

ATO DE CONCENTRAÇÃO**Nº 08012.005581/2002-19**

Requerentes: Mellon Bank N.A. e (“MELLON”) ABN Amro Bank N.V. (“ABN”).

Advogados: Geraldo Roberto Lefosse Júnior, José Orlando de Almeida de Arrochela Lobo, Valdo Cestari de Rizzo e outros.

Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.

Publicação do Acórdão: 13.12.2004.

EMENTA

Ato de Concentração. Formação de joint venture envolvendo instituições financeiras. Operação internacional com reflexos no país. Consolidação da competência do CADE para análise de operações envolvendo instituições financeiras. Ausência de impactos concorrenciais. Aprovação da operação sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em conformidade com os votos e as notas eletrônicas, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a operação sem restrições. Aprovada, ainda, a proposta de que sejam envidados esforços para celebrar novo convênio de cooperação técnica entre o CADE e o Banco Central, ao modo dos que foram celebrados em 1997 e 1999 para que se reabra o caminho para a cooperação entre as autarquias nas análises dos atos de concentração das instituições financeiras. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília – DF, 27 de outubro de 2004, data da 333ª Sessão Ordinária de Julgamento.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Redator do Acórdão

ELIZABETH M. M. Q. FARINA

Presidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR**LUIZ CARLOS DELORME PRADO****1 – Considerações Iniciais**

Este voto analisa a criação de *joint venture* denominada ABN-AMRO Mellon Global Securities Service B.V. (ABN-Mellon), uma sociedade limitada constituída de acordo com as leis da Holanda, tendo seu capital dividido em partes iguais entre o ABN e o Mellon.

O Mellon é uma empresa integrante do grupo norte-americano MFC e atua mundialmente no setor de serviços financeiros e serviços gerais de seguro e previdência. Por sua vez, o ABN é uma empresa integrante do grupo holandês ABN Holding e atua mundialmente no setor de serviços financeiros.

A SDE, a SEAE e a Procuradoria do CADE entenderam que não deveriam se manifestar por serem obrigadas a acatar o Parecer nº AGU/LA-01/2001 que concluiu, no conflito de competência entre o BACEN e o CADE para a análise dos atos de concentração no setor financeiro, pela competência privativa do BACEN.

Este é um debate recorrente que pode ser resumido nos seguintes termos: qual entidade é competente para analisar questões concorrenciais de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional – o Banco Central, o CADE, ou, ainda, ambos de maneira complementar.

Este debate foi suscitado pelas posições divergentes do BACEN e do CADE, que deram ensejo a manifestação da AGU, provocada pelo Ministro Chefe da Casa Civil, através do Aviso nº 1.836, de 25/10/2000. O Parecer da AGU/LA-01/2001, de autoria do Consultor da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, foi adotado pelo Advogado Geral da União, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, e aprovado pelo Presidente da República, em 5/4/2001. Por sua vez, a visão do CADE foi registrada nos votos do Caso FINASA (Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09).

2 – O Parecer da AGU

O Parecer da AGU formula seu entendimento a partir da determinação constitucional de que o Sistema Financeiro Nacional deve ser regulado por lei complementar (Constituição Federal de 1988, art. 192). O inciso IV do artigo 192 que exemplifica as matérias que devem constar dessa lei dispõe, entre elas, “a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas”. Portanto, uma vez que a Lei nº 4.595/64 foi

recepcionada com a eficácia de Lei Complementar, essas funções só poderiam ser modificadas por lei de igual hierarquia.

Complementarmente foram apresentados os argumentos que:

a. Não há disposição constitucional que determine o tratamento de questões concorrenciais em lei complementar, “*portanto, tem-se como assentado que será veiculada por lei ordinária*”. No setor financeiro, dado sua especificidade, determinou a Constituição sua regulação por lei complementar. Portanto, para a regulação de instituições financeiras, inclusive em seu aspecto concorrencial, aplica-se preferencialmente as normas específicas, e não as gerais, contidas na Lei da Concorrência.

b. A Lei nº 9.447/1997 estabeleceu que o Banco Central tem o poder de determinar *ex officio* transferência de controle acionário, capitalização com aporte de novos recursos e reorganizações societárias, inclusive com incorporação, fusão ou cisão. Isto seria um poder maior que os conferidos pela legislação de defesa da concorrência, reforçando o argumento da competência exclusiva do BACEN nesse tema.

c. Não há isenção antitruste em favor do setor financeiro. Mas a autoridade competente para analisar os aspectos concorrenciais é exclusivamente o BACEN. A competência desse órgão não é complementar a do CADE. Há conflito entre o papel atribuído ao BACEN, pela legislação financeira, e para o CADE, pela Lei da Concorrência. Esse conflito é solucionado pela hierarquia das leis, tendo, portanto, sendo que os legisladores optaram por concentrar integralmente no BACEN a competência em matéria de defesa da concorrência.

3 – A Jurisprudência do CADE

No Caso Finasa os Conselheiros do CADE entenderam, por maioria, da competência do órgão para analisar questões concorrenciais de empresas do setor financeiro(1). As exceções foram o Presidente João Grandino Rodas e a relatora Hebe Texeira Romano. O Presidente Grandino entendeu que o parecer da AGU era vinculante inclusive para o CADE, votando, portanto, pela incompetência dessa instituição para analisar o caso. Manifestou, no entanto, sua preocupação, pelo fato de o parecer da AGU não ter explicitado se a competência do BACEN é de sujeito ou objeto, o que permitiria que empresas do setor financeiro, participassem em atividades absolutamente estranhas às suas finalidades originárias, para elidir a competência do julgamento do CADE.

Nota:

(1) Eram conselheiros do CADE na ocasião Hebe Teixeira Romano, Celso Fernandes Campilongo, Roberto Pfeiffer, Ronaldo Porto Macedo, Afonso Arinos de Mello Franco Neto, Thompson Almeida de Andrade.

A relatora entendeu que o CADE deve apreciar a matéria que lhe foi submetida, uma vez que “o conflito de competência ou de concorrência suscitado não pode também ser dirimido por Pareceres ou Resoluções que podem ser alteradas de acordo com a conveniência administrativa”. Contudo, seguiu o entendimento do Parecer da AGU determinando que, no caso específico do setor financeiro, o CADE devia remeter ao BACEN todos os atos em andamento e solicitar ao Secretário do Direito Econômico que o faça com os processos similares em análise.

Os outros Conselheiros entenderam, seguindo os argumentos do voto do Conselheiro Campilongo que:

a. O CADE é um órgão que possui autonomia operacional, portanto está imune de tutela ou orientação do Governo. Isto é “A independência do CADE só pode ser entendida como a capacidade de imunização contra qualquer ingerência do Governo. Não há nem relação de tutela e, muito menos, de orientação do Governo ao CADE. É no interesse do próprio Estado – e da coletividade definida como titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 8.884 – que fixa a independência organizativa (em relação ao Governo) e funcional (das decisões) do CADE. Por isso a lei prevê uma série de requisitos para as pessoas físicas titulares dos mandatos neste Conselho: notório saber, ilibada reputação, nomeação pelo Presidente da República, aprovação pelo Senado, regime de incompatibilidades, garantias do mandato, enfim, mecanismos que, em conjunto, foram concebidos para proteger os Conselheiros de interferência externas. Daí que a sujeição do Conselho, evidentemente, só se dá em relação à Lei, nunca ao poder Hierárquico e diretivo da autoridade do governo”.

b. A Lei nº 8.884/94 é aplicável a todos os setores da economia no que diz respeito à matéria concorrencial. A ela estão sujeitas (art. 15) todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica.

c. A competência do BACEN para dar autorização às instituições financeiras para que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encapadas (artigo 10, inciso X, letra c, da Lei nº 4.595/64), não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no art. 54 da Lei nº 8.884/94, posteriormente a aprovação do BACEN. Este é responsável pelo controle de aspectos específicos do sistema financeiro, e o controle exercido pelo CADE, dá-se para resguardar os princípios da defesa da concorrência.

d. Nos termos do voto do Conselheiro Campilongo: “...a coibição de abusos a que se refere o art. em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatória edificado pelo próprio BACEN. (...) Trata-se, portanto, de um nítido controle **per se** – recorrente em setores regulamentados. “Isto significa que as condutas proibidas aos agentes financeiros já estará previamente tipificadas, diferentemente, pois do controle comportamental efetuado pelo CADE. No CADE, as condutas dos agentes não são julgadas exclusivamente com base em tipificações, mas a partir de verificação dos impactos concorrenciais destes atos”.

e. A Lei nº 8.884/94 regulamenta o artigo 170, IV e o art 173 parágrafo 4º da Constituição, defendendo o princípio da Livre Concorrência, que é um dos princípios basilares da ordem econômica. O artigo 192 não tem relação com o problema da concorrência. Não há no artigo 170, nem em nenhum outro uma isenção para o setor financeiro. Não é legítimo ao intérprete criar esta isenção do nada.

f. Finalmente, o argumento de que uma lei especial seria mais adequada que uma lei geral pode ser interpretada de outra forma. Isto é, a Lei antitruste é especial no que se refere à adjudicação concorrência das concentrações no sistema financeiro.

g. Portanto, o entendimento majoritário do Conselho do CADE foi, nesse caso, o de que este órgão é competente para analisar aspectos concorrenciais de instituições financeiras, de forma concorrente com o BACEN.

4 – Os Limites da Competência do CADE e do BACEN na Defesa da Concorrência em Instituições Financeiras

A jurisprudência do CADE apresentou razões suficientes para sustentar a competência desse órgão em questões de defesa da concorrência em empresas do setor financeiro. É meu entendimento que os argumentos apresentados no voto exemplar do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo devem ser reafirmado neste plenário.

Julgo, no entanto, necessário acrescentar argumentos suplementares aos apresentados em duas questões: em primeiro lugar, na determinação dos temas em que o BACEN e o CADE devem cooperar para melhor cumprir suas funções; em segundo lugar, na determinação dos aspectos em que esses devem exercer com exclusividade suas funções, por serem específicas nos termos da legislação em vigor.

A necessidade de regular o setor financeiro surgiu historicamente da percepção de que o mau funcionamento de uma parte do sistema financeiro pode contaminar o resto do sistema ou a economia como um todo. Isto é, crises que afetam de forma generalizada o setor financeiro tem impactos expressivos em todas as outras atividades econômicas. Por sua vez, uma crise localizada pode ampliar e afetar o conjunto do sistema. Portanto, as autoridades monetárias devem agir com rapidez e independência para conter esses desequilíbrios e preservar a confiança dos agentes econômicos no funcionamento do sistema financeiro.

Foi a Grande Depressão Econômica da década de 1930 que levou à criação da maior parte da legislação regulatória do sistema financeiro no mundo contemporâneo. Em especial, a crise bancária na Europa, desencadeada com a quebra do Creditanstal, o maior banco austríaco em 1931, mostrou que o pânico financeiro ultrapassava fronteiras nacionais, e o controle da crise implicava a intervenção dos estados nacionais nas suas áreas de competência, mas também a cooperação

internacional.

A visão de que os governos devem regular domesticamente os mercados financeiros, e cooperar internacionalmente para resguardar a solidez do sistema monetário internacional ganhou, desde a década de 1930 do século passado, adesões. Desde a criação do Sistema Monetário Internacional de Bretton Woods, em 1944, foi definitivamente incorporado nas relações econômicas internacionais e tornou-se, nos dias atuais, um consenso entre as correntes econômicas e as autoridades monetárias. Nesse sentido, o Brasil participa ativamente de organizações internacionais que têm por objetivo manter a estabilidade financeira mundial, com o FMI, e, ainda, de negociações sobre princípios de regulação bancária, tais como as realizadas no BIS que levaram aos Acordos de Basiléia.

A questão da concorrência nunca foi uma preocupação na criação dos Bancos Centrais. Ao contrário, no mundo a maior parte dos países atribuiu aos órgãos de Defesa da Concorrência, de forma complementar ou concorrente com as autoridades monetárias, tais questões(2). (Ver trabalho do Gesner Oliveira, Defesa da Concorrência e Regulação do Setor Bancário)

Nota:

(2) Ver Oliveira, Gesner, "Defesa da concorrência e regulação no setor bancário", em Campilongo et alia, Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, Ed. Max Limonad, 2002.

No Brasil, mais que em outros países, a criação de um ambiente concorrencial tem sido um processo recente, sendo que a Constituição de 1988, considerou que esse é um dos princípios basilares da ordem econômica. Por outro lado, uma vez que o Brasil entendeu não mais recorrer, a não ser em casos muito particulares, a controle de preços, o único instrumento de proteção ao consumidor quanto a abusos de poder de mercado é a legislação de Defesa da Concorrência.

A Lei nº 4.595/64 nunca teve qualquer preocupação com questões de defesa da concorrência. Essa não era uma questão considerada relevante à época. Ao contrário, particularmente no período 1967-1973 as autoridades promoveram a concentração bancária como um aspecto central da política econômica. Ao contrário, a Lei nº 8.884/94 criada em outro momento histórico, cumpriu o papel de atender a determinação constitucional de promover a defesa da concorrência como um dos pilares da ordem econômica.

O setor financeiro no Brasil é caracterizado por elevados *spreads* e, ainda, por altas taxas bancárias. O BACEN tem procurado encontrar formas de reduzir o *spread* dos bancos, estudando suas causas, e promovendo o aumento da concorrência. As autoridades monetárias têm também grande preocupação quanto aos preços dos serviços bancários. A promoção do ambiente concorrencial, é uma atividade em que o BACEN e o CADE podem e devem cooperar, pois ambos têm responsabilidade na promoção de um ambiente competitivo. A promoção da competição é para o BACEN necessária ao bom funcionamento do sistema financeiro, e para o CADE necessária para defesa do direito ao consumidor de pagar um preço justo pelos produtos que consome. A cooperação desses órgãos aumenta a eficiência de cada um deles na consecução de seus objetivos.

Nesse sentido, condutas anticoncorrenciais, como conluio, aumento indevido de poder de mercado, vendas casadas de serviços (como por exemplo, obrigar um devedor a adquirir um seguro para obter um empréstimo), podem e devem ser analisadas pelo CADE. O BACEN nesse caso teria um papel fundamental na instrução desses processos. O Banco Central não tem os instrumentos necessários, nem o objetivo explícito, de atuar em aspectos de concorrência, que não têm implicações relevantes para o bom funcionamento do setor financeiro. Esse fato pode ser corroborado pela absoluta ausência de um caso de condenação de instituição financeira nesses 40 anos de vigência da Lei nº 4.595 por práticas anticoncorrenciais ou por abuso de poder de mercado.

No entanto, em qualquer circunstância em que fosse argüido risco sistêmico, é papel do BACEN atuar no sentido de fazer as intervenções necessárias, que não poderão ser apreciadas pelo CADE, para resguardar a confiabilidade do Sistema. Esse é um dever do BACEN em defesa do interesse da estabilidade econômica do Brasil, não podendo ser, portanto, entendido como um direito do setor financeiro de evadir-se da responsabilidade de todos os outros setores da economia, inclusive os regulados, de submeter-se aos princípios da livre concorrência.

Concentração Bancária é uma área de competência concorrente do Banco Central e do CADE. Esta instituição pode entender que uma fusão não tem efeitos anticoncorrenciais e o Banco Central entender que não é conveniente para o bom funcionamento do setor financeiro tal operação. Portanto, a autorização do CADE é condição necessária, mas não suficiente, para uma fusão bancária. Por outro lado, o Banco Central pode determinar, nos termos da lei, uma fusão ou incorporação, para resguardar o funcionamento do sistema financeiro, sendo que nesse caso, prevalece a decisão do Banco Central.

É, portanto, meu entendimento que compete ao CADE tratar de questões concorrenciais, em cooperação e de forma concorrente com o BACEN, exceto nos casos em que, por razões de risco sistêmicos argüido pelas autoridades monetárias, seja necessária uma rápida e pronta intervenção do BACEN.

Pelas razões apresentadas entendo ser o CADE competente para apreciar o processo em pauta.

5 – A Questão de Decurso de Prazo

As requerentes solicitam que o processo seja aprovado por decurso de prazo, uma vez que o Conselheiro Fernando Marques ficou com o processo um ano e meio, tentando instruí-lo sem que fosse encontrado sequer um indício de que a operação pudesse vier a causar prejuízos à concorrência.

A complexidade da instrução, no entanto, não se deve a natureza da operação, mas sim ao conflito de competência entre o CADE e o BACEN. Portanto, as informações solicitadas pelo antigo relator, mesmo quando não foram obtidas, como na

decisão da SDE e da SEAE de não se manifestarem, foram medidas importantes para a finalização deste voto.

6 – O Mérito

Os serviços de custódia global, objeto do ABN-Mellon, caracterizam-se pela prestação a instituições de investimentos, onde quer que estejam localizadas, que sejam titulares de investimentos em valores mobiliários negociados numa grande variedade de mercados internacionais, de serviços relacionados à posse, administração, valoração, informação e registro de tais investimentos.

O Mercado Relevante é o de prestação de serviços de custódia global e o mercado relevante geográfico é o mundial.

Em vista da natureza da operação e da dimensão do seu mercado relevante não há possibilidade dessa fusão ter efeitos anticoncorrenciais no Brasil. Voto, portanto, pela aceitação sem restrições da operação.

Determino, ainda, que seja informado ao BACEN, a SDE e a SEAE a natureza da presente decisão, solicitando que seja encaminhado a este órgão os atos de concentração do setor financeiro. Recomendo que o CADE publique, em jornal diário, informação às empresas financeiras da sua competência em questões concorrenciais do setor financeiro, nos termos deste voto.

É o voto.

Brasília – DF, 29 de setembro de 2004.

Luiz Carlos Delorme Prado
Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

Pedi vista dos autos para me certificar de que o voto proferido pelo relator, o ilustre Conselheiro Luiz Carlos Prado, era congruente com a moldura interpretativa fixada pelo CADE no caso Finasa. Temia que o voto pudesse haver dado interpretação extensiva à lei da concorrência e que, caso esse temor se confirmasse, pudesse comprometer o sucesso da solução de compromisso a que se chegou à época dos embates entre este Conselho e o Banco Central, com a interveniência da Advocacia Geral da União e da Presidência da República. Como se sabe, da polarização do debate surgiu o Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 (anexo), que reconheceu as competências concorrentes das autarquias para a análise dos atos de concentração das instituições financeiras, bem como definiu o CADE como órgão competente para apreciar as correspondentes condutas anticoncorrenciais.

Premido por um parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, no sentido de que a competência para a análise das questões concorrenciais atinentes às instituições financeiras seria exclusiva do Banco Central, o CADE viu-se confrontado por duas questões formais básicas:

- a) as competências do órgão regulador e do órgão de defesa da concorrência são, no que toca ao setor financeiro, concorrentes? e
- b) pode um parecer com força de decreto vincular as decisões de um órgão judicante administrativo como o CADE?

À primeira das questões, respondeu-se afirmativamente, por maioria de votos. Embora os argumentos então expendidos tenham sido bem resumidos pelo Conselheiro Prado, vale lembrá-los:

1. Não há isenção ou imunidade concorrential para as instituições financeiras(1);

Nota:

(1) Voto de vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, que teve por requerentes Banco Finasa de Investimento S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participações e Representações: “Não é possível inferir que o controle de estruturas cabe ao BACEN por força do disposto na Lei nº 4.595/64, já que se trata de novo mecanismo adjudicatório da concorrência – que tem gênese em 1994, com o advento da Lei nº 8.884/94. Nem é possível dizer que o mecanismo de aprovação pelo BACEN das concentrações no setor exclui a sua apreciação pelo CADE, uma vez que não há, no caso, isenção concorrencial. Como restou demonstrado, o controle prévio das concentrações do setor – mecanismo de regulação prudencial – convive, harmonicamente, com a aprovação, “ex post”, efetuada pelo CADE sob o prisma da adjudicação concorrencial. É o que prevê, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicação. Aliás, os aspectos específicos do setor serão obrigatoriamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se “válvulas de escape” por meio da regra da razão. Aqui, o valor concorrência não tem aplicação tão mecânica quanto em setores “normais” da economia. O que se deve afastar, de plano, é a idéia de uma isenção antitruste para o setor financeiro. É até possível que, em determinados setores da economia, a não incidência do direito da concorrência (controle de condutas e estruturas) seja parcial ou até mesmo total. Estes setores, por serem dotados de características específicas (imperfeições estruturais, limitação de recursos, abertura à exploração, privatização, etc), podem ter substituída a aplicação do controle de estruturas ou até mesmo de condutas pela utilização de mecanismos prévios de regulação. Entretanto, esta opção não pode ser pressuposta, já que a respectiva lei do setor deve adotá-la clara e expressamente, em nome de finalidades que a justifiquem. A leitura da Lei nº 4.595/94 não permitiria pressupor que há adoção de isenção antitruste. A hipótese de isenção requereria, além de sua previsão expressa (que não há), que não exista, na lei que a institui, tratamento material da adjudicação da concorrência, já que a questão seria resolvida, exclusivamente, sob a dimensão regulatória do setor (matéria financeira exclusivamente)”.

2. Não há conflito entre o disposto na Lei nº 4.595/64 e na Lei nº 8.884/64, posto que não existe superioridade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária e as competências previstas na lei bancária e na lei da concorrência não são excludentes, mas concorrentes(2);

Nota:

(2) Idem: “no ordenamento jurídico brasileiro, o Banco Central exerce um controle de estruturas sob a ótica prudencial, enquanto o CADE, posteriormente, exerce o mesmo controle, mas numa perspectiva concorrencial. As competências não são excludentes, nem do ponto de vista funcional, nem do prisma jurídico-formal”.

3. Não se pode dizer que a lei bancária seja específica em relação à lei antitruste(3). É exatamente esta que é especial no que tange à adjudicação concorrencial das concentrações no sistema financeiro;

Nota:

(3) Idem: “Por que a Lei do sistema financeiro seria especial e a Lei Antitruste geral? Especial e geral em relação a que matérias? Por que não o contrário: em relação à concorrência, a Lei Antitruste seria específica? Discussão análoga surgiu, doutrinariamente, em torno de se saber se a Lei de Privatizações não seria especial e a Lei de Defesa da Concorrência, supostamente, geral e, portanto, hierarquicamente inferior”.

4. A Lei nº 9.447/97, que permite ao Banco Central determinar a concentração de instituições financeiras, tem caráter excepcional, destinando-se a proteger a higidez do sistema, não se prestando a justificar uma suposta competência exclusiva do Banco Central na matéria.

Ao responder à segunda questão, também por maioria de votos, o CADE afastou a força vinculante do parecer tornado decreto pela aprovação do Presidente da República, mediante interpretação conforme a Constituição do art. 40, § 1º da Lei

Complementar nº 73/93, segundo a qual a coercividade do parecer com aprovação presidencial incidiria apenas sobre as atividades-fim do CADE, dada sua natureza especialíssima, mas não quanto às suas atividades-meio, que devem seguir a padronização de entendimento aplicável a toda a Administração Federal.

Nas palavras do Conselheiro Pfeiffer, "...se não há como qualquer outro órgão ou autoridade rever *ex post* decisão do CADE a respeito de qualquer aspecto da legislação de defesa da concorrência, as suas deliberações não podem, igualmente, ser condicionadas *ex ante*. Em outras palavras: assim como o CADE não pode ter suas decisões modificadas por outros órgãos ou autoridades administrativas, nenhum deles pode, também, determinar o conteúdo que uma decisão ainda a ser tomada deverá ter. Neste contexto, aceitar a tese de que o Parecer nº AGU/LA-01/2001 vincula o CADE, equivaleria a admitir que a decisão sobre a sua competência pode ser previamente condicionada por um entendimento de outro órgão ou autoridade administrativa (no caso concreto, a AGU e o Presidente da República). Estaria, assim, desmentida a assertiva de que o CADE possui soberania, dentro da esfera administrativa, na aplicação da legislação antitruste".

Assim, continua o Conselheiro Roberto Pfeiffer, em seu voto de vista, "a interpretação conforme à Constituição [...] de tal regra é que a vinculação da autarquia a pareceres da AGU somente ocorre em relação às atividades típicas de sua área-meio, jamais àquelas concernentes à sua área-fim. Melhor explicando [...], em tudo o que diga respeito à área-meio, a autarquia deva respeito às interpretações emanadas da AGU e aprovadas pelo Presidente da República. Com efeito, cabe ao Chefe do Poder Executivo a supervisão administrativa das atividades das autarquias, a fim de que haja uma unidade de procedimentos administrativos. Não seria razoável, por exemplo, que o CADE viesse a interpretar determinado dispositivo da Lei de Licitações ou da legislação de pessoal de forma divergente dos demais órgãos do Poder Executivo, principalmente se for contrária àquela que a AGU fixou e o Presidente da República referendou. Entendo que o desiderato do art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73/93 é justamente o de conferir uma unidade de procedimentos para a administração, a fim de que os diversos órgãos não ajam de maneira desuniforme em virtude de interpretações diferentes para as mesmas normas. Porém, interpreto que a regra da Lei nº 73/93 não pode ser estendida à área-fim do CADE, ou seja, à aplicação da legislação de defesa da concorrência. Admitir isto seria violar a tão propalada independência decisória do órgão antitruste, infringindo a vontade do legislador. Para que tal vinculação fosse admitida, seria necessária dispositivo legal expresso que limitasse a independência decisória do Conselho, o que não existe".

A decisão no caso Finasa não se limitou, contudo, aos aspectos formais da questão. Substantivamente, foram examinadas as diferentes funções dos órgãos reguladores, destinados a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, e aquelas dos órgãos da concorrência, que não possuem função normativa, mas sim adjudicativa, ou seja, não formulam regras a serem obedecidas, mas sim aplicam normas legais pré-estabelecidas(4).

Nota:

(4) Voto de vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer: "Os órgãos reguladores são destinados a formular normas e a zelar pela sua observância em setores específicos da economia, que possuem relevante interesse social, que os torna suscetíveis de uma regulação setorial específica. Caracterizam-se, assim, por uma perspectiva setorial, formuladora de políticas públicas e com natureza normativa, nos limites fixados pelo Poder Legislativo. Possuem, ainda, atribuições de natureza fiscalizadora, averiguando o cumprimento da legislação específica que rege o setor pelos agentes regulados. Já os órgãos de defesa da concorrência possuem uma natureza distinta. Em primeiro lugar, sua função não é normativa, mas sim adjudicativa, ou seja, não formulam regras a serem obedecidas, mas sim aplicam normas legais pré-estabelecidas. Sua perspectiva é geral e não setorial, ou seja, não se preocupam apenas com um setor específico, mas com a economia como um todo. Ademais, não formulam políticas públicas, mas sim sancionam ou previnem lesões à ordem econômica. Finalmente, fiscalizam a obediência às regras estabelecidas na legislação de defesa da concorrência e não na legislação específica do setor ao qual pertence o agente econômico".

Além disso, a decisão, sem desprezar o risco sistêmico, cuja análise compete indubitavelmente ao Banco Central, demonstrou não ser prudente utilizá-lo como argumento *ad terrorem* (5). É até compreensível que a autoridade de supervisão bancária o faça, pois, na lição de Guido Rossi, lembrada no voto do então Conselheiro Campilongo, "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". Mas nem a lei, nem a experiência internacional dão suporte a tal posição.

Nota:

(5) "Definido como o risco de que um evento (um choque) deflagre uma perda de valor econômico ou de confiança numa porção substancial do sistema financeiro, grande o suficiente para produzir efeitos adversos na economia real, 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. Novamente, nem conflito de competências nem, muito menos, colisão de valores” (aditamento ao voto de vista do Conselheiro Campilongo).

De fato, “o modelo de isenção antitruste geral vai de encontro às mais bem sucedidas experiências estrangeiras. Não é outra a conclusão a que chegam diversos relatórios da OCDE. Embora os arranjos institucionais sejam distintos, o princípio recomendado é o mesmo: deve haver um duplo teste para os atos de concentração de instituições financeiras” (voto de vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr.). O duplo teste a que se referiu o ex-Conselheiro Ronaldo Macedo é o teste prudencial, a cargo da supervisão bancária, e o teste da concorrência, de competência dos órgãos antitruste. Para que ocorra, segundo ele, é “muito importante que o órgão regulador e o órgão responsável pela aplicação da lei antitruste se engajassem cada vez mais num amplo entendimento sobre os procedimentos mais adequados, principalmente quanto aos aspectos da celeridade e da manutenção do sigilo, para o exercício harmônico de suas competências complementares. Para tanto, seria de todo conveniente a elaboração de convênio, com regras explícitas que firmassem o necessário compromisso do CADE com a apreciação em regime especial de urgência de atos de concentração relativos ao setor bancário, a exemplo do que já ocorre nos EUA” (6).

Nota:

(6) Voto-vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr.: “segundo o direito vigente, teríamos duas situações distintas. A primeira, ordinária, em que o ato de concentração deve ser submetido a dois “guichês”, ou dois “testes”: o prudencial e o concorrencial. A segunda, extraordinária, em que no âmbito de um regime especial ou nas hipóteses da Lei nº 9.447/97 o BACEN, como órgão regulador prudencial, reconfigura artificialmente, com exclusividade, as estruturas de mercado. Neste caso haveria o “guichê” único do Banco Central. Diante das normas em vigor, esta parece ser a melhor interpretação, o que atende, inclusive, à prudência e ao zelo pelo interesse público, na observância dos princípios constitucionais da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico, bem como dos princípios da proteção da mobilização da poupança nacional, da proteção da economia popular, da proteção da estabilidade da instituição financeira e da proteção do sigilo bancário”.

Estudos posteriores ao julgamento do caso Finasa, reunidos no livro “Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro”, organizado por Celso Campilongo e outros(7), jogam também luz sobre a questão controvertida. Carlos Ari Sundfeld, ao analisar a Lei nº 4.595/64 conclui que nela se prevê regulação antitruste em sentido fraquíssimo, posto que subordinada aos objetivos da regulação do sistema financeiro. Há, assim, complementaridade entre as funções do Banco Central e do CADE, nada impedindo que se harmonizem as competências quase judiciais desta última autarquia às competências regulatórias do banco dos bancos (cf. p. 29-47).

Nota:

(7) Editora Max Limonad, São Paulo, 2002.

Calixto Salomão, a seu turno, parte da análise da Constituição, que, em seu art. 174, prevê uma única imunidade aos princípios concorrenciais, a hipótese de planejamento econômico impositivo, para demonstrar que a desaplicação do direito antitruste só ocorre em situações excepcionais. E mais: estudando a efetividade do poder regulamentar, demonstra que o Banco Central não tem, em toda a sua existência, exercido a atribuição de controlar os aspectos concorrenciais da atividade bancária. Assim, com base na teoria do *pervasive power*, segundo a qual as competências regulatórias são construídas e não definidas, pode-se inferir que o Banco Central, efetivamente, não tem competência, nesse específico sentido, para exercer o controle concorrencial das instituições financeiras.

Examinados os pareceres da Procuradoria-Geral do Banco Central, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Advocacia Geral da União, em conjunto com os votos proferidos na decisão do

caso Finasa, bem como o que sobre ela se escreveu, pode-se concluir que o entendimento adotado pelo CADE lastreia-se em sólidos fundamentos jurídicos e não foi resultado de discussão precipitada, descolada da realidade fática, razão por que acolho os argumentos deduzidos nos votos vencedores, que passam a integrar o presente voto.

Duas questões, no entanto, preocupam-me sobremaneira:

- a) o fato de a decisão do CADE implicar controle de constitucionalidade da lei complementar que rege a AGU; e
- b) a efetividade da decisão ou do entendimento que se consolidou neste colegiado.

Quanto à questão do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos, quero ressaltar meu entendimento de que tal, em regra, não é possível. Como se sabe, o controle de constitucionalidade das normas no Brasil é prerrogativa do Poder Judiciário, podendo ser exercido de forma difusa ou concentrada. No Poder Executivo, somente seu Chefe pode questionar a constitucionalidade de lei, submetendo a questão à apreciação do Judiciário. No caso presente, no entanto, diante da peculiaríssima natureza do CADE e do fato, ressaltado na decisão, que a atribuição de competência exclusiva ao Banco Central poderia significar a indevida concessão de isenção antitruste, não autorizada em lei, implicando até mesmo a extinção parcial do CADE, curvo-me ao precedente do CADE.

A segunda questão, atinente à efetividade da decisão, está intimamente relacionada à primeira. Há norma cogente (o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73/93) que não foi revogada ou por qualquer forma derogada. E tal norma, que, repita-se, continua vigente e integrante do ordenamento jurídico brasileiro, obriga o CADE, até que seja declarada sua inconstitucionalidade, ainda que parcial.

Nota:

(8) Refiro-me ao Mandado de Segurança nº 2002.34.00.014981-0/DF, impetrado por Banco Brascan S.A. e outros perante a 3ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal. A sentença, pendente de apelação, concedeu parcialmente a segurança para determinar que o Presidente do CADE se abstenha de impor multa por intempestividade na apresentação do AC nº 08012.006482/2000-92. Já no Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0, impetrado por Banco BCN e outro, perante a 14ª Vara Federal do Distrito Federal, foi afastada a competência do CADE para determinar a submissão do ato de compra do BCN pelo Bradesco, em sentença também pendente de apelação.

Isto explica porque a decisão do CADE no caso Finasa não gerou os efeitos pretendidos. A imensa maioria dos atos de concentração entre instituições financeiras não foi e continua a não ser submetida à apreciação do CADE, nesses três anos que nos separam da decisão. Nos poucos atos apresentados, houve, em um deles, aplicação de multa por intempestividade, revista pelo Judiciário(8).

Outro aspecto relevante ao examinar-se a efetividade da decisão do CADE diz respeito ao funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A Lei nº 8.884/94 moldou o sistema como todo orgânico. Cada órgão tem função própria, mas interdependente do pleno exercício das atribuições dos outros. Como se sabe, no entanto, a SEAE e a SDE têm se declarado impedidas para se manifestarem nos atos de concentração apresentados por instituições financeiras, por força do parecer da Advocacia Geral da União, que, aprovado, pelo Presidente da República, inquestionavelmente as vincula. Com isso, a análise de tais atos de concentração, no CADE, tem sido consideravelmente empobrecida, senão impossibilitada.

Nesse quadro de incerteza jurídica e de falta de efetividade do entendimento fixado pelo CADE, não há como imputar às partes desses atos de concentração qualquer penalidade por apresentação intempestiva. O atraso em submeter o ato ao CADE deve ser considerada, nessas circunstâncias, erro escusável, excludente da punibilidade no que tange aos atos de concentração.

Com essas ressalvas, acompanho o voto do Conselheiro-Relator para aprovar sem restrições o ato de concentração, pelas razões lá indicadas, com exceção da parte em que se propõe o envio de ofícios ao Banco Central, à SDE e à SEAE, o que, além de inócuo, poderia gerar insegurança entre os administrados. Proponho, ao revés, sejam envidados esforços para celebrar novo convênio de cooperação técnica entre o CADE e o Banco Central, ao modo dos que foram celebrados em 1997 e 1999. Desse modo, será reaberto o caminho para a cooperação entre as autarquias nas análises dos atos de concentração das instituições financeiras, o que permitirá construir competências administrativas efetivas e harmônicas.

É o voto.

Brasília, 27 de outubro de 2004.

Ricardo Villas Bôas Cueva
Conselheiro do CADE