não há um único caso de atividade repressiva ou preventiva, na área antitruste, do BACEN. Se é verdade que um mínimo de eficácia é condição de validade das normas jurídicas, para citar a polêmica passagem de **Kelsen**, as disposições antitruste da Lei 4.595/64 podem ser vistas de dois modos: ou o sistema financeiro, sempre e invariavelmente, cumpre as disposições antitruste da Lei 4.595/64 ou dela derivadas (que, registre-se, não se sabe quais são), e, assim, a existência dessas normas seria desnecessária; ou, então, os responsáveis pela sua aplicação nunca o fazem e essas disposições são absolutamente ineficazes. O direito não de compraz com nenhuma dessas hipóteses. Não seria crível, numa economia que ainda caminha na direção da verdadeira concorrência, como a brasileira, que o antitruste tivesse eficácia máxima ou nenhuma eficácia. Aliás, isso seria surreal tanto no direito da concorrência ou quanto em qualquer outro ramo do direito. Tudo reforça a tese de que os âmbitos de

³⁶ Gesner de Oliveira destaca que 74% das decisões do CADE, no período de 1962 a 2000, foram tomadas entre 1996 e 2000, ou seja, nos últimos quatro anos. Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 09.

competência do BACEN e do CADE estão interconectados por elementos de complementação e de polaridade. Mais do que compreensível, consideradas essas circunstâncias, que o próprio “*site*” do BACEN na internet, quando arrola os objetivos do órgão, não diga uma única palavra sobre o controle antitruste.

Quando se trata de bancos, as expectativas garantidas pelo direito são de duas ordens: uma em relação ao sistema financeiro; outra, muito diversa, em relação à concorrência. Evitar o “risco sistêmico” é o mesmo que oferecer garantias jurídicas de liquidez, solidez e higidez do sistema financeiro. Não é essa a tarefa do direito antitruste. Assegurar a competição entre os agentes financeiros – com os benefícios daí decorrentes ao consumidor, v. g, serviços com melhores patamares de eficiência, produtividade e qualidade, e, além disso, com preços mais baixos – é função do direito da concorrência. Não existe nada de incompatível na garantia jurídica, ao longo do tempo, dessas duas expectativas distintas e complementares: regulação prudencial e defesa da concorrência. Ambas tutelam o interesse coletivo. O risco é uma característica inerente à atividade financeira. Há quem diga que, no direito moderno, foram exatamente os contratos de seguro e de mútuo dos banqueiros do Renascimento que condensaram o conteúdo semântico atual da expressão “risco”. Por isso, parafraseando a fina ironia reflexiva de um especialista no tema, seria muito arriscado eliminar o risco da atividade bancária ou, como de resto, da própria atividade econômica³⁷. A regulação prudencial pode e deve minimizar o risco sistêmico, mas não é capaz de eliminá-lo por completo. Seria absolutamente inconstitucional e ofensivo à ordem econômica capitalista pretender, a pretexto de mitigar o “risco sistêmico”, abolir a concorrência e os riscos a ela inerentes. Pior ainda seria, na apologia de um sistema bancário supostamente sem riscos, deslocar para plano secundário os riscos – de consequências não menos nefastas para a comunidade – decorrentes do abuso do poder econômico. A vida econômica não comporta simplificações e reducionismos desse porte.

Não se deve esquecer, quando se trata de “risco”, das virtudes da cautela e da duplicação de instâncias no processo decisório. Ninguém cogita de suprimir a competência regulatória do BACEN e nem ignora que, sem dúvida, essa competência possui efeitos que vão além da mera regulação. Do mesmo modo, a tarefa adjudicatória do CADE também não deixa de ser, em algum sentido, uma forma de regulação. Por que, então, duplicar tarefas? Jus-

³⁷ Cf. Raffaele De Giorgi, *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro*, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1998, especialmente o capítulo “O Risco na Sociedade Contemporânea” e o apêndice sobre o “Centro de Estudos do Risco”.

tamente porque o processo decisório, em condições de elevada incerteza – como são aquelas da atuação do sistema bancário, que, segundo **Luhmann**, é especializado na transformação do risco em negócio ³⁸ –, encontra na redundância de esferas decisórias um padrão aconselhável e cauteloso no manuseio de situações de alto risco, grande contingência e forte instabilidade ³⁹.

Repita-se: não se deve minimizar o “risco sistêmico” nem questionar a competência exclusiva do BACEN para evitá-lo. Entretanto, como sublinha toda a literatura sobre o risco na sociedade complexa – o exame de novas tecnologias e a análise ambiental são prenes de exemplos –, não é possível isolar nem maximizar as causas e conseqüências de um único tipo de risco. Paralelamente aos riscos de instabilidade no sistema financeiro, existem outros riscos inerentes à atividade bancária, dentre os quais, evidentemente, aqueles de abuso do poder econômico. É natural que o BACEN seja reticente e temeroso em admitir – mais por razões históricas e políticas do que teóricas e jurídicas – que a atribuição da adjudicação concorrencial seja do CADE. A passagem de uma estrutura caracterizada exclusivamente por intervenções administrativas diretas e centralizadas para um modelo de compartilhamento de responsabilidades sobre riscos distintos, com controles indiretos e orientados pelo mercado, talvez ainda não seja bem compreendida como capaz de satisfazer às necessidades de um sistema bancário mais eficiente e competitivo. O que deve ficar claro, porém, é que, para usar a expressão dramática de **Guido Rossi**, “*imolar os valores da concorrência sobre o altar de valores diversos*” tem se mostrado um erro grave. ⁴⁰ Por isso, cauteloso que os riscos – sistêmicos ou de abuso do poder econômico – sejam manipulados e tratados por instâncias diversas e interligadas.

A economia pode ser considerada uma enorme zona de transferência de riscos: riscos de investimento, riscos de crédito, riscos de prejuízo. E, talvez por isso, o risco da perda de mercado seja, freqüentemente, uma conseqüência quase certa da aversão aos riscos ⁴¹. O mercado bancário redistribui riscos em diferentes esferas: o Banco Central regula alguns desses riscos; o mercado interbancário outros; e os bancos comerciais, nas relações com seus clientes, gerem ainda outros tipos de riscos. Mas os perigos do sistema bancá-

³⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Sociologia del Rischio*, Milano, Bruno Mondadori, 1996, p. 207.

³⁹ Cf. Martin Shapiro, *The United States*, in *The Global Expansion of Judicial Power*, C.Neal Tate and Torbjörn Vallinder organizadores, New York, New York University Press, 1995, p. 62.

⁴⁰ Cf. Guido Rossi, “Il conflitto di obiettivi nell’ esperienza decisionale delle Autorità”, op. cit. p.45

⁴¹ Cf. Niklas Luhmann, *Sociologia del Rischio*, op.cit., p. 201 e 203.

rio não residem apenas nas questões de solvibilidade. Os riscos também são enormes no campo dos abusos do poder econômico – notadamente se considerada a posição central que os bancos ocupam no interior do sistema capitalista. Qual seria a razão, jurídica ou econômica, para, em nome do “risco sistêmico”, franquear espaços aos riscos de abuso do poder econômico? Nem a Constituição nem o mercado autorizam esse cálculo pouco prudential, para usar a linguagem da regulação bancária, e nada razoável, para mencionar a racionalidade do antitruste.

Além disso, a distribuição dos riscos do sistema financeiro não pode ser adequadamente examinada de forma hierárquica, como se o Banco Central, à moda de uma economia planificada, pudesse gerenciar, com exclusividade, todos os riscos do mercado. Mas, como diz **Luhmann**, esta é apenas uma tentativa de reação a riscos que são inevitáveis. Nessas condições, o envolvimento de outras esferas decisórias, com o beneplácito e a coresponsabilidade daí advindas, apresenta-se como uma das principais estratégias de tratamento dos riscos. Um modelo heterárquico, sem que ninguém assuma a pretensão de gestor do sistema global, com a fragmentação da decisão numa pluralidade seqüencial de decisões que considerem as posições anteriores, parece ser a melhor modelagem para a regulação de setor tão importante.

Na verdade, a distinção entre “risco sistêmico” e “outros riscos” desdobra, com efeitos perversos e como se fossem binômios rigidamente desconectados, as diferenças entre hierarquias e mercados; planejamento e concorrência; unidade de comando e competição controlada. Um sistema bancário moderno, competitivo e eficiente não pode sobreviver nem extrair sua unidade de uma só fonte deliberante e que ocupe o vértice de uma estratificação hierárquica. O comportamento burocrático é extremamente avesso aos riscos e às surpresas. Os mercados competitivos, ao contrário, convivem e dependem das duas coisas. Mais uma razão para se afastar qualquer conflito entre regulação prudential e adjudicação concorrencial.

O Executivo e, no seu interior, as agências independentes reúnem poder normativo e poder de provimentos quase-judiciais. Mas o exercício desses poderes está vinculado à observância das normas legislativas. As matérias e relações protegidas por reserva constitucional de lei – e é assim tanto com a concorrência quanto com o sistema financeiro – não podem ser objeto de modificação informal, como se tivesse ocorrido delegação do legislador. Matéria objeto de reserva de lei não é disponível por parte do legislador e,

menos ainda, por parte da Administração⁴². Competência, assim, não se renuncia, não se transfere e não se presume. Como inexistente disposição de lei que afaste da competência do CADE qualquer setor de mercado, não há que se cogitar da competência de outros órgãos sem incidir em gritante inconstitucionalidade⁴³. Isso ficou demonstrado, fartamente, nos votos dos Conselheiros **Pfeiffer e Macedo Jr.**

Algumas palavras devem ser dirigidas (i) àqueles que imaginam que este CADE não estaria aparelhado de meios e nem integrado por quadros que pudessem levar adiante a defesa da concorrência no setor bancário; (ii) àqueles que alegam que a rapidez e o sigilo decisórios exigidos pelo sistema financeiro seriam incompatíveis com o trâmite dos procedimentos do CADE. Antes de mais, registre-se que o argumento não é jurídico. Ainda que essas insinuações fossem verdadeiras, nada disso justificaria o descumprimento da Lei nº 8.884/94. Ora, se faltassem meios e quadros, bastante seria conferi-los ao CADE. Quanto à rapidez e ao sigilo das análises, além das suficientes disposições em vigor, na Lei e nas Resoluções do CADE, nada impediria, até mesmo por simples edição de nova resolução interna, a elaboração de normas de procedimento e organização de serviços (art. 7º . XIX, da Lei nº 8.884/94) que resolveriam a questão com muita facilidade. A propalada “assimetria de informações” sobre o mercado também seria facilmente eliminada não apenas com a introdução de mecanismos de cooperação entre o BACEN e o CADE, como também pelas instruções promovidas pelo CADE e a oitiva dos concorrentes.

Muitos, ainda, temem o indesejável efeito retroativo que o entendimento aqui adotado, desde que majoritário, possa ter. Tratar-se-ia do primeiro acórdão posterior ao parecer do AGU, reafirmando a competência do CADE para o exame de fusões bancárias. A insegurança jurídica gerada pela situação afeta a todos. BACEN, CADE, AGU, outras AGÊNCIAS REGULADORAS e, principalmente, os administrados, ficam perplexos com a indefinição. Isso é o suficiente para que se reconheça o caráter particularíssimo e excepcional da situação. Efetivamente, a inauguração de nova e inédita interpretação normativa – no caso, posterior ao entendimento da própria Administração, consubstanciado no Parecer Normativo da AGU – nos limites definidos pela

⁴² Cf. Silvano Labriola. “Le Autorità indipendenti”, in *Lè Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, op. cit., p.16.

⁴³ Não é demais lembrar precedente, do Supremo Tribunal Federal, de admissibilidade de ação de inconstitucionalidade de ato análogo ao Pareceres Normativos da AGU.

Lei nº 9.784/99, me parece, em princípio, que não poderá ter efeitos retroativos.

Era o que cumpria aditar ao voto.

Brasília, 28 de novembro de 2001.

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro do CADE