

PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00001.006908/2000-25

ORIGEM : Ministério da Justiça

ASSUNTO: Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

(*)Parecer nº GM - 020

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/LA-01/2001, de 07 de fevereiro de 2001, da lavra do Consultor da União, Dr. LUIZ ALBERTO DA SILVA, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA , para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 5 de abril de 2001.

GILMAR FERREIRA MENDES

Advogado-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho:

“Aprovo. 05-4-2001 ”.

PARECER Nº AGU/LA –01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020)

PROCESSO Nº 00001.006908/2000-25

ASSUNTO: Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

EMENTA: 1. Consulta sobre conflito de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE**.

2. As posições conflitantes: Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e Pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do **CADE** e estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro.

3. O cerne da controvérsia.

4 . Conclusão pela competência privativa do Banco Central do Brasil para analisar e aprovar os atos de concentração de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras e aplicar-lhes as penalidades cabíveis.

PARECER

I – RELATÓRIO

O Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, pelo Aviso nº 1.836, de 25 de outubro de 2000, encaminhou ao Senhor Advogado-Geral da União o Aviso nº 613, de 20 de outubro do mesmo ano, do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, em que se solicita a audiência do Senhor Advogado-Geral da União sobre o Parecer nº 00762/DEJUR/PRIRE, da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, a propósito de conflito de competência entre esse Banco e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE**.

2. Existiam no processo, de início, além dos Avisos já mencionados, as seguintes peças:

a) NOTA Nº 2.535/00, em que a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República declara que o pleito do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, já referido, pode ser encaminhado à Advocacia-Geral da União.

b) Carta PRESI-2000, de 18 de outubro de 2000, do Senhor Presidente do Banco Central do Brasil ao Senhor Ministro de Estado da Fazenda, solicitando que o assunto seja levado à apreciação do Senhor Advogado-Geral da União, nos termos dos arts. 4º, X e XI, e 39 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

c) PARECER/2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18 de outubro de 2000, da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

d) AVISO Nº 582 /AGU/SG-CS/2000, de 30 de outubro de 2000, do Senhor Advogado-Geral da União ao Senhor Ministro de Estado da Justiça, solicitando a manifestação, sobre o assunto, da Procuradoria-Geral do **CADE** e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

e) AVISO Nº 583 /AGU/SG-CS/2000, também de 30 de outubro de 2000, do Senhor Advogado-Geral da União ao Senhor Ministro de Estado da Fazenda, solicitando parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre a questão, bem como o encaminhamento do Pt.9600680937.

f) Ofício nº 438/GMF, de 10 de novembro de 2000, do Senhor Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Fazenda ao Senhor Chefe de Gabinete do Advogado-Geral da União, encaminhando o citado processo nº 9600680937.

g) Expediente SECRE/SUCON-2000/3313, de 8 de novembro de 2000, do Senhor Secretário da SUCON ao Senhor Coordenador-Geral do Gabinete do Ministro de Estado da Fazenda, referindo-se a expediente do Ministério da Fazenda e informando estar enviando os originais do já mencionado processo nº 9600680937, em dois volumes, bem como o original do Pt.0001049912, que também trata de conflito de atribuições entre o Banco Central do Brasil e o **CADE**.

h) Ofício nº 2287 CH/GAB/AGU, de 28 de novembro de 2000, do Senhor Chefe de Gabinete do Advogado-Geral da União ao Senhor Chefe de Gabinete do Ministro de Estado da Fazenda, reportando-se ao já citado Ofício nº 438/GMF e informando que o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, solicitado pelo Aviso nº 583/AGU-SG-CS/2000, ainda não fora recebido pela Instituição, pedindo, em consequência, atenção para o assunto, uma vez que tal parecer é elemento fundamental a subsidiar o exame a ser efetuado pela Advocacia-Geral da União.

i) Despacho de 8 de dezembro de 2000, da Senhora Secretária-Geral de Consultoria, de ordem do Senhor Advogado-Geral da União, encaminhando o assunto ao Consultor que este subscreve, informando que ainda estão sendo aguardados os pareceres solicitados.

3. Em 28 de dezembro de 2000, a Senhora Secretária-Geral de Consultoria encaminhou o Processo nº 08001.007.983/2000-15, para ser anexado ao processo referido no item anterior.

4. Nesse novo processo, além de peças constantes do processo anterior e de algumas outras de tramitação interna, encontram-se os seguintes documentos:

a) Parecer nº 876/2000, de 13 de dezembro de 2000, da Procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE**.

b) Estudo do ex-Presidente do **CADE**, Dr. Gesner Oliveira, com a colaboração do Dr. Carlos Jacques Vieira Gomes, denominado “Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário”.

c) Parecer CJ nº 213/2000, de 18 de dezembro de 2000, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

5. Com a juntada desses novos documentos, faltaria, para completar as manifestações solicitadas pelo Senhor Advogado-Geral da União, apenas o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Embora esse parecer seja importante para caracterizar, formalmente, a controvérsia sob exame, as peças ora constantes do processo são suficientes para permitir seu entendimento, razão por que se passa à sua análise.

II – AS POSIÇÕES CONFLITANTES

6. O conflito de opiniões ora sob exame é manifestado pelas posições defendidas pelo parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, de um lado, e pelos pareceres da Procuradoria-Geral do **CADE** e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, bem como do estudo do Dr. Gesner Oliveira, de outro lado.

7. O que se procura definir, no caso, é a que entidade compete a análise e a aprovação de atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional: ao Banco Central ou ao **CADE**, ou, ainda, a ambos, de maneira complementar. Esse é o cerne da controvérsia.

8. O Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, após breve relato sobre os mencionados atos de concentração, especialmente no setor financeiro, faz uma análise da regulação das instituições financeiras, a cargo do Banco Central, enfatizando a possível existência de impasse entre a defesa da concorrência e a defesa da segurança e da solidez do sistema financeiro.

9. Após essas considerações, passa o Parecer a tratar especificamente da competência para análise e aprovação de atos de concentração de instituições financeiras. Reporta-se, então, ao art. 192 da Constituição Federal e à Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

10. Quanto ao art. 192 da Constituição, assevera-se que esse artigo determina que o Sistema Financeiro Nacional seja regulado por lei complementar. Quanto à Lei nº 4.595/64, afirma-se haver sido ela recepcionada como lei complementar, só podendo ser modificada ou revogada por lei de igual hierarquia.

11. Empolga-se, então, o art. 18, § 2º da Lei nº 4.595/64, que dispõe que “o Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação de pena”.

12. Faz-se alusão, também, ao art. 10, X, c, da mesma lei, que arrola como competência privativa do Banco Central “conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam... ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas”.

13. Em prosseguimento, refere-se o Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que disciplina a defesa da concorrência. Anota-se, então, que os defensores da competência do **CADE** para apreciar os atos de concentração de instituições financeiras baseiam-se em dois argumentos: primeiro, no fato de a Lei nº 8.884/94 não prever nenhuma exceção à competência do **CADE** para analisar atos potencialmente lesivos à concorrência, conforme dispõe seu art. 54; segundo, no fato de a Lei nº 8.884/94 ser posterior à Lei nº 4.595/64 e, assim, aquela derogaria em parte as disposições desta sobre competência para defesa da concorrência.

14. Após isso, passa-se a refutar os referidos argumentos, por duas considerações: uma sobre hierarquia de normas e outra sobre interpretação.

15. Quanto à primeira, volta-se a afirmar que a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada pela Constituição de 88, como lei complementar e não poderia ser derogada por lei hierarquicamente inferior, como é o caso da Lei ordinária nº 8.884/94. Quanto à segunda, rebate-se que não se pode olvidar que a norma específica prevalece sobre a norma geral e, portanto, a Lei nº 4.595/64, dispondo especificamente sobre a regulação das instituições financeiras, in-

clusive em seu aspecto concorrencial, aplica-se preferencialmente à regra geral, contida na Lei nº 8.884/94.

16. Volta, a seguir, o Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central a referir-se a novo argumento dos defensores da competência do CADE, ou seja, de que somente a matéria para a qual a Constituição previra lei complementar é que como tal foi recepcionada, e que, portanto, somente os dispositivos da Lei nº 4.595/64 relativos à enumeração presente nos incisos do art. 192 da Constituição de 88 têm status de lei complementar, excluindo-se, assim, a disciplina da defesa da concorrência, prevista no art. 173, § 4º, da Constituição.

17. Afirma-se, então, que, para ilustrar esse raciocínio, o Dr. Gesner Oliveira, no estudo analisado, menciona acórdão do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, que estendeu aos servidores do Banco Central o regime jurídico único, afastando a aplicação do art. 52 da Lei nº 4.595/64, por ter sido recepcionado como lei ordinária, vez que sua matéria não se inclui no art. 192, IV, da Constituição de 88.

18. Para refutar esse entendimento, argumenta-se que, em primeiro lugar, não é somente a matéria exaustivamente prevista nos incisos do art. 192 da Constituição que compõe a disciplina do sistema financeiro nacional, uma vez que a lista constante do referido artigo é exemplificativa e não taxativa. E, em segundo lugar, que é equivocada a conclusão de que as atribuições do Banco Central não se encontram nesse rol.

19. Quanto à primeira refutação, aduz-se que não conflita ela com o mencionado acórdão do STF, uma vez que não parece adequado admitir que o regime jurídico aplicável aos servidores do Banco Central constitua matéria ínsita ao sistema financeiro nacional. Quanto à segunda refutação, afirma-se que as atribuições do Banco Central são, sim, matéria de lei complementar, não só por ser essencial à regulação daquele sistema, mas por expressa disposição do art. 192, IV, da Constituição.

20. Prosseguindo, assevera-se que o art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 trata, indubitavelmente, de uma atribuição do Banco Central, qual seja a de regular “as condições da concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos”, concluindo-se: “Tal fato corrobora a proposição inicial, que pugna pela competência do Banco Central para a análise de atos de concentração de instituições financeiras, por força do status de lei complementar da norma que a estabelece, sendo certo que não poderia – como não foi – revogada pela Lei ordinária nº 8.884/94”.

21. Finalizando essas considerações, o Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central aduz que a edição da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, robustece os argumentos ali lançados, ao deferir ao Banco Central não apenas a análise de atos de concentração de instituições financeiras, mas, muito mais que isso, o poder de determinar transferência de controle acionário, capitalização com aporte de novos recursos e reorganizações societárias, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão, transcrevendo o art. 5º da referida lei.

22. Após essa transcrição, afirma-se:

“Tal artigo sobreleva a intenção do legislador de deferir ao Banco Central a responsabilidade de coordenar os atos de concentração de instituições a ele submetidas. Se, por disposição expressa de lei, o Banco Central pode, ex-officio, determinar atos de concentração, que se dirá de aprová-los mediante provocação dos interessados?

Ressalte-se que, com essa conclusão, não se exclui o setor financeiro da defesa da concorrência, mas tão-somente se atribui à autoridade reguladora – Banco Central – o papel de analisar o aspecto concorrencial dos atos de concentração, sopesando o potencial dano à concorrência e a eficácia do sistema financeiro, para a qual a existência de um mercado competitivo e, sem dúvida, essencial.”

23. Ao final, à guisa de conclusões, volta-se a falar na superioridade hierárquica da Lei nº 4.595/64 em relação à Lei nº 8.888/94, bem como da qualidade de específica, da primeira, e de geral, da segunda.

24. Além disso, ressalta-se que “a atual controvérsia relativa à competência das duas Autarquias tem gerado uma injustificável insegurança jurídica, que prejudica os esforços para o aperfeiçoamento do controle dos atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional e protela a efetiva aplicação dos mecanismos existentes”. Referindo-se a manifestações do **CADE**, proferidas em processos que apreciaram atos de concentração praticados no âmbito do sistema financeiro, em desacordo com entendimentos travados entre as duas autarquias, que se somariam à insegurança jurídica antes apontada, afirma-se ser urgente a necessidade de se dirimir o aparente conflito de competências entre o **CADE** e o Banco Central.

25. Encerra-se o Parecer com a sugestão de que seja formulada consulta ao Advogado-Geral da União para, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, solucionar a controvérsia, para determinar a qual delas – **CADE** ou Banco Central – cabe a competência para a análise de atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

26. Ressalte-se que foi dado relevo ao Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, inclusive quanto às refutações ao estudo do Dr. Gesner Oliveira, tendo em vista que os pareceres da Procuradoria-Geral do **CADE** e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça fundamentam-se, no essencial, no mesmo estudo.

27. De fato, o Parecer CJ nº 213/2000, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e o Parecer nº 876/2000, da Procuradoria do **CADE**, dividem a questão, fazendo distinção entre o controle preventivo de concentração de instituições financeiras e o controle repressivo de condutas infrativas à ordem econômica praticadas por instituições financeiras, concluindo que, quanto à análise dos atos e contratos (caráter preventivo), são complementares as competências do **CADE** e do Banco Central e que, quanto aos aspectos de condutas (caráter repressivo), a competência é exclusiva do **CADE**.

28. No que tange à fundamentação dessa conclusão, ambos os pareceres lançam mão do estudo do Dr. Gesner Oliveira, já referido na alínea b do item 4 deste. Nesse longo e percuciente estudo, que trata da Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário, faz-se, inicialmente, uma resenha dos modelos possíveis de interação entre a Autoridade de Defesa da Concorrência e o Órgão Regulador, passando, em seguida, a examinar os critérios para a escolha de desenho institucional ótimo no setor bancário.

29. Após isso, examina-se a aplicabilidade da Lei nº 8.884/94 ao Setor Bancário. Com esse objetivo, discorre-se sobre o fenômeno da recepção constitucional da Lei nº 4.595/64, concluindo que a norma de conteúdo concorrencial prevista na Lei nº 4.595/64 tem natureza ordinária.

30. Em prosseguimento, e finalizando esse tópico, trata o mencionado estudo da harmonização sistêmica entre as normas concorrenciais da Lei nº 4.595/64 e da Lei nº 8.884/94.

31. Após isso, tecem-se considerações sobre os aspectos econômicos da defesa da concorrência no setor bancário e sobre as condutas e os atos e contratos do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

32. Finalmente, trata-se das adaptações na regulamentação da Lei nº 8.884/94, visando sua aplicação ao setor bancário.

33. Cabe observar que o Parecer nº 876/2000, da Procuradoria do **CADE**, antes das conclusões e após referir-se aos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, relativos a condutas que representam infração à ordem econômica, imagina caso em que haveria infração à ordem econômica, de acordo com essa lei, mas que a lei que regulamenta a atuação do Banco Central não san-

ciona tal conduta, bem como também não delega competência a essa autarquia para aplicar a Lei nº 8.884/94. E após indagar se tal agente poderia ficar imune à aplicação de sanção, e responder negativamente, e voltar a dizer que na legislação que regulamenta a atuação do Banco Central não existem dispositivos que possam coibir tais práticas, conclui que, “portanto, mais uma vez, fica claro que a competência do **CADE** é inequívoca, devendo atuar para restabelecer a livre concorrência, punindo o transgressor”.

34. O mérito da questão, porém, encontra-se no já citado estudo do Dr. Gesner Oliveira, no Capítulo 2, integralmente transcrito no Parecer da Procuradoria do **CADE**. Aí, após referência à Lei nº 4.595/64, em especial ao seu art. 18, § 2º, examina-se, como já se disse, o fenômeno da recepção constitucional, transcrevendo-se o art. 192 da Constituição de 88 e dizendo da natureza de lei complementar da lei reguladora desse artigo, completando que não cabe à lei complementar regular matérias não expressamente inseridas no âmbito de competência da referida espécie normativa.

35. Trata, a seguir, o estudo da natureza ordinária da norma de conteúdo concorrencial prevista na lei 4.595/64. Começa dizendo: “Cumpre, portanto, analisar a Lei nº 4.595/64 do ponto de vista de seus conteúdos normativos, a fim de se identificar quais normas teriam sido recepcionadas com o status de lei complementar, e quais com o status de lei ordinária”.

36. Passa-se, então, a aludir-se ao art. 52 da citada lei, referente ao quadro de servidores do Banco Central, bem como à Lei nº 8.112/90, que regulamentou o art. 39 da Constituição Federal, instituindo o regime jurídico único dos servidores públicos. Após tecer algumas considerações sobre esse assunto, invoca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449/DF, relatada pelo eminente Ministro Carlos Velloso, na qual ficou assentado que “as normas da Lei nº 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no artigo 192, IV, da Constituição”. E, ainda, que “o art. 251 da Lei nº 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional”.

37. A partir dessa referência, em que se teria validado o entendimento de que a Lei nº 4.595/64, embora recepcionada como lei complementar, conteria dispositivos que foram recebidos como de lei ordinária, reporta-se ao art. 173, § 4º da Constituição, que prevê que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

38. E conclui-se: “Assim sendo, o dispositivo da Lei nº 4.595/64 que trata da regulação pelo Banco Central do Brasil das condições de concorrência

entre instituições financeiras passou a deter status de lei ordinária, conforme determinação da lei maior ”.

39. Disserta-se, em seguida, sobre a natureza especial da norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 e da natureza geral da norma do art. 15 da Lei nº 8.884/94, examinando-se a possibilidade de a lei geral posterior revogar a lei especial anterior, citando-se doutrina relativa a essa questão, para concluir que “os conteúdos normativos da Lei nº 8.884/94 e do art. 18, § 2º da Lei nº 4.595/64 não são incompatíveis. ”

40. Afirma-se, então, que esses dispositivos “admitem convivência pacífica no ordenamento jurídico por tratarem da defesa da concorrência, de forma geral e específica, respectivamente. ”

41. A partir daí, assevera-se: “As tarefas do Banco Central assemelham-se às de um órgão regulador, responsável pela regulação técnica e pela observância das regras de defesa da concorrência no setor, devendo proceder à investigação de práticas que possam ser consideradas infrativas à ordem econômica.

Do mesmo modo, deverá o Banco Central, proceder à autorização de qualquer transferência societária. E para cumprimento dessa tarefa, deverá o Banco Central atentar para os efeitos de tais transferências, aquisições e fusões sobre a concorrência, elaborando parecer técnico sobre o assunto.

As funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica assemelham-se à de um Tribunal Administrativo que, de modo independente, procede ao julgamento administrativo dos processos que visem apurar dano à concorrência, bem como aqueles que visem a aprovação de ato de concentração econômica. ”

42. E conclui-se: “Respeitando a natureza jurídica e o âmbito de competência legal de cada entidade, ao Banco Central caberá instruir os processos administrativos visando a apuração de conduta infrativa à ordem econômica, bem como emitir parecer legal acerca dos efeitos – de determinada fusão ou aquisição – sobre a defesa da concorrência. Ao **CADE**, por sua vez, caberá apreciar, como instância decisória administrativa, os processos instaurados pelo Banco Central, bem como os requerimentos de aprovação de ato ou contrato previsto no artigo 54 da Lei nº 8.884/94. ”

43. Como se pode facilmente verificar, o estudo do Dr. Gesner Oliveira acaba por reduzir a competência do Banco Central – no que tange aos atos de concentração e à apuração de conduta infrativa à ordem econômica – à instrução de processos e emissão de parecer legal. Isso se torna ainda mais evidente quando, no Capítulo 5 do estudo, se procura formular uma arquitetura

ra compatível com a noção de sistema de competências complementares, trazendo-se à colocação a atual interação entre o **CADE** e ANATEL.

III – O CERNE DA CONTROVÉRSIA

44. Como se disse no item 7 deste, o cerne da controvérsia levantada pelo Banco Central do Brasil diz respeito, unicamente, à definição de competência para a análise e a aprovação de atos de concentração de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ou seja, se essa competência é exclusivamente do Banco Central ou do **CADE**, ou, ainda, se é de ambos, de maneira complementar.

45. É apenas sobre esse específico assunto que se refere a correspondência PRESI-2000, de 18/10/2000, do Senhor Presidente do Banco Central, reportada pelo Aviso nº 613/MF, do Senhor Ministro de Estado da Fazenda, bem como o Parecer/2000/00762/DEJUR/PRIRE, da Procuradoria-Geral do Banco Central.

46. Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e da Procuradoria do **CADE** ultrapassam esse tema, em busca de um amplo exame da legislação da concorrência, fugindo, portanto, do âmbito da consulta de Ministério da Fazenda.

47. Por outro lado, o estudo do Dr. Gesner de Oliveira, em que se basearam os pareceres referidos no item anterior, é de grande amplitude, preocupando-se com a pesquisa do modelo ótimo de convivência entre o órgão regulador de determinado setor da econômica e a autoridade encarregada do controle da concorrência. Essa investigação, embora importante, pertence à fase pré-legislativa. Além disso, como se pode verificar do mencionado estudo, resta clara a necessidade de se adaptar a legislação para chegar-se ao modelo ótimo pretendido.

48. Não cabe, aqui, examinar qual o melhor modelo de convivência aludido no item anterior, uma vez que se trata, como se disse, de matéria que pertence à fase pré-legislativa. O que incumbe analisar é qual o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Além disso, o exame deve restringir-se ao objeto da consulta, ou seja, à competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Isso é o que será feito no tópico seguinte.

IV – A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

49. Ressalte-se, de início, que o conflito entre as posições do Banco Central e do **CADE** não é aparente, mas sim real. De fato, a Procuradoria-Geral do Banco Central, em seu parecer, conclui pela competência privativa do Banco para análise e aprovação dos atos de concentração no âmbito das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Os que defendem a competência do **CADE** é que falam em competência complementar, quando se trata de controle preventivo, e de competência exclusiva do **CADE**, quando se cuida do controle repressivo.

50. Reduzida a controvérsia a suas devidas proporções, como definido no anterior item 48, parece evidente que correto é o entendimento da Procuradoria-Geral do Banco Central.

51. O caput do art. 192 da Constituição Federal de 1988, após dispor que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por lei complementar, relaciona, em lista exemplificativa, como se depreende da expressão inclusive, algumas matérias que deverão constar dessa lei.

52. No inciso IV, inclui, entre essas matérias, “a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas.” (grifou-se). Desse modo, é inequívoco que as disposições da Lei nº 4.595/64, que se referem a atribuições do Banco Central e das demais instituições financeiras, foram recepcionadas com a eficácia de lei complementar, somente podendo ser alteradas por lei de igual hierarquia.

53. Não pode haver dúvida de que as matérias elencadas no art. 10 da Lei nº 4.595/64, como de competência privativa do Banco Central, têm essa natureza. Entre elas, para o que aqui interessa, anotem-se:

a) exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (inciso IX);

b) conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (inciso X, C);

c) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário (inciso X, G).

54. Por seu turno, o art. 18 da Lei nº 4.595/64, após voltar a afirmar que as instituições financeiras somente poderão funcionar mediante prévia autorização do Banco Central ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras, elenca, no § 1º, as pessoas físicas ou jurídicas subordinadas à referida lei, algumas plenamente, outras, no que for aplicável.

55. Já o § 2º do mesmo art. 18 estabelece: “O Banco Central 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. ” (grifou-se).

56. Também não pode haver dúvida de que o transcrito § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595/64 trata da atribuição do Banco Central e, como tal, foi recepcionado pela Constituição de 88 com eficácia de lei complementar.

57. A invocação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449/DF, a que já se referiu, não tem o condão de legitimar entendimento em contrário. De fato, o regime jurídico do servidor do Banco Central nada tem a ver com o disposto no inciso IV do art. 192 da Constituição nem com o Sistema Financeiro Nacional. Por outro lado, o que realmente se decidiu naquela Ação foi que a regra do art. 251 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelecia que “enquanto não for editada a Lei Complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal, os servidores do Banco Central do Brasil continuarão regidos pela legislação em vigor à data da promulgação desta lei ” era inconstitucional por ser incompatível com o art. 39 da Constituição Federal.

58. Desse modo, a referência, na respectiva ementa, a que as normas da Lei nº 4.595/64, relativas ao pessoal do Banco Central, teriam sido recebidos como normas ordinárias e não como Lei Complementar, era desnecessária ao desate da questão. Isso porque, independentemente de serem recebidas como normas ordinárias ou como complementares, não seriam recebidas pela Constituição, cujo art. 39 dispôs de maneira diversa. No caso, seriam tidas por revogadas.

59. Também o fato de dispor o § 4º do art. 173 da Constituição que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros ” não tem a força e o sentido a ele emprestados pelos que defendem a competência do **CADE**.

60. De fato, tendo em vista que a mencionada disposição constitucional não determina que a matéria nela indicada seja regulada por lei complementar, tem-se como assentado que será veiculada por lei ordinária. Isso não significa, porém, que, com fundamento em outra norma constitucional, possa ou deva ela ser objeto de lei complementar. É precisamente isso o que ocorre com as matérias a que se referem os artigos 273, § 4º e 192 da Constituição.

61. No primeiro dispositivo, reservou-se à lei ordinária a competência para dispor, genericamente, sobre as matérias aí mencionadas. No segundo, tratando de um setor específico da economia, permitiu-se sua regulação por lei complementar.

62. Cabe, aqui, considerar a referência, feita no estudo do Dr. Gesner Oliveira, ao caso do relacionamento entre o **CADE** e a ANATEL. Esse é substancialmente diferente do existente entre o Banco Central e o **CADE**.

63. Em primeiro lugar, a regulação dos serviços de telecomunicações, em que se insere a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, como órgão regulador, é matéria de lei ordinária, por força do art. 21, inciso XI, da Constituição Federal. Assim, não se põe, no caso, o confronto entre lei complementar e lei ordinária.

64. Em segundo lugar, no que se refere à ANATEL, a lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, deu tratamento específico ao seu relacionamento com o **CADE**. Assim, o caput art. 7º da mencionada lei dispõe: “As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.”

65. Em prosseguimento, o § 1º do mesmo artigo subordina aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica os atos de concentração econômica no setor de telecomunicações e o § 2º estabelece que tais atos serão submetidos à apreciação do **CADE**, por meio do órgão regulador (ANATEL). Completa-se a regra com a identificação, no § 3º, de práticas que se consideram infração à ordem econômica.

66. Finalizando o esquema legal, o art. 19, inciso XIX, da mesma lei, inclui entre as competências da ANATEL a de “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **CADE**.” (Grifou-se).

67. Como se pode facilmente verificar, o tratamento dado à matéria relativa aos atos de concentração e à infração à ordem econômica na Lei nº 9.472/97 e na Lei nº 4.595/64 é bem diferente. Na primeira, são claras as regras de convívio entre a ANATEL e do **CADE** quanto às infrações à ordem econômica.

68. Ressalte-se, por oportuno, que esse tratamento constitui uma opção do legislador, uma vez que a Lei nº 9.472/97 poderia, sem qualquer eiva de inconstitucionalidade, ter deferido tal competência exclusivamente à ANATEL, uma vez que o § 4º do art. 173 da Constituição não proíbe que a competência para o exame das matérias a que ele se refere seja outorgada a mais de um órgão.

69. Já a Lei nº 4.595/64, como já se viu, deu essa competência integralmente ao Banco Central. Essa conclusão, como acertadamente afirma o

Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, fica robustecida pela Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, lei ordinária e posterior à Lei nº 8.884/94, na qual se confere ao Banco Central competência para, ex-officio, determinar atos de concentração no setor. (vide itens 21 e 22 deste Parecer). Ainda sobre esse aspecto, assinale-se que o § 1º do art. 10 da Lei nº 4.595/64 prevê que o Banco Central do Brasil, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, estudará os pedidos que lhe sejam formulados, e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público. Observe-se que a referência, no citado parágrafo, ao inciso IX do artigo deve ser entendida como ao inciso X, que trata das autorizações, tendo em vista a renumeração de incisos feita pela Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Vê-se, portanto, que o Banco Central, no que toca às instituições financeiras, tem poderes de certo modo análogos aos conferidos, pela Lei nº 8.884/94, ao CADE, nos casos de sua competência.

70. Cabe, finalmente, examinar o argumento do Parecer da Procuradoria do CADE, referido no item 33 deste Parecer, em que se alega que condutas que representam infração à ordem econômica ficariam imunes a sanção, uma vez que a lei que regulamenta a atuação do Banco Central não sancionaria tais condutas e que não há delegação de competência ao Banco Central para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94.

71. O argumento é procedente apenas em parte. De fato, não há, no caso do Banco Central, delegação de competência para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94, ao contrário do que ocorre com a ANATEL, como se viu. No entanto, esse fato não impede que o Banco Central aplique penalidades às instituições integrantes do sistema financeiro nacional por infração às regras da concorrência.

72. Como se pode observar, da leitura do § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595/64, foi atribuída competência ao Banco Central, no exercício da fiscalização que lhe compete por força do IX do art. 10, para regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com aplicação da pena nos termos da mesma lei.

73. Observe-se, em primeiro lugar, que essa atribuição foi atrelada a outra privativa do Banco Central, a de fiscalizar. Em segundo lugar, não se atribui ao Banco uma faculdade, mas sim uma obrigação. A regra é, claramente, mandatória.

74. Cabe, portanto, verificar se a Lei nº 4.595/64 fornece os elementos necessários para que tal atribuição possa ser exercida. Parece claro que sim. De fato, embora, repita-se, o Banco Central não tenha competência para

aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94, a Lei nº 4.595/64 prevê penalidades, inclusive para o caso de abusos de concorrência.

75. O art. 44 da Lei nº 4.595/64 prevê as penalidades aplicáveis a instituições financeiras e a pessoas físicas a elas ligadas, penalidades essas que vão desde a advertência, passando por multa pecuniária variável, pela suspensão do exercício de cargos, pela inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção das instituições financeiras, pela cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas, chegando a penas de detenção e reclusão.

76. No § 1º desse art. 44, trata-se da pena de advertência. No § 2º cuida-se da pena de multa, sendo que em sua alínea b inclui-se, expressamente, os casos de abusos de concorrência. O § 3º trata de recolhimento e cobrança dessas multas.

77. Já o § 4º cuida da aplicação das penalidades de suspensão do exercício de cargos e de inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos, dizendo que essas penalidades serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando da reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

78. Finalmente, no que aqui interessa, o § 9º estabelece que a pena de cassação, referida no inciso V do artigo, será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com as penas previstas nos incisos III e IV do art. 44.

79. Como se pode observar, a infração às regras da concorrência pode ensejar desde a aplicação de multa, em um primeiro caso, passando, se houver reincidência, pela suspensão do exercício de cargo, pela inabilitação temporária ou permanente para esse exercício, chegando até à cassação de autorização da instituição financeira.

80. Desse modo, não parece razoável afirmar-se que, pelo fato de não dispor o Banco Central de competência para aplicar as penalidades previstas na Lei nº 8.884/94, infrações à concorrência ficariam imunes a penalidades. Como se viu, a Lei nº 4.595/64 prevê, para esses casos, penalidades bastante graves.

81. Observe-se, ainda quanto a esse aspecto, que o Banco Central, tendo em vista a competência genérica que lhe é atribuída pelo § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595/64 de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, tem ampla margem de discricionariedade para identificar os casos

de infração às regras de concorrência do setor, podendo editar regras próprias ou valer-se de critérios constantes de outras leis, inclusive da Lei nº 8.884/94.

82. Ressalte-se, finalmente, que, conforme assinalado no item 5 , o presente Parecer foi inicialmente elaborado sem a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por se entender que ela seria importante para caracterizar, formalmente, a controvérsia, mas que as peças constantes do processo eram suficientes para o exame da questão submetida a esta Instituição. Desse modo, o Parecer fora concluído em 7 de fevereiro do corrente ano e encaminhado ao Senhor Advogado-Geral da União.

83. Em 27 de março corrente, voltou o processo a minha apreciação, por despacho da Senhora Secretária-Geral de Consultoria, de ordem do Senhor Advogado-Geral da União, tendo em vista o Ofício nº 140/GMF, de 22 último, que encaminhou o PARECER PGFN/CAJ/Nº 491/2001, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

84. Começa o mencionado Parecer esclarecendo sobre o encaminhamento da matéria à PGFN, enfatizando que esse órgão, até o recebimento de Ofício da Chefia de Gabinete do Advogado-Geral da União, não tinha conhecimento dos fatos antes relatados (I). Em prosseguimento (inciso II), cuida dos fatos relacionados com as divergências entre o CADE e o Banco Central. Após, resumem-se os fundamentos jurídicos dessas divergências (inciso III).

85. Neste inciso III, afirma-se que o Banco Central agiu indevida e apressadamente no encaminhamento da matéria à AGU, por três razões, que especifica: a falta de manifestação obrigatória da PGFN; o tratamento conflitivo dado à matéria sem razão; e ausência, em processos administrativos do Banco Central, de elemento que objetiva e efetivamente caracterizasse, concretamente, conflito jurídico interpretativo ente o Banco Central e o CADE (item 10).

86. Em seguida, porém, anota-se a existência de efetivo conflito, entre as mencionadas entidades, em sessão deliberativa do CADE de janeiro de 2001, o que levaria, agora sim, ao exame da matéria (itens 11 e 12).

87. Passa-se, então, à análise da matéria (inciso IV). Transcrevem-se, inicialmente, disposições constitucionais (arts. 170, caput e inciso IV; 173, caput e § 4º e 192, caput , incisos I a IV e § 1º), bem como o art. 18, caput e § 2º da Lei nº 4.595/64, e vários dispositivos da Lei nº 8.884/94, referentes aos seus arts. 14 e 54 .

88. Após isso, afirma-se que a matéria pode ser juridicamente considerada sob dois enfoques diversos: o legal (infraconstitucional) e o constitucional , examinando cada um deles. Do exame do primeiro (infraconstitucional) acaba por concluir que “ no campo estritamente legal assistiria razão ao

posicionamento interpretativo defendido pelo **CADE**, no sentido de que suas competências previstas na Lei nº 8.884/94 abrangeriam as situações envolvendo instituições financeiras e dar-se-iam sem prejuízo ao pleno exercício pelo BACEN da competência que lhe foi outorgada pela Lei nº 4.595/64 ” (final da p. 12 e início de p. 13).

89. Já sob o ponto de vista constitucional (p. 13/16), são citados os arts. 170, IV; 173, § 4º; 174, caput e 192, I a IV e § 1º da Constituição, para concluir: “ Deste conjunto normativo resulta, a nosso sentir, que a regulação e a fiscalização de matéria concorrencial no âmbito do sistema financeiro nacional está diretamente relacionada aos temas expressamente consignados pelo art. 192 da Constituição como atinentes à disciplina pela legislação complementar ali referida ”, dando as razões desse entendimento (p. 15/16).

90. Afirma-se, então, que “ não sendo a Lei nº 8.884/94 de hierarquia complementar, como exigido pelo art. 192 da Constituição, e até a eventual edição da referida lei complementar, a matéria submete-se à disciplina do diploma legal que no particular foi recepcionada pela Constituição de 1988, à vista de sua compatibilidade material com as exigências da Lei Maior ” (p. 16).

91. Alega-se, em seguida, que não cabe falar em inconstitucionalidade, total ou parcial, da Lei nº 8.884/94, mas que se trata, apenas, de uma “ interpretação conforme ”, para o fim de se excluir a matéria concorrencial diretamente relacionada aos temas do sistema financeiro nacional, naquilo em que contemplados no art. 192 da Constituição de 88, terminando por afirmar, ainda sob esse aspecto, não existir qualquer incompatibilidade entre o que determina o art. 54, § 10, da Lei nº 8.884/94 e as normas do art. 192 da Constituição ou dos arts. 10, IX, c e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, “ pois a simples comunicação das operações não importa regulação no sistema financeiro nacional e nem atinge a esfera de competência do BACEN ” (p. 16).

92. Chega-se, finalmente, às conclusões (p. 16/18), em que, no item 16, se faz uma síntese do que restou demonstrado ao longo do inciso IV, reafirmando-se, na alínea c (p. 17) que sob a perspectiva constitucional assiste razão ao BACEN, o que é repisado na alínea d.

93. Como se pode verificar, ao dar razão ao entendimento do Banco Central, no que tange ao aspecto constitucional, o Parecer da PGFN encontra-se na mesma linha do presente Parecer, especialmente quanto aos itens 51 a 58 deste. Observe-se, ainda, que não entra ele em choque com os demais itens deste Parecer, por não haver examinado as questões que este analisou.

94. Cabe ressaltar, por último, ainda quanto ao Parecer da PGFN, que no item 17, que o encerra, sugere-se “ que a matéria seja solucionada não através de interpretação conclusiva e vinculante da AGU, como proposto pelo BACEN, mas sim através de dispositivo legal – por exemplo, novo parágrafo ao art. 54 da Lei nº 8.884/94 - que, referindo-se ao art. 18, § 2º da Lei nº 4.595/64 (de forma a ressaltar a natureza interpretativa da disposição), esclareça que a competência na matéria é do BACEN, sem prejuízo (a) à manutenção da obrigação de informação ao **CADE**, exclusivamente para fins de registro e acompanhamento dos efeitos externos ao sistema financeiro nacional, dos atos a que se refere o art. 54 da Lei nº 8.884/94, e (b) do entendimento administrativo entre as entidades na forma do Convênio de Cooperação Técnica de 8.5.97, da Portaria Conjunta nº 1, de 9.2.99, ou de outros atos que venham a ser entre elas negociados . ”

95. Finalizando, no mesmo item 17, enumeram-se três razões pelas quais essa solução seria a mais adequada.

V – CONCLUSÃO

96. À vista de todo o exposto, parece-me lícito concluir, em síntese, que, 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 da Lei nº 4.595/64 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar .

98. Quanto à sugestão apresentada no final do Parecer da PGFN, a que se referiu no item 94 deste, parece-me, em princípio, viável como medida para evitar futuros conflitos ou a continuação dos atuais. No entanto, sua adoção constitui matéria de conveniência a ser examinada pelas autoridades superiores, às quais compete igualmente analisar as razões referidas no item 95 deste.

É o parecer, que submeto ao elevado crivo do Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 28 de março de 2001.
LUIZ ALBERTO DA SILVA
Consultor da União
P2142Lam

PARECER: GM - 020

NOTA : A respeito deste parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. ” Em 05-4-2001. Publicado na íntegra no Diário Oficial nº 80-E, de 25 de abril de 2001, p.13.