

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

**ADITAMENTO DE VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO
PFEIFFER**

Diante da destacada relevância da matéria resolvi elaborar um breve aditamento do voto proferido na sessão plenária do dia 26 de setembro do corrente ano, reforçando algumas considerações efetivadas, a seguir numeradas.

1. Quanto ao panorama internacional.

Entendo pertinente mais uma vez ressaltar que, no panorama internacional, a maioria dos países adota a regra de que, mesmo existindo órgãos reguladores de setores específicos da economia, os agentes econômicos pertencentes a tais setores não são excluídos da órbita de fiscalização preventiva e repressiva do órgão de defesa da concorrência.

Destaco, neste aditamento de voto, as considerações efetivadas a este respeito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em recente trabalho intitulado “Relações entre autoridades reguladoras e de defesa da concorrência”.

Referido documento foi fruto de uma série de discussões efetivadas ao longo do ano de 1999 entre os países membros da OCDE, sendo as principais conclusões sintetizadas pela Secretaria do Comitê de legislação e política da concorrência.¹

Embora o foco das discussões tenha sido o relacionamento entre os dois órgãos nos setores da economia recentemente privatizados ou que sofrem

¹ Ver, a propósito, no *site* da OCDE os documentos reunidos sob o título “*Relationship between regulators and competition authorities*”.

um processo de desregulamentação, o próprio documento faz referência a setores tradicionalmente regulados, dentre os quais o setor financeiro.²

Salienta o resumo executivo das discussões, elaborado pela referida Secretaria, quatro tarefas que demandam especial e cuidadosa atenção nos setores regulados:

1. “Defesa da concorrência”: repressão de condutas anti-competitivas e controle de fusões;
2. “regulação de acesso”: assegurar acesso não discriminatório a necessários *inputs*, especialmente infraestruturas de rede;
3. “regulação econômica”: adotar medidas baseadas nos custos a fim de controlar preços monopolistas;
4. “regulação técnica”: estabelecer e monitorar padrões, a fim de assegurar compatibilidades e para conferir atenção a preocupações concernentes à segurança, privacidade e meio ambiente.

Preocupa-se, então, o documento da OCDE em estudar qual o melhor órgão para a alocação destas funções, analisando-se o tema sob três perspectivas: estática, sinérgica e dinâmica. Em qualquer das três perspectivas analisadas a conclusão é a de que as tarefas concernentes a regulação técnica normalmente devem ser atribuídas ao órgão regulador, enquanto as atribuições relativas à defesa da concorrência devem **sempre** ser desincumbidas pelo órgão de proteção da concorrência. Variam as conclusões quanto à atribuição das outras duas funções.

Para ser sintético, não destacarei todas as perspectivas analisadas. Apenas ressalto a conclusão relativa à perspectiva dinâmica, pela qual são adotadas as seguintes conclusões: a) quando houver uma necessidade transitória de regulação, as quatro tarefas devem ficar a cargo do órgão de proteção da concorrência; b) quando houver uma necessidade permanente e contínua de regulação técnica, econômica e de acesso, estas três tarefas devem ser atribuídas ao órgão regulador. Enfatiza, porém, que a atividade de proteção da con-

² Ver, igualmente, as considerações efetivadas pela mesma OCDE no documento intitulado e já referido no voto de vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo, e, por este motivo, não reproduzido no presente voto, para evitar repetições.

corrência, assim como no primeiro caso, deverá ser atribuição da agência geral de concorrência.³

Salienta o documento, ainda, uma série de vantagens comparativas⁴ que demonstram ser as agências de defesa da concorrência as mais aptas a investigar e processar condutas anti-competitivas (como, por exemplo, os comportamentos cartelizados) e rever fusões⁵.

É, desta maneira, forçosa a conclusão de que a posição adotada pela maioria do Plenário está plenamente acorde com a tendência mundial sobre distribuição de atribuições entre os órgãos reguladores e as agências de proteção da concorrência.

2. Da necessária cooperação entre o BACEN e o CADE.

³ Static comparative advantage and synergy considerations should be supplemented with a dynamic view of a sector. Where the need for both economic and access regulation is expected to be temporary and the main task is to introduce competition, it might make sense to confide both access and economic regulation to the general competition agency. On the other hand, where access and *economic regulation are expected to be permanently required, as with natural monopoly transmission and distribution networks, it might be best to confide these tasks to sector-specific regulators. In either case, responsibility for competition protection should rest with the general competition agency.*

⁴ Whenever the principal task is arguably to manage the evolution to ever greater competition, general competition agencies should enjoy certain advantages over sector-specific regulators. In particular, competition agencies should be more: 1. attuned to pursuing static and dynamic economic efficiency which are the principal reasons for introducing competition; 2. convinced that competition truly will produce significant benefits, and motivated to demonstrate this in as many sectors as possible; 3. familiar with what constitutes a competitive market and what threatens it; 4. likely to rely on structural remedies which would probably prove to be a better instrument for developing competition than dependence on a set of behavioural prescriptions; 5. willing to wind down both access and economic regulations as and when competition becomes sufficiently strong (the fraction of resources devoted to such regulation of a specific sector should never be as high in a general competition agency as it would be in a sector-specific regulator); and 6. able to persuade the private sector, i.e. prospective investors, that the government is committed to making the transition.

⁵ The competition agency probably enjoys an overwhelming comparative advantage in competition protection, especially in investigating and prosecuting anticompetitive conduct such as cartel behaviour and reviewing mergers. Such functions should likely always be the responsibility of the competition agency.

Foi bastante destacado por este Plenário, inclusive em meu voto, a existência de complementaridade de atribuições entre os dois órgãos, bem como a necessidade de haver cooperação e coordenação entre as suas atividades.

Saliento que esta também é uma perspectiva bastante enfatizada no referido documento da OCDE, sendo que a experiência internacional revela variadas formas pelas quais atividades conjuntas são desempenhadas, seja através de cooperação informal, seja em virtude da lei impor consultas mútuas ou mesmo a submissão da decisão de uma agência pela outra. Destaca o documento que a cooperação e coordenação é importante para evitar inconsistências, desnecessárias duplicações, má aplicação de recursos e para assegurar que a execução das normas de regulação técnica não sejam utilizadas para distorcer ou restringir a concorrência.⁶

Ressalto, ainda, que mesmo na atividade propriamente reguladora, os órgãos competentes devem, necessariamente, levar em consideração os aspectos de concorrência. Em outras palavras, as normas reguladoras devem ser formuladas da maneira que traga a mais ampla concorrência possível. Tanto isto é verdade que as leis de criação das novas agências reguladoras – e aqui refiro-me especificamente à ANATEL, ANEEL e ANP - prevêm a obrigação destas agências, em sua atividade reguladora, estabelecer as condições mais propícias à concorrência entre os agentes econômicos submetidos às suas normas reguladoras.

Tais constatações reforçam ainda mais os argumentos que eu havia desenvolvido em meu voto quanto à interpretação a ser conferida aos artigos 10 e 18, § 2º da Lei nº 4.595/64.

O art. 18, § 2º, estabelece atribuição do Banco Central do Brasil, no exercício das atribuições que lhe compete, regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos da lei. A melhor interpretação a ser conferida é a de que:

a) caberá ao BACEN, ao aplicar a política monetária nacional, cumprindo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional,

⁶ Assim, afirma o documento que: *“If competition protection is separated from access and economic regulation, co-operation and co-ordination are vitally needed to avoid inconsistent, investment discouraging application of the twosets of policies. Salienta, ainda, que: “Co-operative links are needed not just to avoid resource duplication, but also to ensure that technical regulators take proper account of the ways in which the adoption and enforcement of technical standards can be used to distort or restrict competition”*.

estabelecer normas regulamentadoras que estabeleçam as condições mais propícias à concorrência entre as instituições financeiras;

b) a fiscalização a ser efetivada refere-se ao descumprimento tanto das regras estatuídas pela Lei 4.595/64 como de todas as demais normas que regulam as instituições financeiras, inclusive aquelas editadas pelo próprio BACEN, no exercício de sua função reguladora. Porém, não das normas estabelecidas na legislação de defesa da concorrência. Tanto isto é verdade, que a lei apenas permitiu-lhe aplicar as sanções previstas em seu próprio corpo, e não aquelas estabelecidas na Lei nº 8.884/94.

Assim, duas conclusões se impõem: em primeiro lugar, que ao CADE falece competência para editar normas reguladoras que favoreçam a concorrência entre as instituições financeiras, pois esta atribuição é privativa do Banco Central. Em segundo lugar, se o CADE não poderá sancionar eventuais transgressões às normas específicas que regem a atuação das instituições financeiras⁷, o BACEN não poderá sancionar infrações à ordem econômica, já que a Lei nº 4.595/64 não estabelece nenhuma tipificação de infração à ordem econômica e não estabelece sanções específicas para esta espécie de infração.

Na realidade, apenas a Lei nº 8.884/94 estabelece tipos específicos e sanções adequadas às infrações contra a ordem econômica, estabelecendo que o único órgão competente para aplicá-las é o CADE. Assim, caso prevalecesse opinião distinta da adotada pela maioria do Plenário, haveria uma verdadeira impossibilidade de investigar e sancionar infrações contra a ordem econômica cometidas no âmbito do setor financeiro. Tanto isto é verdade que não se tem notícia de que o Banco Central do Brasil, desde a sua criação tenha sequer instaurado processo administrativo para sancionar infração contra a ordem econômica, ao contrário do SBDC, dado que recentemente houve a instauração de averiguação preliminar em que se investigava supostos indícios de infração cometida no âmbito deste setor.

No que diz respeito ao art. 10, IX, c, que prevê a necessária autorização do Banco Central para a validade de transformações, fusões, incorporações ou encampações de instituições financeiras, entendo que ele não exclui a atribuição do CADE, em situações de normalidade, efetivar também a análise de tais atos de concentração. Isto porque, como já afirmado, a análise do BACEN levará em conta aspectos regulatórios e setoriais, enquanto o CADE terá uma perspectiva mais genérica de defesa da concorrência. Entendo, de qualquer forma, que tal questão já está bastante debatida nos autos.

⁷ Que é, conforme demonstrado, tarefa privativa do BACEN no âmbito administrativo.

Gostaria apenas de discorrer sobre dois aspectos. O primeiro deles é o de que, se nas situações de normalidade, é verdade que a análise do CADE não estará condicionada ao posicionamento do BACEN, é lógico que ele sempre será um importantíssimo fator para o convencimento da posição do órgão. Em outras palavras: o CADE não é obrigado a seguir a mesma posição do BACEN (até porque, se o fosse, de nada adiantaria a sua atribuição) mas possui o dever de incluir em sua motivação o posicionamento do BACEN. Isto porque, como órgão regulador e fiscalizador das instituições financeiras, é esta autarquia aquela que detém as melhores informações e os dados mais sensíveis do setor.

Por outro lado, entendo, que os aspectos eminentemente regulatórios não poderão ser revistos pelo CADE, por lhe faltar competência para tanto. Neste contexto é que temos limitação à atuação do órgão quando houver a utilização de alguns dos remédios estabelecidos na Lei nº 9.447/97.⁸

Assim, estabelece o art. 5º do aludido diploma legal que, ocorrendo situação de insolvência ou pré-insolvência de determinada instituição financeira, o Banco Central, “visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo de outras providências a serem posteriormente adotadas, pode determinar as seguintes medidas: I- capitalização da sociedade com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento em montante por ela fixado; II- transferência do controle acionário; III- reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Assim, trata-se de hipóteses em que as providências são tomadas a partir da perspectiva regulatória, na qual o Banco Central, visando a resguardar os interesses de terceiros e a própria normalidade econômica (evitando, assim, a ocorrência de risco sistêmico) adota medidas de exceção. Nestes casos, entendo que o CADE não pode reapreciar os atos de concentração decorrentes da aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do art. 5º da Lei nº 9.447/97, tanto por faltar-lhe atribuição reguladora.

Porém, mais uma vez ressalto que os demais atos de concentração, necessariamente, devem ser submetidos à apreciação do CADE.

3. Quanto aos atos de concentração já efetivados e não apresentados ao SBDC.

⁸ Fugiria completamente do restrito âmbito do presente julgamento apreciar a questão da constitucionalidade formal desta norma, motivo pelo qual apreciarei as questões por ela regradadas.

Finalmente, no que diz respeito aos atos de concentração envolvendo instituições financeiras, não efetivados em decorrência da aplicação da Lei nº 9.447/97 e não apresentados ao SBDC, entendo pertinente traçar algumas considerações.

Não há como escapar da constatação de que a interpretação da necessidade de notificação ao SBDC, pela complexidade das normas existentes e pelo refinado exercício de hermenêutica necessário para a compatibilização de tais regras, sempre foi extremamente controversa.

Ademais, se é verdade, pelos fundamentos adotados pela maioria do Plenário, que o parecer normativo da AGU não vincula o CADE, em sua atividade fim, também é forçoso concluir que ele sinalizou, até o presente momento, uma posição da administração pública. Em outras palavras, é este o primeiro momento em que o CADE analisa um ato de concentração envolvendo instituições financeiras e até o presente momento os agentes econômicos e a comunidade jurídica não sabia como se comportar, diante da sinalização efetivada pelo citado parecer normativo da AGU.

Creio que é justamente para solucionar situações como estas, em que há modificações de entendimentos administrativos, que incide a regra do art. 2º, XIII da Lei 9.784, de 1999, que dispõe:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, dentre outros, o critério de:

XIII- interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Por ocasião de votos proferidos no Ato de Concentração nº 08012.00005186/00-74 (Deutsche Telekom AG e Debis Humaitá Itservices Latin America Ltda) em que apliquei tal regra e no **Ato de Concentração nº** em que não o apliquei, deixei expresso os fundamentos de tal regra, os requisitos para a sua aplicação e a excepcionalidade com que deve ser aplicado.

Creio que os casos concretos que forem apresentados envolvendo instituições financeiras permitirão, caso a caso, a verificação da possível aplicação de tal regra.

Diante de todo o exposto, ratifico na íntegra o meu voto proferido na sessão plenária do dia 27 de setembro de 2001, acrescentando-lhe dos presentes fundamentos, absolutamente compatíveis e coerentes com o que já havia nele constado.

Brasília, 28 de novembro de 2001.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro do CADE