



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE ECONOMIA
MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE
GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS ECONÔMICAS

Atuação e Limites do CADE no Setor Bancário **Uma Análise da Defesa Concorrencial Bancária entre 2000 e 2009**

Diego José Ferreira de Medeiros
e-mail: dj@ufrj.br
DRE: 103134061

Orientador: Prof. Luiz Carlos Delorme Prado
e-mail: lcd@gmail.com

Julho - 2010

*Dedico este trabalho aos meus pais, meus irmãos,
meus amigos e aos homens e mulheres com espírito
público que almejam um país menos desigual.*

RESUMO

A concentração bancária, inserida no contexto pós-Plano Real e de crises financeiras, ganha cada vez maior destaque, em especial pelo conflito que a Defesa da Concorrência no setor bancário possa gerar entre a autoridade antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e a agência setorial reguladora, o Banco Central do Brasil (Bacen). A relevância deste trabalho se dá pela preocupação da legislação brasileira, sobretudo da Constituição Federal de 1988, em se preservar a concorrência entre empresas, cujo objetivo é defender o bem-estar da população e preservar os interesses coletivos.

Dessa forma, existe uma clara política de Estado que visa a combater a cartelização de empresas, o aumento abusivo de preços e as práticas predatórias de mercado. Especificamente no setor bancário, estes aspectos são materializados pelo aumento de tarifas, a escassez e o alto custo do crédito em nosso país.

É preciso, também, entender as premissas que norteiam o Direito Concorrencial. Desse modo, são estudadas três das principais correntes teóricas, o paradigma neoclássico, a Escola de Havard e a Escola de Chicago.

Além disso, este trabalho se propõe a discutir aspectos econômicos inerentes ao tema, incluindo as barreiras à entrada, o risco sistêmico e as crises de contágio que embasam argumentos contrários à Defesa da Concorrência no setor bancário. Ou seja, são pontos que sustentariam uma isenção antitruste, em que os bancos só seriam supervisionados pela agência reguladora, e o órgão de Defesa da Concorrência não teria função punitiva. Desse modo, é imprescindível uma modelagem específica de interação entre os dois órgãos da Administração Pública Federal.

Com isso, o ordenamento jurídico deve se voltar para a resolução de conflitos de competência entre a Lei 4.595/64, que cria o Bacen, e a Lei 8.884/94, que normatiza as funções do CADE. Por sua vez, os teóricos da área jurídico-econômica devem oferecer opções de interação entre as duas instituições, de modo que haja eficiência na análise de atos de concentração, e de modo que se preserve o interesse coletivo, objeto do artigo 173 da CF, sem que haja uma burocratização excessiva de processos que limite e anule quaisquer efeitos benéficos ao bem-estar geral.

PALAVRAS CHAVE: Defesa da Concorrência; setor bancário; regulação; antitruste; Direito Concorrencial; competências complementares; Sistema Financeiro Nacional; conflito de competências; concentração bancária; autarquias federais.

Lista de abreviaturas e siglas

AGU – Advocacia Geral da União

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

C0 / C1 – Custos no momento inicial e no momento posterior

Cosif – Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional

CF – Constituição Federal de 1988

CMN - Conselho Monetário Nacional

DV – depósitos à vista

ECD – Modelo Estrutura-Condução-Desempenho

FGC - Fundo Garantidor de Créditos

IF – instituições financeiras

IFM - instituições financeiras monetárias

Proer - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional

Proes - Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária

P0 / P1 – Preços no momento inicial e no momento posterior

Q0 / Q1 – Produção no momento inicial e no momento posterior

SDE – Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça

Seae - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

SFN - Sistema Financeiro Nacional

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
CAP. 1 - TEORIAS DA CONCORRÊNCIA	8
1.1) PARADIGMA NEOCLÁSSICO DE LIVRE CONCORRÊNCIA	9
1.2) ESCOLA DE HARVARD: ESTRUTURA CONDUTA DESEMPENHO (ECD).....	11
1.3) ESCOLA DE CHICAGO	13
CAP. 2 – PRIMÓRDIOS DA LEI ANTITRUSTE	17
2.1) LIBERALISMO.....	17
2.2) A ASCENSÃO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL NO PÓS-GUERRA	17
2.3) SHERMAN ACT NOS ESTADOS UNIDOS	18
2.4) A LEI ANTITRUSTE NO BRASIL E O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	20
CAP. 3 – REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO	23
3.1) EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL	23
3.2) ASPECTOS ECONÔMICOS	25
3.2.1) <i>Risco sistêmico</i>	26
3.2.2) <i>Taxa de juros e tarifas bancárias</i>	28
3.2.3) <i>Barreiras à entrada, contestabilidade e sunk costs</i>	30
3.2.4) <i>Concentração bancária nos anos 90</i>	31
3.3.5) <i>Fusões e aquisições recentes</i>	33
CAP. 4 - COMPETÊNCIAS CONFLITANTES ENTRE O CADE E O BANCO CENTRAL DO BRASIL	35
4.1) PROPOSTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	37
4.2) O DEBATE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	39
CAP 5 - ARRANJOS INSTITUCIONAIS DE INTERAÇÃO ENTRE O CADE E O BANCO CENTRAL	40
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45
ANEXO	48

Introdução

O novo ordenamento jurídico esculpido na Constituição Federal de 1988 trouxe consigo a preocupação do legislador com a preservação e defesa da concorrência. A livre concorrência tem sua proteção no art. 170, inciso IV, e a repressão ao abuso de poder econômico ganha força pelo art. 173, §4º. A percepção de Estado, a partir deste marco jurídico, passa por uma transformação, influenciada pelo contexto internacional, e surge a concepção de Estado Regulador, especificamente previsto no art. 174, que preparava o contexto político e econômico para as privatizações que surgiriam na década de 90.

As políticas de Estado passam a conter além da proteção concorrencial, direitos do consumidor, e passam a perseguir a maximização do bem-estar da população em geral. Em relação ao sistema bancário, a higidez e saúde deste segmento continuam como itens de especial relevância. No entanto, um sistema bancário forte, porém concentrado, pode levar a um custo econômico elevado, como, por exemplo, altas taxas de empréstimo, escassez de crédito e tarifas elevadas. Dessa forma, o setor bancário não cumpriria seu papel social de incentivar o desenvolvimento econômico, tampouco elevaria o bem-estar geral. Neste ponto, a proteção concorrencial se faz necessária para combater o protecionismo e a concentração no setor bancário.

No entanto, o início e a evolução do Direito Concorrencial no Brasil, cujo marco é a Lei 8.884/94, que positivou a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), trouxe consigo alguns problemas. Um deles, que é o foco deste trabalho, é a interação com a Lei 4.595/64, que cria o Banco Central do Brasil (Bacen), e que pertencia a um ordenamento jurídico anterior, dando-lhe competências e funções que vem provocando choques e conflitos na Administração Pública Federal. Mas não se busca centralizar as discussões na disputa jurídica de competências, pretende-se, também, investigar a defesa dos interesses coletivos sob o prisma econômico.

A proposta deste estudo é analisar a evolução do Direito Concorrencial no período pós-Plano Real até 2009, ressaltando os conflitos que surgiram no final da

década de 90 entre a agência reguladora do setor bancário, o Bacen, e o órgão antitruste, o CADE.

Deste modo, este trabalho busca retratar possíveis modelos de interação entre essas duas autarquias federais. Alguns elementos são utilizados para o presente estudo, como a evolução histórica das teorias econômicas que dão suporte à matéria, a mudança do cenário econômico em virtude da estabilização de preços e os problemas econômicos e jurídicos que decorrem dos desenhos institucionais propostos. Buscou-se analisar os pontos de vista de especialistas, legisladores e juristas, além de analisar dissertações, relatórios de pesquisa, votos dos conselheiros do CADE e projetos de lei no Senado Federal e na Câmara dos Deputados relativos a esta matéria.

No capítulo 1 serão estudadas três das principais teorias econômicas que dão suporte à concepção de concorrência: a Teoria Neoclássica, a Escola de Havard com seu modelo Estrutura, Conduta e Desempenho (ECD), e, por fim, a Escola de Chicago.

O capítulo 2 traz a discussão sobre o papel do Estado, a evolução de sua concepção e de suas áreas de atuação. Além disso, aborda a perspectiva histórica de defesa concorrencial nos Estados Unidos, e também retrata a evolução da Lei Antitruste no Brasil.

Já no capítulo 3 é discutido o papel da regulação no setor bancário. São abordados o papel do Bacen no arcabouço jurídico vigente, os conceitos econômicos imprescindíveis à compreensão da problemática, os processos de concentração nos anos 90, após o lançamento do Plano Real, e a tendência atual do segmento bancário.

O debate e conflitos jurídicos entre CADE e Bacen são estudados no capítulo 4, em que também são exemplificados alguns Projetos de Lei Complementar como solução do conflito de competências.

Por fim, o capítulo 5 é dedicado a analisar modelos de interação possíveis entre a autoridade antitruste (CADE) e a agência reguladora (Bacen).

Cap. 1 - Teorias da Concorrência

Este primeiro capítulo oferece suporte teórico ao presente trabalho, na medida em que as premissas, os modelos e os paradigmas aqui expostos são recorrentes nas decisões proferidas em plenário e nas manifestações materializadas pelos votos vogais dos relatores de processos do CADE. Foram escolhidas as principais teorias econômicas pertinentes ao presente estudo. Não tem caráter exaustivo, haja vista a pluralidade de escolas que se debruçaram a estudar os efeitos da concorrência – perfeita e imperfeita – nos preços, na maximização do bem-estar e na alocação de recursos escassos da economia.

Alguns desses pressupostos teóricos podem ser observados na própria Constituição Federal de 1988 (CF), cujos fundamentos basilares denotam a preocupação do legislador com o Direito Concorrencial¹ ao ditar os princípios da ação estatal. Ao CADE, cujo embasamento jurídico será estudado no capítulo 2, cabe seguir especificamente os mandamentos do art. 170, III e IV, art. 173, §§ 4º e 5º e o *caput* do art. 174 da CF.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III – função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade

¹ Por vezes referido como Direito Econômico, mas que, com tal denominação, elenca questões tributárias, fiscais, de economia popular, e outras não pertinentes a este estudo.

desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (Constituição Federal da República de 1988 atualizada até a EC n. 57, BRASIL, 2009)

Na Lei 8.884/94, doravante chamada Lei Antitruste, percebe-se a não obrigatoriedade da aplicação de sanções administrativas, pois, no contexto do Direito Concorrencial, as situações são específicas e contextualizadas. A aplicação jurídica *per se*, ou seja, a cominação indiscriminada dos ilícitos, como é no Código Penal, por exemplo, poderia trazer malefícios à sociedade. Neste aspecto, o que é ilícito em determinado caso pode não ser em outro. Além disso, um veto à fusão de empresas, impedindo a formação de um grande conglomerado pode levar à perda de eficiências, ou mesmo à diminuição de inovação, o que não é o objetivo do CADE, no espírito desta Carta Magna. Assim, as conclusões e os pareceres dos relatores dependerão de cada caso particular e dos instrumentos teóricos utilizados.

Neste primeiro momento, será abordada a teoria neoclássica, que defende que qualquer intervenção traria ineficiências ao mercado, ao passo que na Escola de Harvard e na Escola de Chicago, há o conceito de *workable competition*, ou seja, a concorrência pura deveria ser substituída por uma concorrência operacional, na medida em que o Estado agiria para preservar ganhos de eficiência em mercados monopolizados e oligopolizados. Eis as teorias.

1.1) Paradigma neoclássico de livre concorrência

Para a Escola Neoclássica, o valor de um bem deriva de sua escassez relativa e de sua utilidade. Defende-se o Liberalismo Econômico² e a ideia de mercado autorregulado, em que a força motriz do ser humano é a busca pelo desejo subjetivo próprio, o que cria forças de mercado que levam a uma situação de equilíbrio. Seus

² O Liberalismo voltará a ser estudado no próximo capítulo.

principais expoentes são William Jevons, Leon Walras, Vilfredo Pareto e Alfred Marshall.

A concorrência (perfeita) é vista não exatamente como um processo, mas como um conjunto de condições que garantem a total ausência de poder de mercado nas firmas. Há ausência de rivalidades entre elas, pois as empresas são *price takers*, e suas ações não influenciam as decisões das demais. O regime de *laissez-faire* implicaria no máximo de bem-estar social no sentido de Pareto³.

Para atingir os seus objetivos, o paradigma neoclássico se baseia em alguns pressupostos: atomismo e independência dos agentes, racionalidade maximizadora, informação perfeita, livre mobilidade dos agentes e dos recursos (ausência de barreiras à entrada) e homogeneidade dos produtos. Assim os pressupostos teóricos da concorrência perfeita eliminam a possibilidade de diferenciação, de economia de escala, de informação diferenciada, enfim qualquer fato que implique em outras estratégias de competição que não seja via preços entre os produtores. A visão do funcionamento da economia é baseada na obtenção do equilíbrio nessas situações de ausência de assimetrias, o que caracteriza essencialmente como estático o processo econômico. Por serem as economias de mercado autoajustáveis, qualquer intervenção estatal, incluindo a ação estatal de defesa da concorrência, seria contraproducente.

No entanto, com a crescente hegemonia de grandes empresas, grupos econômicos e *players* internacionais, a importância do modelo de concorrência perfeita passou a ser cada vez mais restrita ao seu papel ideológico de defesa do livre mercado. O próprio Marshall já previa benefícios, em termos de preços e quantidades, nos mercados monopolizados com rendimentos crescentes.

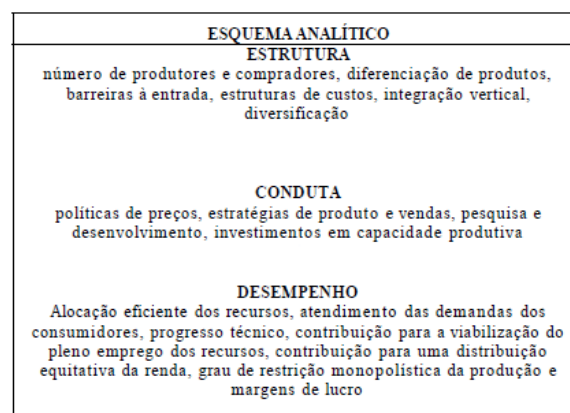
Mas onde isto pode ser feito [assumir que a firma individual é gerenciada com habilidade e iniciativa, e que tem acesso ilimitado ao capital], podemos geralmente concluir que a curva de oferta da mercadoria, se não monopolizada, apresentaria preços mais elevados do que aqueles da curva de oferta de monopólio; e, portanto, a quantidade da mercadoria produzida em equilíbrio sob concorrência livre seria inferior à que igualaria preço de demanda e de oferta de monopólio (MARSHALL, 1920, *apud* KERSTENETZKY, 2004, p. 378)

³ Ótimo de Pareto é quando, independentemente dos aspectos distributivos, nenhum agente pode melhorar sua situação, ou sua utilidade, sem prejudicar a de outrem.

Marshall observava uma prevalência das economias internas ante as externas. Em virtude do aprimoramento de técnicas, da ampliação das unidades produtivas, do desenvolvimento do mercado de capitais, favorecendo grandes aportes de recursos, e, com o advento das sociedades anônimas, formaram-se forças de propulsão do agigantamento das empresas no ambiente competitivo. Assim, segundo Kerstenetzky (2004), Marshall entendia que as tendências à monopolização são “passíveis de regulamentação com o objetivo de resguardar o interesse mais amplo da sociedade” (p. 378). Marshall analisa ainda o ciclo de vida das empresas, o processo de experiência e aprendizado, e, sobretudo, a ocorrência de externalidades, o que faz com que a concorrência isoladamente não produza efeitos maximizadores de bem-estar, de modo que, nestes casos, a atuação do Estado se justificaria. As conclusões obtidas por Marshall indicavam que o modelo de livre concorrência, por si só, não bastava para analisar o comportamento das empresas, sugerindo novos paradigmas a serem utilizados como instrumental teórico, como o modelo que será estudado a seguir.

1.2) Escola de Harvard: Estrutura Conduta Desempenho (ECD)

Devido à insuficiência teórica da teoria neoclássica, surgiu um modelo que buscou estabelecer relações entre a estrutura, a conduta e o desempenho (ECD) das empresas nos diferentes mercados, visando à determinação do grau de eficiência alocativa em cada um deles. Surge, então, o modelo ECD, teorizado por expoentes da Escola de Harvard como Joe Bain, Edward Mason e Paolo Sylos-Labini.



Fonte: FAGUNDES, 2004, p. 2

Na tradição neoclássica, a hipótese de "maximização da taxa de lucros", deveria ser substituída por "maximização das expectativas de taxa de lucros". Assim, as expectativas das firmas sobre o futuro seriam essenciais para a análise da concorrência não estática, mas sim dinâmica. Em suma, ao postular a existência e a unicidade de um equilíbrio de mercado, o método neoclássico se apoiava na premissa de maximização de alguma função objetivo como regra de conduta das empresas.

A adoção de hipóteses de condutas maximizadoras por parte das firmas implica:

- a) supor condições de acesso e processamento de informações muito mais amplas e menos onerosas do que pode se esperar na prática;
- b) condições de previsão do futuro muito mais certas que um mundo de incertezas é capaz de proporcionar. Além disso, a suposição de um comportamento maximizador por parte das firmas implica a introdução de uma temporalidade definida, pois o máximo de uma função só pode ser determinado para um período de tempo pré-determinado (KUPFER, 1992, p. 8)

A análise de Bain afirmava que as firmas entrantes decidiam baseadas na expectativa de lucros imediatamente após a entrada, o que limitaria a tomada de decisão das empresas. Assim, no longo prazo as firmas não conheceriam exatamente o valor do lucro a ser auferido, apenas haveria uma expectativa baseada em aproximações.

Na Escola Neoclássica se percebe um marco estático comparativo, com deslocamentos ao longo da curva de oferta e demanda, e não ao longo delas. Segundo Kupfer (1992), "essas condições estáveis (...) impõem limitações severas ao escopo das formulações daí derivadas" (p. 8). O que se defende é que o crescimento das firmas, objeto de análise dos órgãos antitruste, não pode ser analisado sob o prisma teórico neoclássico, uma vez que este se baseia apenas em análises estático comparativa.

Em contrapartida, Bain defendia uma relação sistemática e dinâmica entre estrutura do mercado, conduta e desempenho, pois, segundo ele, esses elementos eram

fundamentais para a análise da concorrência em determinado mercado, no estilo de um Duopólio de Cournot⁴.

Conduta era difícil de ser analisada: um modelo relacionando conduta com estrutura facilitava a política das autoridades antitrustes (dos EUA). A ideia era de que quando uma empresa tinha crescido de tal maneira a ter se beneficiado de todas as vantagens da economia de escala, ela não podia mais fazer economias pela redução de custo. Portanto, toda sua economia seria através do aumento de preço. (PRADO, 2008, p. 14)

Utiliza-se a ideia de *path dependence*, ou seja, em que o comportamento das empresas segue um padrão evolucionário não ergódico, ou não estocástico, pois são incapazes de serem independentes de sua evolução histórica. Em suma, baseiam-se em suas características evolutivas, e decorrem da natureza cumulativa do processo de aprendizado e inovação, incompatíveis com o arcabouço teórico neoclássico.

[Substituir-se-ia] a noção de equilíbrio pela de trajetórias de evolução, em enfatizar o papel da mudança tecnológica na conformação das estruturas de mercado e no processo de mudança estrutural ou na atribuição de papel ativo por parte das firmas na definição da direção dessas mudanças (KUPFER, 1992, p. 9).

Verdade é que este modelo idealizado por Bain influenciou a formulação da legislação antitruste americana, e pode ser vista como um referencial ainda preponderante nas abordagens da política de Defesa da Concorrência, haja vista, por exemplo, análises concorrenciais no sentido de privilegiar grandes *players* em determinados mercados, mas em outros não. Nesta situação, cabe ressaltar possíveis influências culturais, sociológicas, comportamentais ou políticas para a aceitação social de uma concentração excessiva em determinados mercados. É o que acontece, por exemplo, no mercado de cimento do Brasil, dominado por Votorantim, J. Santos, Cimpor e Camargo Corrêa, empresas atreladas a grandes financiamentos políticos.

1.3) Escola de Chicago

⁴ Este modelo pressupunha duas empresas duopolistas que estabeleceriam competição em termos de quantidade e hipoteticamente teriam linhas de reação em relação ao comportamento da outra. Na literatura econômica recente, tal modelo recebeu nova roupagem da Teoria dos Jogos, levando o nome de Equilíbrio de Cournot-Nash.

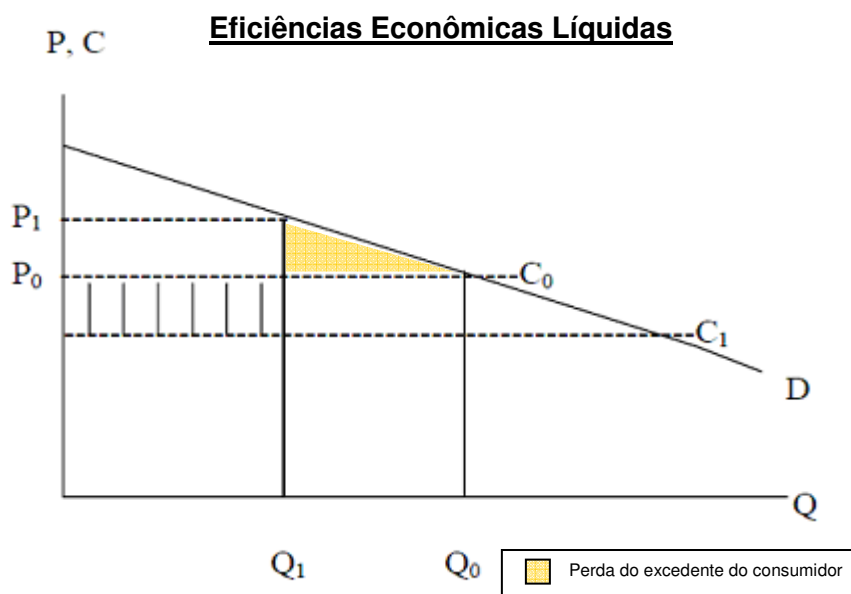
A última escola analisada neste capítulo é a Escola de Chicago, que teve como expoentes Milton Friedman, Richard Posner, Robert Bork e George Stigler, este último conhecido por sua Teoria Econômica da Regulação e sua Teoria da Captura do Regulador. Para este autor, um mercado funcionaria eficientemente se houvesse informação perfeita e se os preços fossem bem especificados. Ele defende ser um erro o tratamento subsidiário dado à competição. Para Stigler, é a própria característica do mercado que determina o tipo de competição a ser travada, relaxando a ideia neoclássica de concentração à medida que haja eficiência econômica e produção com menor custo.

As teorias da Escola de Chicago têm grande apelo político ideológico, pois colocam o consumidor como o grande beneficiário da legislação antitruste, uma vez que a função objetivo está na redução dos preços das mercadorias ofertadas. No entanto, ao aceitar a formação de grandes grupos em nome da eficiência, a linha da Escola de Chicago propicia muitas vezes a concentração do poder econômico. Em tal cenário, nem sempre a redução dos custos de produção será repassada aos preços dos produtos, pois o agente econômico poderoso tenderá a manter para si os ganhos obtidos. A influência de conceitos econômicos, no que ficou conhecido como a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*), base teórica da Escola de Chicago, elimina preocupações valorativas, tais como as questões de justiça distributiva. Também deixa de lado a preocupação com aspectos subjetivos do comportamento do consumidor não ligados diretamente ao preço.

A Escola de Chicago via com desconfiança a ação do Estado, e com preocupação o excesso de intervencionismo atribuído à Escola de Harvard. Esses teóricos enfatizavam seu compromisso com os valores econômicos, políticos e sociais do livre mercado e consideravam excessiva a intromissão feita em seu funcionamento pelas decisões das cortes norte-americanas na área antitruste. A concentração, para eles, não era indicação segura e suficiente para a conduta dos competidores em determinado mercado, ou seja, combatiam as formulações do modelo ECD. Segundo Possas (1995), “a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, (...) para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.” (p. 21).

Outro integrante desta corrente, Robert Bork (1978) considerava que a política antitruste trazia consigo um paradoxo, pois preservaria e combateria a concorrência ao

mesmo tempo, sempre preservando eficiências geradas em estruturas concentradas. Este ponto é crucial para o entendimento da desconsideração de ilicitude na análise de atos de concentração de empresas geradoras de eficiências, visto que implica na não aplicação *per se* da lei⁵. Bork ainda propunha uma análise do efeito líquido da comparação entre ganhos de eficiência e possíveis perdas reais de bem-estar geral decorrentes de comportamentos anticompetitivos. Estes ganhos de eficiência podem ser demonstrados no gráfico que segue, no qual P_0 é o preço inicial e Q_0 a produção inicial. O grau de competição é suficiente para forçar o preço para o custo marginal C_0 . Com um ato de concentração neste mercado, os custos produtivos se reduzem (em virtude, por exemplo, de economias de escala), mas aumenta o poder de mercado das empresas. Assim, o preço sobe para P_1 , o custo reduz-se para C_1 e o produto passa de Q_0 para Q_1 . Sendo P e C respectivamente o preço do bem e seu custo de produção no tempo 0 (antes da concentração) e 1 (pós-concentração).



O gráfico mostra uma redução no excedente do consumidor (em amarelo) devido ao aumento do preço e, por outro lado, o ganho para a sociedade (produtores e consumidores) da redução de custos, representado pela área hachurada. De modo que

⁵ Na Lei Antitruste há previsão da aplicação *per se* da lei em alguns casos, como combinação de preços e cartelização, que serão sempre considerados ilícitos, independentemente das empresas envolvidas e da situação em análise.

$\Delta P/P > 0$, $\Delta C/C < 0$ e $\Delta P/P < \Delta C/C$. Ou seja, a redução nos custos é maior que o aumento nos preços.

Os economistas da Escola de Chicago defendiam que os remédios estruturais aplicados pelas autoridades de Defesa da Concorrência eram inadequados, haja vista que a concentração, num processo dinâmico, foi o resultado das condições de custo das empresas, ou seja, das eficiências geradas no seu contexto histórico evolutivo.

A estrutura da indústria é o resultado das diferentes eficiências das firmas no tempo, uma vez que o objetivo final da política de competição é promover o bem-estar do consumidor, expresso pela eficiência, a intervenção do Estado podia ser contraprodutiva. Ou seja, a Escola de Harvard considerava que a concentração do mercado podia ser indício de colusão, a Escola de Chicago afirmava que era indício de eficiência. (PRADO, 2008, p.15)

Em suma, para os teóricos dessa corrente de pensamento, o único objetivo a ser perseguido pelas autoridades antitrustes seria no sentido de aumentar a eficiência alocativa de mercado, sem afetar a estrutura produtiva, de modo que o resultado no bem-estar agregado na economia fosse positivo ou, no mínimo, neutro.

Cap. 2 – Primórdios da Lei Antitruste

Para analisar a atuação do CADE no setor bancário é preciso estudar as origens do Direito Antitruste, as transformações dos paradigmas ideológicos e as mudanças na concepção de Estado.

2.1) Liberalismo

No Liberalismo, os indivíduos, movidos cada um pelos seus interesses em satisfazer suas necessidades, vão ao mercado demandar a melhor oferta de um bem desejado. Por sua vez, os produtores disputam as preferências desse consumidor. É esta busca individual que originaria a melhor organização social possível. A Teoria Clássica, com seu expoente Adam Smith e sua obra “A Riqueza das Nações”, defende que qualquer intervenção estatal seria desnecessária e contraproducente, restando ao Estado apenas a tutela da ordem e segurança públicas. Este é o cerne do paradigma da concorrência perfeita estudado no capítulo anterior. As condições necessárias a este modelo, como a existência de grande número de produtores do mesmo produto, grande número de consumidores, informação perfeita, homogeneidade dos produtos e inexistência de barreiras à entrada ou saída das empresas, são difíceis de serem constatadas no mundo real. Um cenário que contenha todas essas premissas é apenas fruto de especulações teóricas.

2.2) A ascensão do Estado do Bem-Estar Social no Pós-Guerra

Com a publicação da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda, John Keynes oferece alicerce teórico que defenderia a intervenção estatal como principal controlador da estabilidade econômica e propagador de avanço produtivo e social. Surgiria a concepção de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*).

[A viabilidade do *welfare* surge devido a] fatores materiais ou econômicos que se manifestaram nas seguintes formas: da generalização do paradigma fordista; da existência de um consenso suprapartidário em torno aos valores do crescimento e

do pleno emprego; de um consenso paralelo em torno às políticas keynesianas; da manutenção de um ritmo de crescimento econômico constante e sem precedentes na história capitalista; o que, por causa disso e por sua vez, permitiu ganhos fiscais crescentes que foram alocados por coalizões políticas socialmente orientadas, mesmo quando não fosse o caso de governos controlados diretamente pelos social-democratas (FIORI, 1999, pág. 4).

Assim, com o aumento da arrecadação, ampliaria-se a capacidade de o Estado estabelecer políticas industriais e econômicas para incentivar práticas privadas desejáveis. Do mesmo modo que tendências individuais incompatíveis com a realização de valores preconizados seriam combatidas.

Surge, em seguida, a concepção de regulação econômica e social, que em nossa CF de 1988 art. 170, estabelece como fundamento da ordem econômica a existência de uma justiça social. Decorre daí a concepção de Estado Regulador, que promoveria o bem-estar da população, confrontando a ideia de que o próprio mercado, através de suas leis e forças intrínsecas, chegaria a um ponto ótimo, como sustentado pelos clássicos.

2.3) Sherman Act nos Estados Unidos

Uma das mais embrionárias medidas de defesa da concorrência em âmbito internacional se deu nos Estados Unidos com a edição do *Sherman Act*, que delineava uma tensão entre as legislações estaduais norte-americanas (*State Action*), e as regras originadas do federalismo daquele país. A primeira agência regulatória surge em 1887, a *Interstate Commerce Commission (ICC)*, que regularia serviços interestaduais de transporte ferroviário. Neste momento, já havia a noção de que a livre competição não seria suficiente no setor especificado, além de as legislações estaduais, conflitantes entre si, não serem satisfatórias. Três anos mais tarde seria editado pelo Congresso norte-americano o *Sherman Act*, uma maneira de intervenção estatal que promoveria a concorrência, ainda que preservasse os monopólios e os oligopólios cujas economias de escala seriam destruídas pela concorrência. Em suma, era a disposição federal de se investigar e punir empresas e organizações que violassem esta lei, combatendo cartéis e os trustes, sinônimos de prática monopolística na época

de edição do *Sherman Act*. Hoje, os trustes se referem ao uso do poder de mercado para restringir produção, aumentar preços ou eliminar a concorrência.

Neste contexto, com as intervenções anticompetitivas dos estados e das legislações locais, alguns monopólios poderiam gerar maiores custos para os consumidores. Surge daí uma delicada interação entre a regulação direta, de ação local, e as regras antitrustes federais.

Ao mesmo tempo em que o processo de regulação tende a criar áreas de exceção antitruste, ou mesmo de inaplicação total de qualquer padrão competitivo, registra-se, em especial nas duas últimas décadas nos Estados Unidos, um processo de desregulação em que há uma retomada do ideal antitruste (NOVAIS, 2005, pág. 173)

Alguns casos de interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência não obtêm harmonia, e acabam por serem julgados na Suprema Corte. Este Pleno tem se pronunciado em decisões paradigmáticas que envolvem imunidade antitruste, avaliação da concorrência no setor em questão, e até a inaplicação total do ideal concorrencial.

No caso “Califórnia vs. *Federal Power Commission*, 369 U.S. 482” foi decidido que deveria haver uma interação entre as disposições antitruste e a estrutura regulatória do setor energético. As regras concorrenciais não poderiam ser afastadas quando não houvesse previsão legal para que a própria agência administrativa adjudique o conteúdo antitruste.

No setor bancário, o caso emblemático sobre interação de agência reguladora e órgão de defesa da concorrência é o “*United States vs. Philadelphia National Bank* (PNB), 374 U.S. 321”, julgado pela Suprema Corte em 1963. Este caso é de uma fusão entre o PNB e o banco estadual *Girard Trust Corn Exchange Bank* que foi aprovada pelo *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC) apesar de o parecer do *Federal Reserve System* (Fed) ter sido desfavorável.

A Corte Distrital decidiu pela imunidade antitruste do setor bancário, deferindo a operação.

(...) mesmo assumindo que o *Clayton Act* fosse aplicável, o mercado geográfico para análise da fusão não poderia ser a Região Metropolitana da Filadélfia, uma vez que o PNB e o Girard competiam ativamente com outras instituições na maior

parte do nordeste americano (...), não existia qualquer probabilidade razoável de que a competição bancária fosse diminuída naquela área em razão do processo de fusão, (...) a fusão não violaria a seção 1 do *Sherman Act*, (...) a fusão beneficiaria a Região Metropolitana da Filadélfia, com efeitos resultantes do ganho de escala pelas instituições (NOVAIS, 2005, pág. 189).

No entanto, na Suprema Corte, foi decidido que não havia indicação de tratamento especial ao setor bancário, uma vez que o Congresso não explicitou expressamente tal imunidade nos diversos textos legais que regem a matéria. Assim, foi anulada a fusão com base na Seção 7 do *Clayton Act*, pois o banco consolidado teria uma percentagem indevida do mercado relevante, no mínimo 30%, e concentraria 33% das instalações bancárias comerciais da região, reduzindo o potencial de competição naquela região.

O fato de os bancos comerciais norte-americanos estarem sujeitos a um alto grau de regulação governamental (incluindo as disposições do *Fed*), e por lidarem com serviços e créditos intangíveis, em vez de fabricar artigos corpóreos, não daria imunidade a este setor em relação a práticas anticompetitivas e concentração indevida.

Apesar do avanço jurídico nos Estados Unidos, este país vem sendo desafiado pela onda de fusões e aquisições do setor. Segundo Anthony Clark, do *Fed*, entre 1980 e 1998 ocorreram mais de 7 mil fusões aprovadas pelos reguladores bancários⁶.

2.4) A Lei Antitruste no Brasil e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A partir da constatação de que a livre iniciativa seria insuficiente para, por si só, garantir o perfeito funcionamento de mercado, surge a concepção de Estado estruturado como agente orientador, normatizador e fiscalizador da economia, ou seja, como um Estado Regulador. Assim, a política antitruste passa a fazer parte da agenda de políticas públicas. Com a CF de 1988 há um regramento de defesa da ordem econômica baseada no regime concorrencial e orientada por princípios de liberdade de iniciativa e de mercado (art. 170).

⁶ CADE/Asbace. Seminário Internacional sobre a Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário, p. 34.

Antes da edição da Lei 8.884/94, no período de 1937-1988 havia uma prevalência da defesa da economia popular, com a intervenção direta do Estado na economia, utilizando, inclusive, do controle de preços. No período de 1989-1994 se verificou a opção por uma abertura comercial e inserção do Brasil na economia mundial. Denotava-se, assim, a preparação para as posteriores privatizações da década de 90. A partir de 1994, com a edição da Lei Antitruste, prepondera a defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal. A Lei 4.137 de 1962, que criou o CADE, nunca chegou a ter papel relevante no combate a práticas anticoncorrenciais, e, até 1994, se tratava de órgão pouco operante sem nem mesmo natureza autárquica e efetividade de atuação.

O CADE surge então como última instância da esfera administrativa com poder de julgar processos de matéria concorrencial. À Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) cabem as funções de análise e investigação dos processos. O CADE, a SDE e a Seae, juntos, formam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

A atuação dos órgãos do SBDC se divide em três:

- a) preventiva, com o controle de estruturas de mercado e apreciação de fusões, aquisições e incorporações de empresas;
- b) repressiva, com o controle de condutas e práticas anticoncorrenciais, nas quais se inclui a cartelização de empresas; e
- c) educacional, através da difusão de uma cultura de concorrência.

Empresas com faturamento maior de R\$ 400 milhões estão sujeitas ao controle de estrutura, na forma de atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com possível dominação de mercados. O artigo 54 da Lei 8.884/94, no entanto, determina a aprovação de atos cujo objetivo seja aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou propiciar a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

No Brasil, a política antitruste enfrenta problemas ligados a *lobby* políticos, uma vez que mercados concentrados diminuem os custos de transação decorrentes da organização dos produtores que buscam ganhos oriundos da troca de favores via ação política. Em suma, um grupo menor e mais poderoso de produtores consegue obter maior influência sobre o Poder Executivo.

Clark (2000) aponta algumas deficiências do sistema de defesa concorrencial brasileiro como pouca coordenação e consolidação das funções das três instituições (CADE, SDE e Seae) e pouca ênfase na repressão a cartéis. Além disso, defende uma

maior atenção a possíveis casos de condutas anticompetitivas por parte de empresas recém privatizadas, potencialmente dominantes no âmbito das indústrias de rede, e defende a efetivação de uma equipe permanente para o CADE, uma vez que já existe previsão legal para tanto, observando que esta lacuna agrava os efeitos da alta rotatividade no conselho, e provoca falta de conhecimento institucional. Por fim, Clark aponta que é preciso promover a advocacia da concorrência, inclusive em outros segmentos do governo.

Outro aspecto imprescindível é a discussão sobre a natureza da legislação antitruste como política de Estado ou política de governo. Enquanto a primeira tem caráter permanente, ligada à ideia de funcionamento estrutural da economia, perpassando os governos de diversas colorações políticas que transitam pelo poder, a segunda tem caráter transitório, ligada às concepções de uma determinada política econômica.

A política de Estado estaria circunscrita na Constituição, em seu art. 170. Ideário estabelecido em sua evolução histórica e científica como a melhor forma de progresso econômico e bem-estar da população. Para Novais (2005), “tem o CADE nítida atribuição de entidade de defesa da política de Estado, de forma duradoura, contínua, na defesa da livre concorrência”. No entanto, se faz necessário algum grau de flexibilidade deste sistema, pois é possível que haja mudanças no conceito de concorrência, que não pode ser pensada como conceito imutável e insensível ao mercado. Assim, os §§ 1o. e 2o. do art. 54 da Lei Antitruste, confere aos conselheiros do CADE liberdade para ajudarem determinado setor que, por exemplo, esteja auferindo ganhos derivados de aumento de produtividade. Este ponto determina alguma brecha de interferência do CADE na política de governo.

Cap. 3 – Regulação no setor bancário

O propósito deste trabalho se baseia na premissa de que o setor bancário de uma economia merece especial atenção das autoridades reguladora e antitruste. Assim, o Bacen e o CADE devem ser incluídos num desenho institucional sólido, devido à interação entre a regulação sistêmica e prudencial e a regulação concorrencial específicas deste setor. No âmbito econômico, o ambiente concorrencial favorece a queda das tarifas cobradas pelas instituições financeiras, a diminuição da taxa de juros praticada no mercado e, conseqüentemente, aumenta o volume de crédito disponível. Em suma, há uma correlação negativa entre acréscimo de concorrência e *spread*⁷ bancário. No aspecto jurídico, é necessário avaliar o conflito entre a Lei 4.595/64 e a Lei 8.884/94.

3.1) *Evolução histórica do Banco Central do Brasil*

O processo de surgimento do Banco Central do Brasil levou 19 anos, desde a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), através do Decreto Lei 1.293 de 2 de abril de 1945, até o seu efetivo estabelecimento, com a lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Mesmo após a sua criação formal, o Bacen dividia, até a CF de 1988, suas funções de autoridade monetária no país com o Banco do Brasil.

Houve tentativas anteriores a 1964 de criação da autoridade monetária. Uma delas foi a Missão Niemeyer, chefiada pelo diretor do Banco da Inglaterra, em 1931, que sugeriu que o Banco do Brasil fosse transformado em banco central. O passo decisivo em direção à formação do atual Bacen foram os esforços de economistas como Eugênio Gudín e Octávio Gouvêa de Bulhões com a criação da Sumoc, que representava uma adequação à nova ordem internacional, materializada no Acordo de *Bretton-Woods*. Os críticos argumentavam que o Banco do Brasil já exercia funções que seriam desempenhadas pela Sumoc, além de restringir a atuação propriamente dita deste órgão como um banco central.

⁷ O *spread* bancário se refere à diferença que as instituições financeiras pagam na captação do dinheiro e o que é cobrado de seus clientes.

A própria história de atuação da Sumoc foi uma história de conflitos com o Banco do Brasil, pois este, não tendo podido impedir a criação do novo órgão, procurou outras formas de controlar-lhe as ações. Prova disso é que os principais instrumentos de ação da Sumoc, como a Carteira de Redesconto e a Carteira de Mobilização Bancária (Camob), bem como a Caixa de Depósito das reservas bancárias, não ficaram com a Sumoc, mas passaram a fazer parte da estrutura do Banco do Brasil (CORAZZA, 2006, pág. 4).

À época, a criação do Bacen enfrentava a oposição de interesses específicos, materializados no Congresso Nacional e no Banco do Brasil, como os setores rural, urbano e industrial. Resistências também se materializavam dentro do próprio governo.

Não podem ser esquecidos (...) os interesses do próprio governo, a quem faltava vontade política para criar um banco central, pois isso poderia dificultar o uso da emissão monetária para suprir deficiências do seu sistema fiscal (CORAZZA, 2006, pág. 3).

Pouco a pouco, a Sumoc passou a exercer funções típicas de um banco central, como fixação de juros do redesconto e da percentagem de depósitos compulsórios dos bancos e o registro de capitais estrangeiros. Enquanto que o Banco do Brasil ainda tinha privilégios como a criação de moeda escritural, a operação da Carteira de Câmbio e de Comércio Exterior (Cacex) e o exercício da função de agente do Tesouro. Esta última que permanece até os dias de hoje, mas sem a possibilidade de fornecimento de recursos oficiais de crédito ao governo.

Nas reformas dos anos 80, criou-se o Orçamento Geral da União, que engloba o Orçamento Fiscal, o Orçamento Monetário e o Orçamento das Estatais. No Plano Cruzado foi criada a Secretaria do Tesouro Nacional, e, em 1988, passou a existir o Orçamento das Operações de Crédito.

Com a revogação da Lei Complementar número 12 de 1981 o Bacen perdeu a faculdade de administrar a política de endividamento do Governo Federal. Ficou proibido, também, de emitir títulos. Com estas mudanças, o Banco Central do Brasil parece se aproximar, sob o ponto de vista institucional, do modelo de um banco central clássico. Entretanto, há uma questão remanescente dessas reformas que ainda impede a

completa separação formal e a transparência das relações entre Bacen, Tesouro e sistema financeiro e dificulta ao primeiro manejar os instrumentos da política monetária (CORAZZA, 2006, pág. 9).

Na nova ordem jurídica instituída com a CF de 1988, há a conclusão de um período de luta pela extinção e separação definitiva do Banco do Brasil em relação ao Bacen. Alguns elementos definidores da independência do Bacen em relação ao governo estão presentes na Carta Magna. É o caso do art 52, inciso III, alínea d, em que é prevista a aprovação da escolha de presidente e diretores do Bacen pelo Senado Federal.

Atualmente, persiste a discussão sobre a independência do Bacen. Os críticos apontam que uma autoridade monetária totalmente independente levaria a uma descoordenação das políticas macroeconômicas. Embora não seja o foco deste trabalho, cabe ressaltar que há uma independência de instrumentos utilizados pela autoridade monetária no cumprimento de metas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Em suma, há uma autonomia relativa definida em lei que não se confunde com independência absoluta em relação a políticas creditícia, cambial e monetária.

Por fim, a CF de 1988 prevê, em seu artigo 192, a edição de Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional, lei esta que deveria substituir a Lei 4.595/64. Como esta edição não foi feita pelo Congresso Nacional, restou vigente a recepção da lei criadora do Bacen no novo ordenamento jurídico, o que terá implicações importantes em relação aos conflitos com a Lei 8.884/94, que serão abordados, em detalhes, adiante.

3.2) Aspectos econômicos

O Bacen, pelos poderes que a Lei 4.595/64, art. 4, inciso XII, lhe conferem, pode “expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras”. Neste conjunto de instituições que devem seguir o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), editado pelo Bacen, incluem-se os bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de desenvolvimento,

caixas econômicas, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito ao microempreendedor, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, sociedades de crédito imobiliário e associações de poupança e empréstimo, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e câmbio, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários, cooperativas de crédito, fundos de investimento, companhias hipotecárias, agências de fomento ou de desenvolvimento, administradoras de consórcio, grupos de consórcio e empresas em liquidação extrajudicial. É relevante notar que as administradoras de cartões de crédito estão fora desta exigência na apresentação de seus balanços contábeis ao Bacen, mas, como suas operações de crédito passam por uma instituição financeira, acabam por ter de se enquadrar nesta criteriosa prestação de informações e elaboração de demonstrativos contábeis.

Esta prerrogativa legal dá ao Bacen a capacidade de edição de cartas-circulares que exijam uma maior disciplina e maior rigor na aplicação de recursos, na securitização, na classificação de riscos da carteira de um banco ou impeça o aumento da alavancagem dos recursos das IFs que estão subordinadas à supervisão do Bacen. Também confere maior rapidez a uma possível reordenação do Sistema Financeiro Nacional (SFN) em crises financeiras nacionais e internacionais.

É importante salientar que nem todas as IFs elencadas no Cosif captam depósitos à vista (DV) dos correntistas, ou seja, depósitos de livre movimentação mantidos por pessoas jurídicas e físicas de direito público e privado. Os DV são moeda escritural, também chamados de moeda bancária, e, com a evolução da tecnologia da informação e a explosão do uso dos cartões de débito e crédito, também são chamados de dinheiro eletrônico. Equivalem, como meio de troca de aceitação geral, à moeda manual emitida pela autoridade monetária. Este é o ponto crucial na discussão de risco sistêmico que se dará logo a seguir. Apenas os bancos comerciais, as caixas econômicas, as cooperativas de crédito, os bancos cooperativos e os bancos múltiplos que possuem pelo menos uma carteira comercial podem criar moeda escritural, fazendo parte do rol de instituições financeiras monetárias (IFM).

3.2.1) Risco sistêmico

O sistema financeiro possui, perante os demais setores, uma característica que o difere e o transforma num setor crucial para o bom funcionamento da economia: o risco sistêmico.

Risco sistêmico refere-se à possibilidade de que um choque localizado em algum ponto do sistema financeiro possa se transmitir ao sistema como um todo e, eventualmente, levar a um colapso da própria economia (CARVALHO, 2005, pág. 121).

Esta especificidade demandará especial atenção e instrumentos específicos dos órgãos reguladores. Como uma IF é uma empresa como outra qualquer, está submetida à lógica de mercado, em que o agente privado é livre para dispor de seus recursos, e também livre e completamente responsável pelos resultados oriundos de suas escolhas. Na economia de mercado as empresas recolhem os prêmios obtidos por uma atividade bem-sucedida, bem como arca sozinha com perdas decorrentes de um fracasso. Outros problemas podem ser enfrentados privativamente pelas empresas, como má reputação, má gestão ou mudança das preferências de seus clientes.

A quebra de uma empresa não-financeira não leva, em princípio, a uma quebra generalizada das que operam no mesmo setor. Pelo contrário, se uma falir, é de se esperar que as que permanecem no mercado se beneficiem das dificuldades sofridas pelo competidor. Não é de se esperar que haja qualquer tipo de contágio. No entanto, não é o que ocorre no setor financeiro.

Contratos financeiros são transações que envolvem obrigações e direitos a serem exercidos em uma data futura. A factibilidade, e, portanto, o valor desses contratos depende da confiança que se tenha que no futuro aqueles contratos possam ser honrados do modo esperado. Se dificuldades com instituições financeiras que operam com determinado conjunto de contratos sinalizarem dificuldades com os cenários esperados, outras instituições podem também ser atingidas por dúvidas semelhantes (CARVALHO, 2005, pág. 122).

O sistema bancário é o responsável pela criação de um insumo de uso generalizado em todos os setores da economia: o crédito. Além disso, nos bancos é realizada a liquidação das obrigações dos agentes econômicos. Como ressalta Carvalho, “grande parte da teoria econômica (...) mereceria o irônico qualitativo de teorias da *feira da aldeia*”. Ou seja, algumas teorias econômicas desconsideram a função de reconhecimento e transferência de direitos sobre obrigações privadas, os já

estudados DV dos bancos comerciais. O público só transforma moeda escritural e moeda manual em substitutos perfeitos se houver confiança na saúde financeira dos bancos. Algum abalo nesta confiança pode levar os agentes a testarem a capacidade de aquele banco honrar seus compromissos, sendo este o limiar de uma corrida bancária. Obviamente que a autoridade monetária deve zelar pelo não descolamento entre moeda escritural e moeda manual, uma vez que levaria o sistema ao colapso. Daí surgem os aparatos específicos do Bacen de controlar, acompanhar, fiscalizar e punir as IFs que não cumpram as regras estabelecidas pela regulação prudencial. O foco da autoridade monetária será o descasamento de maturidades, os riscos de liquidez, de câmbio, operacional, em virtude de fraudes, roubos etc.

Outro fator que implica em desconfiança pelo público é que os resgates são efetuados por ordem de serviço, ou seja, se um banco está à beira da falência, os primeiros resgates serão integrais, enquanto que os últimos não serão honrados.

Com a crescente internacionalização da rede financeira, há uma preocupação crescente das autoridades monetárias de vários países em relação ao contágio das crises bancárias, o que levou à formulação dos Acordos de Basileia I e II, que entre outros aspectos, estabelece níveis mínimos de patrimônio líquido exigido, supervisão bancária contínua, transparência e disciplina de mercado, de modo que os clientes tenham maior acesso a informações sobre a situação financeira de uma IF.

3.2.2) Taxa de juros e tarifas bancárias

São inúmeras as razões do elevado *spread* bancário, e, a despeito dos aspectos microeconômicos e macroeconômicos, este trabalho se dedica a estudar a relevância do ambiente concorrencial no tocante à oferta de crédito aos consumidores e ao setor produtivo.

Aspectos microeconômicos, como tributação, despesas administrativas e lucratividade da IF também influenciam parcela do *spread* bancário. Entraves como aumento do nível do compulsório restringem a criação de moeda escritural pelos bancos e, assim, aumentam o custo do dinheiro. Em estudo da autoridade monetária (BACEN, 2001, *apud* NOVAIS, 2005, pág. 116), o *spread* foi decomposto da seguinte maneira: 22% compostos por despesas administrativas, 35% por inadimplência, 25% por tributos, e 18% pelo lucro dos bancos. Algumas medidas

foram tomadas para que se diminua o custo do crédito no país, como maior transparência nas operações bancárias, dinamização da base de informações sobre o risco de um tomador de empréstimo e, através da *internet*, o acesso dos correntistas a meios de comparação das taxas cobradas pelas diferentes IFs. Note que a própria Federação Brasileira de Bancos (Febraban) lançou um sistema, o Febrabran-*Star*, em que o cliente pode comparar a tarifa do mesmo serviço financeiro em dois bancos. Mas ainda são poucas as medidas tomadas pela autoridade monetária neste sentido.

A atuação do Banco Central não se evidencia em um dos aspectos centrais do *spread* bancário, que é justamente a alta margem de lucro das instituições, sintomático da concentração do setor e da ausência de um espírito de maior competição (NOVAIS, 2005, pág. 118).

O Bacen, em parceria com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), já realizou uma tentativa de incentivar a competição no setor bancário. Isto se deu com o “Acompanhamento de Tarifas Bancárias”, que analisou a evolução dessas tarifas entre janeiro de 2008 e julho de 2009.

No documento são enumeradas algumas ações em prol do correntista. Uma delas é a regulamentação da Conta Salário, em que o cliente é isento de tarifa para o recebimento e transferência de proventos, vencimentos, aposentadorias e similares. As operações de crédito passam a ter seu Custo Efetivo Total divulgado aos clientes pessoas físicas. Serviços essenciais que permitem a movimentação da conta de DV ou poupança devem ser gratuitos conforme a Resolução CMN número 3.518, de 06/12/2007. Alguns serviços prioritários devem ter nomenclatura idêntica entre as diversas IFs de modo a facilitar a pesquisa e comparação de preços pelos clientes bancários. E, entre outras medidas, o cliente deve ser informado de alteração tarifária com pelo menos 30 dias de antecedência. Este setor é de especial atenção, pois, muitas vezes, o cliente é obrigado a pagar por tarifas e juros que são automaticamente debitados de sua conta corrente, diferentemente de uma conta de luz ou gás, em que, antes de seu pagamento, o cliente pode decidir questionar as tarifas cobradas.

Ainda no estudo Bacen/Seae, foram analisados os 50 maiores bancos do país (Anexo 1), que concentravam à época, 90% dos depósitos, sendo que os outros 10% se referem a parcela do mercado destinada a nichos muito específicos da atividade financeira. Entre as maiores altas entre jan/2008 e jul/2009 estão a confecção de

cadastro, alta de 313%, a renovação do cadastro, +104%, e a exclusão do cadastro de emitentes de cheques sem fundo, +34%. Por outro lado, alguns serviços tiveram baixa constatada pelo estudo, como fornecimento de 2ª. via de cartão de débito, baixa de 79%, e fornecimento de 2ª. via de cartão de movimentação da conta, -80%. Outra inferência relevante do estudo é que os bancos públicos, em relação aos privados, cobram tarifas médias menores em 75% dos serviços acompanhados.

Há, entretanto, acontecimentos que regridem a expectativa de ampliação da competição no setor. Foi o caso da crise do *subprime* de 2008 e o sucesso do conservadorismo do Bacen em estipular um Patrimônio de Referência Exigido (PRE) acima do estabelecido pelo Acordo de Basileia⁸. Este comportamento eleva o custo do dinheiro, mas diminui o ritmo de alavancagem dos bancos, aumentando a zona de conforto dos bancos brasileiros no enfrentamento de crises internacionais.

Opiniões contrárias a um setor bancário altamente competitivo são expressas de altos funcionários da própria instituição, como é o caso do ex-diretor de fiscalização do Bacen, Paulo Sérgio Cavalheiro, citado pelo procurador do Bacen Leandro Novais em entrevista ao Correio Braziliense de 29 de junho de 2003, no caderno de economia, pág. 10.

Oligopólio é bom para fiscalização do Banco Central. (...) A concentração bancária é bem-vinda, porque facilita o trabalho dos fiscais e torna a saúde do sistema mais sólida (CORREIO BRAZILIENSE *apud* NOVAIS, 2005, pág. 123).

No entanto, talvez por um excesso de zelo, muitas medidas poderiam ser tomadas para tornar o setor mais competitivo, como, por exemplo, a retirada das altas barreiras à entrada, materializadas pela exigência de capital mínimo dos sócios para constituição da IF. Em contrapartida, exigiria padrões de governança corporativa, de transparência e planos de viabilidade econômico-financeira mais rigorosos, o que estaria em consonância com as medidas propostas pelo Acordo de Basileia II.

3.2.3) Barreiras à entrada, contestabilidade e *sunk costs*

As condições de acesso do empreendedor ao mercado bancário são bem específicas. Com as exigências de capital mínimo pela autoridade monetária, há uma verdadeira reserva de mercado neste setor. Dois aspectos devem ser estudados: o

⁸ O Brasil sempre adotou um PRE de 11%, enquanto que o Acordo de Basileia I exigia apenas 8%.

primeiro é que o próprio poder econômico é condição necessária para que o mercado tenha agentes e funcione adequadamente, já o segundo é que a exigência de capital inicial constitui-se por uma barreira econômica imposta por meio da regulação.

No período que sucedeu o Plano Real, a Resolução CMN 2.099/94 determinava que, para a abertura de IF exigia-se R\$ 7 milhões, para banco comercial ou carteira comercial de banco múltiplo, e R\$ 6 milhões para banco de investimento. Atualmente, com a dinamização, diversificação e internacionalização dos produtos bancários, principalmente em relação aos derivativos, fala-se em Patrimônio de Referência (PR) que são divididos em dois níveis, e que a Resolução n. 3.444/2007 regulamenta visando à diversificação de risco e manutenção de limites a exposição de uma IF.

Dessa forma, o setor em análise é tido como não suscetível ao *free rider*, ou seja, aquele agente que deseja entrar no mercado por curto período, de modo a auferir ganhos momentâneos derivados de uma lucratividade passageira. Além disso, é um mercado de pouca contestabilidade, pois existem barreiras à entrada e necessidade de autorizações junto à autoridade monetária. Há também aspectos psicológicos relacionados à confiança e credibilidade. Uma IF entrante enfrenta estes problemas na formação de seu rol de clientes. Até as cooperativas de crédito, com tratamento favorecido pela CF de 1988 devem atingir capital inicial mínimo que varia de acordo com normas específicas da Resolução CMN 3.442/2007. Por exemplo, uma cooperativa singular de livre admissão de associados deve ter PR de R\$ 3 milhões em área de atuação cuja população seja maior que 300 mil e menor que 750 mil habitantes. Quando estas exigências de capital extrapolam os limites da regulação prudencial, a concorrência no setor fica comprometida.

Outros aspectos fundamentais para a análise da defesa concorrencial do setor bancário são os elevados *sunk costs*, ou seja, custos irrecuperáveis de saída, vinculados à venda de equipamentos usados, com bases de dados específicas, em virtude da não existência de um mercado secundário desenvolvido para ativos bancários (mercados incompletos).

3.2.4) Concentração bancária nos anos 90

Até o Plano Real, de 1994, o setor bancário obtinha seus principais ganhos do *float* de seus recursos, ou seja, ganhos com a inflação crônica que assolava o país até então. Com a reestruturação bancária, a rentabilidade do setor foi desmascarada pelo fim da explosão inflacionária. Surge então um novo contexto de atuação dos bancos brasileiros. Dados do IBGE/Andima (1997) apontam que entre 1990-1993 as receitas inflacionárias eram da ordem de 4% do PIB, reduzindo para 2% em 1994 e caindo para zero em 1995. O fim da inflação fez desaparecer pequenas instituições financeiras nos primeiros anos de estabilidade.

As instituições tiveram de adotar providências de diversas ordens: aumento de tarifas bancárias, processo crescente de fusão e aquisições, formação de grupos bancários na tentativa de redução de custos de operação, com economias de escala e escopo (bancos múltiplos/bancos especializados) (NOVAIS, 2005, pág. 93).

Mesmo alguns bancos de maior porte tiveram problemas nestes anos que sucederam o lançamento do Real. Alguns sofrendo processo de intervenção e extinção, como o Banco Econômico, o Banco Nacional e o Banco Bamerindus. Por ter sido um período de grande desregulamentação e liberalização bancária internacional, o Bacen se tornava ainda mais cauteloso e rígido com uma efetiva regulação prudencial do setor.

Tabela 1 - F&A bancárias com incentivos do Proer

Instituição	Comprador	Publicação D.O.U.
Banco Nacional	Unibanco	18.11.1995
Banco Econômico	Banco Excel	30.4.1996
Banco Mercantil	Banco Rural	31.5.1996
Banco Banorte	Banco Bandeirantes	17.6.1996
Banco Martinelli	Banco Pontual	23.8.1996
Banco United	Banco Antônio Queiroz	30.8.1996
Banco Bamerindus do Brasil	HSBC	2.4.1997

Fonte: Bacen (1999: quadro 27 e anexo III).

O governo, neste cenário, teve de tomar medidas a fim de impedir o desencadeamento de falências que contagiassem o setor como um todo. Foram criados o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na

Atividade Bancária (Proes), e o Fundo Garantidor de Créditos (FGC)⁹ em 1995, mas com efeito retroativo até o início do Plano Real. Além disso, houve aumento do capital mínimo para abertura de novos bancos e o incentivo a fusões e aquisições (F&A), principalmente dos bancos insolventes, próximo tópico em discussão.

3.3.5) Fusões e aquisições recentes

O cenário atual de intensa modernização e internacionalização bancária tem propiciado fusões e aquisições no setor, o que afeta diretamente o nível de crédito no país. Segundo estatísticas do Bacen, os cinco maiores bancos brasileiros respondiam por 56,8% em 1994, chegando ao nível de 77,5% em dezembro de 2008. A concentração bancária parece estar se acelerando, uma vez que Itaú e Unibanco se fundiram e o Banco do Brasil comprou o Banco Nossa Caixa e metade do Banco Votorantin. Em relação à concessão de empréstimos, cinco bancos comerciais dominam este mercado, determinando um elevado poder de mercado no setor: Itaú-Unibanco, Bradesco, Santander, Banco do Brasil e Caixa.

Na fusão entre Itaú-Unibanco (...), permaneceu após a operação a tarifa mais baixa praticada entre as duas instituições. Neste caso, os principais beneficiados foram os clientes do Unibanco, uma vez que as tarifas cobradas por esse banco eram, em média, 35% maiores que as tarifas cobradas pelo Itaú. O Bacen esclareceu (...) que a operação de fusão entre Itaú e Unibanco havia sido autorizada com as seguintes condições: para os serviços prioritários, o conglomerado deveria cobrar a menor tarifa praticada pelas duas instituições em 02/01/2009 e não deveria haver elevações durante o período de um ano. Além disso, nos próximos 5 anos, reajustes só poderão ocorrer naquelas tarifas que se encontrarem com valor inferior à média das tarifas cobradas pelos cinco maiores bancos, não podendo jamais superar essa média. Isso deve ser aplicado para as tarifas de pessoas físicas e para pessoas jurídicas (SEAE/BACEN, 2009, pág. 10).

⁹ O FGC é um mecanismo de proteção aos correntistas, poupadores e investidores que garante, atualmente, recuperar depósitos ou créditos de até R\$ 60.000,00 em caso de falência ou liquidação da instituição financeira. Os críticos a este tipo de instrumento argumentam que, com a recuperação do crédito garantida, os correntistas deixam de avaliar a segurança da IF contratada, incorrendo em risco moral, ou seja, favorecendo os agentes econômicos a buscarem maiores riscos.

Além disso, dados da evolução do Sistema Financeiro Nacional divulgados pelo Bacen, apontam uma tendência de queda entre 2006 e 2009 no número de Bancos Comerciais em operação, de 21 para 18, no número de Sociedades Distribuidoras de TVM, de 133 para 125, e no número de Cooperativas de Crédito, de 1.452 para 1.405.

Banco Central do Brasil
Diretoria de Normas e Organização do Sistema Financeiro
Departamento de Organização do Sistema Financeiro

Quantitativo de instituições autorizadas a funcionar

Tipo	2006 Dez	2007 Dez	2008 Dez	2009 Dez
Banco Múltiplo	137	135	140	139
Banco Comercial ^{1/}	21	20	18	18
Banco de Desenvolvimento	4	4	4	4
Caixa Econômica	1	1	1	1
Banco de Investimento	18	17	17	16
Sociedade de CFI	51	52	55	59
Sociedade Corretora de TVM	116	107	107	105
Sociedade Corretora de Câmbio	48	46	45	45
Sociedade Distribuidora de TVM	133	135	135	125
Sociedade de Arrendamento Mercantil	41	38	36	33
Sociedade de Crédito Imobiliário, Associação de Poupança e Empréstimo e Sociedade de Crédito Imobiliário Repassadora ^{2/}	18	18	16	16
Companhia Hipotecária	6	6	6	6
Agência de Fomento ^{3/}	12	12	12	14
subtotal	606	591	592	581
Cooperativa de Crédito	1.452	1.465	1.453	1.405
Sociedade de Crédito ao Microempreendedor ^{4/}	56	52	47	45
subtotal	2.114	2.108	2.092	2.031
Consórcio	333	329	317	308
Total	2.447	2.437	2.409	2.339

Fonte: Unicad

1/ Inclui as Filiais de Bancos Estrangeiros

2/ Inclui Sociedades de Crédito Imobiliário Repassadoras (SCIR) que não podem captar recursos junto ao público

3/ Em Jan/1999 foi constituída a 1ª Agência de Fomento, nos termos da Resolução 2.574/98

4/ Em Out/1999 foi constituída a 1ª SCM, nos termos da Resolução 2.627/99

O relatório em conjunto Seae/Bacen aponta que, nas operações envolvendo a compra do Banco de Santa Catarina e do Nossa Caixa pelo BB, as tarifas cobradas pelo BB foram alinhadas para baixo, e, nos casos em que as tarifas cobradas eram inferiores às cobradas pelo BB, elas permaneceram em vigor.

Cap. 4 - Competências Conflitantes entre o CADE e o Banco Central do Brasil

O conflito jurídico entre duas autarquias, o CADE e o Bacen, aponta para concepções distintas de política de Estado, em que o ordenamento jurídico e as reformas legais necessárias não acompanham o ritmo evolucionário das mudanças econômicas do país.

As origens deste imbróglio datam de meados da década de 90 com a operação de transferência do controle acionário do Banco Francês e Brasileiro S.A. para a *AFINCO Americas Finance Company Limited*, de propriedade do Banco Itaú S.A. Neste caso, a Procuradoria do CADE reconheceu a natureza especial da Lei 4.595/64, que contém normas protetoras da concorrência, em caráter preventivo (art. 10) ou repressivo (art. 18), mas ressalta que a regulamentação do Bacen para a matéria deveria contemplar a participação do CADE dada a sua especialidade técnica (ARCANJO NETO, 2006, pág. 11). No Bacen, após análise de sua Procuradoria, concluiu-se que, no aspecto concorrencial, a matéria estaria sujeita apenas à análise desta autarquia, não havendo impedimentos para entrosamentos preconizados pelo CADE com relação às concentrações no setor financeiro. Deste episódio resultou o “Convênio de Cooperação Técnica” de 8 de maio de 1997 entre CADE e Bacen.

A postura de cooperação muda com a Resolução número 15, de 19 de agosto de 1998, em que subordinava ao CADE a análise de atos de concentração envolvendo IFs. Este episódio fez o Bacen formular consulta à Advocacia Geral da União (AGU), instaurando conflito positivo de áreas de competência das duas autarquias federais.

Desta consulta resulta o parecer da AGU em que “a competência para analisar e apreciar os atos de concentração das IFs integrantes do SFN, bem como regular as condições de concorrência entre as IFs, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, é exclusiva do Bacen, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE”¹⁰. A AGU reconheceu que a Lei Antitruste, com status de lei ordinária, não poderia revogar preceitos contidos no artigo 10 da Lei 4.595/64, recepcionada pela CF de 1988 como Lei Complementar. Como o parecer da AGU tem

¹⁰ AGU. Parecer N. GM-020. Processo número 00001.006908/2000-25. Conflito Positivo de Competência entre Banco Central do Brasil e Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

vinculação a toda Administração Pública Federal, o conflito estaria solucionado, se não fosse insurreições posteriores do órgão antitruste.

No caso Finasa (Ato de Concentração número 08012.006762/2000-09) a conselheira-relatora, Hebe Teixeira Romano, reconheceu o conflito de competência e propôs a remessa deste e de todos os atos de concentração envolvendo IFs do CADE ao Bacen. No entanto, a conselheira, em seu voto, entende “que conflito de competências ou de concorrência suscitado não pode também ser dirimido por Pareceres ou Resoluções que podem ser alteradas de acordo com a conveniência administrativa”. A partir disto, a maioria dos conselheiros, incluindo o conselheiro Celso Campilongo, decidiu ignorar e contestar a força vinculante do parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, e prosseguiram no julgamento do caso em exame. Este episódio deu força ao debate e reflexão sobre a imunidade de um segmento econômico, no caso o setor bancário, colocando-o num prisma de imunidade antitruste.

A regulação concorrencial conferida nos dispositivos dados ao Bacen, como o art. 10, X, c, e o art. 18, § 2º. da Lei 4.595/64, não são suficientes para preencherem o novo paradigma imperante na nova concepção de Estado. Ou seja, não há intenção, nessa lei, de fazer valer a defesa concorrencial efetiva no setor bancário.

A Lei 4.595/64 (...) é anacrônica, quando da análise de processos de concentração (...). Não há qualquer dispositivo específico que possua caráter dogmático do direito concorrencial. As eventuais sanções dispostas no artigo 44 (...) podem eventualmente se relacionar com um possível controle de condutas, e não com controle de estrutura (...). É uma estrutura sancionatória dirigida para falhas de administração e gestão da entidade bancária em face da regulação prudencial e sistêmica, distante de qualquer ideia de conduta anticoncorrencial (NOVAIS, 2005, págs. 204 e 205).

Novais (2005), procurador do Bacen, ressalta ainda a tentativa exagerada da autoridade monetária de reinterpretar dois artigos (10 e 18) da Lei 4.595/64 de modo a enquadrá-los numa nova sistemática concorrencial, que, obviamente, não estava presente no ano de edição desta lei (1964).

Neste contexto, o funcionamento do setor bancário, dado o grau de barreiras às empresas entrantes pode levar a uma situação de acomodação devido à inaplicação das normas de defesa da concorrência.

4.1) Propostas de solução de conflitos

Tramitam nas duas casas legislativas federais projetos de lei que visam à harmonização da atuação do CADE e do Bacen. O Projeto de Lei Complementar (PLC) n. 344/2002 prevê alteração na Lei 4.595/64 de modo que o “se Banco Central do Brasil, depois de concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência”. Este PLC suporta críticas quanto ao fato de não estipular positivamente o que poderia afetar a higidez do sistema financeiro, além de não almejar uma interação entre os dois órgãos, uma vez que é previsto apenas um encaminhamento de matéria.

No projeto não existe qualquer remissão da Lei n. 4.595/64 à Lei 8.884/94, para ficar no debate formal, nem o histórico da autarquia [Bacen] demonstra que tal aspecto pudesse ser levado em consideração em determinada concentração (...). Se o Bacen ignorasse o debate concorrencial (...) a ideia de interação regulação/concorrência estaria comprometida, e com ela, os parâmetros da Ordem Econômica definidos na Constituição Federal (NOVAIS, 2005, pág. 210).

Em relação ao aspecto da rapidez e sigilo necessários à análise de concentração do setor bancário, seria indicada a edição de uma Resolução do CADE para criar um processo específico para os casos deste segmento da economia. Mas isto só seria possível com uma efetiva cooperação entre as autarquias, de modo a otimizar o processo de análise, seguindo modelos de interação que ocorrem internacionalmente, como é o caso do OCC e o *Fed* norte-americanos.

Outra proposta legislativa, o Projeto de Lei (PLP) do Senado número 412/2003, de autoria do então Senador Antônio Carlos Magalhães, após receber emendas da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) foi aprovado e remetido, em 2007, para apreciação da Câmara dos Deputados¹¹. Este PLP, apesar do regime de prioridade, teve sua última ação dada em 11 de dezembro de 2008, quando foi designado Antonio Palocci, ex-deputado e ex-

¹¹ A tramitação deste PLP na Câmara pode ser acompanhada no seguinte sítio: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=382643

ministro da Fazenda como relator na Comissão de Finanças e Tributação. O próximo passo é voltar para a CCJ.

Com este PLP, as mudanças da Lei 4.595/64 seriam as seguintes:

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 ter alterado, por alienação ou transferência a qualquer título, seu controle acionário, respeitado o exercício da competência do CADE;

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, respeitado o exercício da competência do CADE;

XIV – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional.

§ 3º No exercício da competência a que se refere o inciso XIV deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.

Esta proposta de mudança legislativa tem dois pontos em destaque. Permanecem os problemas do PLC 344/2002 em relação à não interação do CADE com o Bacen, e segue suprimindo da análise de casos de operações que envolvam risco sistêmico. No entanto, há a tentativa de desvincular a SDE e a Seae, integrantes da estrutura da administração direta (Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda) do parecer GM-20/2001 da AGU. Ou seja, essas secretarias, sem status de independência das autarquias, voltariam a instruir processos que envolvam instituições financeiras, impedidas de fazê-lo desde então.

4.2) O debate no Superior Tribunal de Justiça

A compra do Banco de Crédito Nacional S.A. (BCN) pelo Bradesco S.A. fez com que pela primeira vez o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apreciasse a aquisição de um banco por outro. Em grau de recurso, o STJ busca definir a competência das autarquias nos atos de concentração do SFN. No entendimento da ministra relatora Eliana Calmon, o ordenamento brasileiro só permite ao administrador decidir como previsto em lei. Assim, a partir da Lei Complementar 73/1993, segundo a qual as entidades integrantes da Administração Pública Federal submetem-se aos pareceres da AGU, o parecer GM 20/2001 já solucionaria a questão, sem necessidade de interferência jurídica. Ressaltando que estes pareceres são de livre aprovação do Presidente da República, o que provoca questionamentos quanto ao status de independência de uma autarquia federal.

A votação no STJ encontra-se paralisada devido a pedidos de vista dos ministros do Pleno.

Cap 5 - Arranjos Institucionais de interação entre o CADE e o Banco Central

No debate da defesa da concorrência no setor bancário, foi fundamental a contribuição do ex-presidente do CADE, Gesner de Oliveira (2001), no sentido de estabelecer cinco modelos possíveis de interação entre a autoridade reguladora (Bacen) e o órgão de defesa da concorrência (CADE). São eles: isenção antitruste, competências concorrentes, competências complementares, regulação antitruste e desregulação.

Para o autor, há o exercício de três funções distintas pelos dois órgãos: a regulação técnica (RT), a regulação econômica (RE) e a lei da concorrência (LC).

Na RT há o “estabelecimento de normas, padrões e metas a serem dotados pelos agentes privados de um setor regulado”. Na RE, há o “estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observados pelos agentes privados”, e, por fim, a LC é a “principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência”.

Os cinco modelos propostos por Oliveira (2001, pág. 15) são constituídos pela distribuição dessas três funções entre as autoridades envolvidas. No caso da Isenção Antitruste, é a agência (setorial) reguladora que assume, exclusiva e integralmente, todas as três funções. Já no caso das Competências Concorrentes, há maior flexibilidade institucional.

Perdem-se, contudo, eventuais economias de escala, uma vez que se introduz nova estrutura burocrática. A sobreposição de função tende a eliminar, igualmente, economias de escopo. Em compensação, diminui o risco de captura ao introduzir uma outra agência que, em princípio, zelaria pela ótica mais geral da defesa da concorrência (OLIVEIRA, 2001, pág. 15).

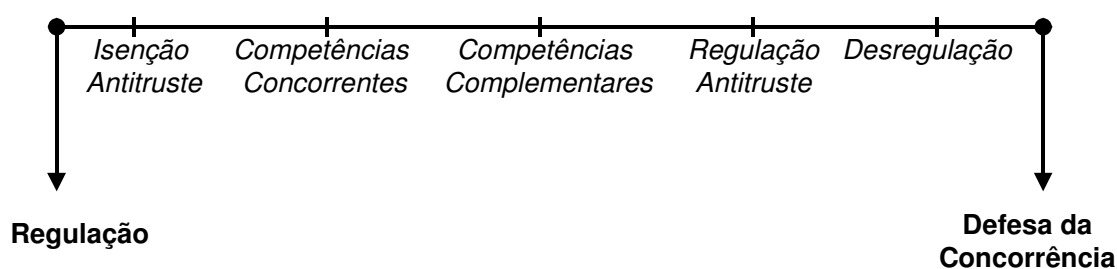
Neste modelo, a regulação técnica estaria a cargo da agência reguladora, mas a competência de aplicar a legislação antitruste seria competência tanto do CADE quanto do Bacen.

No modelo de Competências Complementares, não haveria qualquer sobreposição de competências, sendo delimitada à agência reguladora a regulação

técnica e econômica, ao passo que a autoridade antitruste seria responsável pela aplicação da defesa da concorrência em si.

No quarto modelo, o de Regulação Antitruste, todas as três funções, regulação técnica, econômica e aplicação da lei antitruste, ficariam a cargo da autoridade antitruste, seria o modelo perfeitamente simétrico, em oposição, ao modelo de Isenção Antitruste.

Já no último modelo, o de Desregulamentação, restariam ausentes a regulação técnica e a econômica, cabendo apenas a atuação da autoridade antitruste.



Fonte: OLIVEIRA, 2001, pág. 13

O que se procurou estabelecer foi uma linha gradativa de modelos interativos entre os dois órgãos, levando em conta que a competência do Bacen, e a própria regulação setorial, incluindo a prudencial e sistêmica, é de indubitável relevância. Assim como é imprescindível a regulação antitruste de um setor da economia que traz implicações sérias ao bem-estar da população, como é o caso do bancário, que, assim, não pode ser desconsiderada.

O voto do conselheiro do CADE, Celso Fernandes Campilongo, no já citado caso Finasa (Ato de Concentração número 08012.006762/2000-09) retrata esta busca por um modelo de interação entre as duas autarquias:

A este Plenário compete 'zelar pela observância' da Lei n. 8.884/94, interpretando e aplicando os seus dispositivos, e, não dirimir supostos conflitos de competência entre órgãos de 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.¹²

Oliveira (2001) ressalta o ponto de que uma configuração institucional deve levar em conta os recursos materiais e humanos disponíveis. O setor bancário já é tradicionalmente regulado por um banco central ativo. Na inserção de um novo ator, o órgão de defesa antitruste, haveria o custo de transição que pode ser elevado e pode desencadear conflitos de jurisdição, além de enfrentar a escassez de especialistas setoriais. Dessa maneira, o rearranjo institucional deveria ser gradual, de modo que os dois órgãos se adaptem em tempo hábil ao novo contexto.

Nos termos da distinção das competências legais do Banco Central e do CADE, caberá ao primeiro as competências legais outorgadas pela Lei 8.884/94 à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Isto significa atribuir à agência regulatória o papel instrutor e à autoridade antitruste o papel judicante e de eventual instrução complementar (OLIVEIRA, 2001, pág. 61).

O Bacen seria responsável por averiguações preliminares, apurando infrações à ordem econômica, até a elaboração de um parecer conclusivo que sugerisse o arquivamento ou a condenação ao CADE em determinada situação que envolvesse o setor bancário.

Caberia ainda ao Banco Central a adoção de medidas preventivas em processos administrativos instaurados, visando afastar a ocorrência de dano irreparável às relações de mercado, nos termos do artigo 52 da Lei 8.884/94 (OLIVEIRA, 2001, pág. 61).

Esta é uma divisão de tarefas que, por exemplo, existe entre o CADE e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

¹² (Ato de Concentração número 08012.006762/2000-09) BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S/A; Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participações e Representações. Relatora: Hebe Teixeira Romano

Conclusão

Deste estudo, depreende-se que as questões econômicas devem ser exaustivamente exploradas tanto quanto as questões jurídicas. É preciso fazer um esforço para harmonizar estes dois universos, uma vez que as medidas jurídicas têm implicações econômicas e vice-versa. Além disso, a problemática envolvendo a defesa concorrencial no setor bancário envolve aspectos dinâmicos, mutáveis e de alta complexidade, que deve ter um tratamento específico diferente das formulações aplicáveis a outros segmentos da economia. Com isso, um rito acelerado, em vez de uma morosa “prioridade” do Congresso Nacional, deve ser utilizado para a concepção de um novo desenho institucional de interação entre o CADE e o Bacen.

O Bacen utiliza-se de prerrogativas legais que, benéficas, ajudam a enfrentar com maior rapidez e destreza os problemas de contágio e risco sistêmico no setor financeiro. Além disso, precisa se adequar aos acordos internacionais que auferem credibilidade à saúde financeira do país. É lícito que se tenha os mecanismos e instrumentos para implementar sua política monetária. Porém, é preciso diferenciar o conjunto de Instituições Financeiras supervisionadas por esta autarquia, uma vez que apenas são as Instituições Financeiras Monetárias que oferecem alto grau de risco de corridas bancárias.

Além da morosidade, um Projeto de Lei Complementar, como o que tramita no Congresso, que não descreve com detalhamento o risco sistêmico, pode comprometer a aplicação da Lei Antitruste às empresas bancárias. Ou seja, este setor permaneceria imune à legislação antitruste, o que é um paradoxo dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro, que, salvo exceções detalhadamente positivadas, colocam os agentes na mesma situação concorrencial, sem privilégios. Além disso, compromete a defesa dos interesses coletivos prevista no art. 173 da CF/1988.

A morosidade também impede a resolução deste problema quando a instância máxima julgadora dos conflitos de competências entre autarquias (STJ) não oferece decisão definitiva em tempo hábil. Neste ponto, há uma indefinição que compromete a eficiência do próprio CADE, uma vez que, neste interstício, pode perder tempo julgando casos que não terão validade legal. Além disso, cabe lembrar que pelas características de um parecer da AGU, a sua vinculação ao CADE compromete a

independência necessária para um órgão antitruste, já que a Defesa Concorrencial é matéria sintonizada com a política de Estado em vigor, e possui caráter permanente.

Por fim, é preciso que as funções da agência reguladora (Bacen) e o órgão antitruste (CADE) sejam dissecadas, e, de uma maneira harmoniosa e cooperativa, haja a construção de um desenho institucional que não desencadeie processos extensos que sobrecarreguem o capital humano disponível. Há de se levar em consideração casos semelhantes que envolvam a interação entre a agência reguladora e o órgão antitruste. Se assim não for, o custo da regulação pode, inclusive, se tornar excessivo, ultrapassando até mesmo as perdas sociais oriundas de um ambiente sem regulação.

Referências Bibliográficas

ARCANJO NETO, Miguel. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: Uma proposta de atribuições**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Brasília: UnB, 2006.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Evolução da concentração bancária no Brasil. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 11, Nov. 2001. Disponível em www.bcb.gov.br.

_____. **Evolução do Sistema Financeiro Nacional: relatórios de dezembro de 1998 e de dezembro de 2000**. Brasília: Bacen, 2001 e 1999.

BORK, R. **The Antitrust Paradox**. New York: Basic Books. 1978.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a EC n. 57/2008. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

_____. Secretaria de Direito Econômico. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**. Portaria conjunta Seae/SDE No. 50, de 1º de Agosto de 2001.

_____. Lei 4.595. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Presidência da República, **Lex**: Brasília, 31 de dezembro de 1964

_____. Lei 9.447. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lex**: Brasília, 14 de março de 1997.

_____. Ministério da Justiça, **Defesa da Concorrência**. Disponível em <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ29715BC8ITEMIDCEF35B5AB2E84F6A8CA8858B129BB4EFPTBRIE.htm>. Acesso em 03 out 2009.

CADE. Decreto n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Lex**: Vade Mecum, São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

_____. **Guia prático do CADE: A defesa da concorrência no Brasil**. Coleção Especial CIEE, 3ª. edição, São Paulo, 2007.

_____. **Seminário Internacional sobre a Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário**, Brasília, 1999.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos Acordos de Basiléia. In: Sobreira, Rogério (Org.). **Regulação Financeira e Bancária**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2005.

CLARK, John. **A política de concorrência e a reforma regulatória no Brasil: um relatório de acompanhamento**. Programa de Cooperação OCDE/Brasil. Junho, 2000. Tradução de “Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report”. Disponível em <<http://www.ecd.org/Jpuma/pubs/index.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2000.

CORAZZA, Gentil. O Banco Central do Brasil: evolução histórica e institucional **Perspectiva Econômica**; v.2, n, 1: 1 - 23, jan./jun. 2006.

FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. **Barreiras à entrada e defesa da concorrência: notas introdutórias**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br>. Acesso: 21 de Dez. de 2009.

FARINA, E. M. Q. **Oligopólio e Política Antitruste: desenvolvimentos recentes**. FEA/USP mimeo, 2000.

FILGUEIRAS, Cláudio. **Manual de Contabilidade Bancária**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Campus/Elsevier, 2010

FIORI, José Luis. **Estado do bem-estar social: padrões e crises**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. IEA/USP vol. 13, nº 35, jan./abr. 1999.

IBGE/ANDIMA. **Sistema Financeiro - Uma Análise a Partir das Contas Nacionais 1990-1995**. Rio de Janeiro, 1997.

KERSTENETZKY, Jaques. Organização Empresarial em Alfred Marshall. **Estudos Econômicos**, v. 34, n. 2, p. 369-392, abr/jun 2004.

KUPFER, David. Padrões de Concorrência e Competitividade; **XX Encontro Nacional da ANPEC**; 1992.

MARSHALL, Alfred. **Princípios de Economia**. vol. 1, Ed. Nova Cultural, São Paulo, 1996.

_____. **Principles of economics**. 8th. Ed. London: Macmillan, 1920.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 43

OLIVEIRA, Gesner de. **Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do Setor Bancário**. EAESP/ FGV/ NPP. Relatório de Pesquisa n.º 49, São Paulo, 2001.

PAGOTTO, Leopoldo U. C. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Singular, 2006,

POSSAS, Mario. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, pp. 1-19, Rio de Janeiro, 1996.

POSSAS, M.L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano. **Anais do XXIII Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, dezembro, 1995.

PRADO, L. C. D., Desenvolvimento Econômico, Regulação Econômica e Defesa da Concorrência: Reflexões sobre as Novas Formas de Intervenção Econômica em uma Política de Desenvolvimento, **32º Encontro Anual da ANPOCS**, 2008.

SCHERER, F., ROSS, D. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. Boston: H. Mifflin. 1990.

SEAE/BACEN. **Acompanhamento de Tarifas Bancárias entre Jan/2008 e Jul/2009**. Publicado em 1º. de setembro de 2009

SILVA, L. N. . **Direito Bancário - Regulação e Concorrência**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2005.

STIGLER, George. Perfect competition, historically contemplated. **The Journal of Political Economy**, vol LXV , Feb. pp. 1-17, 1957

Anexo

Anexo 1 – Evolução das tarifas médias para pessoas físicas

Serviço	Tarifa Média - R\$					Variação da tarifa nominal			
	Jan/08	Mai-08	nov/08	Mai-09	Jul/09	Jan/08 a Mai/08	Mai/08 a Nov/08	Nov/08 a Mai/09	Jan/08 a Jul/09
Confecção de cadastro para início de relacionamento	7,36	22,97	30,57	30,42	30,45	212,0%	33,1%	-0,5%	313,8%
Renovação de Cadastro*	14,47	26,80	29,39	29,51	29,54	85,2%	9,7%	0,4%	104,2%
CARTÃO - Fornecimento de 2ª via de cartão com função débito	32,24	6,62	6,61	6,61	6,61	-79,5%	-0,1%	0,0%	-79,5%
CARTÃO - Fornec. de 2ª via de cartão com função mov. conta de poupança	32,24	6,33	6,33	6,33	6,33	-80,4%	-0,1%	0,0%	-80,4%
Exclusão do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo	21,29	26,28	28,77	28,48	28,53	23,4%	9,5%	-1,0%	34,0%
Contra-ordem e oposição ao pagamento de cheque	9,60	10,56	10,56	10,40	10,40	10,0%	0,0%	-1,6%	8,4%
Fornecimento de folhas de cheque	2,71	1,26	1,28	1,28	1,28	-53,5%	1,5%	0,4%	-52,6%
Cheque Administrativo	15,41	16,40	16,42	15,97	15,97	6,4%	0,1%	-2,8%	3,6%
Cheque de transferência bancária (TB e TBG)	1,76	1,03	1,04	0,89	0,89	-41,7%	1,9%	-14,6%	-49,3%
Cheque Visado	n.d	5,93	4,32	4,32	4,32	n.d	-27,1%	0,0%	n.d
Saque de conta de depósitos à vista e de poupança - SAQUE pessoal	1,98	1,76	1,73	1,71	1,71	-11,1%	-2,0%	-0,9%	-13,6%
Saque de conta de depósitos à vista e de poupança - SAQUE Terminal	1,98	1,45	1,45	1,42	1,42	-26,7%	0,0%	-2,2%	-28,3%
Saque de conta de dep. à vista e de poupança - SAQUE correspondente	1,98	0,61	0,61	0,61	0,61	-69,4%	0,2%	0,8%	-69,1%
Depósito Identificado	1,98	2,30	2,03	1,73	1,73	n.d	-11,9%	-14,8%	n.d
Forn. de ext. mensal de conta de dep. à vista e de poup.- EXT. PESSOAL	3,22	2,15	2,15	2,08	2,09	-33,3%	0,0%	-2,9%	-35,2%
Forn. de ext. mensal de conta de dep. à vista e de poup.- EXT. ELETRÔNICO	1,81	1,55	1,53	1,50	1,50	-14,1%	-1,3%	-1,9%	-16,9%
Forn. de ext. mensal de conta de dep. à vista e de poup. - EXT. CORRESP.	3,22	0,59	0,59	0,59	0,59	-81,7%	0,2%	0,0%	-81,7%
Ext. período de conta de dep. à vista e poup. p/um período - EXT. PESSOAL	3,22	2,51	2,02	2,00	2,00	-22,1%	-19,5%	-0,9%	-37,7%
Ext. período de conta de dep. à vista e Poup. - EXT. ELETRÔNICO	1,81	1,86	1,78	1,73	1,73	2,7%	-4,0%	-2,7%	-4,1%
Ext. período de conta de dep. à vista e poup. - EXT. CORRESP.	3,22	0,88	0,86	0,86	0,86	-72,6%	-3,0%	0,0%	-73,4%
Variação da Inflação (IPCA acumulado no período)						2,88%	2,65%	2,48%	8,88%

Fonte: Acompanhamento de Tarifas Bancárias – Seae/Bacen