

# Doutrina

## CADE vs. BACEN

### Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União

EROS ROBERTO GRAU

e

PAULA A. FORGIONI

*O fenômeno das "agências" no Brasil. A livre concorrência e a livre iniciativa na Constituição do Brasil. Pluralidade de mercados: a necessidade de ajuste da política concorrencial. Normas gerais e normas especiais. Setores específicos da economia regidos por leis específicas e a lei antitruste. A Lei 4.595, de 1964: norma específica quando considerada em relação à Lei 8.884, de 1994. A falta de oposição do BACEN às concentrações bancárias como elemento de atribuição de competência ao CADE — Inconsistência do argumento. A posição do BACEN e do CADE nos quadrantes da Administração Pública Federal. A Lei Complementar 73, de 1993, e o CADE. A aprovação de concentração entre instituições financeiras pelo BACEN e a impossibilidade de sua revisão ou contradita pelo CADE: a boa-fé da Administração. O controle de constitucionalidade e a Administração. Conclusão.*

"O menor descuido vos fará partir na direção oposta ao vosso destino."<sup>1</sup>

I. No final da década dos noventa, o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *ex officio*, passou a dar nova interpretação aos textos da Lei 8.884, de 1994, e da Lei 4.595, de 1964, arrogando-se competência para apreciar e deliberar sobre os atos de concentração entre instituições financeiras. Inicialmente, surpreendeu o mercado com o envio de chamadas "cartas-alerta" a muitas delas, advertindo-as de que deveriam apresentar à autoridade antitruste as operações de concen-

tração de que houvessem participado;<sup>2</sup> posteriormente, passou a impor multas às instituições financeiras que não seguiam sua "advertência".

O BACEN — Banco Central do Brasil, de outra banda, não admitia que essas operações de concentração fossem analisadas pela autoridade antitruste, que poderia vir a impor ao setor lógica diversa daquela projetada em coerência com os parâmetros dispostos pela Lei 4.595, de 1964.

2. Não obstante as "cartas-alerta" serem instrumento inexistente no nosso direito, lograram obter a atenção da imprensa.

1. Oswald de Andrade, *Manifesto da Poesia Pau-Brasil*.

Tornou-se evidente o conflito produzido em razão das díspares interpretações de textos normativos pelas autarquias envolvidas na disputa, bem como a situação de insegurança a que eram submetidos os administrados. Como observou, na ocasião, o então Presidente do CADE, Grandino Rodas: “Afinal, o administrado, hoje, está sujeito, em potencial e em última análise, ao julgamento do mesmo fato por dois órgãos diferentes, independentes e que podem, eventualmente, proferir decisões contraditórias”.<sup>3</sup>

2. A matéria foi apreciada pela Advocacia-Geral da União — AGU, cujo Parecer GM-020 concluiu ser o BACEN a entidade da Administração competente para análise e aprovação de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.<sup>4</sup> Esse parecer foi aprovado pelo Presidente da República em 5 de abril de 2001.

Assim resultou solucionado o impasse, sendo certo que a aprovação do parecer da AGU pelo Presidente da República há de ser tomada, no caso, como concreta manifestação de competência a ele designada pelo inc. II do art. 84 da Constituição do Brasil. Tem-se, aí, ato típico de direção superior da Administração federal.

3. Inusitadamente, no entanto, o CADE recusou-se a acatar o referido Parecer da AGU, entre outros motivos porque (i) aviltaria sua independência (ii) a Lei 8.884, de 1994, teria revogado a Lei Complementar 73, de 1993; (iii) a Lei Complementar 73, de 1993, seria aplicável apenas à Administração Direta.

3. *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, coord. Celso Fernandes Campilongo, Jean Paul Veiga da Rocha e Paulo Todescan Matos, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 603.

4. Conclui o mencionado Parecer: “a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE”.

E mais: a autoridade antitruste entendeu desnecessária a submissão da matéria ao Poder Judiciário, em nome de alegada capacidade de auto-execução de suas decisões — deve ser isso — mesmo contra ato do Presidente da República que aprovou o Parecer GM-020 da AGU. Em suma, deixou de cumprir parecer aprovado pelo Presidente da República que — repita-se — nos termos do art. 84, II, da Constituição do Brasil, exerce a direção superior da Administração federal.

4. A irresignação, contudo, não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e, ao contrário do que por vezes se quer fazer crer, as discussões — pretensamente técnicas — acerca do problema vão muito além da mera discussão formal sobre a competência da autoridade antitruste. Encerram, a todo sentir, posicionamento que busca a supremacia da lógica de mercado, na acepção mais *chigaguiana* do termo, sobre políticas públicas que visem à realização de outros objetivos que não a eficiência alocativa. A discussão liga-se também aos debates sobre as “agências” e sua independência em relação ao Poder Executivo, como instrumento apto a “proteger” os agentes econômicos contra políticas públicas que — alega-se — gerariam insegurança e imprevisibilidade jurídicas, afugentando investimentos.

### *O fenômeno das “agências” no Brasil*

5. Se por um lado a inserção, nos últimos anos, das chamadas “agências”<sup>5</sup> no

5. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 388) observa que “(a)gência reguladora, em sentido amplo, seria no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular as matérias que lhe estão afetas. Nesse sentido, a única coisa que constitui inovação é o próprio vocábulo, anteriormente não utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos da Administração Pública, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional”.

quadro das nossas entidades da Administração estimulou a produção de alguma boa doutrina, por outro desnuda, além da carência de conhecimento do direito brasileiro, em alguns casos desconhecimento do próprio direito.<sup>6</sup>

O fato é que o precipitado transplante da experiência alienígena para o nosso sistema jurídico provoca danos irreparáveis.

A idéia central é a de que as essas “agências” assiste um elevado grau de independência em relação ao Poder Executivo. Pretende-se assegurar às agências “reguladoras” o poder de, à margem de qualquer influência do Executivo, disciplinar determinados setores da economia.<sup>7</sup> O tema da “capacidade normativa de conjuntura”, debatido entre nós desde a década dos setenta,<sup>8</sup> volta à moda com renovado vigor, sob terminologia alvissareira, correndo parêlho com noções consagradas pela doutrina norte-americana, tais como a da teoria da *captura* das agências e outras mais.

6. Para justificar a livre atuação das agências, tem-se afirmado que a elas competiria a implementação de *políticas de Estado*, ao passo que ao Poder Executivo tocaria o estabelecimento de *políticas de governo*. Mas essa alusão a umas e outras — *políticas de Estado* e *políticas de governo* — adequada ao parlamentarismo, entre nós não tem qualquer sentido. Pois o presidencialismo brasileiro faz do Presidente da República, a um tempo só, Chefe de Estado e Chefe de Governo. Por outro lado, o art. 84, II, da Constituição do Brasil, que afirma competir privativamente ao Presidente da República o exercício, com o auxílio dos Ministros de Estado, da direção superior da administração federal, é ignorado. A doutrina há muitos anos produzida entre nós é relegada não ao esquecimento — pois só esquece quem um dia ficou sabendo — mas ao baú das irrelevâncias, das quais não se toma conhecimento.

7. Marçal Justen Filho (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 51) anota: “(...) o surgimento dessas entidades autônomas retrata a concepção de que as competências regulatórias não podem ser mantidas na órbita das estruturas estatais tradicionais. A natureza dos poderes a elas reservados demandaria autonomia e independência, o que justificaria seu afastamento da influência direta dos órgãos executivos e legislativos”.

8. V., de Eros Roberto Grau, verbete “Capacidade normativa de conjuntura”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito* 13/48 e ss., 1978.

A confusão terminológica e doutrinária é tamanha que o observador menos atento poderia supor que, hoje, qualquer entidade que integre a Administração federal, nos termos do Decreto-lei 200, de 1967, há de ser chamado de “agência”.

6. Essas “agências” passam a ser concebidas como muito especiais “autarquias em regime especial”, com a peculiaridade de os seus integrantes serem titulares de mandatos fixos e estabilidade.<sup>9</sup> Nessa medida — e trata-se de fenômeno não exclusivamente brasileiro — a introdução do modismo instala uma autêntica *guerra de poder* no seio da Administração que, por conta da pretendida *independência* de todas elas em relação ao Poder Executivo, tudo turba e conturba.

7. Tanto o BACEN quanto o CADE<sup>10</sup> preexistem a essa bulha doutrinária, embora sejam envolvidos na moenda. O primeiro, nos termos do disposto no art. 192, IV, da Constituição do Brasil, é uma instituição financeira pública, com funções bem definidas pela Lei 4.595, de 1964, e, qual disposto em seu art. 8<sup>a</sup>, *autarquia*.<sup>11</sup> O segundo, regido pela Lei 8.884, de 1994, não pode ser visto senão também como *autarquia*.<sup>12</sup>

### *A livre concorrência e a livre iniciativa na Constituição do Brasil*

8. Também na última década vem se manifestando, no Brasil, outro insólito fe-

9. Sobre esses atributos, v. Eros Roberto Grau, “As agências, essas repartições públicas”, in *Regulação e Desenvolvimento* (Calixto Salomão Filho, org.), São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 27.

10. Criado, em 1962, pela Lei 4.137/1962, embora já em 1945 fosse criada “a” CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica, cf. Decreto-lei 7.666, de 1945).

11. “Art. 8<sup>a</sup>. A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios (...).”

12. Assim definido pelo art. 5<sup>a</sup> do Decreto-lei 200, de 1967: “I — Autarquia — o serviço autôno-

nômeno: além da crença na existência de entes administrativos que pairariam no limbo, não se integrando a nenhum dos três Poderes, a alguns princípios constitucionais atinentes ao funcionamento do mercado é atribuída essência mitológica.

A livre iniciativa e a livre concorrência são tomadas como indissociáveis do modelo que postula o funcionamento dos mercados fundado exclusivamente na busca da *eficiência alocativa*.<sup>13</sup> A proteção da livre concorrência e da livre iniciativa levaria ao repúdio de qualquer política que permitisse a certos mercados desenvolver-se fora da lógica *chicaguiana*, afastando a tutela de quaisquer outros valores que não o *livre mercado*.

9. Essa premissa, no entanto, encerra não apenas uma armadilha ideológica, oculta sob a escusa dos julgamentos técnicos, mas também inescandível afronta à Constituição do Brasil.

Os princípios da *livre iniciativa* e da *livre concorrência* não existem *per se*, não bastam a si mesmos. São *instrumentais* da promoção da *dignidade humana*. A Constituição do Brasil, em seu todo, propõe a realização de objetivos mais amplos do que, singelamente, o do "*livre mercado*".

Os princípios veiculados pelo seu art. 170 visam a assegurar a todos *existência*

*digna*, conforme os ditames da *justiça social*. E o seu art. 1º enuncia como dois dos fundamentos do Brasil a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais da livre iniciativa*. Daí porque a interpretação/aplicação do princípio da *dignidade da pessoa humana* ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Por isso incide em grave erro, equívoco grosseiro, quem sustente que os textos legais devem, sob pena de inconstitucionalidade, adequar-se em termos absolutos às regras típicas do "*mercado livre*".

10. Evidentemente não estamos a afirmar que a Constituição do Brasil postula um modelo de mercado desvinculado da *livre iniciativa* e da *livre concorrência*; bem ao contrário.

Sustentamos que os princípios veiculados pelo art. 170 da Constituição do Brasil e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação.<sup>14</sup> Veja-se, a propósito, o en-

mo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". Já a Lei 8.884, de 1994, diz em seu art. 3º: "O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei".

13. Na literatura econômica é corrente a utilização da palavra "eficiência" para designar o escopo máximo do sistema. *Grosso modo*, podemos afirmar que, para os economistas, uma *escolha eficiente* é aquela tomada quando não há outra alternativa que pudesse ser preferida por todos os envolvidos, levando em conta os seus objetivos e as suas preferências. A eficiência pode ser definida e aplicada em

vários níveis, conforme o tipo de escolha a ser considerada; em organização industrial, a mais comum é a *eficiência alocativa*, ou seja, aquela relacionada à destinação dos bens. Diz-se que uma alocação de recursos é ineficiente quando há outra alternativa que todos os envolvidos prefeririam, ou que pudesse ser aceita por pelo menos um deles, enquanto, para os outros, a nova disposição seria no mínimo indiferente (cf. Paul Milgrom e John Roberts, *Economics, Organization and Management*, New Jersey, Prentice-Hall, 1992, pp. 22-23).

14. "O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato da concorrência ser, entre nós, um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. (...) A tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir" (Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Ed. RT, 1998, p. 170).

tendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional 1/1969, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la como estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente) um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, *não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social*, tanto assim que, no art. 1<sup>o</sup>, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (...) e o da redução das desigualdades sociais”.<sup>15-16</sup>

**II.** Não obstante, há quem, recusando o exercício de interpretação sistemática

15. Ação direta de inconstitucionalidade 319/4-DF, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 3.3.1993 e publicada em 30.3.1993. Destacamos.

16. Mencione-se, ainda, a seguinte passagem do mesmo julgado: “A ordem econômica, também fundada na livre iniciativa, deve conformar-se aos ditames da justiça social (CF, art. 170). A respeito desses princípios retores da ordem econômica, pondera José Afonso da Silva (...) ‘Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto do (...) art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo’” (do parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria de Moacir Antônio Machado da Silva, transcrito no relatório do Ministro Relator Moreira Alves).

da Constituição e tomando-a em tiras, em pedaços, entenda inconstitucionais quaisquer leis eventualmente restritivas da concorrência (= do livre mercado). O princípio da livre concorrência é então suposto como dominante de todos os demais princípios adotados pela Constituição do Brasil, pautando a interpretação/aplicação do ordenamento jurídico. Essa gente visualiza o direito como servidor do implacável funcionamento do mercado. Tomam-no como subjugável pelos determinismos econômicos quando, em verdade, o direito existe precisamente para subjugá-los.

Concebe-se então os entes integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como incumbidos de ajustar todos os setores da economia à busca da eficiência alocativa. Deteriam poder suficiente para coartar a implementação, pelo Estado, de políticas públicas concebidas sob a égide de lógica diversa daquela que entendem como perfeita e adequada: a lógica do *livre mercado*. Para os arautos dessa visão, a identificação da sempre única alternativa a seguir, em cada situação, resultaria de uma verificação exclusivamente *técnica* e, portanto, irrefutável.

**12.** Essa corrente ideológica percebe a tutela da concorrência e do mercado em um ambiente asséptico, impermeável à harmonia dos princípios no bojo da Constituição e aos conflitos de interesses presentes na aplicação de cada caso concreto. A decisão a ser tomada será aquela que “will increase competition up to the margin at which the benefits of extra competition are just offset by the lost technical economies of scale”.<sup>17</sup> Simplesmente isso.

É, porém, certo que a opção pela solução *mais eficiente*, colhida em coerência exclusivamente sob a lógica do mercado, é estranha à ordem constitucional.

Resta demonstrado, portanto, que a busca da eficiência alocativa e a tutela da

17. Clair Wilcox e William G. Shepherd, *Public Policies toward Business*, 5<sup>a</sup> ed., Homewood, Richard D. Irwin, 1975, pp. 111 e ss.

livre concorrência, nos termos e limites dessa ótica, não encontram abrigo na Constituição do Brasil senão de forma mitigada, em coerência com os seus demais princípios.

13. É fato que, em certos setores da economia, a busca da eficiência alocativa pode apontar resultados vantajosos que concorreriam para conferir concreção aos princípios do art. 170 da Constituição do Brasil.<sup>18</sup> No entanto, essa lógica que permite o impiedoso aniquilamento do agente econômico menos eficiente (*survival of the fittest*) pode revelar-se inadequada à organização de alguns setores da economia. Na síntese de IRTI: “L’ economia di mercato e la libera concorrenza non esprimono *di per sé* discipline giuridiche, che siano applicabili a ogni bene e situazione storica; ma agiscono come principi, su cui si modella la pluralità degli statuti normativi. Le condizioni, capaci di garantire la libertà della concorrenza e degli scambi, sono storicamente mutevoli, e cambiano a seconda dei singoli beni. Donde la necessità di regimi giuridici diversi, che svolgano e attuino i criteri generali. Si individuano così *principi di settore*, ricavabili dalle norme che ordinano i singoli mercati: non confliggenti, come è ovvio, con i criteri complessivi del sistema, ma capaci di specificarli e determinarli in ragione di dati beni o categorie di beni”.<sup>19</sup>

### **Pluralidade de mercados: a necessidade de ajuste da política concorrencial**

14. Há, de outra parte, segmentos da economia nos quais o arrefecimento da concorrência pode mostrar-se adequado à tutela de valores que não apenas o “livre mercado”. Por exemplo, a possibilidade de

negociação coletiva das condições de remuneração dos trabalhadores pelos sindicatos, autorizada pelo art. 611 da CLT, poderia ser considerada como ensejadora de um “cartel”; não obstante, a união permite-lhes a obtenção de melhores condições de salário e de vida; a neutralização da concorrência é, neste caso, admitida pelo ordenamento.

Existem mercados que reclamam *leis específicas* para a disciplina de seu funcionamento, regulando o grau de concorrência adequado ao setor. Dizemo-las *específicas*, porque correm à margem das normas veiculadas pela Lei 8.884, de 1994, que trata da tutela da concorrência de uma *forma geral*, e são aplicáveis aos mercados não sujeitos a leis especiais.

15. Ao afirmarmos que a Lei Antitruste é uma *lei geral* estamos a sustentar que ela regula de forma geral a concorrência entre os agentes que atuam no domínio econômico, tanto de maneira *repressiva* (punindo os abusos de poder econômico e as práticas restritivas da concorrência),<sup>20</sup> quanto *preventivamente* (mediante o controle previsto no seu art. 54). *A Lei Antitruste protege a concorrência de forma geral, o mercado concorrencial como um todo, seja tomando-o como um fim a ser atingido, seja preservando-o.*

Ela será *geral* se e quando comparada a outros textos legais (leis especiais) que excluem do seu âmbito de incidência determinados setores, submetendo-os a lógica diversa da concorrencial plena ou a controle por autoridade distinta daquela encarregada, pela lei geral, de tutelar a concorrência.

### **Normas gerais e normas especiais**

16. O direito repudia contradições e antinômias. “Incompatibilidades não podem ao mesmo tempo existir”.<sup>21-22-23</sup>

20. Cf. art. 20 da Lei 8.884, de 1994.

21. Já dizia o Alvará de 10 de fevereiro de 1757, reportado por Teixeira de Freitas, *Regras de Direito*, Lejus, 2000, p. 300.

18. De qualquer forma, não podemos desconsiderar — e isso é corrente — que a própria Lei 8.884, de 1994, dá proteção a interesses outros que não apenas a busca da eficiência alocativa. V. a título exemplificativo, o disposto no art. 54, § 2º.

19. *L’Ordine Giuridico del Mercato*, Roma, Laterza, 1998, p. 40.

Visualizando o ordenamento jurídico como *sistema*, a doutrina consolidou regras que permitem aos intérpretes eliminar aparentes conflitos entre textos normativos.<sup>24</sup> Desventuradamente, determinados axiomas são hoje mecanicamente reproduzidos, sem que devida atenção seja dada à *função* que desempenham, de permitir o fluente funcionamento do próprio sistema.

17. Um desses brocardos afirma que “a lei especial prevalece sobre a lei geral”. Sua função sistêmica é evidente: o texto normativo especial — vale dizer, *voltado à disciplina de determinada e individualizada situação* — deve prevalecer sobre a regra geral, cuja hipótese normativa abranje situações concretas não marcadas pela peculiaridade tomada como relevante pela norma especial.

Relembre-se a observação de Carlos Maximiliano: “Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata: *In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* — ‘em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de

22. “(...) le norme di un ordinamento hanno un certo rapporto tra loro, e questo rapporto è il rapporto di compatibilità” (Norberto Bobbio, *Teoria Generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 208).

23. Diz Carlos Maximiliano, “(s)upõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, exprimam o seu pensamento com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; leis, tratado, ou sistema combinem e harmonizem. Militam as probabilidades lógicas no sentido de não existirem, sobre o mesmo objeto, disposições contraditórias ou entre si incompatíveis, em repositório, lei, tratado, ou sistema jurídico” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 168).

24. A antinomia no sistema jurídico é sempre aparente e nunca real, já que o próprio ordenamento contém regras que devem necessariamente levar à solução de possíveis conflitos entre suas normas (Bobbio, *Teoria Generale del Diritto*, cit., pp. 218-235).

importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”<sup>25</sup>.

18. Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normas gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas.<sup>26</sup> Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas.

Assim, uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira.

Por outro lado, a *norma geral* é dotada de uma *compreensão* menor e de uma *extensão* (sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior, ao passo que a *norma especial* é dotada de uma *compreensão* maior e de uma *extensão* menor.<sup>27</sup>

25. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, cit., p. 169. No mesmo sentido, Bobbio: “Il (...) criterio (...) della *lex specialis*, è quello in base a cui di due norme incompatibili, una generale e una speciale (o eccezionale), prevale la seconda: *lex specialis derogat generali*. Anche qui la ragione del criterio non è oscura: legge speciale è quella que deroga ad una legge più generale, ovvero che sottrae ad una norma una parte della sua materia per sottoporla ad una regolamentazione diversa (...)” (*Teoria Generale del Diritto*, cit., pp. 220-221).

26. Natalino Irti, *L’Età della Decodificazione*, 4ª ed., Milão, Giuffrè, 1999, pp. 53 e ss. A referência ao estudo de Irti é de Eros Roberto Grau (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, pp. 11-12. V., também, do mesmo autor, *Direito Urbano*, São Paulo, Ed. RT, 1983, p. 129).

27. Permitimo-nos um exemplo bastante simples. Suponha-se existirem em vigência, em determinada cidade histórica, três leis: (i) uma determina que as fachadas externas das casas devem ser pintadas da cor azul; (ii) outra que, no centro histórico, as fachadas devem ser terracota e (iii) uma terceira, que as fachadas da Rua dos Ourives, situada no centro histórico, devem ser pintadas de dourado. A segunda lei é especial em relação à primeira (porque considera especificamente as casas do centro histórico em relação a todas as casas da cidade) e geral em relação à terceira (que toma como objeto de disciplina específica as casas da Rua dos Ourives em relação a todas as casas do centro histórico). No caso da Lei Antitruste, considerando-se sua relação com leis que disciplinam setores específicos da economia, resultará óbvio que a primeira é lei geral e as segundas leis específicas, por conta das *especificidades*

19. A Constituição do Brasil, vimos, pressupõe a livre concorrência como atributo dos mercados; mas pressupõe desejável, a fim de que sejam realizados os objetivos afirmados nos seus arts. 3º e 170, a submissão de determinados setores da economia a disciplinas concorrenciais particulares.

O fato é que não existe apenas *um* mercado, mas *inúmeros mercados*, cada qual com suas peculiaridades, por isso mesmo com frequência sujeitos à incidência de *textos normativos específicos* (= *especiais*).<sup>28</sup>

### *Setores específicos da economia regidos por leis específicas e a lei antitruste*

20. Primeiramente cumpre deixarmos bem vinculada a circunstância de que a exclusão da incidência da Lei Antitruste e/ou da competência da autoridade concorrenciais

*dos mercados envolvidos*. Estamos em total desacordo com as ponderações do CADE, ao pretender que a lei concorrenciais pudesse ser considerada específica, enunciadas nos seguintes termos: "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? (...) Ora, a conclusão não pode ser diversa no exame da relação entre as Leis 4.595 e 8.884/1994: a Lei Antitruste é especial no que se refere à adjudicação concorrenciais das concentrações no sistema financeiro" (Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no Ato de concentração 08012.006762/2000-09, DOU 19.12.2001, publicado também em *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, cit., pp. 493-494). As respostas devidas às indagações do CADE são evidentes: a Lei Antitruste é geral porque tutela a concorrência de forma ampla, sem considerar especificidades de mercados com funcionamento peculiar. Já a Lei 4.595, de 1964, é específica porque disciplina setor específico da economia, gravitando em torno de suas especificidades.

28. "*Tanti mercati, insomma, quanti sono i nuclei di norme, che regolano la produzione e lo scambio dei beni. I mercati sono statuti normativi, cioè non concepibili fuori dalle norme, che, provvedendo a disciplinarli, li fanno quali sono. Si spiega così la pluralità dei predicati, che, sempre più imprevedibili e numerosi, si aggiungono a 'mercato': finanziario, immobiliare, bancario, e via discorrendo*" (Natalino Irti, *L'Ordine Giuridico del Mercato*, cit., p. 39).

cial pode se dar tanto (i) de forma expressa, quanto (ii) de forma implícita.

São inteiramente descabidas afirmações perpetradas no sentido de que as isenções ou exceções à Lei Antitruste deveriam sempre se dar de forma expressa, mediante inequívoca referência à Lei 8.884, de 1994. O que distingue o operador do direito do mero leitor de textos escritos é o compromisso, do primeiro, com a interpretação do direito, na sua totalidade. Não fosse assim, bastaria a alfabetização para criar juristas...

A isenção é *implícita* sempre que, como acima observamos, existindo *uma lei geral* que cuida da concorrência, com ela coexista *uma lei específica* que, disciplinando as atividades desenvolvidas em certo setor da economia, retire-as do campo de incidência da primeira. Retornando à consideração de situação acima referida, tome-se as atividades dos sindicatos, organizações que, em princípio, restringem a concorrência entre os trabalhadores, na medida em que negociam em bloco seus direitos, de maneira uniforme.<sup>29</sup> Embora a exclusão aqui não se dê de forma expressa, seria inconcebível admitirmos possa, a Lei Antitruste, reprimir a plena atuação de asso-

29. É importante referir o caso *Brown, et al. vs. Pro Football, Inc., dba Washington Redskins, et al.*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em junho de 1996. Um grupo de clubes de futebol e o sindicato iniciaram a negociação de um novo contrato. Os primeiros haviam desenvolvido um plano mediante o qual cada time manteria um "development squad" de jogadores não titulares ("reservas"). Os atletas integrantes dessa equipe receberiam mil dólares por semana. Os representantes dos trabalhadores entenderam que tal comportamento seria restritivo da concorrência, insistindo que cada reserva deveria ser livre para negociar seu próprio salário com o time. Quando as negociações chegaram a um impasse, os clubes implementaram o plano unilateralmente. Alguns reservas propuseram, então, uma ação judicial alegando que o acordo entre os clubes violaria a Lei Antitruste. A Corte de Apelação determinou que, no caso, os empregadores seriam imunes ao Sherman Act. Para a Suprema Corte, a legislação trabalhista possuiria "an implicit, nonstatutory antitrust exemption that applies where needed to make the collective-bargaining process work". Assim, o acordo entre os clubes seria imune aos dispositivos do Sherman Act.

ciações cuja existência lícita é reconhecida, inclusive, pela Constituição do Brasil.<sup>30</sup>

21. As razões que conduzem à edição de leis específicas voltadas à regulação de determinados mercados, cujo dinamismo deve escapar à lógica contemplada pela Lei Antitruste, são as mais variadas.

A *ratio legis* pode defluir da verificação, por exemplo, de que determinado mercado ainda não se encontra suficientemente consolidado para suportar as pressões inerentes ao jogo normal da concorrência.

Lembre-se, aqui, a observação de Hovenkamp, que seguramente não se amolda ao usual radicalismo dos que tratam da matéria de modo ligeiro: "Antitrust generally presumes that competitive markets are better than noncompetitive ones. But it also acknowledges two additional things. First, market failures exist that may require public intervention into the market. Second, the prerogative of recognizing market failures and fashioning a corrective belongs in the first instance to legislatures and executives, not to courts. As a result, antitrust does not generally interpose its own theory of the appropriate nature of domain of regulation, even if the antitrust decision maker thinks the regulation is excessive or ill-advised".<sup>31</sup>

30. Nos Estados Unidos, o sistema não funciona de forma diversa, como explicam Handler, Blake, Pitofsky e Goldschmid: "(s)ome statutes confer an express antitrust exemption, usually quite narrow in scope. More frequently, no express immunity is granted but the nature of the regulation is such that the courts have implied a limited immunity for certain activities" (*Trade Regulation — Cases and Materials*, 3ª ed., Westbury, The Foundation Press, 1990, p. 1.043). Especificamente no que tange ao setor trabalhista, um dos primeiros efeitos — que Hovenkamp diz inesperado — do Sherman Act foi coibir a ação dos sindicatos. Notícia-se que, em seus primeiros anos de vigência, o Sherman Act teria sido mais utilizado contra a força de trabalho do que contra o capital. Por esses motivos, o Congresso, em 1914, promulgou o art. 6º do Clayton Act, definindo que o Sherman Act não deveria ser interpretado de forma a proibir a organização e legítima atuação dos sindicatos. A isenção do setor trabalhista foi reforçada, em 1932, pelo Norris-LaGuardia Act.

31. *Federal Antitrust Policy*, St. Paul, West Publishing, 1994, pp. 651-652.

Na União Européia, como noticiam Ivo Van Bael e Jean-François Bellis, "When defining the scope of application of art. 85 and 86<sup>32</sup> of the treaty, attention must be given to the fact that a number of special sectors of the economy are either in whole or in part exempt from the application of the EC competition rules. Other sectors present such particular features that a sector-specific application of the EC competition rules has been developed".<sup>33</sup>

Assim, continuam os mesmos autores, estão total ou parcialmente isentos dos preceitos antitruste do Tratado da União Européia os chamados *setores especiais* (*special sectors*).

22. Visando ao afastamento da lógica essencialmente concorrencial, o texto normativo algumas vezes submete o controle da concorrência<sup>34</sup> a autoridade que não a antitruste, considerando-a mais capacitada a atuar nesse ambiente diferenciado, bem assim a aplicar uma política concorrencial talhada para o setor.<sup>35</sup>

#### **A Lei 4.595, de 1964:**

##### ***norma específica quando considerada em relação à Lei 8.884, de 1994***

23. Sabe toda a gente que o setor financeiro funciona de modo peculiar, regen-

32. Atualmente, arts. 81 e 82.

33. *Competition Law of the European Community*, 3ª ed., Oxfordshire, CHH, 1994, p. 621.

34. Incluindo atos referentes às condutas e à estrutura do mercado.

35. A Suprema Corte norte-americana, no ano de 1975, decidiu caso que merece ser lembrado (*Gordon vs. New York Exchange*, 422 US 659). O sistema de preços fixos para as operações de valores inferiores a US\$ 500.000 então adotado pela New York Stock Exchange, bem como pela American Stock Exchange, foi contestado sob a alegação de que violaria os arts. 1º e 2º do Sherman Act. A Suprema Corte entendeu que esse sistema não se subsumia às hipóteses da Lei Antitruste, pois havia sido regularmente aprovado pela Securities and Exchange Commission (SEC). Como assinala o texto do julgado, "This case presents the problem of reconciliation of the antitrust laws with a federal regulatory scheme (...). The (...) Court (...) concluded that fixed commission rates were immunized from antitrust

do-se pelo disposto no art. 192 da Constituição do Brasil, que recebeu a Lei 4.595, de 1964.

A Lei do Sistema Financeiro atribuiu ao Banco Central do Brasil o dever-poder de fiscalizar e controlar eventuais condutas anticompetitivas e concentrações das instituições financeiras, nos seguintes termos:

Art. 10. Compete *privativamente* ao Banco Central da República do Brasil:

(...);

IX — Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

X — Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

a) funcionar no País;

b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;

c) *ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;*

(...);

g) *alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.*

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

(...).

§ 2º. O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, *regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.*<sup>36</sup>

Ao BACEN, como se vê, sem sombra de dúvida é atribuída, *com exclusividade*, a competência para apreciar atos referentes à concentração de instituições financeiras.

24. Aqueles que, no contexto da disputa de poder que nos referimos linhas acima, defendem a competência do CADE

attack because of the Securities and Exchange Commission's authority to approve or disapprove exchange commission rates and its exercise of that power".

36. Destacamos.

para a apreciação dessas concentrações, chegam ao ponto de afirmar que não haveria conflito entre a Lei 8.884/1993 e a Lei 4.595/1964: ao CADE tocaria analisar questões ligadas à *concorrência em geral* (ainda que referentes às instituições financeiras); ao BACEN, sindicaria o aspecto ligado ao chamado *risco sistêmico*.

Essa argumentação, contudo, é insustentável, inteiramente incongruente.

A *uma* porque o texto normativo é suficientemente claro: a competência para analisar as concentrações entre instituições financeiras é atribuída ao BACEN pretendida distinção entre aspectos *sistêmico* e *concorrencial* não é contemplada pela lei.

A *duas* porque, no sistema da Lei 4.595, de 1964, o BACEN assume competência bem mais ampla, em vários aspectos aproximando-se de uma "agência", inclusive editando textos normativos voltados à disciplina do setor financeiro. Quanto à *competência técnica* da autarquia, o BACEN, é presumida. Note-se, ademais, que o setor é caracterizado como um mercado específico, de importância crucial para a economia.

A *três* porque, como acima demonstrado, a Lei 8.884, de 1994, é *lei geral* em relação à Lei 4.595, de 1964. Esta é *lei especial* em relação àquela, voltada à disciplina de um *segmento específico* da economia, sujeito a uma dinâmica concorrencial peculiar.

25. Em suma, temos que a Lei 8.884, de 1994, não atribui ao CADE o dever-poder de analisar operações de concentração entre instituições financeiras. Ao extrapolar os limites de sua competência, proferindo decisões sobre tais práticas, o CADE pratica ato que configura nítido *excesso de poder*.<sup>37</sup>

37. O excesso de poder ocorre no "caso de agente dotado de atribuição legal, mas que, em determinada hipótese, a extrapola, indo além das atribuições legais conferidas" (Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 171).

**A falta de oposição do BACEN às concentrações bancárias como elemento de atribuição de competência ao CADE — Inconsistência do argumento**

26. Para alguns, a competência para a apreciação de concentrações entre instituições financeiras haveria de ser atribuída ao CADE uma vez que o BACEN pouco faz para impedi-las.

Em outras palavras, porque o BACEN não se dedicaria à tutela da concorrência entre as instituições financeiras com o afincado pretendido por alguns, ao CADE cumpriria esse papel.<sup>38</sup>

38. Na União Européia, o Regulamento que disciplina as concentrações entre agentes económicos foi editado apenas no ano de 1989. Esse fato, como lembra Bernini, nada tem de accidental, pois “a concentração de empresas era considerada (...) como um instrumento que permitia adaptar a dimensão das empresas ao alargamento da zona económica, suposto de implicar, entre outras, economias de escala” (“As regras de concorrência”, *CE, Trinta Anos de Direito Comunitário*, Luxemburgo, 1981, pp. 346, 372. No mesmo sentido, Alberto Toffoletto, “Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust”, *Giurisprudenza Commerciale* 17.3:451-2 (mai.-jun. 1990) e Aurelio Pappalardo, “Giurisprudenza comunitaria e straniera — Il regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese”, *Il Foro Italiano* 1990, parte IV, p. 201. Cristoforo Osti dá relevo ao mesmo fenómeno: “É noto infatti che per lungo tempo il diritto comunitario è rimasto privo di un sistema di valutazione delle concentrazioni, in base ad una scelta che non può non considerarsi intenzionale, e che si fondava in buona parte sulla convinzione che il processo di aggregazione economica fosse di per sè positivo e meritevole di tutela nel sistema dell'economia europea, tanto al fine di consentire alle imprese di raggiungere dimensioni giudicate più adatte a reggere il confronto con la concorrenza internazionale, quanto al fine di incoraggiare una maggiore coesione tra le singole economie nazionali attraverso l'istituto delle concentrazioni (...)” (“Operazioni di concentrazione”, in AAVV., *Diritto Antitrust Italiano*, org. A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi e L. C. Ubertazzi, Bolonha, Zanichelli, 1993, p. 528). Entre nós, o declarado incentivo às concentrações, que teve lugar a partir da década de 1960, seguiu o mesmo princípio: a união de empresas tende, em muitos casos, a elevar o nível tecnológico do país, fortalecendo sua economia, bem como habilitar a indústria

Ora, fosse a inércia do BACEN verdadeira, das duas, uma: (i) ou aquela autarquia estaria deixando de exercer dever-poder a si atribuído pela lei ou (ii) a supostamente tibia atividade do BACEN é expressiva precisamente da medida adequada do exercício desse dever-poder, no que tange à determinação do grau de concorrência do setor, de modo a contemplar a possibilidade de incentivo a concentrações bancárias.

A não implementação de uma política de concorrência vigorosa pode expressar precisamente a implementação de uma determinada política.<sup>39</sup> Na dicção de Irti: “Intervenção e não-intervenção são a mesma coisa: decisões, ambas, de política económica e não natural ou tecnicamente puras. Ambas requerem uma tomada de posição em face da economia e a vontade de estruturá-la de um modo ou de outro”.<sup>40</sup>

nacional para enfrentar a concorrência internacional. Basta, para comprovar tal afirmação, analisar os fatores que eram tomados para concessão de incentivos fiscais às concentrações, enumerados por Waldirio Bulgarelli ao comentar a Resolução 1, de 20.8.1971, da Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas — COFIE: “a) obtenção de economias de escala (redução de custos e incremento da produtividade); b) redução de preços de venda no mercado interno; c) conquista e ampliação de mercados externos; e d) fortalecimento do mercado de capitais” (*O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas*, São Paulo, Universitária de Direito, 1975, p. 54). O posicionamento do CADE em relação às operações de concentração incentivadas pelo COFIE será tratado adiante.

39. A política antitruste pode ser atuada (i) mediante a aplicação da *Lei Antitruste*, ainda que por via de concessão de autorizações ou isenções, ou (ii) mediante a não-aplicação da *Lei Antitruste* a práticas restritivas. Em outras palavras, o Estado, com o escopo de regulamentar o mercado, pode afastar a aplicação da *Lei Antitruste*, eliminando ou amenizando, por exemplo, a vigilância ou controle sobre processos de concentração (cf. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, cit., p. 172).

40. No original de Irti: “Ci piace ripetere con Talleyrand che intervento e non intervento sono la stessa cosa: decisione, ambedue, di politica economica, e non naturalmente o tecnicamente pure. Ambedue postulano una presa di posizione rispetto all'economia, e la volontà di strutturarla in un modo o nell'altro” (“Teoria generale del diritto e problema

De qualquer forma, em nenhuma das hipóteses acima mencionadas justificar-se-ia a transferência da competência exclusiva do BACEN para apreciar as concentrações no setor financeiro a qualquer outro órgão ou entidade da Administração. Mesmo a falta de aplicação firme dos parâmetros de determinado modelo de concorrência, que alguns entendem adequada, jamais poderá afastar a competência exclusiva do BACEN para analisar as fusões entre instituições financeiras.

27. Insista-se neste ponto: no texto normativo, e apenas nele, há de ser encontrada a atribuição da competência atinente ao controle de práticas (quaisquer práticas) dos agentes econômicos a certo órgão ou entidade da Administração. Ao contrário do que se disse em meio à passionalidade do debate, competência funcional é atribuída por lei e não “conquistada” por este ou aquele órgão ou entidade.

Ademais, a formatação do modelo de concorrência a ser perseguido (atomística ou eficaz, v.g.) ou mesmo a valoração das eficiências produzidas pela operação são tarefas que — *ex vi* do disposto na Lei 4.595, de 1964, insistimos — compõem-se na esfera de competência da autoridade bancária.

### **A posição do BACEN e do CADE nos quadrantes da Administração Pública Federal**

28. O Estado, observa Eduardo García de Enterría,<sup>41</sup> é uma pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções, uma das quais é a de administrar, empreendida fundamentalmente pela Administração. Esta não é, contudo, para o Direito Administrativo, nem uma determinada função objetiva ou material, nem um complexo orgâni-

41. “L'attività amministrativa e la concorrenza del mercato”, *Rivista delle Società*, ano XLV, 1, jan.-fev. 1999, p. 14).

41. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., v. I, Madri, Civitas, 1983, pp. 24 e ss.

co mais ou menos ocasional, porém uma pessoa jurídica, um sujeito de direito.

A função administrativa não é, porém, desempenhada exclusivamente pelo Poder Executivo,<sup>42</sup> senão também pelo Legislativo e pelo Judiciário. Mas é ali, no Executivo, que está situada a Administração por excelência.

Ocorre que, em verdade, não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de relações jurídico-administrativas. Ao lado da Administração federal alinham-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando — diz ainda Eduardo García de Enterría<sup>43</sup> — com sua própria personalidade jurídica independente, e uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas.

29. Todas elas, no entanto, atuam de modo harmônico, mercê da definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada uma delas e suas entidades, de modo que — lançamos mão, ainda, das palavras de Eduardo García de Enterría<sup>44</sup> — toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no art. 37 da Constituição de 1988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

30. Temos assim que cada Administração<sup>45</sup> distribui, no interior de si mesma, os ofícios que lhe incumbem entre diferentes órgãos, aos quais são atribuídas *competências específicas*.<sup>46</sup> Por isso, diz Gianni-

42. V. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., Malheiros Editores, 2003, pp. 225 e ss.

43. Ob. cit., p. 33.

44. Ob. cit., p. 34.

45. Federal, estaduais e municipais.

46. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 121-122.

ni que “nei rapporti tra le varie autorità occorre che si sappia quale di esse abbia voce per la tutela di un certo interesse. Ne segue che ogni organo od ufficio ha una *qualificazione giuridica organizzatoria*, che si dice *attribuzione*”.<sup>47</sup>

A legislação infraconstitucional (§ 2º do art. 1º da Lei 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração federal) define os órgãos como “unidade(s) de atuação integrante(s) da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta”.

Vê-se para logo, destarte, que a expressão “órgão público” pode ser empregada em sentido amplo, como acima a tomamos, para designar não apenas os “órgãos” despidos de personalidade jurídica, mas também as unidades de atuação da Administração indireta, autarquias, fundações e empresas estatais.

**31.** Cumpre cuidarmos especificamente das autarquias, porque unidades de atuação desse tipo são o BACEN e o CADE.

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração indireta, descentralizada,<sup>48</sup> “não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas”; “são responsáveis pelos próprios comportamentos”.<sup>49</sup>

Isso, contudo, não importa, repita-se, em que se tornem absolutamente independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da tutela administrativa, que Celso Antônio Bandeira de Mello define como “o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas (as autarquias) com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais fo-

ram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado”.<sup>50</sup>

**32.** O que ora se afirma, em síntese, é que o CADE, estando inserido em uma “unidade estrutural e sistemática” — a Administração — não pode atuar à margem dessa unidade. O mesmo seja dito em relação ao BACEN.

A autonomia ou independência de que se afirma gozarem os órgãos e as autarquias (entre as quais as agências) deve ser entendida primordialmente como independência perante os agentes sujeitos à regulação.

Embora os poderes de tutela não se presumam,<sup>51</sup> a independência (= ausência de subordinação hierárquica) das autarquias não as coloca à margem do aparato estatal, de modo a legitimar o exercício de atuação diversa às políticas públicas governamentais.

**33.** Ainda que se possa admitir que as autarquias especiais não estejam organicamente integradas na Administração ordinária do Estado, razão pela qual não estariam sujeitas a orientações ou controle governamental,<sup>52</sup> não se as pode conceber como entidades desgarradas do aparato estatal e, nele, da Administração.

Em suma: embora imunes a interferências políticas governamentais, elas não estão legitimadas a, excedendo os estritos limites de suas atribuições, constituir uma outra Administração, paralela à autêntica Administração. E, menos ainda, podem furtar-se à incidência das regras e dos princípios do Direito Administrativo Brasileiro.

### ***A Lei Complementar 73, de 1993, e o CADE***

**34.** O CADE — ainda que se auto-considere uma “agência independente” — está integrado ao Poder Executivo e, como tal,

47. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 73.

48. V. Eros Roberto Grau, “Considerações a propósito das sociedades de economia mista”, *Revista de Direito Público* 17/113, 1971.

49. Dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 140.

50. Ob. cit., p. 141.

51. Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 131.

52. Cf. Vital Moreira, referido na p. 110 da obra *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, cit.

abrangido pela incidência do art. 84, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...);

II — exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

35. A Administração atua de *forma harmônica*, sendo inadmissível a insubordinação de qualquer de seus órgãos ou entidades. Mais grave do que o desvio de função, patologias desse jaez comprometeriam a estabilidade das instituições e a segurança dos administrados.

A Administração não pode ser concebida como um arquipélago desajustado de órgãos e entidades desarticulados, cada qual expandindo ou retraindo arbitrariamente seu campo de atuação e suas estratégias. A implementação de políticas públicas requer *organização* e, para tanto, entre nós, a disposição veiculada pelo art. 84, II, da Constituição do Brasil é essencial.

36. A Lei Complementar 73, de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União — AGU, dispõe:

Art. 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...);

X — *fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;*

XI — *unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.*

(...).

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

§ 1º. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.<sup>53</sup>

53. Destacamos.

37. O § 1º do art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993, não distingue a Administração direta da Administração indireta federal. O parecer da AGU, aprovado pelo Presidente da República, vincula “órgãos e entidades” da Administração federal, que “ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”. O Advogado-Geral da União exerce a atribuição de “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal”.<sup>54</sup> Incumbe-lhe ainda unificar a jurisprudência administrativa e prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração federal.<sup>55</sup> É regra de interpretação básica a de que ao intérprete não cabe distinguir onde a lei não distingue.

A leitura equivocada da lei complementar surtiria o efeito de imunizar o CADE ao dever de manter-se harmonicamente integrado à Administração. O argumento de que, no episódio, valeu-se o CADE conduziria, em última instância, quiçá ao delírio de recusar-se a autarquia a acatar decisões do Poder Judiciário, sob o pretexto de que seus atos seriam “discricionários” e, logo, refratários a qualquer controle. À questão *quis custodes custodet?*, responder-se-ia: a própria autarquia, implementando o modelo de concorrência que decidir imprimir a todos e quaisquer setores da economia brasileira, pairando sobre a própria Constituição.

38. Também não pode prosperar o argumento segundo o qual a Lei 8.884, de 1994, teria revogado a lei complementar de que se cuida. Pois é certo que a lei ordinária não pode revogar ou alterar lei complementar.

Argumentos retóricos foram desferidos, sem sucesso, com o escopo de afastar essa verificação, entre os quais o seguinte:

As normas da LC 73/1993 que direta ou indiretamente afetem competências que

54. Inc. X do art. 4º da LC 73/2003. Destacamos.

55. Inc. XI do art. 4º da LC 73/2003.

não digam respeito exclusivamente às tarefas de assessoramento jurídico do Poder Executivo pela AGU podem ser revogadas por lei ordinária posterior. (...) Naquilo em que extrapola seu campo material, à LC 73/1993, ao se contrapor à Lei 8.884, de 1994, aplica-se, sem dúvida, a regra *lex posterior derogat priori*. E mais: sendo a lei do CADE específica sobre esta autarquia, ela prevalece sobre a LC 73/1993, que trata, genericamente — e inconstitucionalmente, lembre-se — de órgãos e entidades da Administração Federal que não a AGU.<sup>56</sup>

**39.** A compreensão da matéria requer correta interpretação da Constituição do Brasil.

Dispõe o seu art. 131, *caput*, que à AGU cabe, *nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento*, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Daí caber à lei complementar, além de dispor sobre a organização e funcionamento da AGU, disciplinar as “*atividades de consultoria e assessoramento jurídico*” ao Poder Executivo. Em outras palavras, diz a Constituição do Brasil que à lei complementar cabe estipular *o modo pelo qual as atividades de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo serão empreendidas pela AGU*.

Vimos que a Constituição do Brasil reserva ao Presidente da República o exercício da direção superior da Administração federal (art. 84, II). Assim, a AGU deve prestar-lhe *assessoria jurídica* nessa função.

A Lei Complementar 73, recuperando a técnica da emissão de pareceres que a antiga Consultoria-Geral da República expedia, estabelece que, sendo eles aprovados pelo Presidente da República, passam a vincular os órgãos e as entidades da Administração. O que se pretende, destarte, é a superação de eventuais conflitos de interpretação no seio da Administração. Esse

texto normativo, ao vincular os órgãos e entidades da Administração às conclusões enunciadas em pareceres da AGU *aceitas* pelo Presidente da República, não extrapola a matéria assinalada pelo art. 131 da Constituição como objeto de disciplina pela lei complementar.

Assim, é fora de dúvida que a disposição veiculada pelo § 1º do seu art. 40 compõe preceito de lei complementar, não sendo passível de revogação por lei ordinária. A Lei Antitruste não poderia tê-lo revogado.

**40.** Ademais, a alegada revogação do preceito há de ser examinada em face do disposto no art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil:

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

A chamada Lei Antitruste não declarou expressamente a revogação, seja total, seja parcial, da Lei Complementar 73, de 1993 — e, vimos, nem poderia fazê-lo.

Igualmente, não regula a matéria de que trata a Lei Complementar.

Incompatibilidade entre os dois textos também não há, porquanto versam sobre matérias diversas. A primeira, Lei Antitruste, disciplina (i) a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”<sup>57</sup> e (ii) os entes integrantes do chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE, SDE e SEAE); a segunda, Lei Complementar 73, regula a Advocacia-Geral da União e sua atividade de assessoramento ao Poder Executivo.

Resta sucinta, mas suficientemente demonstrada, a não revogação da lei complementar pela Lei 8.884, de 1994.

56. Do voto do Conselheiro Celso Campilongo, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, cit., pp. 486-487.

57. Cf. art. 1º da Lei 8.884, de 1994.

**A aprovação de concentração  
entre instituições financeiras  
pelo BACEN e a impossibilidade  
de sua revisão ou contradita pelo CADE:  
a boa-fé da Administração**

41. Outro aspecto cumpre ainda ferirmos, atinente à circunstância de a Administração estar vinculada pelo dever de agir conforme os ditames da *boa-fé*.

Atua, no caso, o princípio da moralidade, que reclama padrões de conduta caracterizados pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, *boa-fé*, sinceridade e motivação.<sup>58</sup>

O conteúdo desse princípio, afirmado no art. 37 da Constituição do Brasil como um dos fundamentais da atividade administrativa, há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra ética. A humanidade lutou séculos pela legalidade. Por isso cumpre ver onde e como nossa Constituição confere substância jurídica à moralidade.

42. Seguindo a exposição de Humberto Ávila,<sup>59</sup> teremos que a Constituição do Brasil inicialmente estabelece *valores fundamentais*, como dignidade, trabalho, livre iniciativa (art. 1<sup>º</sup>), justiça (art. 3<sup>º</sup>), igualdade (art. 5<sup>º</sup>, *caput*), liberdade, propriedade e segurança (art. 5<sup>º</sup>, *caput*), estabilidade das relações (art. 5<sup>º</sup>, *caput* e XXXVI). Em seguida, institui *um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa*, baseado nos princípios do Estado de Direito (art. 1<sup>º</sup>), da separação dos poderes (art. 2<sup>º</sup>), da legalidade e da impesso-

alidade (art. 5<sup>º</sup>, II e 37). Em terceiro lugar, cria *procedimentos de defesa dos direitos dos cidadãos*, por meio da universalização da jurisdição (art. 5<sup>º</sup>, XXXV), da proibição de utilização de provas ilícitas (art. 5<sup>º</sup>, LVI), do controle da atividade administrativa via mandado de segurança e ação popular, inclusive contra atos lesivos à moralidade (art. 5<sup>º</sup>, LXIX e LXXIII), e da anulação de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4<sup>º</sup>). Após, cria *requisitos para o ingresso na função pública*, mediante a exigência de concurso público (art. 37, II); a vedação de acumulação de cargos (art. 37, XVI), proibição de autopromoção (art. 37, § 1<sup>º</sup>); a necessidade de demonstração de idoneidade moral ou reputação ilibada para ocupar os cargos de ministro do Tribunal de Contas (art. 73), do Supremo Tribunal Federal (art. 101), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119), do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120); a exigência de idoneidade moral para requerer a naturalidade brasileira (art. 12); e a proibição de reeleição por violação à moralidade (art. 14, § 9<sup>º</sup>). Por fim, institui *variados mecanismos de controle da atividade administrativa*, inclusive mediante controle de legitimidade dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas (art. 70).

Tudo sintetizado, teremos que o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, ainda que não previstas na lei, decorrentes no entanto da interpretação/aplicação do direito, no seu todo, como ordenamento.

Daí porque a *boa-fé* deve ser tida como exigência da vinculação da Administração pelo princípio da moralidade.

Lembre-se bem, neste passo, as considerações de Jesús González Perez: “Se da la desconfianza más absoluta entre el administrado y los administradores. Los deberes de unos y otros se relegan al olvido más absoluto y la fraternidad se traduce en una continuada actitud de desconfianza y recelo. De aquí la especial importancia en el Derecho Administrativo de un principio

58. Paulo Modesto, “O controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil”, *Revista de Direito Administrativo* 209/77, 1997. Sobre o princípio da moralidade, v. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 28<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 87 e ss. Cf., tb., Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., pp. 77 e ss.

59. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 76.

que constituye cauce para la integración de todo el Ordenamiento conforme a la idea de creencia y confianza".<sup>60</sup>

43. É fato que operações de concentração foram expressamente autorizadas pelo BACEN (isto é, por um ente da Administração), em época na qual não se cogitava da auto-ampliação de competência por parte da autoridade antitruste. Andaria contra a boa-fé que essa mesma Administração, em um segundo momento, sacasse da algibeira a alegação de pretensa ilegalidade da operação, a pretexto de não apresentar as eficiências mencionadas no § 1<sup>o</sup> da Lei 8.884, de 1994.

O CADE não poderia, na situação que analisamos, contestar operações aprovadas pelo BACEN, sob pena de aviltar o art. 37 da Constituição do Brasil. Assim, a requisição de apresentação dos atos é inócua porquanto poderá levar apenas a um resultado: o da confirmação das decisões da autoridade financeira.

44. A rememoração de situações que se manifestaram entre nós tem o condão de iluminar a questão que estamos a abordar.

No passado, quando operações de concentração empresarial eram efetuadas ao abrigo de ato da COFIE — Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas, criada pelo Decreto-lei 1.182, de 1971, o CADE entendia, declaradamente, que essas operações não importavam infração à Lei Antitruste, porque as empresas atuavam no exercício regular de direito.

A esse respeito, é bem ilustrativa a seguinte decisão:

Ainda quando verificada a existência de concentração econômica, não há falar em abuso do poder econômico quando as empresas envolvidas atuem de conformidade com as normas legais e regulamentares emanadas dos órgãos competentes da Administração Pública, máxime quando a atividade vise um benefício para a economia nacional, tal como, por exemplo, a substituição

de importações. (...) Das numerosas e aprofundadas pesquisas que os órgãos de apoio do CADE realizaram, constata-se que as empresas pesquisadas atuam de conformidade com normas legais e regulamentares emanadas dos órgãos próprios da Administração Pública. E, como bem salientou a Procuradoria "quem usa de um direito não comete ato ilegal".<sup>61</sup>

### *O controle de constitucionalidade e a Administração*

45. Da análise das manifestações do CADE ao longo da contenda instalada no seio do Poder Executivo — inclusive sua recusa em acatar o parecer da AGU — porjeia a idéia de que essa autarquia poderia deixar de aplicar uma lei que autorizasse uma prática restritiva da concorrência; igualmente, de que estaria dispensada de acatar o parecer da AGU (mesmo tendo sido aprovado pelo Presidente da República) porque este teria interpretado indevidamente tanto a Lei Complementar 73, de 1993, quanto os arts. 37 e 131 da Constituição do Brasil.<sup>62</sup> Enfim, o CADE não es-

61. José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, *Poder Econômico: Exercício e Abuso; Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1985, ementa 57, p. 60 (Voto no Processo de averiguações preliminares 15, de 22.2.1974. Repte.: Departamento de Pesquisas Econômicas do CADE. Repdo.: Indústrias de Artefatos de Cimento Amianto, *DOU* 19.3.1974).

62. Embora o CADE afirme que "não compete a este Plenário refutar a interpretação dada pela AGU ao suposto conflito entre os dispositivos da Lei 8.884/1994 e da Lei 4.595/1964, sob o prisma das normas da Constituição Federal de 1988" e que o mesmo plenário não seria "o foro competente para discutir a vinculação ou não do CADE ao parecer da AGU", embasa sua conclusão na interpretação que o próprio plenário dá a dispositivos constitucionais e à Lei Complementar 73, de 1993. Assim, afirma que "o dispositivo da Lei Complementar 73/1993, ao determinar que 'O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal' (art. 40, § 1<sup>o</sup>), deve ser interpretado restritivamente, de maneira a abranger somente a administração direta e aqueles entes da administração indireta que possuem autonomia limitada por decorrência de previsões específicas de suas correspondentes leis de criação, sob pena de lesão à

60. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1983, pp. 58-59.

taria sujeito ao disposto na Lei Complementar 73, de 1993, em virtude da sua independência; por isso a lei seria inconstitucional:

Carta Magna". Adiante, ao comentar o art. 131 da Constituição do Brasil, o CADE afirma que "não é correto considerar que o dispositivo em comento se estende à administração indireta" e, com isso, recusa-se a acatar o parecer da AGU, mesmo porque "(a) atividade jurisdicional — judicial ou administrativa (aqui incluído o CADE) —, bem como as entidades administrativas independentes (aqui incluídas as "agências": Anatel, ANP, Aneel), encontram-se entre as instituições que traduzem ou implementam fins constitucionais de direção política (*indirizzo politico*, na expressão italiana popularizada entre os constitucionalistas)" e "(d)estaca-se que a administração indireta, ao lado da administração direta, possui raiz constitucional (art. 37). A *ratio* de uma previsão como esta é a de, exatamente, separar duas figuras distintas que nem o legislador, nem tampouco o administrador podem reunir num só corpo. A administração indireta — enquanto gênero, sendo a autarquia uma de suas espécies — não pode ter sua configuração, *em tese* e *a priori*, restringida, como se não fosse mais possível criar pessoa jurídica de direito público com autonomia própria. Uma reforma do modelo geral de organização administrativa do Estado só poderia ser levada adiante por meio de emenda à Constituição Federal. Mais: como poderia a Lei Complementar 73/1993 versar sobre matéria de organização administrativa (do art. 37 da CF), considerando-se que se presta a regulamentar as competências da Advocacia-Geral da União?". A Lei Complementar, no entender do CADE, estaria sendo interpretada de forma inconstitucional pela AGU, porquanto viabilizaria uma "delegação disfarçada de competência legislativa ao chefe do Poder Executivo". Ademais, ao recusar sua submissão ao disposto no art. 131 da Constituição Federal, o CADE questiona a imparcialidade da AGU, ou de um "parecer aprovado pela administração direta em favor de um ente que lhe é subordinado (BACEN), em detrimento de uma autarquia independente (CADE)" (todos os excertos são do Voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo no Ato de concentração 08012.006762/2000-09, *DOU* 19.12.2001, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, cit., pp. 471 e ss.). A conclusão final é a de que a Administração federal (entenda-se, o Presidente da República e a AGU) teria praticado um ato inconstitucional, porque "o Poder Executivo não pode se respaldar em *previsões genéricas* para adotar postura contrária à ordem legal e constitucional, vindo a reunir, em suas mãos, aquilo que a Constituição Federal separou, maculando, inclusive, o princípio da segurança jurídica". Ao fim e ao cabo: o CADE simplesmente recusou-se a acatar a determinação dada pelo Presidente

A Lei Complementar 73/1993 extrapolou seu campo material, que seria o da organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União enquanto — e tão-somente enquanto — prestadora de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo. É claro, neste sentido, o *caput* do art. 131 da Constituição: a lei complementar nele referida não deveria tratar de matéria atinente à organização administrativa como um todo, já que esta é tema do art. 37 da Constituição.<sup>63</sup>

46. Vê-se, assim, que o CADE, crenedo na inconstitucionalidade de determinado texto normativo ou da interpretação a ele dada por parecer da AGU (ainda que aprovado pelo Presidente da República), supõe estar habilitado a negar cumprimento tanto ao primeiro quanto à segunda.

Ora, essa linha de argumentação é inquietante; para o menos dizermos, instala a desordem no ordenamento jurídico. A esse respeito, já se disse que: "A admissão de que possa a lei ser descumprida, pela Administração, quando esta a tenha por inconstitucional, não apenas contradiz a afirmação, sempre repetida, de que administrar é aplicar a lei de ofício, mas também enseja a introdução de cavalo de Tróia no universo das liberdades, ainda que liberdades meramente formais. Pois é certo que, a admitir-se a recusa, pela Administração, da execução da lei, estaremos a permitir que qualquer autoridade administrativa, a partir do seu entendimento do que seja constitucional ou inconstitucional, atue ao largo, como se por ele não estivesse tangido, do princípio da legalidade".<sup>64</sup>

47. O CADE não pode deixar de dar cumprimento a uma lei ou a qualquer conclusão enunciada em parecer da AGU, aprovado pelo Presidente da República, por entendê-las inconstitucionais. Dizendo, a

da República alegando que a mesma baseava-se em interpretações contrárias à Lei e à Constituição.

63. Voto do Conselheiro Celso Campilongo, conforme publicado em 19.12.2001.

64. Eros Roberto Grau, "Lei municipal inconstitucional. Recusa do prefeito à sua execução", *Revista de Direito Público* 88/98, out.-dez. 1988.

Lei Complementar 73, de 1993, que o parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República vincula todos os órgãos e entidades da Administração federal, não pode o CADE descumprir os termos do Parecer GM-020 da AGU. Seu dever de acatar a lei subsiste ainda que a interpretação dada pelo Plenário do CADE à Lei Complementar 73, de 1993, tenha sido discordante daquela a ela conferida pela AGU, ou que entenda que a Lei Complementar extrapolou os limites impostos pela Constituição do Brasil.

### Conclusão

48. Em face de todo o exposto, concluímos:

1. A aprovação das operações de alienação de controle acionário de instituições financeiras é de competência exclusiva do Banco Central do Brasil, não se reservando ao CADE qualquer atribuição ou poder em relação às operações dessa natureza. O setor financeiro possui funcionamento peculiar e é regido por textos normativos específicos (v.g., art. 192 da Constituição Federal e Lei 4.595, de 1964). A chamada Lei do Sistema Financeiro atribui ao BACEN a competência exclusiva para apreciar os atos que envolvam concentrações de instituições financeiras.

2. O setor financeiro é dotado de especificidades que devem necessariamente ser consideradas na definição da política de concorrência para esse segmento; a moldura dessa política está contida na Lei 4.595, de 1964, que atribui várias competências ao BACEN, entre elas a de regular “as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei”, bem como analisar atos envolvendo concentração de instituições financeiras. Não é adequado falar-se em “competências concorrentes” entre o CADE e o BACEN para apreciação e aprovação das operações de alienação de controle acionário de instituições financeiras, porque a lei específica

(Lei 4.595, de 1964) prevalece sobre a lei geral (Lei 8.884, de 1994).

3. O posicionamento do CADE é desprovido de fundamento e afronta a Constituição do Brasil. É plenamente possível que um texto normativo afaste a incidência da Lei Antitruste sobre determinada prática. Assim não fosse e, como dissemos, os sindicatos estariam sujeitos a penalidades impostas pelo CADE, porque impedem a concorrência entre os empregados na negociação com seus patrões. Igualmente, é plenamente possível que a competência para zelar pela concorrência em certo segmento da economia seja atribuída, por lei, a outro ente que não o CADE e a formatação desse modelo concorrencial siga os parâmetros de micro-sistema destacado da Lei 8.884, de 1994 (no caso, aqueles indicados na Lei 4.595, de 1964).

O receio que aflige o CADE, no sentido de que o reconhecimento da existência de isenções implícitas acabaria por “esvaziar” o conteúdo da Lei Antitruste, não tem justificativa: a Constituição do Brasil admite que a lei estabeleça isenções antitruste para determinadas práticas restritivas da concorrência, dando concreção aos princípios contidos no art. 170, bem como no art. 3<sup>o</sup>; essas isenções podem ser implícitas.<sup>65</sup>

A política concorrencial no setor financeiro, respeitados os princípios constitucionais, deve ser estabelecida dentro da moldura do texto da Lei 4.595, de 1964 e não da Lei 8.884, de 1994. A Lei 4.595, de 1964, ao determinar que o BACEN “no exercício da fiscalização que lhe compete, *regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras*, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei”,<sup>66</sup> deixa claro que elas não estão imunes à legislação antitruste, mas sim sujeitas ao sistema concorrencial instaurado pela Lei 4.595, de 1964, bem como à autoridade do BACEN nessa matéria.

65. V. itens 20 a 22.

66. Destacamos.