

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON  
RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
INTERES. : UNIÃO

### EMENTA

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.

2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.

3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.

4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.

5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).

6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.

7. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin (voto-vista)." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Brasília-DF, 25 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

*Superior Tribunal de Justiça*

MINISTRA ELIANA CALMON  
Relatora



# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)

RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A - BCN E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)

### RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:** - Trata-se, na origem, de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo **Banco de Crédito Nacional S/A - BCN - e Bradesco S/A** contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - **CADE**, que, ao apreciar e aprovar o Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23, que versava sobre operação diversa submetida à referida autarquia, determinou aos impetrantes apresentassem "*a operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S.A. - BCN, pelo Banco Bradesco, da qual tomou-se conhecimento pela análise dos autos, mas cujos os efeitos deverão ser apreciados em oportunidade específica*" (sic, fl. 81).

Na petição inicial, os então impetrantes alegaram, em síntese, ser o CADE incompetente para analisar operações de aquisição de instituições financeiras, tendo em vista a legislação específica que regulamenta a implementação dessas operações e as submete ao crivo prévio do Banco Central do Brasil - BACEN, a saber, o art. 192 da Constituição Federal, as disposições da Lei 4.595/64 e o Parecer GM-20 da AGU, aprovado pelo Presidente da República.

A liminar foi deferida (f. 245) e, no mérito, a segurança restou concedida "*para desconstituir o ato do Presidente do CADE consistente em determinar a submissão da operação de compra do BCN pelo Bradesco a julgamento por esse órgão*" (f. 348)."

Em sede de apelação interposta pelo **CADE**, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, reformou a sentença, nos termos da ementa a seguir transcrita (fls. 566/567), resumindo o entendimento que prevaleceu naquela Corte:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA

LEI ANTITRUSTE.

1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o *status* de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.

2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.

3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.

4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas.

Opostos embargos de declaração pelo **BCN e Bradesco**, restaram rejeitados com base nos fundamentos constantes da ementa de f. 588, assim redigida:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DOS VÍCIOS APONTADOS NO ACÓRDÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existe omissão quando a conclusão adotada no julgado embargado, logicamente afasta a possibilidade de acolhimento da tese defendida pela parte embargante.

2. Assim sendo, se os votos vencedores entenderam que as Leis 4.595/64 e 8.884/94 (esta, Lei Antitruste) podem e devem ser aplicadas em conjunto, de forma complementar, daí decorrendo a competência tanto do BACEN quanto do CADE para examinar os atos de concentração de instituições financeiras, parece lógico não haver especialidade entre as referidas normas que justifique o prevalectimento da competência exclusiva de qualquer das duas autarquias para o julgamento dos atos em questão, sendo inaplicável ao caso concreto o disposto no art. 2º, § 2º, da LICC.

3. Da mesma forma, ao reconhecer a necessidade de prévia aprovação da fusão entre os bancos, também pelo CADE, o julgado embargado não legitimou a aplicação retroativa de uma nova interpretação a fato já decidido pela Administração, pois não autorizou a modificação do julgamento do ato de concentração já elaborado pelo BACEN em 20/01/1998. Assim sendo não há como se imputar omissão ao acórdão embargado em relação ao disposto no art. 69 da Lei 8.884/94.

4. Não há como se imputar obscuridade ao julgado, na parte referente aos limites entre a competência do CADE e a do BACEN, no exame dos atos de concentração das instituições financeiras, se o voto vencedor expressamente afirmou que a atuação do segundo

# Superior Tribunal de Justiça

fica circunscrita à análise da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, enquanto que o primeiro cuidaria especificamente da tutela da concorrência.

5. Não merecem ser acolhidos os embargos de declaração que pretendem seja atribuído efeito infringente ao julgado, fora das hipóteses em que isso é admissível, devendo a discordância com o decidido ser manifestada por meio do recurso adequado.

6. Embargos declaratórios do BANCO BCN S/A e BANCO BRADESCO S/A rejeitados.

Sobreveio, então, o especial (fls. 590/623), interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, no qual o **BCN e o Bradesco**, além de pleitearem a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, junto a Presidência do Tribunal de origem, defendem, em resumo, que:

a) o CADE não poderia ter determinado aos recorrentes, por meio de uma interpretação retroativa, que lhe fosse submetida para análise a operação de aquisição realizada muitos anos antes, já aprovada pelo BACEN, e que sem atentar para a gravidade da situação e com chocante afronta à legislação específica, na prática, transferiu para o CADE uma competência inequívoca do BACEN, jamais questionada pelo órgão antitruste, e com efeitos retroativos, alcançando inúmeros negócios já realizados;

b) mediante uma elástica e inadmissível interpretação do art. 54 da Lei 8.884/94, o acórdão recorrido violou frontalmente o art. 10, X, "c" e "g", e o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/64, que estabelece a competência privativa do BACEN para autorizar a fusão, incorporação ou encampação de instituições financeiras, bem como para regular as condições de concorrência entre elas;

c) o acórdão recorrido ignorou os termos do parecer normativo GM-20, da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, que reconheceu a competência do BACEN para apreciar negócios de aquisição de controle de instituições financeiras, em inaceitável afronta ao art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/93, que impõe à administração federal (na qual se inclui o CADE) a observância aos pareceres normativos da AGU aprovados pelo Presidente da República;

d) o Tribunal de origem negou vigência, ainda, ao art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que consagra o princípio básico de que a lei posterior não derroga lei especial anterior;

e) com afronta aos arts. 2º, parágrafo único, XIII, e 69, da Lei 9.784/99, e para agravar uma situação que por si só já era extremamente preocupante, a Corte Regional coonestou o ato do CADE que conferiu efeitos retroativos à sua própria decisão, para incluir

# Superior Tribunal de Justiça

sob o âmbito de competência do órgão antitruste, a despeito de legislação especial, operações realizadas há muitos anos, quando nem mesmo aquela autarquia se reputava competente para o julgamento de atos de concentração envolvendo instituições financeiras;

f) mudanças repentinas e fora da previsibilidade constitucional são daninhas para o Sistema Financeiro, como deixam claro os recentes e preocupantes episódios envolvendo os bancos nos Estados Unidos, amplamente noticiados pela imprensa; e

g) o v. aresto recorrido e o ato do CADE colocam em risco, em razão de uma injustificada disputa pelo poder de controlar os atos de concentração no Sistema Financeiro, inúmeras operações realizadas e situações jurídicas já consolidadas, todas decorrentes de negócios já submetidos e aprovados pela BACEN, há muitos anos.

Intimado, o CADE apresentou contra-razões (fls. 666/673), alegando que:

a) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelos bancos contra o Código de Defesa do Consumidor, o STF declarou que o art. 192 da Constituição reserva à Lei Complementar apenas a "*estrutura institucional do SFN*", em razão do que os bancos devem se submeter - como todos os cidadãos - às demais leis do país, como o CDC, CTN, CLT, CC, Cco - e, por que não, à Lei 8.884/94;

b) o Sistema Financeiro Nacional também é parte da Ordem Constitucional Econômica, que erige a *defesa da concorrência* como direito social fundamental (art. 170 da Constituição), e para garantir a consecução desse fundamento da ordem econômica, o art. 173, § 4º, da Constituição confiou a Lei Ordinária (e não Lei Complementar!) a disciplina da matéria sobre "*repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*";

c) as Leis 4.595/64 e 8.884/94 devem ser aplicadas harmoniosa e simultaneamente, em função da teologia de suas respectivas competências, não havendo antinomia entre elas. Mas, se houvesse, a Lei 8.884/94 deveria prevalecer sobre a Lei 4.595/64 porque, além de posterior, é mais especial no que tange à matéria "*repressão do abuso do poder econômico*". Além disso, seu art. 15 revela inegável desejo do legislador de submeter ao CADE "*todas as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal*";

# Superior Tribunal de Justiça

**d)** embora o BACEN e o CADE devam analisar a mesma fusão ou aquisição entre empresas, o fazem sob diferentes perspectivas: rigidez do sistema financeiro e defesa da concorrência, respectivamente;

**e)** em todos os outros mercados regulados (ANATEL, ANP, ANS, ANTT, ANTAQ, ANP, ANAC, etc), as fusões e aquisições são submetidas ao órgão regulador e, posteriormente, ao CADE. As agências reguladoras participam do processo decisório, instruindo os autos e emitindo parecer, sob a perspectiva regulatória, para que o CADE decida sob a perspectiva concorrencial;

**f)** o art. 131 da Constituição Federal só reservou à Lei Complementar a matéria atinente à "*organização e funcionamento*" da AGU, pelo que o art. 40, § 1º, da LC 73/93 - que atribuiu ao Presidente da República o poder de "*aprovar pareceres normativos com força vinculante para toda Administração*" - tem *status* de Lei Ordinária e, portanto, deve ser interpretado em harmonia com a Lei 8.884/94, que lhe é posterior; e

**g)** o art. 50 da Lei 8.884/94 é claro ao impedir que a Administração Direta controle os atos administrativos do CADE proferida em sua atividade-fim, em função do que não pode o Presidente da República, aprovando um parecer da AGU, anular ou limitar uma decisão do CADE proferida em sua atividade-fim, sob pena de tornar inócua sua indispensável independência para atuar como órgão antitruste.

Há recurso extraordinário interposto às fls. 626/661.

Admitidos os recursos na origem (fls. 682/685), pela importância do julgamento determinei a oitiva do Ministério Público Federal, que ofertou o parecer de fls. 695/700, da lavra do Subprocurador-Geral da República **Moacir Guimarães Morais Filho**, opinando pelo conhecimento e "improvemento" do especial, com base nas mesmas razões defendidas pelo CADE.

Pronto o processo para julgamento, pediu a União para ingressar no feito, invocando para tanto o disposto no artigo 5º da Lei nº 9459/97 e a retirada do recurso da pauta para sobre ele se manifestar, analisando a situação regulatória do setor, evitando-se assim insegurança jurídica.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Deferi o pedido, suspendendo o julgamento. Passados 07 (sete) meses sem manifestação, determinei fosse intimada a UNIÃO, oportunidade em que veio a Advocacia-Geral a pedir o julgamento do recurso.

É o relatório.





# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA ELIANA CALMON**  
**RECORRENTE** : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A - BCN E OUTRO  
**ADVOGADO** : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
**PROCURADOR** : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)

## VOTO

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA):** -  
Prequestionada a questão federal em torno dos dispositivos legais indicados pelos recorrentes, e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, examino o mérito do recurso especial, esclarecendo que as questões constitucionais postas pelo CADE nas contra-razões apresentadas ao recurso especial em exame, não prejudicam a análise infraconstitucional constante do recurso, diante do enfoque constante do acórdão impugnado, voltado para as leis disciplinadoras do BACEN e do CADE.

O cerne da controvérsia discutida nos autos reside em definir, à luz das disposições das Leis 4.595/64 e 8.884/94, de quem é a competência para decidir atos de concentração (aquisições, fusões, etc), envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, considerando, ainda, a existência do Parecer Normativo emitido pela Advocacia-Geral da União, com a eficácia vinculante a que se refere o art. 40, § 1º, da LC 73/93.

Como relatado, o magistrado de primeira instância entendeu que a competência, na espécie, era exclusiva do BACEN e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a partir do voto-vencedor proferido pelo Desembargador **Fagundes de Deus**, decidiu que ambas as autarquias seriam competentes, com base no princípio da complementaridade.

O conflito de atribuições entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em relação às operações que envolvem transferência de controle acionário das instituições financeiras, tem desafiado os estudiosos, diante da superposição de atribuições dos dois órgãos em disputa, estabelecida nas Leis 4.595/64 e 8.884/94, em aparente antinomia.

No enfrentamento do tema, o ponto de partida é a análise da manifestação oficial da administração, com o intuito de resolver o aparente conflito de normas, consubstanciado no Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente

da República, expedido em 25/04/2001, em resposta à consulta formulada pelo Ministro Chefe da Casa Civil.

Dizem os estudiosos que, lamentavelmente, deixou o parecer de abordar diversos aspectos relevantes e dessa forma acabou por não solucionar em definitivo a controvérsia.

Se examinada a questão sob o ângulo do direito comparado, verifica-se que há, entre as nações civilizadas, uma tendência de manterem-se as regulações em sintonia para deliberação única ao fim e ao cabo da análise, como bem demonstraram os autores da publicação intitulada "Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência", publicado pelo editor Sérgio Antonio Fabris, em 2003, obra organizada pelo Dr. Antonio Fonseca, ilustre Subprocurador-Geral da República.

Embora derramem-se os estudiosos em análises conjunturais, especialmente quando a economia do mundo se globaliza e ameaça o próprio Estado os grandes conglomerados econômicos, não podemos fugir de uma realidade, sobre a qual deve nortear-se o entendimento judicial: o ordenamento brasileiro só permite ao administrador decidir como previsto em lei, estando o princípio da legalidade presente em todo e qualquer ato governamental.

A partir dessa premissa inicio a apreciação da questão, dividindo em tópicos as razões que levarão à conclusão final sobre o acórdão impugnado, atenta aos dispositivos prequestionados.

### **I) O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União**

O Parecer em referência foi emitido pela AGU em 28/03/2001, no âmbito de Conflito Positivo de Competência entre o BACEN e o CADE. Aprovado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, em 05/04/2001, foi publicado no Diário Oficial do dia 25/04/2001, p. 13, com a seguinte conclusão:

**... à luz da legislação vigente, 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.**

97. Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos

# Superior Tribunal de Justiça

da Lei nº 4.595/64 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar.

A partir das disposições da Lei Complementar 73/93, o Parecer GM-20 da AGU deveria ser suficiente para solucionar a querela, sem necessidade de obter-se uma resposta do Poder Judiciário, considerando que tanto o CADE quanto o BACEN são entidades integrantes da Administração Pública Federal (autarquias) e, nessa condição, sujeitam-se aos pareceres emitidos pela AGU, dotados de caráter vinculante por força do art. 40, § 1º, do citado diploma legal. Confira-se:

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.**

No particular, a propósito, merece destaque a fundamentação adotada pelo MM. Juiz Federal **Francisco Alexandre Ribeiro**, ao deferir a liminar no mandado de segurança que originou o presente recurso especial (fl. 245):

2. Um exame perfunctório evidencia a flagrante colidência entre o citado parecer vinculativo da AGU e o ato impugnado, o que, obviamente, não poderia ocorrer por força do que dispõe o art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/93. Assim, **aprovado o ato de concentração BRADESCO/BCN pelo BACEN ainda em 1998; dirimido definitivamente no âmbito da Administração Federal o conflito de atribuições existente entre o CADE e o BACEN, no quanto concerne à aprovação dos atos de concentração das instituições financeiras (atribuída à autoridade monetária), em 2001; não faz o menor sentido, nem lógico nem jurídico, a exigência feita no bojo do acórdão administrativo ora impugnado.** Relevante, pois, o argumento de que a operação BRADESCO/BCN, além de já ter sido aprovada pelo BACEN, não é da alçada do CADE. (grifei)

O CADE, entretanto, justifica sua posição, para dizer que o art. 131 da Constituição Federal só reservou à lei complementar a matéria atinente à "*organização e funcionamento*" da AGU. Assim, com referência ao disposto no 40, § 1º, da LC 73/93 (dispositivo que trata dos pareceres vinculantes), inexistente previsão constitucional de lei complementar. A conclusão é de que, no particular, tem a Lei Complementar 73/93 *status* de lei ordinária.

Dentro do mesmo nível hierárquico, conclui, deve o artigo 40, § 1º ser interpretado em harmonia com a Lei 8.884/94. E sendo a lei do CADE posterior à lei do BACEN, deve prevalecer a lei mais recente, diploma esse que, em seu art. 50, impede a Administração Direta de controlar as suas decisões, quando proferidas em relação à sua atividade-fim.

# Superior Tribunal de Justiça

Diante disso, prossegue o CADE, não poderia o Presidente da República aprovar parecer da AGU capaz de anular ou limitar decisão proferida pelo CADE em sua atividade-fim, sob pena de tornar inócua a indispensável independência que necessita para atuar como órgão antitruste.

Entendo que, em nome do princípio da legalidade, essa tese não pode prevalecer.

A Constituição Federal, no art. 84, inciso II, e IV, alínea "a", confere ao Presidente da República, o poder-dever de exercer a direção superior da Administração Federal, podendo dispor, inclusive mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de seus órgãos e entidades.

O sistema financeiro é regulado por dispositivos que impõem algumas restrições à Lei 8.884/94, inexistindo previsão legal para a atuação decisória do CADE no específico e sensível setor.

Segundo opinião do Dr. Antonio Fonseca (obra já citada), adotando a mesma posição do Professor Jairo Saddi, expressa em artigo publicado na Revista de Direito Econômico nº 26, agosto/dezembro de 1997, *"O sistema financeiro é um setor muito específico, sendo que quaisquer distorções no setor somente podem ser identificadas por técnicos especialistas do Banco Central, inclusive no que diz respeito aos aspectos concorrenciais....."*

*Como é sabido, o Banco Central não é órgão colegiado. As decisões necessárias para a preservação da saúde do sistema podem ser tomadas em caráter de urgência, como o próprio setor demanda, evitando a chamada corrida bancária."*

Acolher a tese defendida pelo CADE nesse ponto, além de vulnerar o princípio da legalidade, importa em atribuir à autarquia recorrida poderes superiores aos do dirigente máximo da nação, conferidos diretamente pelo próprio constituinte originário.

Oportuno, quanto ao tema, o magistério de Hely Lopes Meirelles, citado pelos recorrentes:

O presidente da República, como agente político, chefe supremo e unipessoal do Poder Executivo federal, no ápice da pirâmide administrativa, dirige, supervisiona, coordena e controla todas as atividades executivas da União, podendo, por motivo de relevante interesse público, *avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal* (Dec.-lei 200/67, art. 170), ainda que originariamente previsto como da competência de outro órgão ou entidade descentralizada, salvo aquelas matérias que a Constituição previu como privativas de outro órgão.

(in Direito Administrativo Brasileiro, 31ª ed., São Paulo, 2005, p. 744)

# Superior Tribunal de Justiça

Também sobre o assunto vale conferir a opinião do hoje Ministro Eros Grau, do STF, no parecer ofertado às fls. 401/460:

O § 1º do artigo 40 da Lei Complementar n. 73 de 1.993, 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". Incumbe-lhe ainda unificar a jurisprudência administrativa e prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração federal. É regra de interpretação básica a de que ao intérprete não cabe distinguir onde a lei não distingue.

A Lei 8.884/94, nos arts. 3º e 5º, deixa clara a posição do CADE na Administração Pública Federal. Confira-se:

Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 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.

Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, **por provocação do Presidente da República**, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Tem o órgão, pelo visto, perfil eminentemente técnico, mantendo-se os seus dirigentes equidistante das decisões e nomeações eminentemente políticas, próprias dos Chefes de Poder. Nem por isso poderia o CADE, como agência reguladora, deixar de subordinar-se às regras da política econômico financeira ditadas pelo Presidente da República.

Por outro ângulo, examinando-se o artigo 50 da mesma lei, verifica-se que não pode ter o dispositivo o alcance imaginado pelo CADE; a menção do legislador no sentido de que *as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo*, deve ser interpretada no contexto em que está inserida, ou seja, com relação aos julgamentos proferidos nos processos administrativos que se desenvolvem dentro de um *iter* próprio, como disciplinado na Lei Antitruste, a partir do artigo 30.

É preciso, portanto, que se tenha presente a existência de decisões do CADE

de dois tipos: as decisões tomadas no âmbito do Poder Executivo, no exercício de sua competência, e as decisões adotadas pelo colegiado, a partir de um processo administrativo, que confere ao órgão antitruste o poder decisório. Estas últimas são imutáveis pela administração, porque submetidas ao pleno controle da legalidade.

O que não se pode aceitar é a afirmação de que as decisões do CADE, mesmo técnicas fiquem em posição superior à decisão do Chefe do Poder Executivo, subtraindo-se do Presidente da República a competência que lhe foi outorgada expressamente pela Constituição Federal para decidir acerca do funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública.

Sob esse ângulo, portanto, não se pode deixar de observar o Parecer GM-20 da AGU que, a propósito, permanece em vigor sete anos após a sua edição, quando várias operações envolvendo aquisições de instituições financeiras já foram apreciadas e decididas pelo Banco Central.

## **II) A prevalência da Lei do Sistema Financeiro em detrimento da Lei Antitruste**

Na linha do posicionamento externado pela Advocacia-Geral da União, no Parecer GM-20 antes mencionado, também compactuo do entendimento de que enquanto as normas da Lei 4.595/64 estiverem em vigor, a competência para apreciar atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional é do Banco Central.

Transcrevo, por oportuno, os dispositivos do referido diploma legal, apontados pelos recorrentes como contrariados pelo Tribunal de origem:

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

[..]

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:  
(Renumerado pela Lei nº 7.730, de 31/01/89)

[..]

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

[..]

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

.....

# Superior Tribunal de Justiça

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 (Vetado) nos termos desta lei.

Quanto a esse aspecto, o CADE alega que as normas da Lei 4.595/64, que tratam da concorrência, seriam materialmente ordinárias e, nessa condição, teriam sido revogadas pela Lei 8.884/94, amparando-se, inclusive, no precedente firmado no julgamento da ADI 2591, quando o STF decidiu que a lei complementar a que se refere o art. 192 da Constituição Federal diz respeito apenas à regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro.

Mesmo que se considere a Lei do Sistema Financeiro como materialmente ordinária, no tocante à regulamentação da concorrência, não vejo como afastar a sua prevalência em relação aos dispositivos da Lei Antitruste, pois, a meu ver, ela é lei especial em relação à Lei 8.884/94.

Dito de outra maneira, a Lei 4.595/64 destina-se a regular a concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, enquanto a Lei 8.884/94 trata da questão em relação aos demais *mercados relevantes*.

Incide, na hipótese, portanto, a norma do art. 2º, § 2º, da LICC, *in verbis*:

**A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a anterior.**

Nesse sentido, já decidiu a Segunda Turma, em processo de minha relatoria.

Confira-se:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA - LEI N. 5.741/71 - EMBARGOS: EFEITO (ART. 739, § 1º, DO CPC).

1. Na execução hipotecária, regida por lei especial (Lei n. 5.741/71), os embargos do devedor não suspendem a execução, como regra, admitindo-se a suspensividade nas duas hipóteses que menciona (art. 5º da lei, com a redação dada pela Lei n. 6.014, de 27/12/73).

2. O CPC, com a alteração do art. 739, § 1º pela Lei n. 8.953, de 13/12/94, deu efeito suspensivo a todos os embargos, mas não teve a alteração o alcance de também modificar a lei especial.

**3. Regra da Lei de Introdução ao Código Civil preconiza a prevalência da lei especial sobre a geral, quando divergentes (LICC art. 2º, § 2º).**

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 196297/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA

# Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 19/06/2001, DJ 04/02/2002 p. 321)

Por ocasião do referido julgamento, adverti, em tom de irreverência, que o entendimento da prevalência da lei geral sobre a especial só tem espaço se desprezadas as normas de hermenêutica e a LICC, adotando-se o caminho do direito alternativo.

Do voto proferido pelo saudoso Ministro Franciulli Neto, na oportunidade, merecem transcrição os seguintes excertos:

... a lei posterior, ainda que geral, não goza de poder suficiente para revogar lei anterior especial, e vice-versa, se não o fizer expressamente. Outra não é a lição colacionada por Carlos Maximiliano, pois, **sempre que o jurista se deparar com um conflito aparente de normas e a conseqüente antinomia entre elas, deve interpretar o texto de tal forma que a resolução da lide mantenha íntegro o ordenamento jurídico, verbis:**

*"Se existe antinomia entre 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 assunto de que se trata (...)" (p. 135).*

(...)

Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos (...). Supõe-se que o legislador, e também o escritor do Direito, com o necessário método, cautela, segurança; de sorte que haja unidade de pensamento, coerência de idéias; todas as expressões se combinem e se 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.

Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente( subtili animo), descobrimos o nexu culto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas (p. 134).

(...)

*É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma (p. 356)* ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 18ª edição, Editora Forense, 2000).

Ao comentar o dispositivo legal em questão, o emérito jurista Agostinho Alvim ensina que **uma lei nova especial não revoga lei geral e nem esta revoga norma dotada de especialidade, salvo se expressamente assim dispor ou que tal circunstância resulte do novo mandamento** (cf. "Comentários ao Código Civil", Ed. Jurídica e Universitária Ltda., p. 23, 1968, Rio de Janeiro - São Paulo).

Elucida o tema, ainda, com admirável excelência, ao exemplificar que *"a mora em nosso direito civil é ex ré; independe de interpelação. Mas, posteriormente ao Código Civil, tivemos o Decreto-lei n. 58 de 10 de dezembro de 1937 que, no art. 14, consagrou um caso de mora ex persona, a qual não se verifica senão depois de notificado o devedor. Ora, tal dispositivo não revogou, antes deixou intacto o art. 955 do Código Civil, que contém regra geral sobre a mora, na qual incorre o devedor, independentemente de interpelação. Do mesmo modo, a lei geral, não revoga a especial. Suponhamos que uma lei determine que todas as locações de imóveis se farão por escritura pública, ou particular. Esta lex generalis não revogaria a lex specialis, que determina a formalidade da hasta pública para arrendamento dos bens de raiz do menor sob tutela (Código Civil art. 427, inciso V)"* (op. cit. p. 23).



# Superior Tribunal de Justiça

A respeito do caráter *especial* da Lei 4.595/64 e do caráter *geral* da Lei 8.884/94, vale conferir, ainda, o parecer emitido pelo Professor **José Afonso da Silva** (f. 466 e seguintes):

... a Lei 4.595/64 é lei especial, porque incide sobre setor especial das relações econômicas. Portanto, suas disposições que disciplinam o controle dos atos de concentração bancária também são de lei especial em relação à lei que disciplina o controle dos atos de concentração das empresas em geral.

[..]

12. Esse caráter especial da legislação bancária, incluindo o controle de atos de concentração de instituições financeiras, é parte da própria evolução do sistema de controle dos atos de concentração de empresas e proteção da livre concorrência. [...] A Lei 4.595/64 deu a competência ao Banco Central do Brasil, no que tange aos atos de concentração bancária, enquanto, primeiro a Lei 4.137/62, depois a Lei 8.884/94, conferiu ao CADE a competência para as demais áreas econômicas.

[..]

A competência conferida ao Banco Central do Brasil nos dispositivos citados exclui a competência de qualquer outra entidade ou órgão. De fato, não existe conflito entre as competências atribuídas pela Lei 4.595/64 ao BACEN e aquelas atribuídas pela Lei 8.884/94 ao CADE, porque, em verdade, são distintas, mas, por isso mesmo, não são complementares, pois cada qual incide numa realidade distinta, já que prevenir e reprimir abuso do poder econômico no que tange às instituições financeiras cabem apenas e tão-somente ao BACEN (Lei 4.595/64, art. 10, X, *c e g*, e art. 18, § 2º), enquanto prevenir e reprimir abuso de poder econômico cabem apenas e tão-somente ao CADE nos demais casos (Lei 8.884/94, art. 54).

[..]

29. É equivocado pensar que seja necessário abrir exceção no próprio texto do art. 54 da Lei 8.884/94, para que os atos de concentração de algum setor da economia esteja fora da competência do CADE. Ora, se uma lei especial dispôs especialmente para o controle de atos de concentração das instituições financeiras, isso significa excluir, da competência do CADE, o setor especialmente contemplado. Uma lei especial tem exatamente esta função: retirar do geral situações particulares, submetendo-as a tratamento diversificado.

Especificamente, em relação ao conflito de competência envolvendo o Banco Central e outra entidade da própria administração federal, a Primeira Turma desta Corte teve a oportunidade de se manifestar, prestigiando o Banco Central, como revela a ementa que resumiu o julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. **CONTROLE DE PREÇO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS**. OBEDIÊNCIA À TABELA IMPOSTA PELO BANCO CENTRAL. PRETENSÃO DA SUNAB À IMPOSIÇÃO DE MULTA. DESCABIMENTO.

1. Oferecidos e julgados embargos de declaração, o referido meio de impugnação tem o condão de interromper o prazo para o oferecimento de recurso por ambas as partes. Inexistindo os vícios alegados, rejeita-se o recurso pela violação da lacuna jurisdicional, calcada no malferimento dos artigos 165, 458 e 535 do CPC.

2. Excluindo o aresto embargado a competência administrativa da SUNAB para fiscalizar serviços bancários sob o crivo da atividade fiscalizatória do BACEN, a *fortiori*, rejeitou a aplicação da lei que dispunha sobre a atribuição daquela entidade fiscalizadora

# Superior Tribunal de Justiça

extinta, incorrendo omissão em aferir-se sob a égide de vetusto ordenamento, a sobrevivência de suas atribuições.

**3. A fixação da Tabela de Preços pelos Serviços Bancários prevista concomitantemente em ato administrativo da SUNAB e do BACEN, faz prevalecer o poder hierárquico deste último, porquanto, raciocínio inverso importaria duplicidade de sanção pelo mesmo fato.**

4. Deveras, quanto aos atos administrativos normativos também se aplica a máxima *lex specilis derogat lex generalis*.

5. A constatação pelo BACEN do cumprimento de suas exigências administrativas e a eventual falha apurável pela SUNAB são matérias fáticas insindicáveis pelo STJ à luz da Sumula 07.

**6. A Lei n.º 4.595/64, no seu art. 10, inc. VIII, dispõe que compete ao BACEN a fiscalização dos bancos e a aplicação de penalidades correspectivas, sendo certo que a Resolução 2303 do BACEN regula a hipótese com fulcro na qual a SUNAB, invadindo a seara administrativa alheia, impôs sanção ao recorrente.**

7. Precedentes da Primeira Turma: RESP 81558/MG, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 06.05.1996; RESP 47986/RJ, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 26.02.1996.

8. Forçoso, ainda, registrar, que o poder sancionatório do Estado pressupõe obediência ao princípio da legalidade do qual se deduz a “competência da autoridade sancionadora”, cuja carência de aptidão inquina de nulidade o ato administrativo.

9. Recurso especial improvido.

(REsp 645024/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 29/11/2004 p. 259)

Entretanto a hipótese dos autos envolve conflito de atribuições entre o BACEN e o CADE em outra perspectiva, inteiramente nova e sem precedentes nesta Corte, exigindo-se a exata interpretação das leis disciplinadoras da estrutura e funcionamento das autarquias, as Leis 4.595/94 e 8.884/94.

O encaminhamento a ser dado neste julgamento, é bastante significativo. Afinal alardeiam os doutrinadores que a convergência de entendimento só será possível quando o Judiciário se posicionar. Aliás, ao termino da publicação já citada, diz o Dr. Antonio Fonseca "*....será imprescindível a colaboração das decisões judiciais para que a questão seja resolvida e o administrador possa gozar da segurança jurídica tanto almejada.*"

Além dos que se colocam, ora em favor da supremacia do CADE, ora em torno da supremacia do BACEN, surge uma terceira posição: os que entendem necessária a intervenção de ambas as empresas reguladoras, pelo princípio da complementaridade, como adotado na decisão do TRF da Primeira Região.

Esta última posição tenta aplicar no Brasil a sistemática do direito norte americano, o qual adota o modelo de "*competências concorrentes*", em que as autoridades de defesa da concorrência e as regulatórias teriam poderes sobrepostos para a apreciação das questões concorrenciais.

Pela ótica dos doutrinadores que incursionam no direito comparado, a

# *Superior Tribunal de Justiça*

autoridade reguladora, ao analisar na etapa primeira a operação submetida ao seu conhecimento, levará em consideração não apenas as normas técnicas ou prudenciais, mas também os aspectos concorrenciais da operação, solicitando ao órgão técnico adequado a avaliação sob o prisma concorrencial.

Assinalam os articulistas que, na prática, a exemplo da experiência norte americana, o que ocorre é uma ampla discussão e um diálogo aberto sobre cada operação, entre os diversos agentes reguladores e concorrenciais. Se houver divergência caberá ao Judiciário a solução.

Segundo minha ótica, a sistemática, cujo exemplo maior está na legislação americana, além de não encontrar no Brasil respaldo legal, desenvolve-se dentro de uma realidade fática inteiramente diversa.

Os Estados Unidos apresentam um sistema financeiro peculiar, admitindo a existência de bancos exclusivamente estaduais, com baixa concentração de instituições financeiras, quando comparada a outros países.

O Brasil, diferentemente, tem uma alta concentração dos seus recursos intermediados por instituições financeiras, notando-se uma tendência de maior concentração ainda, dos agentes do sistema financeiro, como forma de suportar os riscos das atividades financeiras globalizadas. Dos anos noventa até agora, tem o sistema financeiro sofrido fortes modificações estrutural e institucionais, para adaptar-se aos novos padrões internacionais e também agüentar a estabilidade de preços obtida com o Plano Real.

Dada a importância do setor que, segundo dados estatísticos, concentra nas instituições financeiras 80% do PIB, assumiu o Banco Central do Brasil a missão de regular o Sistema Financeiro Nacional, especialmente no que tange à chamada regulação prudencial.

A realização de uma transação no setor bancário depende da análise de um leque de variantes do mercado a ser afetado pela operação, ao tempo em que a estabilidade e saúde de uma instituição financeira também depende de um amplo conjunto de indicadores (crédito/patrimônio líquido, qualidade dos ativos, rentabilidade, eficiência, dentre outros), sendo altamente técnicas as operações de concentração, desconcentração e fusão de entidades financeiras, ditadas com o propósito de evitar a quebra de instituições frágeis, é crucial a intervenção da autoridade monetária, como tem-se visto no Brasil nos últimos vinte anos.

A luta que travada pelo nosso País com o propósito de proteger o Sistema Financeiro Nacional ainda não terminou, como tem-se visto nos últimos dois meses, quando o

cenário vivido pela economia mundial, em decorrência da crise americana e que se estende por todo o mundo, está a exigir redobrados cuidados, rápidas e urgentes soluções.

Dentro desse contexto fático e legislativo, sobressai a tese majoritária dos adeptos do sistema americano do controle do setor por duas agências reguladoras (a tese da complementaridade).

Entendo que no atual cenário, sedimentado no modelo desenhado pela Lei 4.595/64, a tese soa como um grande sofisma. E isto porque, além de afastar-se da lei, poderia conduzir a uma grande perplexidade: havendo discordância entre as autarquias partícipes do processo de aprovação do ato de concentração, desconcentração e fusão, envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro, a quem caberia a palavra final quando houvesse divergência de entendimento? Ao CADE, ao BACEN, ou ao Judiciário, como nos Estados Unidos?

Sem pessimismo ou prognóstico sobre a atuação do Poder Judiciário no presente ou no futuro, lembro apenas que, diferentemente da agilidade do pronunciamento judicial nos países que adotam o modelo da "*common law*", como os Estados Unidos, nos países que, como o Brasil, adotam o sistema da "*civil law*" não se poderá esperar rapidez e efetividade compatível com a velocidade do mercado de capitais.

A rapidez das soluções no campo do sistema financeiro é fator indiscutível nesse mundo digital e cibernético; e a solução buscada em um órgão colegiado ou na autoridade do Estado Juiz, por certo não poderá ser outorgada.

Como é notório, a rigor o CADE não tem nenhuma responsabilidade sobre a condução da política econômica, nem sobre os reflexos de suas decisões no mercado financeiro, contrariamente ao que ocorre com o BACEN, a quem compete a vigilância constante sobre o tema, especialmente em cenários de crise.

Na linha da fundamentação externada pelo ilustre Consultor da União no Parecer GM-20/AGU, a tese defendida pelo CADE acaba por reduzir a competência do Banco Central, no que tange aos atos de concentração e à apuração de conduta infrativa da ordem econômica, à instrução de processos e emissão de parecer legal, impondo-lhe, por outro lado, todo o ônus de manter a estabilidade do mercado financeiro, o que, além de não ser razoável, é manifestamente temerário.

Nesse particular, é a opinião da doutrina mencionada no recurso especial, que, pela pertinência, adoto como razões de decidir (fls. 620 e seguintes):

# Superior Tribunal de Justiça

Assim sendo, quando o Banco Central do Brasil autoriza uma operação bancária, está testando a sua legitimidade e permitindo que se realize na forma proposta pelo estabelecimento de crédito, por considerada viável e oportuna, segundo as normas e praxes do mercado financeiro. Por isso mesmo, a autorização do Banco Central do Brasil reveste-se de um caráter de um ato-condição para a efetivação do negócio proposto, e que só poderá realizar-se nos moldes aprovados pela autoridade controladora competente. E, uma vez aprovado o negócio, não pode ser restringido ou dilatado ao talante das partes interessadas, ou de acionistas de qualquer dos estabelecimentos envolvidos na operação, ou até do próprio Poder Judiciário, que só pode anulá-lo quando viciado. Há que ser cumprido o que foi proposto e autorizado, sem desvios na sua execução.

(Incorporação de banco, *in* Revista de Direito Público, vol. III, RT, São Paulo, 1934, pp. 309)

Conclui-se, assim, que em virtude da disposição do art. 192 da Constituição e do art. 18, § 2º, da Lei 4.595, os problemas de concorrência entre instituições financeiras devem ser apreciados, exclusivamente, pelo Banco Central, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional, não sendo nem podendo ser da competência: a) do CADE; b) da nova Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (a ser criada).

(ARNOLDO WALD, O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor nas operações financeiras, *in* Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 3, nº 10, outubro-dezembro de 2000, RT, p. 22)

Não revogado o art. 10 da Lei 4.595/64, compete privativamente ao BACEN autorizar a fusão, incorporação e encampação de instituições financeiras (art. 10, inc. X, c, da Lei 4.595/64). Autorizada a operação de concentração pelo BACEN, poderia o CADE desaprová-la nos termos do art. 54, §§ 8º, 9º e 10º? A resposta é negativa, pois a Lei n. 8.884/94 não altera a competência do BACEN; mas, se a regulamentação da concorrência prevista na Lei n. 8.884/94 tem suporte fático em mercados sem barreiras à entrada, enquanto **os arts. 10 e 18 da Lei n. 4.595/64 se aplicam exclusivamente ao mercado financeiro, os escopos regulatórios são diferentes e, portanto, prevalece a regra especial sobre a geral, impedindo qualquer superposição de competência, inclusive sujeitando o organismo genérico CADE às reparações indenizatórias de lesões que venham a causar em conflito de competência com o regulador especial, BACEN.**

(RACHEL SZTAJN e MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, Regulamentação e Concorrência no Sistema Financeiro, *in* Revista de Direito Mercantil, vol. 123, julho-setembro de 2001, coord. Waldirio Bulgarelli, Malheiros, p. 57)

Em suma, seja em razão do Parecer Vinculante emitido pela Advocacia-Geral da União, seja pelo princípio insculpido no art. 2º, § 2º, da LICC, entendo que devem ser aplicadas as normas da Lei 4.595/64, que conferem ao Banco Central a competência exclusiva para apreciar atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Por fim, cabe o registro de que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 344/2002, o qual pretende alterar a Lei 4.595/64, para instituir o regime defendido pelo CADE. O fato, segundo minha ótica, é a prova maior de que, em juízo de

# *Superior Tribunal de Justiça*

estrita legalidade não se pode desprezar o direito posto, até que ocorra a aprovação de um novo sistema.

Com essas considerações, **dou provimento ao recurso especial**, para conceder a segurança, como consta da sentença de primeiro grau.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0173677-1

**REsp 1094218 / DF**

Números Origem: 200201000430333 200234000334750

PAUTA: 23/09/2009

JULGADO: 23/09/2009

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: Administrativo - Atuação do Estado no Domínio Econômico - Abuso do Poder Econômico - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

Sustentaram, oralmente, os Drs. **SERGIO BERMUDES**, pelo recorrente, **GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO**, pelo recorrido e, **FERNANDO LUIZ ALBUQUERQUE FARIA**, pela União.

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora dando provimento ao recurso especial, para conceder a segurança, pediu vista o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 23 de setembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária





**RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA ELIANA CALMON**  
**RECORRENTE** : **BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO**  
**ADVOGADO** : **EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**  
**PROCURADOR** : **DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)**  
**INTERES.** : **UNIÃO**

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE CONCENTRAÇÃO ENTRE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES DO CADE E DO BACEN. PARECER NORMATIVO DA AGU. NÃO-PREVALÊNCIA. ATIVIDADE-FIM. DIÁLOGO DAS FONTES. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. RISCO SISTÊMICO E PRUDENCIAL. ATRIBUIÇÃO DO BACEN. CONTROLE CONCORRENCIAL. CADE. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia reside em saber se o CADE possui legitimidade para apreciar os atos de concentração entre instituições financeiras ou se a aludida tarefa deve ser exercida exclusivamente pelo BACEN.

2. Não há vício de omissão no aresto recorrido, porquanto está fundamentado de modo suficiente à solução da lide, evidenciando a compreensão dos julgadores quanto à competência do CADE para apreciar o ato de concentração realizado em 1997 entre o Bradesco e o BCN, a despeito dos argumentos tecidos na ação mandamental.

3. Não pode o parecer normativo da AGU vincular o CADE, impondo-lhe limites ao poder de apreciar atos de concentração potencialmente nocivos à livre concorrência, pois o poder de uniformizar a interpretação da legislação acha-se submetido aos limites legais atinentes à autonomia decisória dos entes descentralizados. Não se admite que a orientação firmada pela AGU implique a modulação das atribuições legalmente conferidas à pessoa administrativa, sob pena de se desnaturar a funcionalidade e a finalidade para a qual foi criada.

4. O poder de uniformizar a interpretação normativa para a Administração Federal como um todo, a teor do disposto no art. 4º, X, c/c art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/93, compreende as matérias que possam ser objeto de uma orientação geral, ou seja, aquelas concernentes às atividades-meio dos entes descentralizados e não aquelas referentes às atribuições específicas de determinado ente administrativo – atividades-fim.

5. De acordo com a técnica do diálogo das fontes, deve haver uma coordenação flexível e útil entre os preceitos normativos, com a finalidade de restabelecer a coerência do sistema. Assim, ao invés de se ter apenas o monólogo legal sobre determinada situação concreta, admite-se o diálogo entre as normas aparentemente conflitantes, por meio da fixação dos campos de aplicação dos preceitos normativos cotejados, buscando-se extrair a finalidade "comunicada" em ambos.

6. A competência privativa do BACEN estabelecida na Lei 4.595/64 está relacionada com a estrutura do sistema financeiro nacional. A exploração da atividade econômica, pautada pelos princípios consignados no art. 170 da Carta Maior, entre eles o da livre concorrência, não é tutelada exclusivamente pela Lei 4.595/64, sofrendo influxos da Lei 8.884/94, que confere ao CADE competência para preservar a incolumidade do ambiente de concorrência e apreciar os atos de concentração potencialmente nocivos ao

mercado. Convivem, pois, baseada no princípio da complementaridade, a regulamentação sistêmica e a prudencial – a cargo do Banco Central, que objetiva resguardar a solidez e estabilidade do sistema e proteger depositantes e investidores – com a regulação geral antitruste – lastreada nos imperativos da livre concorrência e do controle do abuso do poder econômico, incumbências confiadas ao CADE.

7. A decisão do CADE que determinou a apresentação do ato de concentração entre o Bradesco e o BCN não violou o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99. Não houve, no caso, aplicação de nova interpretação a uma situação pretérita consolidada, pois o CADE não se manifestara anteriormente sobre o caso. Nos termos do art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, a eficácia dos atos de concentração potencialmente nocivos à concorrência está condicionada à aprovação do CADE, situação na qual os efeitos da decisão da autoridade antitruste retroagirão à data da realização da aquisição societária.

8. Recurso especial não provido.

### **VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA:** Sintetizo a controvérsia: em 1997, o Bradesco adquiriu o controle acionário do BCN, sendo a operação submetida ao BACEN. Em abril de 2001, o BCN firmou contrato de compra e venda de ações com a empresa norte-americana *Alliance Capital Management Corporation of Delaware* para que o BCN passasse a exercer o controle absoluto da sociedade *BCN Alliance*, integrante do grupo BCN.

Esse negócio foi submetido ao CADE, não o fazendo em relação ao BACEN, por entenderem os impetrantes que não se tratava de operação financeira. A operação foi aprovada pela autoridade antitruste em 29.05.2002 (DOU de 13.06.2002). Todavia, ao apreciar o aludido ato de concentração, o CADE verificou que a aquisição do controle do BCN pelo Bradesco não havia sido anteriormente comunicada à autarquia, determinando-se sua apresentação. Contra a aludida decisão, os agentes econômicos impetraram o presente *writ*, defendendo a competência privativa do BACEN para examinar concentrações entre instituições financeiras.

A segurança foi deferida pela r. sentença, com esteio nos arts. 1º, 10 e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, e, além disso, reportou-se ao art. 3º da Lei n. 9.650/98 e ao Parecer GM-20 da AGU, proferido sob a invocação do disposto no art. 40 da LC 73/93.

No exame da apelação e da remessa oficial, a eg. 5ª Turma do TRF da 1ª Região, por maioria, deu-lhes provimento em acórdão, da lavra do ilustre Desembargador Federal Sebastião Fagundes de Deus. Veja-se a ementa desse *decisum*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE.

1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema

# Superior Tribunal de Justiça

Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o *status* de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.

2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.

3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presentes a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.

4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos - no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos -, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas. (fl 566-567).

Os recorrentes também interpuseram recurso extraordinário para o colendo Supremo Tribunal Federal, sustentando ofensa aos arts. 192, 173, § 4º, e 5º, XXXVI, da Constituição Federal

Nas razões deduzidas pelos recorrentes no recurso especial, alegam que foram vulnerados:

a) o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99 e o art. 535, II, do CPC, tendo em vista que o posicionamento do CADE representa quebra da garantia constitucional da segurança jurídica, ao condicionar a validade do ato jurídico perfeito à incidência tardia do art. 54, § 7º, da Lei n. 8.884/94. Os recorrentes argumentam que reiteraram a importância de observar-se o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99, que se aplica ao CADE por força do seu art. 69, sem que fosse obtido um pronunciamento específico. Mesmo alegando que o acórdão proferido nos embargos declaratórios teria incidido em erro material ao confundir o art. 69 da Lei n. 9.784/99 com o art. 69 da Lei n. 8.884/94, sustentam ter havido o prequestionamento implícito da norma legal. Aduzem ter havido omissão com infringência ao art. 535, II, do CPC;

b) o art. 54 da Lei nº 8.884/94, art. 10, X, c e g e 18, § 2º, da Lei n. 4.595/64, em razão de que não caberia ao CADE avocar para si, sem autorização legal, competência já outorgada ao BACEN, pois há regra legal conferindo exclusivamente a essa autarquia a atribuição para apreciar negócios jurídicos de aquisição do controle acionário de instituições financeiras, ante a necessidade

# Superior Tribunal de Justiça

de serem garantidas a segurança e a certeza jurídica.

c) o disposto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil como critério de hermenêutica para solução de antinomias aparentes. Nesse ponto, argumenta-se que a Lei de Reforma Bancária é especial em relação à lei antitruste, eis que os arts. 10, X, *c e g*, e 18, § 2º, da primeira estabelecem de modo inequívoco a competência do BACEN para: a) regular as condições de concorrência entre instituições financeiras; e b) coibir eventuais abusos praticados mediante a aplicação das sanções previstas na lei, julgando as condutas que reputar nocivas ao mercado.

Argumenta-se, ainda, que o ato do CADE é nulo, ao pretender efeitos retroativos, vedado pelo art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99, para alcançar operações e negócios realizados há décadas, quando nem mesmo esse órgão entendia ser competente para exame dos contratos discutidos no processo.

Na sessão do dia 23 de setembro, a eminente Relatora, em judicioso voto, deu provimento ao recurso especial, sumariando os seus fundamentos na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.8884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.

2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.

3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.

4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.

5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).

6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.

7. Recurso especial provido.

A controvérsia foi bem sintetizada pelos recorrentes nas razões do recurso especial: "possui o CADE competência para examinar os negócios jurídicos de aquisição de controle de instituições que pertencem ao sistema financeiro nacional?" Em outras palavras, esses negócios jurídicos devem ser examinados exclusivamente pelo BACEN?

Assim resumidos os fatos, passo a expor minha compreensão sobre a controvérsia.

Inicialmente, aprecio a alegação de omissão no julgado.

Os recorrentes apontam violação do art. 535, II, do CPC apenas no caso de o Superior Tribunal de Justiça entender que não houve prequestionamento quanto ao art. 2º, XIII, parágrafo único, da Lei 9.784/94, o qual veda a aplicação retroativa de nova interpretação pela Administração Pública.

No entanto, os próprios recorrentes argumentam que a matéria foi apreciada pelo

Tribunal *a quo*, ainda que por um ângulo equivocado (fl. 609).

Com efeito, não há vício de omissão no aresto recorrido, haja vista que está fundamentado de modo suficiente à solução da lide, evidenciando o entendimento dos julgadores quanto à competência do CADE para apreciar o ato de concentração realizado em 1997 entre o Bradesco e o BCN, a despeito dos argumentos tecidos na ação mandamental.

Na ocasião, ficou bem exposta a distinção entre as competências do CADE e do BACEN nas operações celebradas entre as instituições financeiras. Cabe ao primeiro apreciar os efeitos concorrenciais do negócio e ao último preocupar-se com os riscos sistêmicos e prudenciais da aquisição societária.

Dessarte, não merece acolhida a alegativa de violação do art. 535 do CPC. Passo a examinar a questão de fundo.

### **I - O Parecer GM-20 da Advocacia-Geral da União e a competência do CADE**

Nesse ponto, cumpre saber se os pareceres elaborados pelo Advogado-Geral da União e aprovados pelo Presidente da República vinculam a atuação do CADE, ao emitir juízo de valor acerca dos atos de concentração que possam, de qualquer forma, limitar, prejudicar ou falsear a livre concorrência.

O § 1º do art. 40 da Lei Complementar 73/93, que versa sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral da União, estabelece a força vinculativa perante a Administração Pública Federal dos pareceres do Advogado-Geral da União aprovados por despacho presidencial.

Do mesmo modo, o art. 4º, X, da aludida lei, atribui ao Advogado-Geral da União a prerrogativa de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

Faz-se necessário analisar a extensão e a abrangência dos mencionados dispositivos legais para saber se a orientação proposta pela AGU vincula, em todos os aspectos, as entidades que possuem autonomia frente à Administração Direta.

É sabido que, no modelo inaugurado pelo Decreto-lei 200/64, as autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei, com atribuições também fixadas legalmente e que não guardam relação hierárquica com o poder centralizado. Como bem acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de 'autonomia' financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas. (*Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 154).

Na órbita federal, os entes autárquicos submetem-se ao controle denominado de

# Superior Tribunal de Justiça

supervisão ministerial. Esse controle tem por finalidade assegurar o cumprimento dos objetivos consignados na lei de criação da respectiva entidade e zelar pela autonomia administrativa, patrimonial e financeira da pessoa administrativa. Deve-se destacar que a tutela exercida pela Administração Direta sobre os entes descentralizados está rigorosamente adstrita às hipóteses e termos previstos na lei. Mais uma vez, invoco a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não é demais recordar que a doutrina, acertadamente, encarece que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece. Com efeito, se o Legislativo entendeu de fraturar a unidade da Administração indireta, o Executivo não poderia, por si mesmo, recompor tal unidade. A ingerência que cabe à Administração Central exercer sobre elas e a própria integração de suas atividades no planejamento geral administrativo há de realizar-se segundo os meios que a lei haja previsto, ao estabelecer o controle da entidade autárquica. Tal controle configura a chamada tutela ordinária. Cumpre observar, entretanto, que a doutrina admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrua, o que denominam de tutela extraordinária. (*Ob. Cit.* P. 157).

No caso, a Lei 8.884/94 atribuiu natureza autárquica ao CADE, conferindo-lhe competência para atuar na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, julgando administrativamente as condutas anticoncorrenciais e controlando os atos de concentração que possam trazer prejuízos à livre concorrência. Para executar fielmente esses misteres, concedeu-lhe prerrogativas próprias, dotando-o de maior independência e imparcialidade frente ao poder centralizado.

Entre essas prerrogativas, destacam-se: a necessidade de aprovação do Senado Federal para a escolha dos dirigentes da autarquia, após indicação do Presidente da República; a fixação de mandato para os Conselheiros e Procurador-Geral do CADE; e o não cabimento de recurso hierárquico impróprio contra as decisões da autarquia.

Saliento, ainda, o art. 3º da Lei da Concorrência, o qual classifica o CADE como um órgão judicante com jurisdição em todo território nacional. É evidente que a expressão "órgão judicante" não possui o mesmo significado de órgão do Poder Judiciário. Deflui-se da aludida cominação legal que o CADE possui jurisdição administrativa e, como tal, deve atuar com imparcialidade e equidistância perante os administrados, proferindo decisões acerca dos casos concretos de sua competência.

A natureza judicante do CADE já fora reconhecida por este Superior Tribunal, no julgamento do REsp 590.960/DF, cujo voto proferido pelo Sr. Ministro Luiz Fux contém adequada passagem da obra de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a seguir transcrita:

A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um 'órgão judicante'. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a

# Superior Tribunal de Justiça

essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.

Portanto, na qualidade de órgão judicante, o CADE atua com independência, imparcialidade e atribuições calcadas na lei.

Nesse contexto, o poder de uniformizar a interpretação normativa conferida à AGU, com a anuência do Presidente da República, acha-se submetido aos limites legais atinentes à autonomia decisória dos entes descentralizados. Não se pode admitir que a orientação firmada pela AGU implique a modulação das atribuições legalmente conferidas à pessoa administrativa, sob pena de se desnaturar a funcionalidade e a finalidade para a qual foi criada.

Convém frisar que a existência de preceito legal genérico, vinculando a Administração Federal aos pareceres normativos da AGU, não satisfaz a necessidade de ser especificada essa prerrogativa, quando a orientação apresentada puder alterar o poder decisório dos entes independentes. Dessa feita, apenas seria possível vincular a competência do CADE ao parecer normativo da AGU, caso existisse expressa cominação legal particularizando a hipótese para o caso da autoridade antitruste. Como as atribuições do ente administrativo foram especificadas por lei, apenas o legislador, de maneira expressa, poderia estabelecer as exceções à atuação do CADE.

Levantou-se na sustentação oral realizada em defesa do recorrente que a força vinculante do parecer normativo da AGU não viola a autonomia do CADE, pois não é capaz de modificar a decisão de mérito da autarquia tomada em casos específicos, reservando-se essa função ao Poder Judiciário.

Segundo explanado, o controle de atribuições realizado pelo Poder Executivo atua num momento anterior, relacionando-se com a tutela institucional da entidade administrativa, não consubstanciando uma indicação ou indução de posicionamento do CADE sobre um caso concreto.

Há na doutrina, inclusive, o posicionamento de Leonardo de Brito S. Neves, que sugere aplicar, por analogia, a fórmula utilizada pelo Judiciário para resolver os conflitos de competência, em que o incidente é arbitrado sem o ingresso no mérito da causa principal. No aludido trabalho, menciona-se a hipótese do conflito entre juiz de vara comum e juiz de juizado especial vinculado a tribunal distinto, o qual é solucionado pelo STJ, mesmo não sendo cabível recurso especial contra o *decisum* proferido no âmbito do juizado especial (*Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 311-314).

Não há como acolher as sobreditas ponderações. A situação ora analisada não se confunde com o conflito de competência surgido no bojo de uma demanda judicial. Nessa esfera, o conflito é meramente de competência e não de jurisdição. Jurisdição é sinônimo de poder conferido pela Carta Maior, sendo inerente a todos os órgãos do Poder Judiciário, que devem atuar segundo critérios previamente fixados. A competência é a medida da jurisdição e estabelece quando cada órgão deve exercer a atribuição jurisdicional, sendo esta a mesma para todos. A jurisdição distingue-se da competência por uma relação de ordem quantitativa e não qualitativa. A definição da competência apenas é necessária por existir uma pluralidade de órgãos dotados de jurisdição.

Na elucidativa lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Pode-se, até mesmo, afirmar que a jurisdição e a competência são

# Superior Tribunal de Justiça

quantitativamente distintas, exatamente porque, enquanto a jurisdição é atribuída aos órgãos jurisdicionais conjuntamente, a competência é apenas uma distribuição desse poder entre os diversos órgãos e tribunais. Daí se entender que a competência é a extensão funcional do poder jurisdicional, existindo entre jurisdição e competência uma relação quantitativa, e não qualitativa, de gênero a espécie. Não haveria qualquer diferença entre jurisdição e competência, se existisse um só único órgão jurisdicional, mas, na medida em que se faz necessário que haja mais de um órgão jurisdicional, há, então, de serem estabelecidas regras de competência. Embora todos os órgãos jurisdicionais sejam dotados de jurisdição, esta é distribuída para cada um deles, de acordo com critérios previamente estabelecidos. (*Jurisdição e Competência*. São Paulo: RT, p. 97).

No caso, não se discute propriamente a competência do CADE, no sentido técnico atribuído pela processualística civil. A *quaestio juris* refere-se aos poderes outorgados por lei ao CADE. Fazendo-se um paralelo entre o conflito de competência jurisdicional e a discussão travada nesta lide, poderíamos apontar que a presente controvérsia gira em torno da própria "jurisdição" exercida pelo CADE, que é qualitativamente distinta daquela desempenhada pelo BACEN, uma vez que são entidades da administração indireta dotadas de poderes diversos, consoante as respectivas leis de regência. Por isso, impossível adotar o raciocínio proposto por Leonardo de Brito S. Neves.

Dessarte, não pode o parecer normativo da AGU vincular o CADE, impondo-lhe limites ao poder de apreciar atos de concentração potencialmente nocivos à livre concorrência, porquanto essa prerrogativa fora outorgada por lei e apenas por igual instrumento poderá ser restringida ou excepcionada.

Reporto-me ao seguinte excerto do voto proferido pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, o qual aprecia a questão de forma adequada:

A peculiaridade do CADE é que ele é o que se denomina na doutrina 'um quase tribunal' e um órgão que tenha por fim institucional emitir julgamentos não pode ter o conteúdo de suas decisões supervisionados pela Administração. O controle exercido pelo Poder Executivo sobre autarquias é **controle administrativo**, coisa distinta do parecer normativo em discussão que deliberou sobre aquilo que o CADE pode julgar. Admitir que o controle autárquico exercido pelo Poder Executivo sobre um quase tribunal possa dizer sobre sua competência, poderá ser também admitido que pareceres normativos digam como julgar (fl. 523).

Com efeito, o poder de uniformizar a interpretação normativa para a Administração Federal como um todo, a teor do disposto no art. 4º, X c/c art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93, compreende as matérias que possam ser objeto de uma orientação geral, ou seja, aquelas concernentes às atividades-meio dos entes descentralizados. As questões referentes às atribuições específicas de determinado ente administrativo – atividades-fim – evidentemente, por lhes faltar o atributo da generalidade, não estão submetidas à orientação uniformizadora prevista na aludida lei complementar.

Vêm a propósito as percucientes considerações de Carlos Ari Sundfeld:

Assim, a matéria que pode ser objeto de uma orientação geral vinculante para toda a Administração é aquela a respeito da qual se ponha logicamente a necessidade de



# Superior Tribunal de Justiça

uniformização. E qual é? Aquela que envolva a Administração como um todo, não, portanto, aquela vinculada a um ente específico.

Isto leva à conclusão de que todas as matérias que estiverem sob exclusiva e inequívoca competência de um ente específico não podem ser objeto do 'poder uniformizador' previsto na LC 73/93. Aplicando-se esta regra ao caso em comento, conclui-se que todas as matérias que se encontram sob a competência quase-judicial do CADE não estão sujeitas ao 'poder uniformizador' da AGU e da Presidência da República. (*Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 37-38).

Na mesma linha, pondera Cássio Scarpinella Bueno:

É certo que a criação da AGU admite que seus pareceres, desde que aprovados pelo Presidente da República, tenham caráter vinculante para a administração federal, 'cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento' (Lei Complementar n. 73/93, art. 40, § 1º). No entanto, parece mais acertado o entendimento de que os assuntos que podem ser objeto de deliberação vinculativa só podem ser aqueles relativos à própria estruturação ou – se se preferir – máquina burocrática da Administração Federal. À sua atividade-meio, portanto. Nunca naquilo que diz respeito à forma, ao modo, às condições de persecução de suas próprias atividades fins, é dizer, ao cumprimento de sua missão institucional imposta pela lei e que, em última análise, justifica sua criação e subsistência. Admitir que a atividade-fim de uma autarquia pode ficar adstrita ao que disser outro órgão ou entidade da máquina administrativa federal (no caso, a AGU) é reconhecer que a independência funcional típica das autarquias, tão destacada pela doutrina especializada e francamente reconhecida por suas leis de criação – o art. 3º da Lei n. 8.884/94 é claro neste sentido – pode ser obstada, frustrada ou negada por vias transversas e de escalão normativo inferior à lei. (*Ob. Cit.* p. 55).

Ademais, a correta intelecção da Lei Complementar 73/93 não implica desconhecer o poder de direção superior da Administração Pública Federal conferido ao Presidente da República pelo art. 84, II, da Carta Magna. Essa prerrogativa é expressamente observada quando o Chefe do Executivo indica, por exemplo, os dirigentes das entidades autárquicas. Como bem explicita Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Direção superior significa orientação política. Abrange a fixação do *indirizzo generale di governo*, a fixação de metas, a afetação de recursos, a escolha de caminhos e procedimentos. (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 438).

No entanto, o exercício da direção superior não tem o condão de descaracterizar a lei de criação dos respectivos entes descentralizados, nos termos do art. 37, XIX do Texto Maior, não podendo sobrepujar a independência decisória conferida legalmente aos referidos entes.

Conforme pondera o saudoso constitucionalista Pinto Ferreira:

O próprio fato de jurar o Presidente da República defender a Constituição, como salienta Edward Corwin, não o habilita nem o autoriza a ampliar ou exorbitar dos poderes concedidos, sob o pretexto de conservá-la ou protegê-la. (*Comentários à Constituição brasileira*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 545).

Se puder o Presidente da República alterar os poderes atribuídos ao CADE, de nada valerão as cautelas estabelecidas pelo legislador ao conferir aos seus membros plena autonomia para o julgamento de questões previstas na Lei nº 8.884/94. Se o órgão pudesse, a qualquer momento, ser impedido de atuar pelo Chefe do Poder Executivo, para que serviriam a exigência da aprovação de seus membros pelo Poder Legislativo ou o deferimento de um mandato, justamente para que possam decidir longe das pressões dos poderosos grupos econômicos a que estão incumbidos de controlar para impedir os males do monopólio econômico? Uma interpretação em sentido contrário desfiguraria, mutilaria e tornaria sem sentido a existência do órgão de controle. Por isso mesmo, concluo que o Parecer GM-20 da AGU não pode prevalecer perante a autonomia decisória do CADE.

Passo a apreciar a questão atinente à competência do CADE para examinar as aquisições societárias entre instituições financeiras.

## **II - Do alegado conflito entre CADE e BACEN**

O alegado conflito de atribuições entre os dois entes da Administração Federal decorre da dicção das seguintes normas legais:

Dispõe a Lei nº 4.595/64:

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

(...)

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

(...)

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.

Acha-se previsto na Lei nº 8.884/94:

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

I - zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho;

(...)

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato

# *Superior Tribunal de Justiça*

ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

O cotejo entre os dois diplomas legislativos deve considerar, inicialmente, a época em que cada um deles surgiu – o decurso de trinta anos entre a Lei nº 4.595/64, editada no final do ano de 1964, quando o país se achava submetido a um regime autoritário, e a Lei nº 8.884/94, nascida sob a égide da Constituição de 1988.

Entre uma e outra, nosso país sofreu profundas alterações, sobretudo na ordem econômica, como bem percebeu o Desembargador Federal Fagundes de Deus, no limiar do voto condutor do acórdão recorrido:

A edição da Lei 8.884/94 decorreu de previsão expressa no atual ordenamento constitucional positivo, que preconiza, em seu texto, o advento de ato legislativo com o escopo de reprimir o abuso do poder econômico nas circunstâncias mencionadas no parágrafo 4º do art. 173 da Lei Maior<sup>1</sup>.

Ao traçar os princípios gerais da atividade econômica no Capítulo I do Título VII, a Lei Fundamental tornou claro o propósito do legislador constituinte de estabelecer uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, no afã de assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, conforme os imperativos da justiça social, perfilhando, entre outros, os princípios relativos à propriedade privada, à função social da propriedade, à livre concorrência e à defesa do consumidor. Extraí-se dos princípios que presidem a ordem econômica e financeira a preocupação do constituinte, de modo especial, com a defesa da concorrência e a defesa do consumidor em situação mui diversa do que sucedia em tempos pretéritos, v.g., em meados da década de 60, época da edição da Lei 4.595/64, quando a evolução legislativa no tocante a essa matéria era ainda incipiente e, portanto, longe se achava de alcançar o estágio obtido posteriormente durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, os quais culminaram com a edição do atual texto constitucional.

É preciso acentuar, sob esse aspecto, a grande diferença existente entre a sistemática da Lei 4.595/64 e a nova disciplina da Lei 8.884/94, sendo certo que somente a última reflete a nova e moderna visão do legislador constituinte na tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos, diferentemente do que sucedeu com o legislador de 1964.

Com efeito, a própria norma inscrita no § 4º do art. 173 da Lei Maior expressa exemplarmente tal escopo protetor dos interesses difusos e coletivos, ao enfatizar que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise, de um lado, à dominação dos mercados, de outro, à eliminação da concorrência e, por último, ao aumento arbitrário dos lucros, deixando evidenciada essa idéia matriz de proteção aos diferentes segmentos da sociedade, no que conseguiu abarcar como resultante desse disciplinamento múltiplas e diferentes categorias de mercados suscetíveis de regulação econômica.

Tendo presente essa moldura jurídico-constitucional, posso iniciar a formação da minha convicção sobre a interpretação das regras legais em discussão no âmbito do processo, no sentido de acolher a tese desenvolvida pelo Ministério Público Federal e pelo CADE quanto à imprescindibilidade de submissão dos bancos não apenas ao BACEN, mas, também, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ora Apelante. (fls. 555-556).

# Superior Tribunal de Justiça

Existiria, enfim, o confronto entre essas regras legais?

Um exame mais atento ao propósito de cada uma delas leva-nos ao entendimento de que a solução para a lide não requer a invocação do princípio da especialidade ou de suposta hierarquia da norma complementar sobre a ordinária, mas mero exame sobre o âmbito de atuação de cada uma delas.

Está superada a visão segundo a qual o conflito de leis resolve-se apenas com a exclusão da norma inválida. Na atualidade, deve o intérprete buscar a aplicação simultânea e coerente entre as fontes legislativas, de modo a preservar a harmonia do ordenamento jurídico, atribuindo-lhe maior eficiência e funcionalidade. Trata-se do que a doutrina denomina de "diálogo das fontes", expressão criada pelo Professor alemão da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme, e difundida no Brasil pela Professora Cláudia Lima Marques.

De acordo com a técnica do "diálogo das fontes", deve haver uma coordenação flexível e útil entre os preceitos normativos, com a finalidade de restabelecer a coerência do sistema. Assim, ao invés de se ter apenas o monólogo legal sobre determinada situação concreta, admite-se o diálogo entre as normas aparentemente conflitantes, por meio da fixação dos campos de aplicação dos preceitos normativos cotejados, buscando-se extrair a finalidade "comunicada" em ambos.

São palavras de Cláudia Lima Marques:

Nesses tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja o art. 2.043 do novo Código Civil). Há convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes (no que se refere aos sujeitos), em um mesmo sistema jurídico, há um 'diálogo das fontes' especiais e gerais, aplicando-se ao mesmo caso concreto. (*Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p. 89).

A sistemática que se examina foi expressamente acolhida pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços bancários (ADI 2591/DF). Segundo a Corte Suprema, a Lei 4.595/64 e o Código de Defesa do Consumidor não são diplomas legais excludentes, pois incidem sobre sob enfoques distintos. Aquela se destina a regular a estrutura do sistema, os riscos prudenciais e a função desempenhada pelas instituições financeiras no quadro do sistema financeiro nacional. O CDC, por seu turno, disciplina a relação entre os bancos e os consumidores, no que diz respeito à exploração da atividade econômica oferecida no mercado de consumo.

Vejam-se, a propósito, as lúcidas considerações tecidas pelo Sr. Ministro Eros Grau naquela assentada:

Não há dúvida, de outra parte, quanto à circunstância de a exigência de lei complementar veiculada pelo artigo 192 da Constituição abranger apenas o quanto respeite à regulamentação - permito-me exorcizar o vocábulo 'regulação', em razão do tanto de ambiguidade que enseja - regulamentação, dizia, da estrutura do sistema. O sistema haveria de estar a serviço da promoção do desenvolvimento equilibrado do País e dos interesses da coletividade - diz o preceito - e, para tanto, a Constituição impõe sua

# Superior Tribunal de Justiça

regulamentação por lei complementar. Mas apenas isso. Os encargos e obrigações impostos pelo Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, atinentes à prestação de seus serviços a clientes - isto é, atinentes à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram, todas elas, operações bancárias e serviços bancários, na dicção do Ministro Nelson Jobim - esses encargos e obrigações poderiam ser perfeitamente, como o foram, ser definidos por lei ordinária.

Aplicando expressamente a sistemática do diálogo das fontes, assim acentuou o Sr. Ministro Joaquim Barbosa, ao proferir voto na aludida ADI 2591/DF:

[...] no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional) não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em 'influências recíprocas', em 'aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente.

Raciocínio similar pode ser empregado à hipótese dos autos. A competência privativa do BACEN estabelecida na Lei 4.595/64 está relacionada com a estrutura do sistema financeiro nacional. A exploração da atividade econômica, pautada pelos princípios consignados no art. 170 da Carta Maior, entre eles o da livre concorrência, não é tutelada exclusivamente pela Lei 4.595/64, sofrendo influxos da Lei 8.884/94, que confere ao CADE competência para preservar a incolumidade do ambiente concorrencial e apreciar os atos de concentração potencialmente nocivos ao mercado.

As instituições financeiras, portanto, sujeitam-se ao controle da autoridade antitruste, como qualquer outro agente econômico. Essa sujeição, contudo, não se confunde, nem obstaculiza a atuação do BACEN no concernente à regulação e manutenção da higidez do sistema financeiro nacional.

Nesse ponto, invoco a adequada síntese empreendida pelo eminente Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho:

O BACEN é o órgão que opera a fiscalização das instituições financeiras, regulando atividades como concessão de crédito e câmbio além de executar a política monetária formulada pelo Conselho Monetário Nacional - CMN.

Verifica-se a competência do BACEN para fiscalizar as instituições financeiras e autorizar as operações de fusão, incorporação ou outra forma de alteração societária ou constituição de nova empresa, nos termos do art. 10, IX, X, 'c' da Lei nº 4.595/64:

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:

(...)

c) ser transformadas, fundidas incorporadas ou encampadas;

(...)'

Contudo, a atribuição de autorizar as instituições financeiras a serem

# Superior Tribunal de Justiça

transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo dispositivo supra citado, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei nº 8.884/94 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.

10. O CADE é a autoridade antitruste brasileira; A ele compete fiscalizar se fusões e aquisições entre grandes empresas geram poder econômico capaz de levar ' à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros' (art. 173, § 4º, da CF/88 c/c art. 54 da Lei nº 8.884/94. Quando isso ocorre, tem o poder-dever de determinar' atos ou providências que eliminem os efeitos nocivos à ordem econômica' (art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94).

A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade, fazendo sob diferentes perspectivas. O CADE, sob a da defesa da concorrência. O BACEN, sob a da higidez do sistema financeiro (fls. 697-698).

As informações do presente *mandamus* reproduzem tópicos do voto proferido pelo Conselheiro Celso Campilongo que distinguiu com absoluta clareza a competência de cada uma das instituições:

Assim, já havia sido consagrado, neste Plenário, o entendimento de que a competência do BACEN para regular o setor financeiro, nos termos da Lei nº 4.595/64, não se confunde com a atuação do CADE na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, exercida nos termos da Lei nº 8.884/94. **São, portanto, funções que possuem raios de atuação próprios e que se complementam.**

Em outras palavras, este Plenário, que, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.884/94, tem competência para 'zelar pela observância desta Lei', **em nenhum momento entendeu existir conflito de competência entre as competências atribuídas pela Lei nº 4.595/64 ao BACEN e aquelas atribuídas pela Lei 8.884/94 ao CADE.** Pelo contrário, este Plenário afirmou e reafirmou que se tratam de competências distintas e complementares, e aplicou a Lei nº 8.884/94, como não poderia deixar de fazê-lo, uma vez que prevenir e reprimir o abuso do poder econômico são competências atribuídas ao CADE.

Isto posto, reafirmo, mais uma vez, que, independentemente de se discutir, aqui, a vinculação do CADE ao parecer da AGU (do ponto de vista estritamente formal), ou, ainda, de se debater o mérito do parecer da AGU (do ponto de vista estritamente material), não compete a este Plenário refutar a interpretação dada pela AGU ao suposto conflito entre os dispositivos da Lei nº 8.884/94 e da Lei nº 4.595/64, sob o prisma das normas da Constituição Federal de 1988. Isto porque tal interpretação visa solucionar um conflito de competência entre o BACEN e o CADE que a AGU afirmou existir, mas, na verdade, inexistente. A este Plenário compete 'zelar pela observância' da Lei nº 8.884/94, interpretando e aplicando os seus dispositivos, e, não dirimir supostos conflitos de competência entre órgãos da administração pública federal. A **função de regulação** econômica prudencial do setor financeiro, exercida pelo Banco Central, não se confunde, em nenhuma hipótese, no entendimento já registrado por este Plenário, com a **função de adjudicação** exercida pelo CADE na prevenção e na repressão ao abuso do poder econômico (atividades traduzidas como controle de estruturas e controle de condutas). (fls. 254-255 - sem destaques no original).

Convivem, pois, com base no **princípio da complementaridade**, a regulamentação sistêmica e prudencial – a cargo do Banco Central, que objetiva resguardar a solidez e estabilidade do sistema e proteger depositantes e investidores – com a regulação geral antitruste – lastreada nos imperativos da livre concorrência e do controle do abuso do poder econômico, incumbências

confiadas ao CADE, nos termos do art. 173, § 4º da CF e da Lei 8.884/94.

A formulação da política monetária e de crédito, tarefa do BACEN e do Conselho Monetário Nacional, órgão da estrutura do Executivo Federal, não se confunde com a preservação da livre concorrência, função exercida pelo CADE em todo território nacional. Aquela corresponde a uma política governamental, justificadamente desempenhada por órgãos de governo. A defesa da concorrência não traduz uma política de governo, sendo atividade de Estado contínua e estável, não devendo estar suscetível às modificações manifestadas na condução política do país. Daí as diferenças entre as prerrogativas e garantias dos dirigentes da autoridade antitruste e aquelas conferidas aos que conduzem a política monetária nacional.

Conquanto o BACEN tenha diretores e o presidente nomeados com a participação do Senado Federal, eles não exercem mandato. Também não há regra expressa conferindo-lhes estabilidade no cargo. A livre exoneração do presidente e diretores do BACEN tem sido prática comum.

Situação diversa é a do CADE, cujos conselheiros e o presidente apenas podem perder o cargo, nos termos do art. 5º da Lei 8.884/94, nas seguintes hipóteses:

- a) por decisão do Senado Federal;
- b) por condenação judicial transitada em julgado;
- c) por processo administrativo disciplinar;
- d) por violar os deveres impostos no art. 6º da aludida lei (ex: exercício de atividade político-partidária, recebimento de honorários, percentagens ou custas);
- e) por faltar, injustificadamente, três sessões ordinárias seguidas ou vinte intercaladas.

Nota-se, portanto, que a estrutura orgânica do CADE é mais adequada ao exercício do controle da concorrência.

Outro ponto que reforça a legitimidade da intervenção do CADE nas operações societárias entre instituições financeiras corresponde ao fato de que, em certas ocasiões, a concentração no mercado financeiro poderá afetar mercados não-financeiros. Com efeito, a complexidade estrutural e gerencial das sociedades empresárias, formadas por grupos econômicos integrados por sociedades dos mais diversos ramos da atividade econômica, fundos de investimentos, grupos de investidores, não raras vezes implica a necessidade de uma leitura panorâmica sobre os mercados possivelmente atingidos com a aquisição societária, sendo o CADE a instituição com maior espectro de atuação e, certamente, com maior capacidade para avaliar as condições concorrenciais nos variados setores da economia.

A fusão entre bancos, por exemplo, poderá alterar o controle de companhias seguradoras, sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, administradoras de consórcio, sociedades de arrendamento mercantil que, por sua vez, também se sujeitam, sob perspectiva diversa, à fiscalização de outras entidades autárquicas. Muito embora as companhias seguradoras e as corretoras de valores mobiliários também estejam submetidas ao poder de polícia de outros entes da administração pública, como a Comissão de Valores Mobiliários - CVM e a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, isso não as exclui do controle realizado pela autoridade antitruste no tocante aos meandros concorrenciais.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Assim como em vários outros setores regulados da economia, a exemplo das telecomunicações, energia, transporte aéreo, petróleo, o setor financeiro também se sujeita à regulação geral, seja no atinente à tutela da livre concorrência (exercida pelo CADE), seja no que concerne à defesa do consumidor (desempenhada pelos entes que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor).

Dessarte, as instituições financeiras não estão imunes ao controle antitruste, a ser realizado pela autoridade competente nos termos da Lei 8.884/94. Por isso, mesmo exercendo atividades sensíveis à economia nacional, esses agentes econômicos também se sujeitam aos princípios constitucionais da ordem econômica previstos no art. 170 da Constituição da República, entre eles, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Trago, nesse ponto, as pertinentes observações do Sr. Ministro Celso de Mello, ao julgar improcedente a mencionada ADI 2591/DF:

Os agentes econômicos não têm, nos princípios da liberdade iniciativa e da livre concorrência instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais - que não ostentam valor absoluto - não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das instituições financeiras, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do Texto da própria Carta da República.

Também não prevalece o argumento de que o art. 5º da Lei 9.447/97, que autoriza o Banco Central do Brasil a determinar a transferência do controle acionário, bem como a reorganização societária, nos casos de intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras previstas na Lei 6.024/74 e Decreto-Lei 2627/40, seria determinante ao reconhecimento da exclusividade da atuação do BACEN na análise dos atos de concentração do sistema financeiro.

Os normativos acima referenciados tratam de situações de exceção, temporárias, de anormalidade e, portanto, intrinsecamente relacionadas com a higidez do sistema financeiro nacional. Nesses casos excepcionais, é inevitável reconhecer a competência do BACEN, que também zelará, na medida do possível, pela competitividade do mercado, quando da adoção das medidas anticrise. Todavia, essa prerrogativa atribuída ao BACEN não modifica a sistemática de análise dos atos de concentração e, conseqüentemente, a atuação do CADE nas situações de normalidade.

O próprio CADE, em suas contrarrazões, reconhece que, em situações justificáveis, deve prevalecer a regulação prudencial e sistêmica em detrimento da livre concorrência. Como ponderado pelo recorrido:

Por fim, e mais importante, o BACEN, como ente regulador, pode afastar a concorrência, sempre que entender necessário para preservar a regulação prudencial e sistêmica (é o que aconteceu, por exemplo, nas fusões do PROER). Todavia, nada justifica (do ponto de vista republicano) afastar a análise do CADE daqueles casos em que o BACEN, previamente, decidir não haver risco prudencial ou sistêmico! (fl. 671).

Outro argumento aduzido pelos que defendem a atuação exclusiva do BACEN nas



# Superior Tribunal de Justiça

concentrações ocorridas no sistema financeiro refere-se à suposta maior agilidade dessa autarquia frente ao CADE, em razão de esse ser um órgão colegiado. Defende-se que a rapidez das soluções no campo financeiro é medida que se impõe. Essa argumentação, de nenhum modo, merece preponderar.

A necessidade de uma atuação célere, principalmente quando se analisam as concentrações de mercado, é algo inerente ao próprio sistema de defesa da concorrência nos diversos setores da economia, não sendo peculiar ao sistema financeiro.

Ademais, a própria legislação concorrencial (art. 9º, IV e art. 7º, V, VII e IX da Lei 8.884/94; art. 99, parágrafo único e arts. 132 a 141 do Regimento Interno do CADE) contém eficazes mecanismos a serem adotados em situações de urgência, como as medidas cautelares passíveis de deferimento pelo próprio Conselheiro Relator e os acordos de previsão da reversibilidade da operação, em que se estabelecem medidas e condições a serem observadas durante a apreciação do ato de concentração pelo Plenário do CADE.

Na prática, esse receio também não se verificou. Noticiam os autos que o CADE apreciou, no ano de 2007, a maior operação entre Bancos realizada nos últimos anos no Brasil – a aquisição do Banco Real/ABN pelo Santander – sem que qualquer dano ao mercado tenha sido sequer cogitado.

Dessa feita, não se justifica a preocupação com supostas divergências entre as autarquias partícipes do procedimento de aprovação de atos de concentração no sistema financeiro, porquanto os aludidos entes atuam sob perspectivas diversas. Como salientado pelo recorrido, o controle concorrencial do CADE apenas ocorreria após serem afastados os riscos sistêmicos e prudenciais pelo BACEN.

Nada obstante, ainda restaria a dúvida: como, então, harmonizar as competências, de modo a evitar dúvidas ou conflitos entre ambos os órgãos federais, quanto à análise das condutas? Essa resposta é exposta de modo elucidativo no tópico seguinte, constante das informações prestadas pela autoridade coatora - Presidente do CADE - no presente mandado de segurança:

No que concerne à harmonização de competências na dimensão do controle de comportamentos, é imprescindível a correta interpretação do artigo 18, § 2º da Lei nº 4.595/64.

Tal dispositivo atribui ao BACEN a tarefa de, no exercício de fiscalização que lhe compete, **regular** as *condições de concorrência* entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena nos termos de referida Lei.

Não há como confundir esta competência com a **adjudicação** de matéria concorrencial no caso de condutas dos agentes do mercado. Esta norma, como em outra ocasião já aludida (Santander-Patagon), atribui ao BACEN a competência para **regulação** do setor financeiro, ou seja, para a produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas prudenciais<sup>5</sup>, ou seja, em busca da proteção da poupança popular, da mitigação do risco sistêmico e do aumento da eficiência no setor<sup>6</sup>. Por este motivo, o artigo em comento fala em regular as *condições* de concorrência. Trata-se de exercício administrativo *prévio*, que limita a livre iniciativa dos agentes do mercado em nome de valores setoriais prestigiados pela Constituição Federal (art. 192)<sup>7</sup>. Ora, o CADE não estabelece, *a priori*, em que *condições* dar-se-á a concorrência dos mercados - apenas **julga** atos concretos

# Superior Tribunal de Justiça

das empresas à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Dito de outro modo: o CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência no sistema financeiro. O CADE, apenas e tão somente, aplica a Lei nº 8.884/94. Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou. Sem clareza nessa distinção, impossível saber qual a competência do CADE e porque ela é perfeitamente compatível com a competência do BACEN.

Com efeito, a coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. Trata-se, portanto, de um nítido controle *per se* - recorrente em setores regulamentados.

Isto significa que as condutas proibidas aos agentes financeiros já estarão 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. Pode-se dizer que enquanto a repressão de condutas no setor financeiro se dá a partir de tipos *fechados*, com similaridade em relação ao direito penal, no direito da concorrência há uma abertura normativa que torna necessária a conjugação entre a tipologia aberta do comportamento anticoncorrencial e a aferição do impacto concorrenciais das condutas. No direito da concorrência, há a verificação, caso a caso, da licitude dos atos dos agentes econômicos.

Desta forma, **um comportamento de determinada instituição financeira censurado pelas normas prudenciais pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei nº 8.884/94.** A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste.

Em suma, comportamentos reprimidos no âmbito financeiro podem ou não ensejar a reprimenda no campo concorrenciais. Bem assim, um ato perfeitamente legal à luz das normas prudenciais pode, agora sob o enfoque do direito da concorrência, ser censurado pelo CADE em nome da defesa da ordem econômica.

Não há, neste fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei nº 8.137/90. (fls. 255-257).

É oportuno, também, assinalar que não há sequer dissenso entre os serviços jurídicos do BACEN e do CADE quanto à inexistência do alegado conflito de atribuições entre as instituições que representam, como se verifica no seguinte tópico da petição encaminhada por ambos, com o *placet* do Exmo. Sr. Procurador-Geral da União:

O BCB e o CADE entendem que a existência de indefinição a respeito da partilha de atribuições entre as duas autarquias gera insegurança jurídica, comprometendo o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

Por outro lado, o BCB e o CADE estão de acordo com a aprovação do Projeto de Lei nº 344, de 2002 (que tramita igualmente na Câmara dos Deputados), ou do Projeto de Lei nº 265, de 2007 (que, aprovado no Senado, se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados), ambos complementares. Os referidos projetos dispõem sobre a sistemática de análise de operações de concentração no âmbito do Sistema Financeiro

# Superior Tribunal de Justiça

Nacional e sobre a divisão de competências entre os dois órgãos.

Como órgão regulador, o BCB desempenha, entre outras, a função de regulação sistêmica, de caráter prudencial, voltada para a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro. Na análise de fusões e aquisições entre bancos, o BCB, com fundamento em competências conferidas em lei (a exemplo da Lei 4.595/64 e da Lei 9.447/97), aprecia, com exclusividade, se existe risco para a higidez do sistema financeiro e das instituições que o integram.

O CADE é a autoridade antitruste brasileira. Na ele compete fiscalizar se fusões e aquisições entre grandes empresas têm o condão de gerar poder econômico capaz de levar “à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (art. 173, 4º, da CF/88, c/c art. 54 da lei 8.884/94). Quando isso ocorre, tem o poder-dever de determinar “atos ou providências que eliminem os efeitos nocivos à ordem econômica” (art. 54, § 9º, da Lei 8.884/94). Além disso, compete-lhe aplicar as sanções previstas na Lei 8.884/94 pela prática de infrações contra a ordem econômica.

Com efeito, tanto o BCB como o CADE entendem que as Leis 4.595/64 e 8.884/94 devem ser aplicadas de forma harmoniosa, não havendo antinomia entre as legislações. Como visto, embora ambos os órgãos devam analisar a mesma fusão ou aquisição entre empresas, semelhante tarefa é desempenhada sob perspectivas distintas: o BCB preocupa-se com o enfoque da higidez do sistema financeiro, ao passo que o CADE aprecia a defesa da concorrência.

Em outros mercados regulados, as fusões e aquisições são submetidas ao órgão regulador e, simultaneamente, ao CADE. As agências reguladoras participam do processo decisório do CADE, instruindo os autos e emitindo parecer.

No Sistema Financeiro Nacional, o BCB, como ente regulador, deve afastar a análise concorrencial do CADE, sempre que o entender necessário para preservar a estabilidade do sistema financeiro. Nas hipóteses em que o BCB decidir que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e a segurança do sistema financeiro, o assunto deverá ser encaminhado ao CADE, para análise dos aspectos de sua competência. (fls. 712-713).

Portanto, como se percebe, a decisão do CADE que determinou a apresentação do ato de concentração entre o Bradesco e o BCN não violou o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/99. Não houve, no caso, aplicação de nova interpretação a uma situação pretérita consolidada, pois o CADE não se manifestara sobre o caso. A operação societária entre as instituições financeiras supramencionadas apenas foi informada à autarquia quando do exame de aquisição societária diversa.

O art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94 preceitua com clareza que a eficácia dos atos de concentração potencialmente nocivos à concorrência está condicionada à aprovação do CADE, situação na qual os efeitos da decisão da autoridade antitruste retroagirão à data da realização da aquisição societária. Na redação do dispositivo ora comentado:

Art. 54. (*omissis*)

.....  
§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

Logo, não há situação pretérita a ser respaldada, porquanto o aperfeiçoamento do ato de

# *Superior Tribunal de Justiça*

concentração apenas ocorre com a manifestação da autarquia de defesa da concorrência. A consolidação da situação pretérita na ausência de análise pelo CADE ocorreria se o ato de concentração tivesse sido apresentado *oportuno tempore* e a autoridade antitruste deixasse escoar o prazo de sessenta dias previsto para a aprovação tácita.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial.**  
É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0173677-1

**REsp 1094218 / DF**

Números Origem: 200201000430333 200234000334750

PAUTA: 11/11/2009

JULGADO: 11/11/2009

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: Administrativo - Atuação do Estado no Domínio Econômico - Abuso do Poder Econômico - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Humberto Martins."

Aguardam os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º).

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 11 de novembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária



# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)

**RELATORA** : MINISTRA ELIANA CALMON  
**RECORRENTE** : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
**ADVOGADO** : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
**PROCURADOR** : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
**INTERES.** : UNIÃO

## VOTO-VISTA

### O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO contra ato do Presidente do CADE, que, apreciando ato de concentração, determinou aos impetrantes a apresentação da "*operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S.A. - BCN, pelo Banco Bradesco, da qual tomou-se conhecimento pela análise dos autos, mas cujos os (sic) efeitos deverão ser apreciados em oportunidade específica*".

Na exordial, os impetrantes alegam ser o CADE incompetente para analisar operações de aquisição de instituição financeira, pois a legislação que trata de operações de modificação da estrutura societária, ou de aquisição, de instituição financeira – segundo as disposições da Lei n. 4.595/64 e do estabelecido no Parecer AGU GM-20, aprovado pelo Presidente da República – atribuiu tal competência ao Banco Central do Brasil.

A liminar foi deferida (fl. 245) e, no mérito, a segurança restou concedida "*para desconstituir o ato do Presidente do CADE consistente em determinar a submissão da operação de compra do BCN pelo Bradesco a julgamento por esse órgão (fl. 348)*".

Em sede de apelação interposta pelo CADE, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por maioria, reformou a sentença, nos termos da ementa a seguir transcrita (fls. 566/567), resumindo o entendimento que prevaleceu naquela Corte:

*"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ATRIBUIÇÕES JURÍDICAS CONFERIDAS AO BACEN E AO CADE, RESPECTIVAMENTE, PELAS LEIS 4.595/64 E 8.884/94, QUE HÃO DE SER*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*EXERCIDAS COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE NO PARECER DA AGU, QUE SUBMETA O CADE A LHE DAR FIEL OBSERVÂNCIA NO QUE CONCERNE, ESPECIFICAMENTE, AO CONTEÚDO DE SEUS JULGAMENTOS E À SUA COMPETÊNCIA PREVISTA NA LEI ANTITRUSTE.*

*1. Exclusivamente, os preceitos inscritos na Lei 4.595/64, que tratam do Sistema Financeiro Nacional, foram recepcionados pela atual Constituição da República com o status de lei complementar (art. 192, CF). As normas do citado diploma legislativo que cuidam de matéria concorrencial têm natureza de lei ordinária, pois o art. 173, § 4º, da Carta Política é desprovido de referência à lei complementar.*

*2. A atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgada ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração.*

*3. A Lei Bancária e a Lei Antitruste devem ser aplicadas tendo presente a regra da complementaridade. Com efeito, dessa idéia matriz extrai-se a possibilidade de coexistência da Lei 4.595/64 com a Lei 8.884/94, uma vez que a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64. Isso sem contar que a autarquia antitruste é dotada de longa experiência e de estrutura técnico-jurídica especializada que garantem ao Estado maior eficiência na proteção contra os abusos do Poder Econômico.*

*4. Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que,*



# Superior Tribunal de Justiça

*eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.*

*5. Apelação do CADE e remessa oficial, tida por interposta, providas."*

No presente recurso especial, os recorrentes alegam, novamente, ser o CADE incompetente para analisar operações de aquisição de instituição financeira, pois a legislação que trata de operações de modificação da estrutura societária, ou de aquisição, de instituição financeira – segundo as disposições da Lei n. 4.595/64 e do estabelecido no Parecer AGU GM-20, aprovado pelo Presidente da República – atribuiu tal competência ao Banco Central do Brasil.

O CADE, nas suas contrarrazões, afirma que deve juntamente com o Banco Central do Brasil analisar os atos aqui tratados, apesar de não defender exclusividade da sua competência.

O brilhante voto da Ministra Eliana Calmon deixou bem claros os seguintes aspectos:

a) o Parecer AGU GM-20 – que entende ser exclusiva a competência do Banco Central do Brasil – tem, na forma do § 1º do artigo 40 da Lei Complementar 73/93, força vinculante para a Administração Pública Federal, inclusive para o CADE;

b) o Parecer citado não revisa decisão do CADE, apenas fixa, de maneira geral, a competência de entidades da Administração Pública, portanto observou o artigo 50 da Lei n. 8.884/94;

c) a competência da entidade (CADE) é analisada antes da incursão no mérito da decisão; e

d) a Lei n. 4.595/64, apesar de ser anterior à Lei n. 8.884/94, é específica, portanto não foi revogada pela posterior – mais abrangente.

Ao final, a Ministra Relatora deu provimento ao presente recurso especial.

O Ministro Castro Meira pediu vista dos autos e apresentou voto discordando da Ministra Relatora, argumentando que:

(i) o Parecer AGU GM-20 viola o artigo 50 da Lei n. 8.884/94;

(ii) assim como as normas do CDC se aplicam às instituições financeiras, as normas referentes à atuação do CADE também devem ser aplicadas a tais instituições;

# Superior Tribunal de Justiça

(iii) não se justifica a preocupação com supostas divergências entre as autarquias partícipes do procedimento de aprovação de atos de concentração no sistema financeiro, porquanto atuam sob perspectivas diversas, tal como salientado pelo recorrido: o controle concorrencial do CADE apenas seria realizado após afastados os riscos sistêmicos e prudenciais pelo BACEN;

(iv) nem os órgãos jurídicos de ambas as autarquias, BACEN e CADE, divergem sobre a competência concorrente.

O Ministro Castro Meira, ao fim, negou provimento ao presente recurso especial.

É, no essencial, o relatório.

Não há como prevalecer o entendimento do CADE, conforme ilustrado pelos argumentos da Ministra Eliana Calmon, pois o BACEN tem poder-dever regulatório do sistema financeiro. Eis a clareza do § 2º do art. 18 da Lei n. 4.595/64, norma especial em relação à Lei n. 8.884/94:

*"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 (Vetado) nos termos desta lei.**  
(Grifo meu.)

A norma acima não trata de riscos sistêmicos e sim de condições de concorrência. Dessa forma, existe sim antinomia entre regras jurídicas.

Há, entretanto, norma jurídica específica sobre o assunto, qual seja, o § 2º acima transcrito, a qual não pode ser afastada pela norma jurídica geral do artigo 7º da Lei n. 8.884/94.

A propósito:

***"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. NORMA ESPECÍFICA. PREVALÊNCIA. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE***

# Superior Tribunal de Justiça

## OMISSÃO.

*I - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, acrescido com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, é norma especial que regra os juros moratórios aplicáveis às condenações impostas à Fazenda Pública para o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos. Sendo norma específica, deve prevalecer em relação ao art. 406 do Código Civil, que é norma geral (LICC, art. 2º, § 2º).*

*II - Não há que falar em omissão do v. acórdão embargado quando ausente manifestação acerca de dispositivo da Carta Magna, porquanto é descabida, em sede de recurso especial, a análise de matéria constitucional.*

*III – Embargos rejeitados. "*

*(EDcl no AgRg no REsp 764.058/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21.2.2006, DJ 27.3.2006, p. 323.)*

Também não prospera a alegação de que o Parecer da d. Adv. Advocacia-Geral da União (instituição classificada pela CF/88 como Função Essencial à Justiça), aprovado pelo Presidente da República, na forma do § 1º do artigo 40 da Lei Complementar 73/93, está violando o artigo 50 da Lei n. 8.884/94, pois não se trata de revisão de decisão do CADE e sim de resolução de conflito interno de atribuições no âmbito da Administração Pública.

Eis o artigo 50 acima citado:

*"Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições. "*

Dessarte, a força normativa para a Administração Pública Federal do Parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República foi outorgada por Lei Complementar. Assim, não poderia, **ainda que fosse o caso de intromissão indevida nos julgados do CADE**, ser afastada por lei ordinária posterior.

O argumento de que as normas do CDC se aplicam às instituições financeiras não tem pertinência ao presente processo, visto que o debate consumerista não é relativo a conflito de atribuições entre entidades da Administração Pública Federal nem trata de regulação de uma determinada atividade econômica por mais de uma entidade.

A alegação de que os órgãos jurídicos internos das entidades concordam entre si pela competência concorrente deve ser afastada, pois todos

eles são subordinados ao Advogado-Geral da União, que entendeu, no seu Parecer Normativo, competir exclusivamente ao BACEN a regulação das instituições financeiras.

**Além disso, se a alegação de competências concorrentes fosse plausível, surgiria uma questão de difícil resolução pelo ordenamento jurídico:**

**Caso o CADE decidisse contra a fusão de determinada instituição financeira, e o Banco Central do Brasil decidisse a favor, como seria resolvido tal empate?**

**Qual seria o órgão competente a desempatar?**

**As competências das duas autarquias aqui envolvidas estão veiculadas em lei. Logo, a competência e o procedimento de desempate deveriam também ser veiculados por lei em face do princípio da similitude das formas. Entretanto, inexistente no ordenamento jurídico lei ou qualquer ato normativo atribuindo competência ou estabelecendo o procedimento para o desempate.**

Assim, como bem assentado pela Ministra Relatora, não há falar em competências concorrentes, restando fixada pelo ordenamento jurídico a competência exclusiva do Banco Central do Brasil.

Ante o exposto, acompanho a Ministra Relatora e, inclusive, adoto os seus fundamentos, para dar provimento ao presente recurso especial.

É como penso. É como voto.

**MINISTRO HUMBERTO MARTINS**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0173677-1

**REsp 1.094.218 / DF**

Números Origem: 200201000430333 200234000334750

PAUTA: 11/11/2009

JULGADO: 25/11/2009

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: Administrativo - Atuação do Estado no Domínio Econômico - Abuso do Poder Econômico - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, pediu vista o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Denise Arruda (RISTJ, art. 162, § 2º).

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 25 de novembro de 2009

Carolina Vêras  
Secretária



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA ELIANA CALMON**  
**RECORRENTE** : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
**ADVOGADO** : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E  
OUTRO(S)  
**RECORRIDO** : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA  
ECONÔMICA - CADE  
**PROCURADOR** : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
**INTERES.** : UNIÃO

**VOTO-VISTA**

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:** O Banco BCN, ora recorrente, submeteu à apreciação do CADE, em 12.4.2001, o desfazimento de *joint venture* que constituiu a BCN Alliance Capital Management S.A, criada em 2.6.1997 com o objetivo de gerenciar fundos de investimentos e carteiras administradas (fl. 77). Essa atividade, de acordo com o ato impugnado, "não tem natureza financeira e nem depende de autorização do Banco Central do Brasil", pelo que não haveria dúvida quanto à competência do CADE para apreciar a operação.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em razão do Parecer AGU LA 1/2001, que atribui a competência exclusivamente ao Banco Central para apreciar os feitos relacionados às instituições financeiras, sugeriram o arquivamento do processo (fl. 78).

O CADE, ao apreciar a operação, considerou que tanto o ato que criou a *joint venture* (que se pretendia desfazer) quanto a aquisição do controle do BCN pelo Bradesco deveriam ter sido submetidos ao crivo daquela autarquia. Vale transcrever trecho do julgado (fl. 79):

A aprovação deve ocorrer mesmo tendo em vista o fato de que o Grupo Bradesco adquiriu o controle do BCN, em dezembro de 1997, ou seja, pouco depois da formação da *joint-venture* .

(...)

Assim, tem-se que a compra do BCN pelo Grupo Bradesco não

# Superior Tribunal de Justiça

representou impactos anticoncorrenciais nos mercados nos mercados aqui analisados. Todavia, essa operação repercute em vários outros mercados. Os demais desdobramentos da operação, porém, não foram analisados e só serão passíveis de apreciação por meio da submissão da operação, em toda sua extensão, aos órgãos de defesa da concorrência.

Diante disso, o CADE decidiu (fl. 81):

Isto posto, aprovo as operações de constituição e desfazimento da *joint-venture*, em razão da ausência de danos ao mercado, ressaltada, todavia, a aplicação de multa por intempestividade, relativa à operação de constituição, no valor de R\$ 127.692,00. **Determino, ainda, a apresentação da operação de aquisição do controle do Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN, pelo Banco Bradesco, da qual tomou-se conhecimento pela análise dos autos, mas cujos os efeitos deverão ser apreciados em oportunidade específica.**

Os impetrantes, Bancos BCN e Bradesco, alegam: a) a única condição legal para que fosse aprovada operação de aquisição de controle acionário de instituição financeira é a permissão do Banco Central; b) o Parecer AGU LA-01/2001, aprovado pelo Presidente da República, que dispõe que somente o Banco Central é competente para apreciar tais operações, vincula o CADE, nos termos do art. 40 da Lei Complementar 73/1993; e c) "o posicionamento do CADE representa uma quebra da garantia constitucional da segurança jurídica ao pretender, por meio de uma nova interpretação, fazer incidir o art. 54, § 7º da Lei 8.884, para condicionar a validade do ato jurídico de incorporação à sua aprovação" (fl. 21).

Requerem a concessão da ordem para "assegurar o exercício do direito líquido e certo dos Impetrantes de não serem obrigados a submeter a operação ao CADE" (fl. 26).

O Tribunal de origem afirmou que são complementares as competências do Banco Central e do CADE para analisar os atos de concentração das instituições financeiras, pois:

a primeira fica limitada ao exame da questão concorrencial como instrumento necessário à defesa do equilíbrio do sistema financeiro, ao



# *Superior Tribunal de Justiça*

passo que a segunda versa especificamente sobre a tutela da concorrência, refletindo com mais propriedade e nitidez os princípios que presidem a ordem econômica e financeira e, no particular, a preocupação do legislador constituinte com a defesa da concorrência e do consumidor, em situação mui diversa do que sucedia na época da edição da Lei 4.595/64.

Quanto à necessidade de observância do Parecer da AGU pelo CADE, a Corte de origem assim se manifestou:

Os pareceres da Advocacia-Geral da União, por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo CADE, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo.

A eminente Ministra Eliana Calmon, Relatora, com brilhantismo enfrentou as questões postas e concluiu que "seja em razão do Parecer Vinculante emitido pela Advocacia-Geral da União – AGU, seja pelo princípio insculpido no art. 2º, § 2º, da LICC, entendo que devem ser aplicadas as normas da Lei 4.595/64, que conferem ao Banco Central a competência exclusiva para apreciar atos de concentração envolvendo instituições integrantes do sistema financeiro nacional".

O eminente Ministro Castro Meira abriu divergência, afirmando que a possibilidade de Parecer Vinculante da AGU restringe-se a matérias que possam ser objeto de orientação geral, relativas às atividades-meio das entidades federais, mas não às suas atribuições específicas. Ademais, a competência do Banco Central – Bacen está relacionada com a estrutura do sistema financeiro nacional, o que não afasta a competência do CADE para preservar a incolumidade do ambiente concorrencial.

Votou, em seguida, o eminente Ministro Humberto Martins, que aderiu à fundamentação e à conclusão da Relatora.

**Passo ao meu voto-vista.**

Discutem-se nesse processo **duas** questões extremamente relevantes: a vinculação da administração indireta aos Pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República e a competência do CADE para examinar atos de concentração de instituições financeiras.

Fizeram muito bem a Ministra Eliana Calmon, Relatora, e os Ministros Castro Meira e Humberto Martins ao analisar ambas as questões separadamente, pois cada uma delas é suficiente para afastar o ato coator, desde que, evidentemente, acolhidos os argumentos das instituições financeiras.

### **1. Parecer AGU LA 1/2001, aprovado pelo Presidente da República, e conflito de atribuições entre autarquias federais**

É incontroverso que o Parecer AGU LA 1/2001, aprovado pelo Presidente da República, analisou exatamente a matéria objeto desta Ação e decidiu acerca dos limites das atribuições do Bacen e do CADE, concluindo pela competência exclusiva do Banco Central.

Também é inquestionável o teor do art. 40, § 1º, da LC 73/1993, segundo o qual os pareceres assim aprovados vinculam todos os órgãos e entidades da administração pública 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.

(...)

Não há dúvida de que as autarquias federais, como entes da administração indireta, submetem-se, em geral, à orientação do Presidente da República.

O debate todo na presente demanda existe por conta das peculiaridades

# Superior Tribunal de Justiça

do CADE, principalmente quanto à existência de mandato para os conselheiros (art. 4º, § 1º, da Lei 8.884/1994) e à impossibilidade de revisão de suas decisões no âmbito do Poder Executivo (art. 51 da mesma Lei).

Parece-me inquestionável que essas normas dão ao CADE certas garantias em relação aos demais órgãos do Executivo Federal, o que faz concluir pela não-vinculação aos pareceres normativos ratificados pelo Presidente que interferiram nessas prerrogativas. Foi esse o caminho exegético trilhado pelo Ministro Castro Meira, ao abrir a divergência.

De fato, o art. 3º da Lei 8.884/1994 dispõe expressamente que o CADE é "órgão **judicante** com jurisdição em todo território nacional" (grifei).

A adoção, pelo legislador, de termos típicos da atividade judiciária para as funções desse órgão do Executivo deixa claro tratar-se de situação peculiar, em que a independência daquele que profere decisões deve ser preservada.

Essa independência do órgão judicante é garantida legalmente por diversas ferramentas. Além do próprio mandato outorgado aos conselheiros, saliento o disposto no art. 50 da Lei 8.884/1994:

Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

O dispositivo legal é absoluto: as decisões do CADE não podem ser revistas no âmbito do Poder Executivo, nem mesmo por seu líder máximo.

Ora, se as decisões não podem ser modificadas por outros órgãos do Executivo, o mesmo se diga de suas atribuições legalmente definidas.

De fato, admitir a possibilidade de restrição de suas competências por parecer administrativo, por mais respeitável e fundamentado que seja, implica reduzir, *a priori*, o escopo das próprias decisões do CADE, o que é vedado expressamente pelo art. 50 da Lei Antitruste e viola a independência, que é pressuposto necessário de toda atividade judicante.

Ainda que ciente dos riscos e das limitações da chamada *reductio ad*

*absurdum*, veja-se a seguinte situação hipotética. É indubitável que uma decisão do CADE relativa à fusão de grandes empresas do ramo de frigoríficos, por exemplo, com relevante participação nesse mercado, não pode ser revista no âmbito do Executivo. Imagine-se, entretanto, que um parecer da AGU, adotado pelo Presidente da República, fixe entendimento de que tais fusões devem se subordinar exclusivamente ao crivo do Ministério da Agricultura.

Parece claro que tal situação hipotética seria insustentável, porquanto negaria validade, *a priori*, à decisão do órgão antitruste, violando inapelavelmente a independência necessária para sua atuação judicante, garantida pelo art. 3º c/c art. 50 da Lei 8.884/1994.

É claro que no caso das instituições financeiras a questão não é tão evidente, por conta da existência de lei específica que regule a atuação do Bacen, como veremos no próximo tópico. Mas isso não modifica o cerne do debate: a competência do CADE não pode ser reduzida por outro órgão do Executivo, ainda que o parecer da AGU seja adotado pelo Presidente da República.

Não se discute que o CADE, como qualquer autarquia federal, vincula-se ao Executivo da União, inclusive por expressa determinação legal (art. 3º da Lei 8.884/1994) e, nesse sentido, subordina-se à orientação jurídica da Presidência, nos termos do art. 40, § 1º, da LC 73/1993.

As peculiaridades do órgão antitruste, todavia, determinam a interpretação sistemática das normas atinentes, para reconhecer que essa subordinação não abrange suas decisões, conforme o art. 50 da Lei 8.884/1994 e, por conseqüência, a delimitação de sua própria competência judicante, para adotarmos o termo do art. 3º da Lei 8.884/1994.

Por essa razão, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Castro Meira.

## **2. Questão de fundo: competência do Banco Central e do CADE**

A principal norma de competência do CADE, no que se refere à presente

# *Superior Tribunal de Justiça*

demanda, trata da apreciação de quaisquer "atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços" (art. 54, *caput*, da Lei 8.884/1994).

Subordinam-se à sua atuação judicante todas as "pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal" (art. 15 da mesma Lei).

Por outro lado, é também incontroversa a competência do Banco Central para autorizar transformações, fusões, incorporações ou encampações de instituições financeiras (art. 10, X, "c", da Lei 4.595/1964), além de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras (art. 18, § 2º, da mesma Lei).

Não há antinomia alguma entre essas normas de competência, pois a atuação do CADE e do Bacen são absolutamente complementares.

Creio que a discussão em torno da dicotomia "lei especial" e "lei geral" ou "lei complementar" e "lei ordinária" perde força, na presente demanda.

De início, é preciso reconhecer que ambas as Leis (Lei 4.595/1964 e Lei 8.884/1994) são especiais.

A Lei do Sistema Financeiro é subjetivamente especial, no que se refere à sua aplicabilidade às instituições financeiras. É objetivamente especial a Lei Antitruste, no que concerne aos atos prejudiciais à livre concorrência e de dominação de mercados relevantes.

Quanto à hierarquia, ainda que a Lei 4.595/1964 tenha sido recepcionada como Lei Complementar, é cediço que são materialmente complementares somente as disposições relativas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, como reconhecido pelo STF ao julgar a paradigmática ADIn dos Bancos (ADI 2.591/DF, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Pleno, j. 7.6.2006, DJ 29.9.2006).

Ainda que assim não fosse, parece-me insuficiente a simples adoção da regra de prevalência da lei especial sobre a geral, ou da hierarquia das leis

# Superior Tribunal de Justiça

complementares acima das ordinárias, considerando a possibilidade e a necessidade de convivência harmoniosa de ambas as fontes legislativas (Lei do Sistema Financeiro e Lei Antitruste), respeitados seus âmbitos de aplicação.

Nesse contexto, adequada a aplicação, pelo Ministro Castro Meira, do "Diálogo das Fontes", a exemplo do que fez o Ministro Joaquim Barbosa ao proferir seu voto na citada ADIn dos Bancos, conforme o seguinte trecho:

A Emenda Constitucional 40, na medida em que conferiu maior vagueza à disciplina constitucional do sistema financeiro (dando nova redação ao art. 192), tornou ainda maior esse campo que a professora Cláudia Lima Marques denominou "diálogo entre fontes" – no caso, entre a lei ordinária (que disciplina as relações consumeristas) e as leis complementares (que disciplinam o sistema financeiro nacional). Não há, *a priori*, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em "influências recíprocas", em "aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente".

De fato, em sua relevante atuação, compete ao Banco Central autorizar as fusões de forma a proteger e garantir a higidez do sistema financeiro nacional.

O CADE, por sua vez, zelará pelo respeito ao ambiente concorrencial, analisando eventuais atos ou condutas "que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes" (art. 54 da Lei 8.884/1994).

A atuação do Bacen, por sua própria natureza, é preventiva e orientadora, razão pela qual o art. 18, § 2º, da Lei 4.595/1964 refere-se à regulação das **condições** de concorrência entre as instituições públicas, sem embargo da competência para coibir abusos com aplicação de pena.

O CADE age prioritariamente *a posteriori*, focando os atos e as condutas efetivamente ocorridos e julgando-os à luz da legislação antitruste, sem pretensão de regular, *a priori*, as condições de concorrência, como faz o Bacen.

Trata-se, portanto, de atribuições complementares, em que cada uma das autarquias federais atua dentro do âmbito delineado pela fontes normativas, que, como

visto, dialogam harmoniosamente.

Por essas razões, inexistem, a rigor, conflitos normativos a serem dirimidos, havendo de se reconhecer a competência do CADE para analisar as fusões de instituições financeiras, sempre no que se refere a atos ou condutas que possam implicar ofensa à legislação antitruste.

### **3. Conclusão**

Diante do exposto, louvando os fundamentados e respeitáveis votos da relatora, Ministra Eliana Calmon, e do Ministro Humberto Martins, peço vênias para **acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Castro Meira e negar provimento ao Recurso Especial.**

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)**

**VOTO-VOGAL**

**O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:** Sr. Presidente, a existência de votos muito bem fundamentados em direções opostas permite que sejam breves as considerações que tenho a fazer.

Não desconheço o fato de que, com a multiplicação das agências reguladoras no Brasil, não serão poucas as vezes em que esta Corte Superior precisará se manifestar acerca da real competência de cada uma delas nas hipóteses em que, aparentemente, haja superposição ou lacuna normativa.

No caso que ora se analisa, penso que é possível, em tese, harmonizar a atuação de cada entidade, em deferência ao princípio da complementariedade, conforme sustentado pelo Min. Castro Meira.

Dessa forma, de um lado, o Bacen investir-se-ia da competência para controlar atos de concentração de instituições financeiras na perspectiva da saúde do sistema financeiro nacional; de outro lado, o Cade ficaria responsável pela avaliação da concentração sob o aspecto concorrencial.

Nada obstante, entendo que, existindo parecer normativo que deferia, à época dos fatos (e ainda hoje), a competência exclusiva para o Bacen funcionar nos atos de concentração controversos, seria no mínimo de duvidosa boa-fé por parte da Administração para com os administrados, a esta altura, impor uma *multa* em razão de condutas tomadas à revelia do Cade. Aqui, não há como deixar de acolher as conclusões da Min. Eliana Calmon, relatora.

Destaco, ainda, que nada impede que, embora não tendo participado dos atos de concentração em si, o Cade, desenvolvendo seu mister institucional, venha a analisar as condições de concorrência que tenham sido desencadeadas desde então, inclusive aplicando sanções.



# *Superior Tribunal de Justiça*

Com essas considerações, acompanho a relatoria no que tange ao resultado final deste julgamento, embora com outros fundamentos, pedindo vênias à divergência.



# *Superior Tribunal de Justiça*

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.094.218 - DF (2008/0173677-1)**

**RELATORA** : **MINISTRA ELIANA CALMON**  
**RECORRENTE** : **BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO**  
**ADVOGADO** : **EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)**  
**RECORRIDO** : **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**  
**PROCURADOR** : **DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)**  
**INTERES.** : **UNIÃO**

## **VOTO**

**O SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES:** Sr. Presidente, pedindo vênia aos votos divergentes, um dos trechos do voto da Sra. Ministra Relatora, para mim, sintetiza bem a questão, quando S. Exa. diz:

"A partir da Lei Complementar 73, o parecer da AGU deveria ser suficiente para solucionar a querela, sem a necessidade de obter-se uma resposta do Poder Judiciário, considerando-se que tanto o Cade quanto o Bacen são entidades integrantes da Administração Pública Federal e, nessa condição, sujeitas a pareceres emitidos pela AGU, dotado de força vinculante."

Com esse breve comentário do excerto do voto da Sra. Ministra Relatora, acompanho o voto de S. Exa., dando provimento ao recurso especial para conceder a segurança.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2008/0173677-1

**REsp 1.094.218 / DF**

Números Origem: 200201000430333 200234000334750

PAUTA: 25/08/2010

JULGADO: 25/08/2010

**Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

**Ministro Impedido**

Exmo. Sr. Ministro : **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : BANCO DE CRÉDITO NACIONAL S/A E OUTRO  
ADVOGADO : EVANDRO LUÍS CASTELLO BRANCO PERTENCE E OUTRO(S)  
RECORRIDO : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
PROCURADOR : DIOGO THOMSON DE ANDRADE E OUTRO(S)  
INTERES. : UNIÃO

ASSUNTO: Administrativo - Atuação do Estado no Domínio Econômico - Abuso do Poder Econômico - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin (voto-vista)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (art. 162, § 2º, RISTJ).

Impedido o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 25 de agosto de 2010

Carolina Vêras  
Secretária

