



2º LUGAR – DEFESA DA CONCORRÊNCIA

AUTOR: MIGUEL ARCANJO NETO

BRASÍLIA-DF

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FINANCEIRO:
UMA PROPOSTA DE DIVISÃO DE ATRIBUIÇÕES**

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FINANCEIRO:
UMA PROPOSTA DE DIVISÃO DE ATRIBUIÇÕES

RESUMO

O presente trabalho resgata em grandes linhas o conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a respeito de quem deveria adjudicar a defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional; traça, com base em interpretação integrada de preceitos constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudências sobre a matéria, abordagem crítica à posição assumida pelos conselheiros do CADE pós-decisão do Presidente da República arbitrando a competência em favor do BACEN; analisa o marco legal positivado na Lei nº 4.595, de 1964, a respeito das atividades preventivas e repressivas da defesa da concorrência e conclui pela formulação de modelo de defesa da concorrência que melhor espelha as singularidades e especificidades da atividade bancária.

Palavras-Chave: Adjudicação; Atividade; BACEN; Bancária; CADE; Concorrência; Conflito; Defesa; Financeiro; Formulação; Modelo; Preventiva; Proposta; Repressiva; Sistema.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU – Advocacia-Geral da União

BACEN – Banco Central do Brasil

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

BIS – Bank for International Settlements

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CONIF – Consultoria de Estudos e Pesquisas sobre Organização do Sistema Financeiro

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

CRSFN – Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional

DEBAN – Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos

DEORF – Departamento de Organização do Sistema Financeiro

IOSCO – International Organization of Securities Commissions

OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

PGBC – Procuradoria-Geral do Banco Central

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1	9
AS NUANÇAS DA REGULAÇÃO CONCORRENCIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	9
.1.1 A origem do conflito	9
.1.1.1 O desentendimento intra Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC)	11
.1.1.2 O primeiro entendimento do Banco Central	13
.1.2 A mudança da postura cooperativa do Banco Central	14
.1.3 A evolução do conflito na Advocacia-Geral da União	16
.1.3.1 A posição do CADE	16
.1.3.2 A posição da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça	18
.1.3.3 A manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)	19
.1.4 A solução(!) da controvérsia	23
CAPÍTULO 2	26
O DESDOBRAMENTO DA POLÊMICA APÓS DEFINIÇÃO DE QUE COMPETIA AO BANCO CENTRAL ADJUDICAR A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO	26
.2.1 A insurreição <i>interna corporis</i> dos conselheiros do CADE	27
.2.2 A irrazoabilidade da insurreição do Plenário do CADE	30
.2.2.1 A cisão entre política de estado e política de governo	33
.2.2.2 Ser ou não ser o guardião único da tutela da defesa da concorrência	36
CAPÍTULO 3	51
NA BUSCA DE MODELO DE ADJUDICAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA O SETOR BANCÁRIO	51
.3.1 A positivação da defesa da concorrência na lei bancária	52
.3.1.1 A disciplina <i>preventiva</i> da defesa da concorrência na lei bancária	53
.3.1.2 A disciplina <i>repressiva</i> da defesa da concorrência na lei bancária	55
.3.1.3 A tentativa de enquadramento do sistema financeiro às regras da concorrência	66
.3.2 A importância de uma política pró-ativa para o sistema financeiro	69
.3.2.1 O fundamento do modelo idealizado	75
.3.2.2 O novo modelo	77
CONCLUSÃO	87
BIBLIOGRAFIA	91

INTRODUÇÃO

Não faz muito tempo desenvolveu-se acirrado debate no âmbito do Governo a respeito de qual entidade, Banco Central ou Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou ambos, de maneira complementar, seria competente para tratar da matéria da concorrência no Sistema Financeiro Nacional.

O ponto de partida da discussão decorreu de conflito positivo de competência suscitado pelo Banco Central. Nota-se, porém, que o viés defendido pelo Banco Central focou apenas um lado do problema da concorrência, ou seja, a *atividade preventiva* corporificadora dos atos de concentração, deixando a *latteri* a *atividade repressiva*, isto é, as condutas anticompetitivas.

Não só isso. Ataque e defesa centraram as discussões na disputa da competência, do poder, da 'reserva administrativa de mercado', numa visão eminentemente jurídica do problema, como se o econômico, na perspectiva de interesse coletivo, não estivesse intrinsecamente atrelado.

O presente trabalho busca, *numa visão integrada*, reconstruir os fatos na sua estrutura fundamental pré e pós-decisão do Presidente da República imputando ambas as atividades ao Banco Central, para, então, indagar:

a) se o arcabouço legal de que dispõe o Banco Central, à luz da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, *lhe confere mandato compatível com a política de estado idealizada pela Constituição Federal, TÍTULO VII – DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA*; e

b) se deve mesmo a concorrência no sistema financeiro ser exclusividade do Banco Central.

Como objetivo geral, o trabalho monográfico procura demonstrar que, na seara do Sistema Financeiro Nacional, a regulação concorrencial padece de fragilidades, quer sob a perspectiva de política de estado, quer sob o prisma de política de governo.

A um porque o arcabouço legal não trata a temática da concorrência na atividade bancária na plenitude da realidade nacional e internacional, o que de certa forma conduz a uma postura de ausência do Banco Central com vistas a reforçar a política de estado insculpida na Constituição Federal, *particularmente no que se refere ao aspecto repressivo das condutas lesivas à livre concorrência e aos direitos dos usuários dos serviços financeiros*.

A dois porque o Banco Central, mesmo nos casos que envolvam atos de concentração, isto é, o caráter preventivo da concorrência, atua em cima de fatos consumados, o que no setor financeiro, há de se convir, em face das inter-relações e singularidades próprias desse ramo da atividade econômica, compromete a aplicação pró-ativa dos princípios da concorrência.

Esse aspecto geral da pesquisa é secundado pela reconstrução do conflito nos seus diversos ângulos de interpretação e de crítica construída a partir de uma visão integrada dos principais veios da discussão doutrinária à luz da especificidade do setor financeiro.

Como objetivo específico, o trabalho monográfico formula novo modelo de adjudicação da defesa da concorrência para o Sistema Financeiro Nacional, consistente na repartição das atribuições, cabendo ao *Banco Central*, com exclusividade, a *atividade preventiva* (atos de concentração) e ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC¹) a *atividade repressiva* (condutas anticoncorrenciais).

¹ O SBDC é composto pelo CADE, uma autarquia federal, e por dois outros órgãos administrativos desprovidos de personalidade jurídica, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) que integram, respectivamente, a estrutura funcional dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, além da Procuradoria-Geral da autarquia que tem vínculo de subordinação à AGU.

O modelo proposto distancia-se tanto da opção extremada defendida pelo CADE quanto da que restou sacramentada pela decisão do senhor Presidente da República, não por mera tentativa de composição, mas, sim, com base em fundamentos ancorados em razões econômicas e jurídicas que melhor acomodam as singularidades e idiossincrasias próprias só e somente da atividade financeira.

Mais que isso, a proposta visa a reforçar a política de estado positivada na Constituição Federal, particularmente no que se refere ao aspecto repressivo das condutas lesivas à livre concorrência e aos direitos dos usuários dos serviços financeiros.

O presente trabalho está, portanto, assim configurado: o primeiro capítulo historia nas suas grandes linhas as visões dos vários órgãos envolvidos na disputa até a decisão presidencial conferindo a primazia da competência ao Banco Central; o segundo capítulo apresenta o 'levante' do Plenário do CADE contra a decisão presidencial e analisa seus fundamentos sob os três principais pontos de abordagem (constitucional, legal e do dualismo regulação prudencial ou política de governo *versus* adjudicação da defesa da concorrência ou política de estado); o terceiro capítulo objetiva a discussão e aponta as singularidades do sistema financeiro, aqui ou em qualquer lugar do mundo, os pontos fortes e fracos do modelo positivado na Lei nº 4.595, de 1964, e lança crítica à proposta de alteração formulada pelo governo para, esteando-se na mesma pesquisa que alimentou o conflito positivo de competência, formular novo modelo de adjudicação da defesa da concorrência para o Sistema Financeiro Nacional; finalmente, o quarto capítulo traz as conclusões.

CAPÍTULO 1

AS NUANÇAS DA REGULAÇÃO CONCORRENCIAL NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O presente capítulo procura resgatar, ainda que em largas passagens, o conflito positivo de competência travado no âmbito do Governo a respeito de qual órgão, Banco Central ou CADE ou ambos, de maneira complementar, seria competente para cuidar da matéria da concorrência, na sua dupla vertente, *preventiva e repressiva*, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Objetiva-se a partir da fixação desse referencial pavimentar o alicerce das discussões que virão nos próximos capítulos. Esse capítulo, portanto, constitui a ponte de ligação que dará sustentação ao objetivo específico delineado para o trabalho monográfico.

.1.1 A origem do conflito

Há uma década, quando o Brasil vivenciava dois momentos aparentemente antagônicos, ou seja, colhia os frutos da estabilidade da moeda no bojo do Plano Real e o Sistema Financeiro Nacional começava a apresentar suas fragilidades estruturais, surge uma operação de transferência de controle acionário do Banco Francês e Brasileiro S/A para a AFINCO Américas Finance Company Limited, de propriedade do Banco Itaú S/A, nos termos do contrato de associação de 1995.

Diz-se aparente antagonismo no ambiente econômico porque, de um lado, o País conseguia debelar o crônico processo de descontrole inflacionário, porém isso implicava desdobramentos severos para o sistema financeiro que, superdimensionado e mal acostumado com o ganho fácil advindo das receitas do *floating*, dava sinais de fragilidades.

Esse fenômeno, aliás, é mal compreendido por muitos que tentam analisar o processo de concentração bancária no Brasil na última década, haja vista que tomam por parâmetro de análise o número de instituições que foram adquiridas por outras instituições mais sólidas ou foram liquidadas pelo Banco Central, como se a redução do número de participantes do mercado, por si só, fosse capaz de explicar tal ou qual tendência.

Esquecem, por exemplo, de averiguar se, com raríssimas exceções, o crescimento do número de instituições a partir de 1988 não teria relação direta e unívoca com o processo inflacionário e com a desintermediação financeira provocada pela própria dependência financeira do Estado, fatos que por si mesmos se constituíam em incentivo para a criação de bancos de 'andar' que outro objetivo não tinham senão buscar o lucro fácil na 'ciranda financeira'.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 deu sua parcela de contribuição, na medida em que abriu o acesso ao mercado à demonstração de capacidade econômica e técnica dos potenciais participantes, significando, na prática, a eliminação do ultrapassado instituto da 'carta patente'.

Voltando ao tema do conflito. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), numa atitude de tibieza, informa à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com base no art. 54, § 10, da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, haver recebido "[...] comunicado dando conta da transferência do controle acionário da empresa aberta Banco Francês e Brasileiro S.A., sendo adquirente a AFINCO – Américas Finance Company Limited, empresa do Banco Itaú S.A."², porém sete dias após volta atrás com a indagação "[...] sobre a necessidade, ou não, de proceder a comunicações dessa natureza, quando envolvidas instituições financeiras, em face da competência do Banco Central do Brasil para autorizá-las, conforme disposto no art. 255 da Lei nº 6.404/76"³.

² OFÍCIO/CVM/GEO/Nº 139/95, de 10 de outubro de 1995.

³ OFÍCIO/CVM/GEO/Nº 144/95, de 17 de outubro de 1995.

.1.1.1 O desentendimento intra Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC)

Na SDE o ato de concentração recebeu o nº 08000.023802/95-80 e de sua análise resultou o entendimento de que o Banco Central era competente para

[...] analisar a operação envolvendo instituição financeira, considerando-a, como *'a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários'*, ou ainda, *'a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização, ou recursos de terceiros'* (in Comentários à Constituição de 1988 de J. Cretella Jr., pg. 3748).

Sob essa perspectiva, conclui não caber àquela Secretaria obstaculizar a concretização de operação envolvendo agentes econômicos regulado por legislação específica, com a ressalva de que, embora incompetente para opinar, as instituições financeiras envolvidas, a CVM e o Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT) deveriam cumprir a determinação contida no § 10 do art. 54 da Lei 8.884, de 1994, comunicando-a a respeito de mudanças de controle acionário de companhias abertas e dos registros de fusão, motivo pelo qual sugere o arquivamento dos autos e recorre de ofício ao CADE⁴.

O caso foi encaminhado ao CADE quase um ano depois⁵, tendo o conselheiro Relator, Rodrigues-Chaves, em preliminar e por despacho de 13 de agosto de 1996, revogado “[...], ‘ex positis’, o Despacho do substituto do titular da SDE, ‘ad referendum’ do Plenário, tendo em vista que a Lei nº 8.884, de 1994, não confere à SDE, enquanto órgão instrutor dos atos de concentração, poder para arquivá-los.”

⁴ Despacho publicado no Diário Oficial da União, Seção 1, pg. 12.762, de 25 de julho de 1996.

⁵ Ofício Nº 1937/96/SDE/GAB, de 6 de agosto de 1996.

O embasamento da decisão do conselheiro-Relator funda-se no argumento de que “É matéria de alta indagação, a ser analisada com cuidado, no momento oportuno.”, razão por que, em caráter de urgência, requereu manifestação da Procuradoria da autarquia.

A Procuradoria do CADE⁶ reconhece a *natureza especial* da Lei 4.595, de 1964, e a existência de normas protetoras da livre concorrência, tanto no que se refere ao aspecto *preventivo*⁷ (art. 10, incisos IX e X, alíneas “c” e “g”) quanto no que diz respeito à vertente *repressiva*⁸ (art. 18, § 2º).

Sob essa perspectiva, a Procuradoria do CADE vislumbra que

Por força daquele dispositivo da legislação especial que regula o sistema financeiro, poderia estar excluído do âmbito da competência do CADE o controle dos atos e contratos, ..., bem como das condutas abusivas, ..., ressaltando-se, todavia, a *possibilidade de que a regulamentação do Banco Central para a matéria viesse a contemplar a participação do CADE dada a sua especialidade técnica.* (destacou-se)

Por outro lado, entende, também, que a Lei 8.884, de 1994, tem *natureza especial* por concretizar princípio constitucional insculpido no art. 173, § 4º, da Constituição Federal, razão pela qual julga ser imperioso “[...] provocar o Banco

⁶ Parecer Nº 69/96, de 2 de outubro de 1996, subscrito pela Procuradora-Geral Marusa Freire.

⁷ A competência *privativa* para decidir os Atos de Concentração constante do art. 10 do CAPÍTULO III – DO BANCO CENTRAL DO BRASIL, cujos incisos foram alterados e renumerados pela Lei nº 7.730, de 31 de janeiro de 1989, e a alínea “g” do inciso X incluído pelo Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, está vazada nesses termos:

“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

omissis

IX – exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

omissis

c) ser transformadas, fundidas, incorporados ou encampadas;

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o controle acionário;”

⁸ A competência para fiscalizar e punir as condutas lesivas integra o CAPÍTULO IV – DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, Seção I, Da Caracterização e Subordinação, assim positivada:

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

omissis

§ 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, *regulará as condições de concorrência* entre instituições financeiras, coibindo-lhes **os abusos** com a aplicação da pena (vetado) nos termos desta Lei.”

Central no sentido de que seja verificada a existência da mencionada regulamentação, bem como o posicionamento daquela Autarquia sobre a matéria.”

Essa postura, dúvida e cautelar, da Procuradoria do CADE foi acolhida pelo Plenário da autarquia, nos termos da decisão constante da Ata da 20ª Sessão Ordinária, realizada em 30 de outubro de 1996, publicada no Diário Oficial, Seção 1, pg. 23105, de 8 de novembro de 1996, e materializada no Ofício Gb/CADE nº 1020/96, de 21 de novembro de 1996, subscrito pelo então presidente Gesner Oliveira, mediante o encaminhamento de cópia do inteiro teor do Processo nº 08000.023802/95-80 ao Banco Central (Ato de Concentração Nº 87/96), com a solicitação de que fosse analisado, “[...], a fim de nos fornecer subsídios necessários à apreciação da matéria.”

.1.1.2 O primeiro entendimento do Banco Central

No Banco Central a matéria foi objeto de análise pelos setores técnicos e pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), sobressaindo a conclusão de que

[...] o sistema financeiro, por força do que dispõe a Lei nº 4.595/64 e o art. 192 da Constituição Federal, encontra-se na esfera de competência deste Banco Central, e não na do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, não havendo superposição de competências entre as duas autarquias. *Tal entendimento não impede que se estabeleça algum intercâmbio oficial, no sentido do entrosamento preconizado pela Procuradora-Geral do CADE, com relação às concentrações no setor financeiro, e no que se refere às práticas abusivas.*⁹ (destacou-se)

Nota-se, porém, que a PGBC também comunga com a opinião da Procuradoria do CADE de que a Lei 8.884, de 1994, teria *natureza especial* por dar vazão ao preceito constitucional da *prevenção* e *repressão* às infrações contra a ordem econômica, mas isso não seria suficiente para retirar a primazia da competência do Banco Central.

⁹Parecer DEJUR-048/97, de 20 de março de 1997, item 15.

O resultado prático desse primeiro embate de idéias resultou na celebração do “Convênio de Cooperação Técnica”, de 8 de maio de 1997, entre o Banco Central e o CADE, pelo prazo inicial de dois anos, prorrogáveis, por intermédio do qual foram fixadas diretrizes visando a prestação de consultoria, a realização de estudos setoriais e seminários, a publicação de textos, a compartilhamento de acervos de estudo e a troca de informações e de conhecimento técnico do pessoal especializado.

De notar, ademais, que o Banco Central deu conhecimento oficial ao CADE de que as alterações societárias envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional inseriam-se na esfera de sua competência.¹⁰

.1.2 A mudança da postura cooperativa do Banco Central¹¹

A pretexto de que o CADE editara a Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998¹², que subordinava os atos de concentração envolvendo instituições financeiras à análise, *a posteriori*, daquela autarquia e que tal estado de coisas se consolidara com efetivas decisões em julgamentos como os que examinaram a aquisição do Consórcio Rodobens pela Daimler-Chrysler (decidido em 6 de fevereiro de 2000) e o aumento de participação do BNY International Financing Corporation no capital do Banco Credibanco (Ato de Concentração nº 08012.000765/00-41, decidido em 4 de outubro de 2000) o Banco Central mudou de postura.

E o fez por entender que o agir do CADE não somente contrastava com o posicionamento da PGBC, que sustentava que o marco constitucional e legal outorgava poderes *exclusivos* ao Banco Central para lidar com a matéria da concorrência na seara do sistema financeiro, mas, também, com os entendimentos recíprocos entre as duas autarquias e que desaguaram na celebração do “Convênio

¹⁰ Ofício PRESI-97/1743, de 19 de junho de 1997.

¹¹ PARECER/2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18 de outubro de 2000, subscrito pelo Procurador Cassiano Luiz Crespo Alves Negrão e aprovado pelo Procurador-Geral José Coelho Ferreira.

¹² O ANEXO V da Resolução, no seu item 1.10.28 – SERVIÇOS FINANCEIROS, arrola todas as instituições financeiras como incursas no art. 54 da Lei 8.884, de 1994.

de Cooperação Técnica”, de 1997, e na criação do Grupo Interinstitucional de Cooperação Técnica, instituído pela Portaria Conjunta nº 1, de 9 de fevereiro de 2000, que, inclusive, previa a elaboração de ‘Proposta de Encaminhamento da Discussão’ sobre a competência para a análise de atos de concentração no sistema financeiro.

Os fundamentos dessa mudança comportamental do Banco Central centram-se nas vicissitudes e singularidades inerentes à atividade financeira e na interpretação de sua competência no campo concorrencial a partir dos preceitos inscritos na Constituição Federal, arts. 173, § 4º, e 192, na Lei nº 4.595, de 1964, arts. 10, incisos IX e X, alínea “c”, e 18, § 2º, na Lei 9.447, de 14 de março de 1997, e na própria Lei nº 8.884, de 1994, enfatizando a possível existência de impasse entre a defesa da concorrência e a defesa da segurança e da solidez do sistema financeiro.

O resultado desse embate interpretativo, na visão do Banco Central, e sua contraposição às decisões adotadas pelo CADE constituiriam os ingredientes necessários à caracterização de “[...] conflito positivo de competência entre o CADE e o Banco Central...”, razão bastante para a formulação de consulta ao Advogado-Geral da União, a fim de que, nos termos do art. 4º, incisos X e XI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, fixasse a interpretação dos arts. 192 e 173, § 4º, da Constituição Federal e das Leis nºs 4.595, de 1964, e 8.884, de 1994, a ser uniformemente seguida pelos contendores.

A leitura desse marco instaurador da ruptura institucional permite deduzir que a grande questão para o Banco Central seria apenas os *atos de concentração*, isto é, o viés *preventivo da concorrência*, tanto que a sugestão de consulta ao Advogado-Geral da União era para que determinasse “[...] a qual delas (autarquias) cabe a competência para a *análise de atos de concentração* de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.” (destacou-se)

.1.3 A evolução do conflito na Advocacia-Geral da União¹³

Formalmente instaurado o conflito positivo de competência por iniciativa do Banco Central, corroborado pelo Ministro de Estado da Fazenda, o Advogado-Geral da União requereu a manifestação do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda, tendo os respectivos órgãos interessados, Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e CADE e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, emitidos seus pareceres.

.1.3.1 A posição do CADE¹⁴

A linha de defesa do CADE aponta para o fato de que o colegiado da autarquia entende que o art. 15 da Lei nº 8.884, de 1994, não exclui qualquer atividade econômica da jurisdição da defesa da concorrência, afora o fato de que ela, lei, corporifica o mandamento constitucional da prevenção e da repressão contra as infrações à ordem econômica como instrumentos garantidores da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores.

Reconhece, contudo, que a atuação abrangente apregoada pelo seu colegiado é objeto de controvérsia que se arrasta desde o ano de 1996 (Ato de Concentração nº 87/96) e

Até onde se sabe, não houve nenhuma manifestação oficial do BACEN quanto à questão, embora o tema tenha permanecido em aberto, sujeito a várias reuniões e discussões, mas sem nenhuma atividade objetiva para solucioná-lo, até que finalmente, em 09.02.2000, foi criado por intermédio da *Portaria Conjunta n. 01*, um Grupo Interinstitucional de Cooperação Técnica, cuja agenda de trabalho incluía a elaboração de uma proposta de encaminhamento da discussão sobre a questão. (destacou-se)

¹³ Aviso nº 613/MF, de 20 de outubro de 2000, e Aviso nº 1836, de 25 de outubro de 2000, subscrito pelo Chefe da Casa Civil da Presidência da República, endereçado ao Advogado-Geral da União.

¹⁴ PARECER Nº 876/2000, de 13 de dezembro de 2000, subscrito pelo Procurador Federal, Dalton Soares Pereira, e aprovado pelo Procurador-Geral do CADE, Amauri Serralvo.

E prossegue:

Mesmo com esta iniciativa não houve nenhum avanço no tema, permanecendo o grupo inerte, embora algumas instituições financeiras, *ad cautelam*, tenham apresentado suas operações perante o CADE, o qual *julgou em 06.02.2000 e 04.10.2000*, as operações envolvendo as empresas Daimler-Chrysler e Consórcio Rodobens e BNY e o Banco Credibanco, respectivamente. (destacou-se)

A bem da verdade, há que se registrar que a celebração do “Convênio de Cooperação Técnica”, de 1997, e o citado Ofício PRESI-97/1743, de 1997, endereçado pelo Banco Central ao então presidente do CADE, Gesner Oliveira, que formalmente responde o Ofício Gb/CADE Nº 1020/96, não corroboram a afirmação de falta de manifestação oficial e de entendimento entre as partes.

A alegação, de igual forma, mostra-se incoerente quanto a justificativa de que a criação do Grupo Interinstitucional de Cooperação Técnica, de 2000, não havia surtido qualquer efeito prático, razão bastante para justificar a decisão do Colegiado para analisar e decidir os atos de concentração envolvendo as empresas Daimler-Chrysler e Consórcio Rodobens e BNY e o Banco Credibanco, respectivamente.

É que a decisão do ato de concentração relativo às empresas Daimler-Chrysler e Consórcio Rodobens aconteceu no dia 6 de fevereiro de 2000, portanto, *três dias antes* da portaria conjunta de criação do Grupo Interinstitucional e a outra, BNY e Banco Credibanco, oito meses depois, sem considerar que o “Convênio de Cooperação Técnica” remonta a 1997.

Feito o registro, com o propósito apenas de ser fiel à história, sem ignorar que a assunção dessa postura talvez tenha objetivado provocar o debate público do assunto, o que não deixa de ter seus méritos, cabe retornar aos fundamentos da posição assumida pelo CADE.

A autarquia reconhece¹⁵ que a maior dificuldade de entendimento reside no *controle de atos de concentração*, ou seja, o lado preventivo da concorrência, particularmente em face da *especialidade* do Banco Central, afora as questões atinentes às singularidades da atividade bancária (risco sistêmico, assimetria de informações, forte inter-relacionamento do sistema financeiro com o setor real da economia, etc.).

No mérito, no entanto, o parecer do CADE procura mostrar a existência de *nítida separação*, em termos de objetivos econômicos, entre a *regulação prudencial* e a *regulação da concorrência*, motivo por que conclui: a) dispor a autarquia, com base no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de competência complementar à atuação do Banco Central quando a análise envolvesse atos de concentração entre instituições financeiras; b) pela inexistência de supremacia da matéria concorrencial albergada na Lei nº 4.595, de 1964, em relação à da Lei nº 8.884, de 1994.

A conclusão, a rigor, tem respaldo no trabalho intitulado “Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário¹⁶”, de autoria de Gesner Oliveira e assistência de Carlos Jacques Vieira Gomes, que discute, dentre outros assuntos, a experiência internacional de interação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação bancária e a aplicabilidade da Lei nº 8.884, de 1994, ao setor bancário em face da legislação específica do segmento e aponta para a *prevalência de um sistema de competências complementares* entre o Banco Central e o CADE. Essa temática será adiante tratada mais profundamente.

.1.3.2 A posição da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça¹⁷

Leitura atenta da manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça permite deduzir que aquele órgão reconhece que o TÍTULO VII – DA

¹⁵ PARECER Nº 876/2000, item 11.

¹⁶ EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações, Relatório Nº /2000.

¹⁷ PARECER CJ Nº 213-2000, de 18 de dezembro de 2000, subscrito pelo Assistente Jurídico Sérgio Ernesto Kopp e aprovado pelo DESPACHO CEP/CJ Nº 158/2000, do Consultor Jurídico-MJ, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer.

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA da Constituição Federal alberga nos seus capítulos I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) e IV (Do Sistema Financeiro Nacional) distintos propósitos, isto é, o primeiro objetiva a assegurar e a resguardar a livre concorrência e o segundo visa ao desenvolvimento equilibrado do País.

Cabe observar, porém, que, contraditoriamente, a análise centra-se no lado *repressivo* da concorrência (condutas) para sustentar o caráter ordinário do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, frente a Lei nº 8.884, de 1994, em face da *inexistência de explicitação de competência* em matéria da defesa da concorrência no art. 192 da Constituição Federal.

Isso, na visão do órgão, seria suficiente para que se conclua “[...] que compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica *analisar e aprovar os atos de concentração* envolvendo instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, sem embargo de prévia análise do Banco Central para instruir posterior decisão do CADE¹⁸.” (destacou-se)

A contradição reside no fato de que no mérito o órgão consultivo analisa a questão da conduta (viés repressivo da concorrência), mas desemboca no prisma preventivo da concorrência (atos de concentração), que, na Lei nº 4.595, de 1964, é matéria *privativa* do Banco Central, nos termos de seu art. 10, inciso X, alíneas “c” e “g”.

.1.3.3 A manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)¹⁹

No tópico III do parecer (**DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO BACEN E DO CADE**) a PGFN lança reprimenda ao Banco Central sob três perspectivas²⁰, mas que, à luz dos fatos, parece desarrazoada.

¹⁸ Conclusão do PARECER CJ Nº 213-2000, citado.

¹⁹ PARECER PGFN/CAJ/Nº 491/2001, de 31 de janeiro de 2001, subscrito pelo Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos Diversos, Rodrigo Pereira de Mello, e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Almir Martins Bastos.

A primeira consistiria de pretensa ignorância da vinculação autárquica à Pasta da Fazenda, na medida em que teria encaminhado a matéria à Advocacia-Geral da União (AGU) sem a necessária e prévia manifestação daquele órgão, numa possível ofensa ao art. 11, inciso III c/c o art. 13 da Lei Complementar nº 73, de 1993²¹, a teor do entendimento pacificado no Parecer GQ-46, DOU de 21.12.94.

Nesse particular, a censura sucumbe diante da correta interpretação dos dispositivos invocados, na medida em que o Banco Central e o CADE são *entidades subordinadas a distintos ministérios*, Fazenda e Justiça, respectivamente, e como tal a interpretação da PGFN, por óbvio, não teria a força de pacificar o conflito jurídico.

Aliás, o próprio Parecer GQ-46, de 1994, que examina a regra jurídica estampada no art. 11, inciso III, da Lei Complementar nº 73, de 1993, corrobora essa assertiva quando salienta

[...] não poderem esses *órgãos de assessoramento jurídico* oferecer pronunciamento sobre matérias privativas de outro órgão, como, por exemplo, em relação ao pessoal civil do Poder Executivo que, por determinação legal é da competência exclusiva da Secretaria da Administração Federal, cabendo ao órgão de cúpula da Advocacia-Geral da União dirimir as controvérsias jurídicas por acaso advindas de pronunciamentos antagônicos. (o grifo é do original)

Dito de outra forma, os pareceres da PGFN têm, naquelas matérias que ainda não mereceram orientação normativa do Advogado-Geral da União, seu papel preponderante no que concerne às conclusões relativas à interpretação do ordenamento jurídico pátrio naquilo que diga respeito a *assuntos específicos da área*

²⁰ Item 10 do citado parecer.

²¹ Os dispositivos invocados prevêm: “Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: omissis

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

Art. 13. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.”

finalística do Ministério de Estado da Fazenda, não quando a disputa envolva autarquia que integra a estrutura de outro Ministério, como no caso sob discussão.

A segunda e a terceira reprimendas, que se complementam, partem do pressuposto de que o Banco Central teria dado tratamento conflitivo à matéria desde o início²²,

[...] quando as manifestações do CADE dirigidas ao BACEN, expressas tanto no Ofício Gb/CADE nº 1020/96 quanto no Convênio de Cooperação Técnica de 8.5.97, haviam sido exclusiva e estritamente consultivas e construtivas, não objetivando qualquer afirmativa de competência por parte daquele órgão de controle concorrencial mas apenas a oitiva do BACEN sobre o tema e a articulação de colaboração institucional entre as entidades;

E que não há nos processos administrativos

[...] qualquer elemento que objetiva e efetivamente caracterize, concretamente, conflito jurídico-interpretativo entre o BACEN e o CADE acerca das disposições insertas na Lei nº 8.884/94 à vista da Lei nº 4.595/64.

Esse segundo infundado juízo somente pode ser atribuível ao desconhecimento de que o CADE teria decidido em 6 de fevereiro e 4 de outubro de 2000, contrariando as tratativas objeto do Convênio de Cooperação Técnica de 1997 e desconhecendo a resposta oficial do Banco Central²³ ao Ofício Gb/CADE nº 1020/96, os atos de concentração envolvendo as empresas Daimler-Chrysler e Consórcio Rodobens e BNY e o Banco Credibanco, respectivamente.

Mercê desse fato, a PGFN conclui pela existência de conflito positivo de competência entre as duas autarquias, a partir da constatação de que na votação do Ato de Concentração nº 2000.08012.007435/00-02, envolvendo o Banco Santander Central Hispano S/A, a Conselheira Hebe Teixeira Romano, na sessão deliberativa de janeiro de 2001, declarou-se competente para analisar atos de concentração com

²² Alíneas b) e c) do item 10 do parecer.

²³ Ofício PRESI-97/1743, de 19 de junho de 1997.

potencial reflexo concorrencial no Brasil quando praticados por instituições financeiras.²⁴

O ‘fato novo’ leva, então, a PGFN a analisar o conflito positivo de competência sob os prismas constitucional e legal, isto é, confrontando, respectivamente, os arts. 173, § 4º, e 192, e as Leis nºs 4.595, de 1964, e 8.884, de 1994.

Na visão estritamente infraconstitucional, a PGFN socorre-se dos critérios para solução de conflitos normativos previstos no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e após contrapor as Leis nºs 4.595, de 1964, e 8.884, de 1994, conclui que “[...] assistiria razão ao posicionamento interpretativo defendido pelo CADE, no sentido de que suas competências previstas na Lei nº 8.844/94 abrangeriam as situações envolvendo instituições financeiras e dar-se-iam sem prejuízo ao pleno exercício pelo BACEN da competência que lhe foi outorgada pela Lei nº 4.595/64.”

Sob o ponto de vista constitucional, no entanto, a PGFN vislumbra que a defesa da concorrência embora *explicitamente* mencionada nos arts. 170, inciso IV, e 173, § 4º, também pode ser extraída, *implicitamente*, tanto da *função fiscalizadora* inserta no art. 174, *caput*, quanto do art. 192, incisos I a IV e § 1º.

Destaca, ademais, que o sistema financeiro mereceu específico tratamento em capítulo próprio, o Capítulo IV²⁵, de sorte que a regulação e a fiscalização da matéria concorrencial no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, embora subsumidas nos “Princípios Gerais da Atividade Econômica” (arts. 170, IV, 173, § 4º, e 174, *caput*), depende de *legislação complementar*, particularmente pelo fato de que as competências atribuídas pela Lei nº 4.595, de 1964, ao Banco Central “[...] têm essa característica na medida em que se revelem diretamente relacionadas

²⁴ Item 11 do parecer.

²⁵ Item 15-b do parecer.

ao exercício das atribuições estatais mencionadas nos demais itens do art. 192 da Constituição²⁶.”

A PGFN vislumbra, entretanto, que seria contraproducente a interpretação conclusiva e vinculante da AGU, razão pela qual sugere solução via mudança legislativa urgente, *por medida provisória*, por exemplo, definindo claramente as competências das duas autarquias.

.1.4 A solução(!) da controvérsia²⁷

De posse das manifestações do Banco Central, da PGFN, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e do CADE, a AGU, com base nas atribuições que lhe confere o art. 4º, incisos X e XI, da Lei Complementar nº 73, de 1993, elaborou seu parecer que, com o “Aprovo²⁸” do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 40, § 1º, da citada lei complementar, passou a constituir coisa julgada administrativa, com poder vinculante no âmbito da Administração Federal²⁹.

A AGU percebe que o ponto controverso levantado pelo Banco Central diz respeito, estritamente, à *competência para a análise e a aprovação de atos de concentração* de instituições integrantes do sistema financeiro, sendo certo que a autarquia defende sua exclusividade na matéria.

Tanto é verdade que no tópico III do parecer (O Cerne da Controvérsia) destaca não caber examinar qual o melhor modelo de convivência apregoado no estudo “Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário”, de

²⁶ Nota de rodapé nº 9.

²⁷ Parecer GM-020, de 5 de abril de 2001, da Advocacia-Geral da União, com o “Aprovo”, na mesma data, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

²⁸ O despacho de “Aprovo”, de 5 de abril de 2001, foi publicado no Diário Oficial nº 80-E, de 25 de abril de 2001, p. 13.

²⁹ Dispõe o art. 40, *caput* e § 1º:

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

§ 1º. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vinculada a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

autoria de Gesner Oliveira e assistência de Carlos Jacques Vieira Gomes, matéria típica da fase pré-legislativa, mas, sim, ater-se ao objeto da consulta, ou seja, à definição de quem é competente para analisar os atos de concentração envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Muito embora tenha por mais de uma vez alertado que esse seria o foco da manifestação, nota-se, porém, que o autor se deixou envolver pela provocação do CADE de que lhe competiria *decidir os atos de concentração*, num sistema de competência complementar com o Banco Central, que faria o papel da Secretaria de Defesa Econômica (SDE), e *analisar e decidir, com exclusividade, as condutas anticoncorrenciais*.

Essa a única hipótese capaz de justificar a análise também da competência prevista no art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, como, de fato, ocorreu, tanto assim que após confrontar os arts. 173, § 4º, 192, *caput* e inciso IV, 273, § 4º, da Constituição Federal vis-à-vis as Leis nºs 8.884, de 1994, 4.595, de 1964, arts. 10, incisos X, alínea “c”, e 18, § 2º, e examinar a competência concorrencial da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) deduz que o CADE não é, no ordenamento brasileiro, o único guardião antitruste.

Nesse sentido, a AGU decide que o Banco Central detém a competência para analisar e decidir tanto as questões preventivas (atos de concentração) quanto as repressivas (condutas anticompetitivas) na seara do sistema financeiro. Confira-se a conclusão do parecer³⁰:

[...] à luz da legislação vigente, a *competência para analisar e aprovar os atos de concentração* das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, *bem como de regular as condições de concorrência* entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE. (destacou-se)

E arremata:

³⁰ Itens 96 e 97 do PARECER Nº AGU/LA-01/2001 (Anexo ao Parecer GM-020).

Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos da Lei nº 4.595/64, ..., o que somente poderá ser feito mediante lei complementar.

CAPÍTULO 2

O DESDOBRAMENTO DA POLÊMICA APÓS DEFINIÇÃO DE QUE COMPETIA AO BANCO CENTRAL ADJUDICAR A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

A polêmica da competência para analisar e decidir questões concorrenciais no âmbito do sistema financeiro, *nos aspectos preventivos e repressivos*, não se esgotou com a decisão adotada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Nota-se que o Banco Central defendia a ‘reserva de mercado’ *apenas* para analisar os atos de concentração (*atividade preventiva*), mais precisamente a competência privativa positivada no art. 10, incisos IX e X, alíneas “c” e “g”, da Lei nº 4.595, de 1964, deixando no limbo a questão da conduta (*atividade repressiva*), a que se refere o art. 18, § 2º, da citada lei.

O CADE, por seu lado, pretendia *exclusividade* para analisar e decidir as questões que envolvessem comportamentos anticompetitivos e *parceria*, com poder decisório seu, quando envolvesse atos de concentração. Nesse caso, o Banco Central faria o papel da SDE, apenas opinando pela aceitação ou não da operação.

Mas, como se viu, a AGU, numa atitude contraditória, decidiu que ambas as matérias são da competência do Banco Central, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive do próprio CADE.

O enredo que levou à decisão é criticável? Claro que sim, mormente pelo fato de a contenda focar apenas um dos lados do problema, a competência, o poder, a ‘reserva administrativa de mercado’, numa visão eminentemente legalista como se o econômico, numa perspectiva de mercado, de interesse coletivo, não estivesse umbilicalmente atrelado.

Esse desfecho contribuiu, como suspeitava a PGFN, para acirrar a disputa de poder por parte do CADE que, ver-se-á, resolveu ignorar sua vinculação à decisão do Presidente da República.

.2.1 A insurreição *interna corporis* dos conselheiros do CADE

Como visto, anteriormente à aprovação e publicação do Parecer GM-020, de 2001, arbitrando, no mundo jurídico-administrativo, o impasse do conflito positivo de competência, o CADE já havia decidido os atos de concentração nºs 08012.005424/99-00 (Daimler-Chrysler Administradora de Consórcios), 08012.000765/00-41 (Banco Credibanco) e 08012.007435/00-02 (Banco Santander Central Hispano), na presunção de que para tanto era competente.

No exame do Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Banco Finasa de Investimentos), quando já de conhecimento público a decisão do Presidente da República conferindo primazia ao Banco Central para analisar as questões concorrenciais na seara do sistema financeiro, a Conselheira-Relatora, Hebe Teixeira Romano, reconheceu que o conflito positivo de competência havia sido dirimido, motivo por que concluiu pela remessa, imediata, à autarquia, Banco Central, de todos os atos de concentração em poder do CADE e que o Secretário da SDE fosse orientado para proceder de igual modo.

Cabe observar, contudo, que na conclusão do seu parecer a Conselheira-Relatora deixa no ar a seguinte provocação: “Reafirmo, ainda, que entendo que conflito de competência ou de concorrência suscitado não pode também ser dirimido por Pareceres ou Resoluções que podem ser *alteradas de acordo com a conveniência administrativa*³¹.” (destacou-se)

Esse entendimento da Conselheira-Relatora serviu de ponte para que os conselheiros do CADE, particularmente, Celso Fernandes Campilongo, Roberto Pfeiffer, Ronaldo Porto Macedo Júnior, Afonso Arinos de Mello Franco Netto, extravasassem a opinião da autarquia a respeito do poder vinculante do parecer da AGU.

³¹ 2º parágrafo do item “Conclusão” do respectivo voto.

De fato, a maioria dos conselheiros do CADE decidiu ignorar ou contestar a força vinculante do parecer da AGU, que, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, uma vez aprovado pelo Presidente da República e publicado na sua inteireza faz coisa julgada administrativa e obriga todos os órgãos e entidades da Administração Federal.

É verdade que a insurreição não teve qualquer reflexo prático no mundo jurídico em termos de aplicabilidade da Lei nº 8.884, de 1994, mas não se pode negar que teve o mérito de desenCADEar profunda reflexão e rica produção doutrinária a respeito da matéria.

Não teve conseqüências práticas porque o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelo CADE, uma autarquia federal, e por dois outros órgãos administrativos desprovidos de personalidade jurídica, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) que integram, respectivamente, a estrutura funcional dos Ministérios da Justiça e da Fazenda, além da Procuradoria-Geral da autarquia que tem vínculo de subordinação à AGU.

Isso porque, como órgãos destituídos de personalidade jurídica, obviamente não têm eles ‘independência’ funcional capaz de arrostar a decisão vinculante do parecer da AGU, pois não gozam da imunidade de mandato prevista no art. 5º da Lei nº 8.884, de 1994³².

Aliás, no caso particular da Procuradoria-Geral do CADE seus procuradores estão legalmente proibidos de contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotados pelo Advogado-Geral da União e esse comportamento se refletiu no exame do ato de concentração envolvendo o Banco Santander Central

³² Reza o “Art. 5º A perda de mandato do presidente ou dos conselheiros do CADE só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.”

Hispano S/A e a Patagon.Com International, Inc. (AC-nº 08012.007435/00-02) quando aquela procuradoria expressou a baliza impeditiva e vinculante dos pareceres da AGU, fixada no art. 38, § 1º, inciso II, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001³³.

Tem mais um entrave que obstrui a pretensa independência do Plenário do CADE para continuar a decidir as questões concorrenciais no segmento financeiro: a manifestação dos três órgãos técnicos que integram a estrutura do SBDC (SDE, SEAE e Procuradoria-Geral do CADE) constitui, nos termos da lei, *requisito prévio e obrigatório*, sendo certo que ao se submeterem ao poder vinculante da interpretação constitucional e legal do parecer da AGU, elaborado e aprovado na forma dos arts. 4º, incisos X e XI, e 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993, o poder decisório da autarquia, no particular, restou esvaziado.

Vislumbra-se apenas uma saída para o impasse, na hipótese de prosseguimento da contenda: o Plenário do CADE requerer ao Ministério Público Federal, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.884, de 1994, que, *em defesa da ordem jurídica*, promova ação visando a assegurar o exercício de sua competência.

Parece, contudo, que essa válvula de escape foi afastada em face de a Lei nº 8.884, de 1994, prever que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo³⁴, o que, em tese, daria força para que a autarquia seguisse contrariando a decisão presidencial.

³³ A Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, originariamente nº 1.705, de 30 de junho de 1998, prevê:

“Art. 38. Os integrantes da Carreira de Procurador Federal têm os direitos e deveres que lhes prevê a Lei nº 8.112, de 1990, e sujeitam-se às proibições e aos impedimentos estabelecidos nesta Medida Provisória.

§ 1º Ao Procurador Federal é proibido:

omissis

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotados pelo Advogado-Geral da União;”

³⁴ Dispõe o “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.”

.2.2 A irrazoabilidade da insurreição do Plenário do CADE

Não há como negar que a provocação dos conselheiros do CADE teve o mérito de elevar o nível do debate e de contribuir para reflexão profunda da questão concorrencial num segmento econômico que, mercê de reunir singularidades capazes de distingui-los dos demais segmentos, certamente não pode ser colocado no pedestal da imunização antitruste.

De fato, o legislador constituinte não pretendeu tanto, mas também não se pode negar que conferiu tratamento diferenciado para o Sistema Financeiro Nacional, dedicando-lhe um capítulo específico (IV) dentro da ordem econômica e financeira (Título VII) na Constituição Federal, situação sem precedente nas anteriores constituições brasileiras.

Esse fenômeno pode ser explicado pelo fato de que, anteriormente às leis da reforma bancária e do mercado de capitais –Leis nºs 4.595, de 1964, e 4.728, de 14 de julho de 1965— a atividade financeira no Brasil era muito incipiente, resumindo-se, afora o Banco do Brasil e alguns bancos estrangeiros, a bancos privados com fortes vínculos familiares.

Esse marco legal constitui a baliza que deu impulso ao desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional, que, não se pode negar, foi alimentado pelos elevados índices inflacionários até a metade da década de 90 e pela ciranda financeira patrocinada pela necessidade de financiamento dos tesouros das três esferas de governo.

Esse destaque constitucional conferido ao segmento parece servir de alerta ao intérprete, no sentido de instá-lo a não pretender a pacífica, direta e horizontal aplicação do preceito contido no art. 173, § 4º, da Constituição Federal e na Lei nº 8.884, de 1994, ao sistema financeiro. Se fosse tão simples assim, não faria o menor sentido albergá-lo num capítulo particular; bastaria ordinariamente incluir artigo ou parágrafo no Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, e nada mais.

Reflexão mais acurada sobre esse fenômeno evitaria alguns arroubos interpretativos do tipo tudo ou nada.

Nesse sentido, pode-se dizer que o brilhantismo das teses e dos fundamentos econômicos contidos na réplica, sem tréplica, do Plenário do CADE *foram ofuscados* pela busca de poder, da ‘reserva administrativa de mercado’, e pelo exercício do sofisma.

Sim, porque embora declarando que o Plenário do CADE não era o foro adequado e nem competente para “[...] refutar a interpretação dada pela AGU ao suposto conflito entre os dispositivos da Lei n. 8.884/94 e da Lei n. 4.595/64, sob o prisma das normas da Constituição Federal de 1988.”, como o fez o conselheiro Celso Fernandes Campilongo no seu Voto Vista, os conselheiros se deixam embevecer pelo vírus do poder e sem se darem conta da contradição do raciocínio concluem, após vista, revista e complemento dos Votos, pela ilegalidade e pela inconstitucionalidade tanto da Lei Complementar nº 73, de 1993, quanto da decisão presidencial.

Esse viés com fortes conotações jurídicas é captado pelo conselheiro Thompson Almeida Andrade, posto que no seu Voto Vogal ressalta que, diferentemente dos conselheiros que o precederam e que examinaram à exaustão “[...] a questão da vinculação ou não do CADE ao parecer da AGU sob o *ponto de vista jurídico*³⁵”, sua *análise se concentraria no exame econômico*.

Sobressai do debate do tema a idéia de que o Poder Executivo interferiu, *ex ante*, nas decisões do CADE. A assertiva não poderia ser mais falaciosa, haja vista que tanto os pareceres que antecederam e subsidiaram a manifestação da AGU quanto a própria decisão em momento algum discutiram sequer o caso que ensejou a disputa. Limitam-se, só e tão-somente, a descobrir de quem seria a

³⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul c. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores) *in Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 579.

competência para analisar e julgar os aspectos concorrenciais no seio do sistema financeiro.

Tenta-se, de outra parte, descaracterizar a existência de conflito positivo de competência, rotulando-o de 'pretensão'. O conflito é real e não imaginário pelo simples fato de que o Banco Central formalmente e atendendo demanda do próprio CADE (OFÍCIO Nº 1937/96/SDE/GAB, de 1996) lhe comunicou, em junho de 1997 (Ofício PRESI-97/1743), que o exame e julgamento dos *atos de concentração* envolvendo instituições financeiras eram da alçada dele, Banco Central.

É fato, também, que o CADE em decisões posteriores resolveu ignorar a posição do Banco Central, instalando-se, a partir de então, *conflito entre entidades da administração federal*, passível, portanto, de mediação do Presidente da República como autoridade que detém competência privativa para exercer a direção superior da administração federal. O então presidente do CADE, no Voto Vista que proferiu no caso Finasa, divergindo da posição assumida pela maioria dos conselheiros, reconhece o conflito e a situação de insegurança a que estavam submetidos os administrados, nesses termos:

Portanto entendo que existe, na atualidade, conflito de competência entre o BACEN e o CADE, já que ambos se dizem competentes para julgar a mesma matéria.

E mais adiante:

[...] Afinal, o administrado, hoje, está sujeito, em potencial e em última análise, ao julgamento do mesmo fato por dois órgãos diferentes, independentes, e que podem, eventualmente, proferir decisões contraditórias.³⁶

Esgrimam-se argumentos contra a Lei Complementar nº 73, de 1993, a ponto de considerá-la inconstitucional ou mesmo superada pela própria Lei nº 8.884, de 1994, e apenas numa deferência admitem sua validade se se trabalhar com a divisão das atribuições do CADE em *atividade-fim* e *atividade-meio*, concluindo que

³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul c. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores) in **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 598 e 603.

jamais o Presidente da República poderia arbitrar competência naquelas matérias que digam respeito às atividades-fim da autarquia.

As presunções argumentativas são, basicamente, de duas ordens: a) imaginam a *absoluta cisão* entre regulação prudencial e regulação da defesa da concorrência, sendo a primeira reflexa de uma *política de governo* e a segunda de uma *política de estado* ou, nas palavras de Campilongo: quem regula não julga; e b) presumem que o CADE seria o guardião único da defesa da concorrência.

.2.2.1 A cisão entre política de estado e política de governo

Segregar a discussão, como fazem na primeira vertente, entre *política estatal* e *política de governo* é ignorar o próprio sistema político brasileiro. É cediço que no regime presidencialista o centro da atividade estatal se concentra no Poder Executivo, corporificado numa só pessoa, o Presidente da República, que dirige as duas políticas, estatal e de governo.

No regime parlamentarista, diversamente, o presidente é apenas o Chefe do Estado, com poder bastante debilitado ou neutro de equilibrador acima das facções e com a função de representar a unidade nacional, cabendo ao Parlamento as duas políticas³⁷.

Claro que em ambas as hipóteses as políticas de governo podem sofrer variações a depender do número de partidos, haja vista que na presença de muitos partidos o jogo partidário torna-se mais complexo, as alianças e os grupos parlamentares se modificam de acordo com as exigências de momento.

No regime republicano brasileiro, que segue o modelo norte-americano, mas dele difere em razão das próprias características da nossa evolução histórica, cultural e constitucional –lá o processo legislativo é mais liberal e a legislação

³⁷ Para maior detalhamento ver BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, 5ª ed., vol. II, São Paulo: Editora UnB, 2004.

administrativa mais flexível³⁸--, o Presidente da República é a *autoridade máxima de direção superior* da administração federal e incorpora as duas funções. Aliás, outro não é o mandamento insculpido no art. 84, inciso II, da Constituição Federal, que atribui ao Presidente da República, com o auxílio dos Ministros de Estado, o exercício da direção superior da administração federal³⁹.

Tendo isso em conta, a dicotomia *política de estado* e *política de governo* perde fôlego e não se sustenta, sendo certo que o ato do Presidente da República caracteriza manifesto exercício de competência constitucional, materializando, no regime brasileiro, repita-se, ato típico de direção superior da administração federal.

Debruçando-se sobre essa temática, Eros Grau e Paula A. Forgioni⁴⁰ alertam para o fato de que se por um lado a inserção das chamadas ‘agências’ no ordenamento brasileiro estimulou a produção de alguma boa doutrina, por outro lado desnuda –além da carência de conhecimento do direito brasileiro--, em alguns casos, desconhecimento do próprio direito. E analisando o poder presidencial à luz do art. 84 da Constituição Federal arrematam:

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

³⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**, vol. VI. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 29.

³⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
omissis

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

⁴⁰ ROCHA, João Carlos de Carvalho (et al). **Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87-88.

Assim, sob o aspecto eminentemente jurídico e após o “Aprovo” do Excelentíssimo Senhor Presidente da República no Parecer GM-020, de 2001, o conflito restou superado, constituindo-se, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993, coisa julgada administrativa, sendo defeso a qualquer órgão ou entidade da administração federal negar-lhe validade a pretexto de auto-intitular-se independente ou coisa do gênero.

Como bem o disse Eros Grau e Paula A. Forgioni, “Ao contrário do que se disse em meio à passionalidade do debate, competência funcional é atribuída por lei, e não ‘conquistada’ por este ou aquele órgão ou entidade⁴¹.”

Esse contexto de parcialidade, aliás, chega a ponto de se tomar de empréstimo determinados conceitos e a eles atribuir sentido que, efetivamente, não têm quando se analisa o pensamento do doutrinador na inteireza. Por exemplo, na tentativa de demonstrar a ausência de vinculação da autarquia à orientação eminentemente técnica do Poder Executivo, mesmo porque se limitou a sanear divergência de interpretação de leis e da Constituição Federal, os conselheiros Roberto Pfeiffer e Ronaldo Porto nos votos vista recorrem a excertos da obra do doutrinador Hely Lopes Meirelles que, se lidos com vagar, não sustentam as teses dos contendores.

No fundo pretendem os conselheiros demonstrar que as autarquias especiais, que *não integram a estrutura orgânica do Executivo*, estariam sujeitas apenas a um ‘controle finalístico’, sem, contudo, precisarem o que venha a ser tal conceito.

Tudo indica que, nesse particular, os conselheiros esquecem que tanto o Executivo quanto as autarquias são *espécie do gênero* administração federal, que, obviamente, se desdobra em administração federal direta (Executivo) e

⁴¹ ROCHA, João Carlos de Carvalho (et al). **Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005,, p. 103.

administração federal indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações).

Mas afinal, o que seria o tal 'controle finalístico' senão, nas palavras do próprio doutrinador: "É o que a norma legal estabelece para as entidades autônomas, indicando a autoridade controladora, as faculdades a serem exercidas e as *finalidades objetivadas*. Por isso mesmo, é sempre um controle limitado e externo." (destacou-se)

Qual, então, a *finalidade* da intervenção do Presidente da República? Simplesmente exercitar a faculdade constitucional e legal com o objetivo de resolver específico conflito envolvendo duas autarquias federais. O *controle autárquico*, trazido à colação pelos contendores, é aquele, segundo o mesmo doutrinador, que *resulta automaticamente do escalonamento vertical dos órgãos do Executivo*, portanto, administração direta, o que é bem diferente do controle finalístico⁴².

.2.2.2 Ser ou não ser o guardião único da tutela da defesa da concorrência

Melhor sorte também não assiste à presunção de que o CADE seria o paladino da defesa da concorrência no Brasil. A polêmica pode ser enfrentada sob três ângulos: exegese com foco na própria Lei nº 8.884, de 1994; na segregação pretendida entre *regulação prudencial* (política de governo) e *adjudicação de defesa da concorrência* (política de estado); e, finalmente, do argumento de que, *como princípio geral*, o art. 173, § 4º, da Constituição Federal contemplaria o sistema financeiro.

Começa-se pela Lei nº 8.884, de 1994. A premissa maior converge para a *regra geral* do art. 15, segundo o qual a lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, às associações de entidades ou de pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 640-641.

personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Isso, na visão do CADE, seria bastante para afastar qualquer idéia de que pudesse haver uma outra entidade com poderes de tutela sobre a defesa da concorrência no Brasil.

Análise metódica da Lei nº 8.884, de 1994, parece indicar outra realidade. De fato, pelo art. 3º da lei, inserido no Título II – Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), subdividido em seis capítulos, I – Da autarquia, II – Da Composição do Conselho, III – Da Competência do Plenário, IV – Da Competência do presidente, V – Da Competência dos conselheiros, e, VI – Da Procuradoria, *o CADE é transformado em autarquia federal com “[...] atribuições previstas nesta lei.”*, mas não lhe *confere competência privativa, exclusiva*, para o trato da defesa da concorrência *lato sensu*.

O inciso XIII do art. 14, que traz o rol de competências da SDE, aclara mais ainda a possibilidade de outras entidades exercitarem tal função, pois consta ser da competência daquela secretaria “orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei.”

Mas os canais que desmistificam a reserva de mercado não se esgotam aí. O art. 26, que integra o Capítulo III – Das Penas, do Título V – Das Infrações da Ordem Econômica, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, dá o tom das possibilidades de competência concorrente. Diz ele, *in verbis*:

Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, Seae, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 Ufirs, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator. (destacou-se)

De outra parte, os cinco parágrafos adicionados ao art. 26 pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, reafirmando a inexistência de reserva material do CADE falam genericamente de “autoridade requisitante”, não especificamente do CADE, da SDE e da Seae.

A Lei 10.149, de 2000, ademais, atribui *competência exclusiva à AGU* para requerer ao Poder Judiciário, a pedido da SDE e no interesse da instrução de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresas ou pessoa físicas (art. 35-A) e à *União*, por intermédio da SDE, *para celebrar acordo de leniência*, não sujeito à aprovação do CADE (art. 35-B, *caput* e § 4º).

Trazendo-se a discussão para a seara do sistema financeiro, constatar-se-á que capítulo inteiro da Lei nº 8.884, de 1994, ao segmento não se aplica, exatamente devido à sua especificidade.

É o caso, no particular, do Capítulo II – Da Intervenção Judicial, do Título VIII – Da Execução Judicial das Decisões do CADE, que nos arts. 69 a 78 trazem as hipóteses em que o Juiz decretará a intervenção na empresa, nomeará interventor e definirá as competências dele, interventor.

Como é sabido, a competência para decretar intervenção, liquidação extrajudicial ou regime de administração especial temporária nas instituições financeira é *exclusiva* do Banco Central, nos termos da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

Assim, pode-se dizer que exame apenas com foco na Lei nº 8.884, de 1994, revela que a tutela única pretendida pelo CADE não se sustenta, seja porque no *campo repressivo* outros atores podem intervir, seja porque, no caso específico do sistema financeiro, a execução judicial das decisões do CADE, no limite, restaria impossível em face da *prevalência da legislação especial* sobre intervenção,

liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária. A propósito, o art. 83 da lei da concorrência sequer contempla a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 4.595, de 1964, e muito menos da Lei nº 6.024, de 1974, e do Decreto-lei nº 2.321, de 1987.

A propósito, é desprovida de sustentação doutrinária a digressão feita pelo conselheiro Celso Fernandes Campilongo que, amparando-se na doutrina de José Afonso da Silva, assevera que competência *privativa* não significa competência *exclusiva*⁴³.

Simple leitura da nota de rodapé transcrita pelo conselheiro, que traduz excerto da p. 481 da obra autor, *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 16ª ed. 1999, permite concluir que a colocação do doutrinador tem absoluta propriedade porque, no caso, extrai tal dedução a partir da comparação entre a competência do art. 21 (exclusiva) vis-à-vis a do art. 22 (delegatória) da Constituição Federal. Ora, a competência do art. 22 *não é privativa em sentido estrito* porque o seu parágrafo único faculta delegação, por lei complementar, aos Estados. Confira-se:

Art. 21. Compete à União:
omissis

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
omissis

Parágrafo Único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

A Lei nº 4.595, de 1964, contudo, não abre a possibilidade de delegação; logo, não se podem comparar realidades incomparáveis.

Igualmente, e essa é a segunda vertente da análise, não procede o argumento de que a competência privativa do Banco Central seria apenas para

⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul c. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores) in **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 504.

dispor sobre matéria *prudencial*, que não se confundiria com a *adjudicação* de defesa da concorrência.

É que, diferentemente de tudo que se prega, o Banco Central detém amplo *poder normativo delegado* em matéria de sistema financeiro, fato reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 242.550-2 Distrito Federal, relator o ministro Ilmar Galvão, de 28 de setembro de 1999, por intermédio do qual a empresa Ourobraz S/A – Comércio, Importação e Exportação questionava a legalidade das Resoluções nºs 1.428 e 1.429, ambas de 1987, à luz dos arts. 170, *caput* e parágrafo único, 173, *caput* e §§ 4º e 5º, e 192 da Constituição Federal⁴⁴.

Em passagem de seu voto, ao enfrentar especificamente a temática da competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central, o eminente ministro-relator assim se posiciona:

E exatamente amparado por essa *competência delegada pela Lei 4.595/64*, o Conselho Monetário Nacional editou as Resoluções 1.428/87 e 1.429/87, a primeira autorizando instituições financeiras a praticarem compra e venda no mercado físico de ouro, a segunda, que interessa mais de perto ao caso dos autos, dispondo sobre as aplicações em ouro, ‘*verbis*’.(destacou-se)

E ao indagar se as mencionadas resoluções seriam ilegais ou se teriam ofendido a algum direito constitucionalmente garantido à impetrante, presentes que,

⁴⁴ O respectivo Acórdão, publicado no Diário da Justiça de 10 de dezembro de 1999, está vazado nos seguintes termos: “EMENTA: RECURSOS DO PÚBLICO. CAPTAÇÃO PARA APLICAÇÃO EM OURO. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL. RESOLUÇÕES NºS 1.428 E 1.429, DE 1987, DO BANCO CENTRAL. LEI Nº 4.595/64. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 170, I, DA EC 01/69; E 1º; 5º, II; 160, **CAPUT**, E PARÁGRAFO ÚNICO. 173, **CAPUT**, E §§ 4º E 5º; E 192, DA CF/88.

Ausência da alegada negativa à empresa do direito de continuar exercendo o comércio de ouro e de pedras preciosas, ou de reconhecimento, ao Estado ou ao Banco Central do poder de estabelecer restrição à dita atividade, muito menos que pudesse ser tida por exorbitante dos lindes do poder de fiscalização e repressão ao abuso do poder econômico ou de punição de atos contrários à ordem econômico e financeira e economia popular.

Consideradas sujeitas à autorização do Banco Central, tão-somente, as operações de captação de recursos para aplicação em ouro ou em certificados de depósito desse metal, a título de investimento, cujo volume, de resto, não fica condicionado ao montante disponível do referido metal, que não é entregue ao adquirente, permanecendo em poder da empresa.

Configurado, nesse caso, de atividade de natureza financeira, sujeita a autorização do Banco Central, na forma prevista nos atos regulamentares impugnados.

Recurso não conhecido.”

efetivamente, criam direitos e deveres, pontifica: “Entendo que não. Não há que se falar em ilegalidade, se ambas as resoluções foram baixadas ao amparo de *competências expressamente delegadas* pela Lei 4.595/64.” (destacou-se)

Quando, por outro lado, enfrenta as questões atinentes aos arts. 170, *caput* e parágrafo único, e 173, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, que, no caso, servem para colocar luzes na disputa do CADE pela adjudicação privativa da defesa da concorrência, o ministro-relator leciona:

É fato que a Constituição anterior, em seu art. 160, I, assim como a atual, em seu art. 170, consagram o princípio da liberdade de iniciativa, assegurando a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ‘salvo nos casos previstos em lei’, como se infere do parágrafo único do art. 170 da Carta de 88.

E, dada a importância do ouro como instrumento de política cambial e monetária, as operações que o envolvem, como ativo financeiro, objeto de aplicações financeiras, sujeitam-se à disciplina e fiscalização do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. ...[não podendo ser] tida por exorbitantes dos lindes do *poder de fiscalização e repressão ao abuso do poder econômico ou de punição de atos contrários à ordem econômica e financeira e economia popular*. (destacou-se)

Anteriormente, ao examinar o Conflito de Atribuição nº 35-1/RJ⁴⁵, de 1987, tendo como suscitantes o Banco Brasileiro de Descontos S/A e outros, como suscitados o Juiz de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, Conselho Monetário Nacional e Banco Central e como interessado e agravante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Curadoria de Justiça dos Consumidores), o Pleno do Supremo Tribunal Federal confirmou o poder normativo delegado do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central. Confirmam-se excertos do voto do ministro-relator, Sydney Sanches:

Esse poder de criar direito material é, em princípio, do Legislativo, segundo as competências constitucionalmente

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, Serviço de Jurisprudência, Diário da Justiça de 1º de dezembro de 1989, Ementário nº 1556-1

distribuídas, cabendo, em outros casos, delegações de poderes normativos complementares a órgãos administrativos, que os exercem como atribuições. É o que acontece com o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, no campo ora focalizado.”

Normas genéricas, que, além de não competirem ao Judiciário, no estrito exercício de sua função jurisdicional, colidem frontalmente com as já baixadas pelos órgãos administrativos competentes, no exercício de poder normativo legalmente conferido (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil).

Não se trata, pois, apenas de incorreta interpretação de lei, no exercício de estrita jurisdição, mas de exercício indevido de poder normativo delegado a órgãos administrativos, que já o exerceram. (destaques do original)

Também na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-2/DF, contra o art. 251 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que excluía os servidores do Banco Central do regime jurídico único, julgada procedente, o ministro-relator, Carlos Velloso, destaca no seu Voto:

Nos artigos 9º, 10 e 11, estabeleceu a Lei 4.595/64 a competência do Banco Central. Do rol de atribuições conferidas ao Banco Central, *ressai que a ele compete a prestação de serviço público, no cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º) e, sobretudo, no fiscalizar as instituições, aplicando as penalidades previstas*. O Banco Central do Brasil é, pois, o banco dos bancos, o fiscal das instituições financeiras, lecionando Geraldo Ataliba e Adilson Abreu Dallari: ‘Em síntese, o Banco Central foi legalmente investido de funções fiscalizadoras, sancionadoras e regulamentares; desempenha importante parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro’.⁴⁶ (destacou-se)

Assim, pode-se dizer que a *competência normativa* do Banco Central *não se adstringe apenas à regulação prudencial*, haja vista que, sendo também uma autarquia federal, especial, que adjudica mercado com características singulares, sua competência abarca atividades que extrapolam a simples regulamentação, isto

⁴⁶Supremo Tribunal Federal, Serviço de Jurisprudência, Diário da Justiça de 22 de novembro de 1996. Ementário nº 1851-01. Voto do ministro-relator.

é, legisla, cria direito material. Basta ver, por exemplo, seu poder exclusivo na seara da intervenção, da liquidação extrajudicial e da administração especial temporária.

Melhor sorte não assiste ao CADE quando a análise busca extrair a exegese a partir da Constituição Federal. É que os contendores procuram conferir ao *princípio geral* insculpido no art. 173, § 4º, imperatividade que não tem.

A presunção é a de que *sendo um princípio geral* da ordem econômica tudo e todos os mercados estariam a ele jungidos.

O raciocínio peca pelo absolutismo que lhe acorrenta, a começar pelo fato de desconhecer que não se trata de um daqueles princípios de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, mas que depende de disciplina “na forma da lei”.

Ora, um dos traços típicos ou notas caracterizadoras dos modelos constitucionais, no magistério de Bastos e Brito⁴⁷, reside exatamente no seu conteúdo marcadamente político, visto ser a Constituição o ‘estatuto jurídico político’, de tal modo que não se pode interpretá-la sacando-se de critérios contidos na lei menor e vice-versa.

É que a estrutura morfológica constitucional vem “[...] vazada em linguagem predominantemente lacônica, não analítica, à feição de uma sinopse de todo o ordenamento normativo⁴⁸.”

Esse traço quase atécnico da linguagem constitucional é revelador de sua abstração e serve de alerta no sentido de que, na sua interpretação, o intérprete não pode deixar-se levar pela tentação de conclusões do tipo extremada.

Para o publicista Geraldo Ataliba⁴⁹ “A interpretação da lei constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no

⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 12-14.

⁴⁸ Idem, p. 19.

direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a acepção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma acepção técnica.”

Eros Grau⁵⁰, por sua vez, diz que a Constituição formal, concebida como meramente programática, é reveladora de normas que não são *normas jurídicas*. A um porque define direitos que não garante. A dois porque esses direitos só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo.

Nesse contexto, não se pode pinçar palavras, fragmentos de frases ou determinado comando isoladamente e a eles pretender conferir sentido absoluto. Detendo-se particularmente sobre “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, Eros Grau alerta para o fato de que a expressão não permite, não enseja, não viabiliza a aplicação de normas jurídicas, e, como tal, não encerra um conceito jurídico, servindo apenas para indicar, topologicamente, disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser).

Mas, como pontua o autor, o próprio título está prenhe de preceitos que conota a ‘ordem econômica’ indicando ora o *mundo do ser* (art. 170, *caput*⁵¹) ora o *mundo do dever ser* (§§ 4º e 5º do art. 173⁵²), por exemplo. O *mundo do dever ser*

⁴⁹ **Elementos do direito tributário**. Revista dos Tribunais, 1978, p. 238, *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

⁵⁰ **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26.

⁵¹ “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:”

⁵² “§ 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 desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

denota, portanto, algo incompleto, que não se esgota nos limites constitucionais e que *somente estará completo pela normatização infraconstitucional*⁵³.

Sob essa perspectiva, não basta combinar o inciso IV do art. 170 (livre concorrência) e o § 4º do art. 173 (repressão do poder econômico) da Constituição Federal e a partir dela deduzir que todos os mercados estão submetidos à Lei nº 8.884, de 1994, só e somente porque encerram 'princípios gerais da atividade econômica'.

Esse cuidado revela-se ainda mais importante quando, no caso objeto da contenda, constata-se que o Sistema Financeiro Nacional, inusitada e diferentemente da tradição constitucional brasileira, mereceu tratamento destacado e privilegiado dentro da ordem econômica e financeira.

Se é certo que o Capítulo I do Título VII da Constituição Federal lista os princípios gerais da atividade econômica (há silêncio em relação à ordem/atividade financeira) que visam, a partir da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, assegurar a todos existência digna, em conformidade aos ditames da justiça social, também o é que o Capítulo IV traz ínsito *princípio especial e particular*, qual seja, a estruturação do Sistema Financeiro Nacional deve visar a *promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade*.

Interessante observar que a Constituição Federal comporta dois sistemas financeiros: o público, tratado nos arts. 163 a 169, abarcando os temas pertinentes às finanças e aos orçamentos públicos, e o parapúblico, na dicção de José Afonso da Silva, que contempla as instituições financeiras públicas e privadas (art. 192), ambos, porém, imbricados pelo Banco Central.

Mas aí o intérprete se depara com um misto de *mundo do ser* e de *mundo do dever ser*. O *mundo do ser* corporifica o sistema financeiro tal qual positivado na Lei nº 4.595, de 1964, acolhida pela Constituição Federal e dotada de eficácia de lei

⁵³ Ob. cit. p. 78-82.

complementar; o *mundo do dever ser* seria aquele que está por vir, que reconfigurará, *ou não, por lei complementar*, o *mundo do ser* que aí está; essa incompletude, essa carência de *auto-executoriedade*, obviamente, não foi suprida pela Lei nº 8.884, de 1994, porque, enfatize-se, lei complementar não é.

Não se trata de discutir a superioridade da lei complementar em relação à lei ordinária porque, como reconhece a melhor doutrina, tudo não passa de uma questão formal, de matéria e *quorum* privilegiados pela própria Constituição quando nominalmente reserva determinados temas a disciplina especial.

Essa reserva constitucional e esse vazio legislativo, contudo, fazem a diferença no sentido de prevalecer as regras disciplinadoras da defesa da concorrência positivadas na Lei nº 4.595, de 1964, sobre as da Lei nº 8.884, de 1994. É o melhor dos mundos? Com certeza a resposta é negativa, mas isso não autoriza o intérprete a desconhecer uma realidade que, passadas duas décadas, continua à mercê do (des)interesse da sociedade.

A não auto-executoriedade dos preceitos do art. 192, aliás, ficou patente no julgamento da ADI Nº 4, de 7 de março de 1991 --convertida posteriormente na Súmula nº 648, do Supremo Tribunal Federal⁵⁴--, que questionava a aprovação, pelo Presidente da República, de parecer da AGU que concluía pela não auto-aplicabilidade dos juros de 12% (doze por cento) previstos no revogado § 3º do citado artigo⁵⁵.

Não obstante toda essa realidade pacificada pela Corte Suprema, o conselheiro Roberto Porto Macedo Júnior⁵⁶, ratificando a inteligência extraída pelo

⁵⁴ Súmula nº 648: A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.

⁵⁵ Todos os incisos e parágrafos foram revogados pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, tendo o *caput* recebido a seguinte redação. “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

⁵⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul c. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores) *in Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002p. 531.

conselheiro Roberto Pfeiffer a respeito do § 4º do art. 173 da Carta Magna, assevera:

[...] como se extrai da leitura de tal dispositivo, não houve menção à necessidade da matéria ser regulada por lei complementar. Desta maneira, não importa o *quorum* com que tenha sido aprovada ou a natureza com que tenha sido recepcionada a lei que as contenha, *sempre as regras que disponham sobre a proteção da ordem econômica possuirão natureza de lei ordinária*. Neste contexto ordinária é a natureza da Lei n. 8.884/94, assim como ordinária é a natureza das normas da Lei n. 4.595/64 que dispõem sobre a defesa da concorrência.

Assim, se conflito houvesse que não pudesse ser resolvido pela mera interpretação sistemática das leis, seria de rigor reconhecer que a lei posterior (Lei n. 8.884/94) teria revogado os dispositivos que lhe fossem contrários. (destacou-se)

Ledo engano. A razão é simples: a lei da defesa da concorrência se insere no campo normativo e regulador da atividade econômica que cabe ao Estado, nos termos do art. 174 da Constituição Federal e que se materializa nas funções de *fiscalização*, incentivo e planejamento, por intermédio das quais o Estado intervém, de forma indireta, com vistas a condicionar, motivar ou enquadrar a atuação dos agentes econômicos. *Mas não abarca, outra vez, o Sistema Financeiro Nacional*.

Vem a calhar o magistério do Professor Eros Grau sobre a atividade de *fiscalização*. Confira-se⁵⁷:

Essa atividade, de *fiscalização*, é desenvolvida, evidentemente, em torno de um objeto. Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra –ou não ocorra. Assim, *fiscalizar*, no contexto do art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, isso é evidente –nítido com a luz solar passando através de um cristal, bem polido--, hão de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica em sentido estrito, necessariamente configura *intervenção sobre o domínio econômico*.

⁵⁷ **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9º ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 268-269.

E conclui:

Fiscalização, tal qual incentivo e planejamento, referidos pelo art. 174, serão exercidos na forma da lei, isto é, sob a égide do princípio da legalidade, aqui contemplado, todavia, ao contrário do que sucede na hipótese do parágrafo único do art. 170, como legalidade em termos relativos (art. 5º, II). (destaques do original)

Diz-se ledor engano daqueles que concluem pela aplicação horizontal da lei da concorrência ao sistema financeiro porque o legislador constituinte, mantendo coerência com as disposições específicas do art. 192, *conferiu tratamento privilegiado para esse mercado em matéria de regulação e fiscalização de suas atividades.*

De fato, a Constituição Federal no seu art. 163⁵⁸ prevê que as matérias elencadas nos seus sete incisos *dependem de lei complementar*, sendo que o inciso V trata, especificamente, da *fiscalização das instituições financeiras* e o inciso VII sobre a compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional. *Logo, qualquer alteração na competência do Banco Central para lidar com a defesa da concorrência no sistema financeiro depende de lei complementar.*

Em resumo, de qualquer dos três ângulos analisados resta a convicção de que a lei de defesa da concorrência não é a opção única e inafastável à consecução dos preceitos constitucionais que advogam que 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. A estruturação do Sistema Financeiro Nacional de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a

⁵⁸ Assim dispõe o dispositivo constitucional:

“Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I -

V – fiscalização das instituições financeiras;

...

VII – compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.”

servir aos interesses da coletividade também é uma opção, como outras alternativas não de existir.

Os professores Eros Grau e Paula A. Forgioni quando analisam o conflito positivo de competência Banco Central versus CADE, sob o *estrito ângulo da livre concorrência e da livre iniciativa na Constituição Federal*, são incisivos na demonstração de que a premissa de tutor único da defesa da concorrência não se sustenta. Embora longo, vale a pena transcrever os principais fundamentos da argumentação que contraditam a idéia de que a livre iniciativa e a livre concorrência seriam indissociáveis e se sustentariam no modelo baseado exclusivamente na busca da *eficiência alocativa*. Ei-los⁵⁹:

[A]lém de acreditar na existência de entes administrativos que pairariam no limbo, não se integrando a nenhum dos três Poderes, é atribuída essência mitológica a alguns princípios constitucionais atinentes ao funcionamento do mercado.

A proteção da livre concorrência e da livre iniciativa levaria ao repúdio de qualquer política que permitisse a certos mercados desenvolverem-se fora da lógica *chicaguiana*, afastando a tutela de quaisquer outros valores que não o do livre mercado.

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

Os princípios veiculados no artigo 170 da Constituição Federal visam a 'assegurar a todos existência digna, conforme os *ditames da justiça social*'. E o seu artigo 1º enuncia a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais da livre iniciativa* como dois dos fundamentos do Brasil. Daí porque a interpretação/aplicação do *princípio da dignidade da pessoa humana* ilumina a concretização dos princípios veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição; mas a interpretação/aplicação desses mesmos princípios, concomitantemente, ilumina a concretização do *princípio da dignidade da pessoa humana*.

⁵⁹ CADE v. BACEN: *Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia-Geral da União* in **Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Coordenadores: ROCHA, João Carlos de Carvalho [et al], Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 89-90.

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

É que o Estado tem a prerrogativa de intervir no domínio econômico de três formas, a saber: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; e c) intervenção por indução⁶⁰.

Na intervenção por absorção o Estado toma por completo o exercício da atividade de determinado setor da economia, atuando em regime de monopólio, enquanto no regime de participação figura como um dos atores do processo produtivo, embora ocupe parcela importante de controle dos meios de produção. Em ambas as hipóteses, o Estado *intervém diretamente* no domínio econômico, isto é, atua *sobre* a economia.

Nas modalidades de intervenção por direção ou por indução, diferentemente, o Estado *intervém* no domínio econômico *de forma indireta*, ou seja, atua *na* economia.

Assim, na *intervenção por direção*, o Estado exerce influência *sobre* a economia estabelecendo mecanismos normativos de pressão para controle da atividade econômica em sentido estrito (normas de natureza cogente, imperativas), ao passo que na *intervenção por indução* o Estado manipula os mecanismos de intervenção conforme as leis de mercado (normas dispositivas, com menor carga de cogência).

Dito de outra forma, o Estado dispõe de instrumentos que lhe permite atingir os objetivos constitucionais por outras vias que não exclusivamente a tutela do livre mercado. A regulação, por exemplo, pode ser um meio de garantir nível adequado de concorrência.

⁶⁰ Para maior aprofundamento, ver GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPÍTULO 3

NA BUSCA DE MODELO DE ADJUDICAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA O SETOR BANCÁRIO

Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar.⁶¹

Os dois capítulos anteriores trataram do conflito positivo de competência entre o Banco Central e o CADE, tendo o primeiro historiado os principais fatos da disputa e o segundo esboçado crítica à reação dos conselheiros do CADE à decisão adotada pelo Presidente da República que arbitrou, sob o estrito prisma constitucional e legal, a tutela da defesa da concorrência no setor financeiro em favor do Banco Central.

O presente capítulo defenderá modelo de adjudicação da concorrência para o sistema financeiro que exclui tanto a opção extremada defendida pelo CADE quanto a que restou sacramentada pela decisão presidencial. É um modelo que reparte competências para cada autarquia e melhor acomoda as singularidades e idiosincrasias próprias só e somente da atividade financeira. Mais que isso, visa a reforçar a política de estado insculpida na Constituição Federal, *particularmente no que se refere ao aspecto repressivo das condutas lesivas à livre concorrência e aos direitos dos usuários dos serviços financeiros*.

Antes, porém, de adentrar especificamente na temática, desenvolver-se-á análise crítica do modelo positivado na Lei nº 4.595, de 1964, a fim de averiguar sua adequabilidade à realidade que aí está, haja vista que a dialética dos debates ficou fortemente vincada na disputa de poder.

⁶¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**, Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 6ª ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2003, p. 26.

.3.1 A positivação da defesa da concorrência na lei bancária

A resenha tanto do histórico quanto do desdobramento da contenda, após a decisão presidencial, evidencia que o *cerne da controvérsia*, para usar o termo cfrado pela AGU, ficou *excessivamente* centrado na definição da competência, sem indagação mais acurada a respeito da adequação e da eficácia dos instrumentos positivados na Lei nº 4.595, de 1964, concebidos num contexto sócio-econômico e político bem diferente do que veio a fundar a Constituição Federal de 1988 e sem ater-se à própria evolução e sofisticação do Sistema Financeiro Nacional.

A realidade posta em termos da aplicação das regras antitruste ao Sistema Financeiro Nacional consagra, na atual configuração e construção jurídica, modelo em si mesmo antagônico e ineficaz. Isso porque inegável que a Lei nº 4.595, de 1964, fruto do Estado-empresário, do Estado intervencionista ao extremo em todos os mercados, não traz na sua concepção de concorrência as melhores práticas internacionais.

Bem ao contrário, a concepção de concorrência da época tinha uma visão eminentemente policialesca no sentido de que a preocupação central se voltava para o sempre ineficaz tabelamento de preços, definição de cotas e coisas do gênero, como testemunha a história pregressa do próprio CADE na versão da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Resenhando os debates que mediou e que desaguaram na Lei nº 8.884, de 1994, Gustavo Franco⁶² diz:

O CADE naquela altura, era uma nulidade já amplamente consolidada. Tinha julgado apenas 150 processos nos seus vinte anos de existência, com apenas duas condenações sem importância. E não podia ser de outra forma! Como esperar que um órgão dedicado a zelar pelo bom funcionamento dos mercados pudesse funcionar num país onde o próprio governo era o meliante mais contumaz, ao conduzir políticas extremamente intervencionistas em todos os mercados onde podia?

Simple incursão aos dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, que tratam da política concorrencial aplicável ao Sistema Financeiro Nacional, deixa às claras que

⁶² FRANCO, Gustavo H. B. CADE: seu foco e seu lugar. JB, de 1º.8.1999, in <http://www.users.rdc.puc-rio.br/gfranco/a21.htm> em 14 nov. 2005.

o poder-dever do Banco Central é limitadíssimo para enfrentar a realidade complexa que aí está, particularmente em matéria de *disciplina das condutas lesivas à concorrência*.

A dedução não aparece tão direta como resultado da simples análise dos dispositivos motivadores do conflito positivo de competência entre o Banco Central e o CADE (arts. 10 e 18 da Lei nº 4.595, de 1964) porque, a rigor, tanto a vertente preventiva (atos de concentração) quanto a repressiva (condutas anticompetitivas) são contempladas na velha lei, embora haja quem advogue que o conceito preventivo somente tenha sido incorporado ao direito brasileiro com a Lei nº 8.884, de 1994.

.3.1.1 A disciplina *preventiva* da defesa da concorrência na lei bancária

A disciplina a respeito dos *atos de concentração*, isto é, o aspecto preventivo da defesa da concorrência, está contemplada no art. 10, incisos IX e X, alíneas “c” e “g”, da Lei nº 4.595, de 1964⁶³, deduzindo-se de forma simples e direta competir *privativamente* ao Banco Central *exercer a fiscalização* das instituições financeiras, *aplicar as penalidades* previstas na legislação e *analisar e aprovar os atos* que possam resultar em *transformação, fusão, incorporação ou encampação e alienação* ou, por qualquer outra forma, na *transferência de controle acionário*.

Na esfera da política de concorrência *pró-ativa* da Lei nº 4.595, de 1964, o viés intervencionista do Estado da época se faz presente e reflete a incompatibilidade do modelo com a própria condução da política monetária. Sob essa perspectiva, poderia o Banco Central, com seu viés desenvolvimentista-paternalista, como o fez até início da década de 90, *utilizar-se de um dos instrumentos clássicos de política monetária*, o recolhimento compulsório, como

⁶³“Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:
omissis

IX – exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

omissis

c) ser transformadas, fundidas, incorporados ou encampadas;

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o controle acionário;”

meio de ‘incentivar’ o desenvolvimento da indústria bancária, mediante a fixação de alíquotas de recolhimento *diferenciadas* em função *das regiões geo-econômicas* em que os recursos fossem captados e *da natureza* das instituições financeiras, consoante previsão contida no art. 10, inciso III, alínea “a”, itens 1 e 3⁶⁴, na versão do art. 19 da Lei nº 7.730, de 1989.

Se por ocasião da concepção da lei da reforma bancária preceitos concorrenciais dessa natureza poderiam ter alguma justificativa em razão do modelo econômico de Estado Social, da própria incipiência do Sistema Financeiro Nacional e das dificuldades de comunicação próprias da época, com o desenvolvimento e integração do sistema e dos mercados como decorrência natural do avanço da tecnologia da informação, incentivos da espécie, se mantidos, serviriam apenas para incentivar comportamentos tendentes a deturpar a execução da política monetária e, por vias transversas, transferir renda do setor público para o setor privado.

É que o produto manipulado, trabalhado, administrado pelas instituições financeiras, isto é, os recursos de poupadores e de investidores que buscam rentabilidade não conhecem fronteiras, não são carimbados, podendo ser facilmente transferidos de um lugar para outro, a depender do interesse das partes e das possibilidades, seja no interesse do investidor, seja, principalmente, na busca de maior lucro por parte das instituições financeiras.

Logo, a visão pró-ativa da defesa da concorrência da lei bancária não reflete as melhores práticas internacionais. Isso não significa que o Banco Central tenha ficado inerte às mudanças do ambiente nacional e internacional.

A prova da mudança de perspectiva da autoridade monetária pode ser aquilatada a partir da crise vivenciada pelo sistema financeiro no pós-estabilização do Real, que desnudou um segmento fechado ao setor externo, com baixa

⁶⁴ Diz o inciso “III – determinar o recolhimento de até 100% (cem por cento) do total de depósitos à vista e de até 60% (sessenta por cento) de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de título da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo: a) adotar percentagens diferentes em função: 1 – das regiões geo-econômicas; 2 – das prioridades que atribuir às aplicações; 3 – *da natureza das instituições financeiras*; b) determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido aplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas;”

exposição à concorrência e pouco competitivo, com excessivo número de bancos públicos ineficientes que se revelavam, na prática, verdadeiros sugadores de recursos públicos e concorrentes do Banco Central em matéria de emissão de moeda, particularmente as instituições financeiras estaduais, na medida em que sacavam “a descoberto” na conta Reservas Bancárias⁶⁵.

Para enfrentar essa realidade, o governo fez uso da prerrogativa contida no parágrafo único do art. 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias abrindo o setor financeiro à participação do capital estrangeiro via aquisições, fusões e incorporações, daí resultando um sistema financeiro mais aberto e competitivo, sem considerar que induziu os bancos nacionais a se reposicionarem para enfrentar esse novo ambiente, aumentando, evidentemente, a concentração bancária.

Para enfrentar os desafios dos novos tempos, na estrutura do Banco Central, precisamente no Departamento de Organização do Sistema Financeiro (DEORF), foi criada, em 2001, consultoria especializada (CONIF) para tratar exclusivamente dos *atos de concentração* no sistema financeiro. As análises feitas pelo Banco Central são detalhadas, porém carecem de sistematização dos procedimentos e de maior transparência para a sociedade, tanto é verdade que determinada instituição ao encaminhar operação de transferência de controle acionário para análise esclareceu que, na ausência de procedimentos regulamentares específicos, seguira o padrão do CADE.⁶⁶

.3.1.2 A disciplina *repressiva* da defesa da concorrência na lei bancária

A previsão de disciplina das *condutas anticompetitivas* da defesa da concorrência, por seu turno, está firmada no art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964⁶⁷,

⁶⁵ Conta que, nos termos da lei, as instituições financeiras são obrigadas a manter no Banco Central e por onde transita toda movimentação financeira interbancária.

⁶⁶ Ato de Concentração envolvendo a aquisição de 50% do capital votante da Globex Utilidades S/A e do capital total do Banco Investcred S/A pelo Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A.

⁶⁷ “Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil, ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

omissis

§ 2º O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, *regulará as condições de concorrência* entre instituições financeiras, coibindo-lhes **os abusos** com a aplicação da pena (vetado) nos termos desta Lei.”

que condiciona o exercício de atividade financeira à *prévia autorização* do Banco Central ou decreto do Poder Executivo, quando se tratar de instituição financeira estrangeira, cabendo-lhe, adicionalmente e no *exercício de sua competência privativa de fiscalização, regular as condições de concorrência* entre instituições financeiras, “*coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.*”

Na seara da *repressão às condutas lesivas* às leis do livre mercado e que constitui o aspecto dinâmico do binômio *prevenção-repressão*, as fragilidades começam a aparecer quando se analisa o *aparato sancionador*⁶⁸ aplicável às instituições financeiras, aos seus diretores, aos membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e aos gerentes.

Nos termos do art. 44, as penalidades, “*sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente*”, podem desembocar em: a) advertência; b) *multa pecuniária variável*; c) suspensão do exercício de cargos; d) inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras; e) *cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais ou privadas*; e, f) detenção dos dirigentes de instituição que atuem sem a prévia autorização do Banco Central.

De notar, porém, que os parágrafos do próprio art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, se encarregam de circunscrever, ou melhor, de limitar o poder de atuação do Banco Central, pois em termos objetivos as penalidades aplicáveis aos *abusos de concorrência* (art. 44, § 2º, alínea “b”, *parte final*) ficaram *adstritas à incidência de multa pecuniária* que, por força do art. 67 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, alterado pela Medida Provisória 2.224, de 4 de setembro de 2001, atinge o valor máximo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

A inadequação do aparato legal fica ainda mais realçada quando se constata que a *lei não contempla qualquer sanção restritiva de direitos*, haja vista

⁶⁸ As penalidades contempladas pela Lei nº 4.595, de 1964, estão previstas no Capítulo V, Das Penalidades, sendo de interesse direto as disposições do seu art. 44.

que a *cassação de autorização* da instituição financeira, *pena extrema*, não incide sobre os “abusos de concorrência”; ainda que incidisse, *as instituições públicas federais e privadas não seriam alcançadas*, haja vista que somente as instituições financeiras públicas estaduais estão sujeitas à pena de cassação de autorização e desde que seus dirigentes tenham, *antes*, sido punidos com a pena de *suspensão do exercício do cargo* e de *inabilitação temporária ou permanente* (art. 44, § 9º).

Descabe o argumento de que a Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.182, de 17 de novembro de 1995, alterou substancialmente os poderes do Banco Central, quer em sede *preventiva*, quer em sede *repressiva* da defesa da concorrência.

Como leciona Siqueira⁶⁹ a Lei nº 9.447, de 1997, dispôs “[...] sobre a responsabilidade objetiva dos controladores de instituições financeiras submetidas aos regimes de que tratam a Lei 6.024, de 1974, e o Dec. 2.321, de 1987, e (reforçou) o poder cautelar do Banco Central em sua atuação frente ao mercado financeiro”.

Sim, porque a Lei nº 9.447, de 1997, veio suprir deficiências no poder de polícia atribuído ao Banco Central, de modo a conferir-lhe instrumentos legais para conduzir o processo de reestruturação do Sistema Financeiro Nacional, cujas ineficiências camufladas, sustentadas e garantidas pelas receitas de *floating ou lucro inflacionário*, vieram à tona com o processo de estabilização econômica na esteira do Plano Real.

Não há na lei, portanto, nem de longe, a intenção consciente de modificar o *status quo* positivado na Lei nº 4.595, de 1964, em matéria de defesa da concorrência. São poderes, isso sim, para, diante de uma situação de ordem pública, o Estado substituir a vontade do particular.

Mas as impropriedades não se resumem somente a isso. Há algo mais grave no aparato legal corroído pelas décadas e que tem a ver diretamente com a

⁶⁹ SIQUEIRA, Francisco José de. Instituições Financeiras: Regimes Especiais no Direito Brasileiro. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. Ano 4, nº 12, abr./jun. de 2001, pp. 44-71. São Paulo: RT, 2001.

falta de ferramentas que permitam ao Estado, na sua função fiscalizadora, dar azo ao preceito constitucional de defesa do consumidor.

De fato, pelo arranjo institucional que aí está e que, efetivamente, *depende de mudanças pela via de lei complementar*, a atuação estatal em matéria de *análise e decisão sobre práticas abusivas* à concorrência está no limbo.

A ineficácia do modelo, no particular, decorre do fato de não caber mesmo ao Banco Central adjudicar numa arena estranha à sua missão maior de guardião do poder de compra da moeda e de responsável pela higidez do Sistema Financeiro Nacional.

Ora, a defesa do consumidor não só é consagrada como um dos princípios fundamentais informadores da ordem econômica e financeira na Constituição Federal (art. 170, inciso V), tal qual o princípio da livre concorrência, mas também é alçado à condição de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII), de sorte que urge resolver a questão da falta de diretriz estatal em relação à adjudicação das *condutas anticompetitivas* envolvendo o sistema financeiro, muito embora formalmente a competência caiba ao Banco Central, até que lei complementar modifique essa realidade.

Esse vácuo no atuar do Estado, particularmente em relação à defesa dos consumidores, fica patente quando se conhece a própria visão do Banco Central, por exemplo, em relação às administradoras de cartões de crédito. No sítio do Banco Central, <http://www.bcb.gov.br>, Serviços ao cidadão, Perguntas do Cidadão, constam sete perguntas e respostas a respeito do cartão de crédito.

A autarquia reconhece que se trata de *serviço de intermediação* e que as instituições financeiras são as únicas empresas autorizadas a conceder financiamento que permita ao titular do cartão quitar o débito junto à administradora do cartão, na hipótese de o usuário não liquidar integralmente a fatura no respectivo vencimento, estando o financiamento, portanto, sujeito “à legislação própria e às normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central.”

Mas, contraditoriamente, ao responder a pergunta “O Banco Central autoriza ou fiscaliza o funcionamento das empresas administradoras de cartão de crédito?”, esclarece que “O Banco Central *supervisiona* somente as *instituições financeiras e assemelhadas*. Assim, *não autoriza e nem fiscaliza* o funcionamento dessas empresas.” (destacou-se)

Noutros termos, as empresas de cartões de crédito⁷⁰ que, regra geral, pertencem às próprias instituições financeiras e exercem *atividade de intermediação* ficam imunes à fiscalização estatal e os abusos praticados ficam impunes. As empresas administradoras de cartões de crédito exercem atividade de intermediação pela simples razão de que *não financiam com recursos próprios* os usuários, à moda das *empresas de factoring*, mas se valem de instituição financeira bancária para tal.

É que o cartão de crédito envolve a seguinte relação trilateral:

a) entre a entidade emitente do cartão de crédito, *normalmente um banqueiro*, e o titular, consubstanciada num contrato de emissão de cartão de crédito (contrato de adesão), pelo qual o primeiro se obriga a pagar o preço dos bens adquiridos pelo portador do cartão e este a ressarcir o primeiro outorgante no prazo convencionado, ou seja, o pagamento é diferido por sistema de mútua compensação;

b) entre a entidade emitente do cartão e o estabelecimento comercial afiliado, que se traduz num contrato de associação;

c) por fim, entre o titular do cartão e o estabelecimento comercial que se traduz num contrato de compra e venda ou de prestação de serviços.

Além das figuras do emissor, geralmente *instituição bancária*, do titular, pessoa física ou jurídica portadora do cartão de crédito, e do estabelecimento afiliado, pessoa jurídica fornecedora de bens ou serviços, os seguintes outros atores interagem numa transação com cartão de crédito:

a) a administradora, detentora de todos os direitos e deveres da utilização da marca, *podendo, também, exercer funções de emissor*;

⁷⁰ Para aprofundamento do tema ver: **Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo no Brasil** in <http://www.bcb.gov.br>.

b) o credenciador ou adquirente, agente responsável pelo credenciamento de estabelecimentos comerciais, pela instalação e pela manutenção de terminais de captura e transmissão dos dados das transações eletrônicas;

c) o destinatário, instituição financeira onde o estabelecimento mantém conta corrente; e

d) o sistema de liquidação, sistema responsável pela liquidação das *transferências interbancárias* relacionadas com as transações com cartão de crédito.

A relação jurídica entre o emissor e o portador é regida por contrato de adesão, por intermédio do qual o titular do cartão de crédito confere *mandato à administradora* para que, na condição de mandatária, capte recursos em nome dele, titular do cartão de crédito, na hipótese de fazer uso do crédito rotativo para financiamento de eventual saldo devedor.

O titular do cartão, então, dirige-se aos estabelecimentos comerciais aderentes ao sistema onde adquire bens ou serviços sem realizar o seu pagamento imediato, competindo à *entidade emitente* do cartão realizar o pagamento das despesas efetuadas pelo titular do cartão junto à rede de afiliados, deduzida de comissão a título de contraprestação pelo gerenciamento do sistema e pela assunção dos riscos de inadimplemento do titular do cartão.

O processo culmina com o envio, em regra mensal, ao titular do cartão da fatura das diversas transações realizadas no mês anterior, na qual são discriminadas a data da compra, os estabelecimentos credores e os respectivos valores, sendo-lhe facultado que a liquide integralmente, sem incidência de qualquer encargo financeiro, ou pague o valor mínimo estipulado (hoje equivalente a 10%) e financie o restante até o vencimento da próxima fatura.

Nota-se, assim, complexa relação baseada na existência de três contratos diversos e independentes entre si: o contrato de emissão do cartão de crédito, em que são intervenientes a *entidade emissora* e o titular do cartão, o contrato de associação celebrado entre aquela entidade e os diversos comerciantes aderentes

ao sistema e, finalmente, o contrato de compra e venda ou prestação de serviços entre o titular e o comerciante.

Pode-se dizer, em resumo, que o cartão de crédito funciona em termos análogos a um *típico crédito pessoal*, com *limite pré-aprovado*, com a vantagem de propiciar ao seu titular maior comodidade e maleabilidade; com efeito, ao recorrer a essa modalidade de crédito o utilizador pode dispor em cada momento do valor de que necessita, podendo administrar o seu crédito da forma que lhe aprouver.

É, portanto, *da essência desse instrumento a função creditícia*, mormente porque subjacente ao contrato de emissão existe a *ratio* de diferir o pagamento; interpretar o instituto em sentido inverso é desvirtuá-lo, retirar-lhe coerência, isso porque o titular adquire bens ou serviços dos quais necessita imediatamente e apenas em momento posterior realiza o seu pagamento. Reconhecendo o potencial crescimento do uso dos cartões, o Banco Central divulgou recentemente diretiva na qual acena com a possibilidade de atuação conjunta com as autoridades de defesa da concorrência na presença de manifestação de poder de mercado ou de práticas anticompetitivas.⁷¹

Não é por outro motivo, senão o fato de exercitarem atividade de intermediação, que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 (lei do sigilo bancário), equipara as administradoras de cartões de crédito às instituições financeiras.

Não se diga que são consideradas instituições financeiras *apenas em matéria de sigilo*; o legislador dispôs tanto sobre o *sujeito* quanto sobre o *objeto*, a *atividade*; logo, não se pode conceber um 'ser hermafrodito' que, a depender de circunstâncias ou conveniências, muda de posição.⁷²

De outra parte, a jurisprudência tem ratificado o entendimento de que as administradoras de cartões são instituições financeiras. Assim, a Súmula nº 283 do

⁷¹Diretiva nº 1/2006, de 4.5.2006, publicada no sítio <http://www.bcb.gov.br>.

⁷²Diz o § 1º do art. 1º: “§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar: VI – administradoras de cartões de crédito.” e o inciso XIII do § 1º do art. 5º: “§ 1º. Consideram-se operações financeiras: XIII – operações com cartão de crédito.”

Superior Tribunal de Justiça, publicada no Diário da Justiça de 13 de maio de 2004, p. 201, resultante da interpretação conseqüente do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, nesses termos, *in verbis*: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.”⁷³

De igual forma, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado o entendimento de que após a edição da Medida Provisória nº 2.170, de 31 de março de 2000, os encargos incidentes sobre o financiamento de cartões de crédito podem ser capitalizados, desde que haja expressa previsão contratual. Nesse sentido, o Recurso Especial nº 492.900-RS, relator o ministro Barros Monteiro, publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 2003, e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 689.819-RS, ministro Jorge Scartezini, publicado no Diário da Justiça de 28 de março de 2005. Assim estão redigidas as respectivas ementas dos acórdãos:

CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. APLICAÇÃO DO CDC. CAPITALIZAÇÃO MENSAL.

- As administradoras de cartões de crédito inserem-se entre as instituições financeiras *regidas pela Lei nº 4.595/64*.
 - O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira.
 - Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais, a capitalização mensal dos juros mostra-se admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei nº 4.595/64 o art. 4º do Decreto nº 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras.
- Recurso especial conhecido, em parte, e provido." (destacou-se)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO DE ABERTURA DE CRÉDITO - JUROS REMUNERATÓRIOS - TAXA NÃO ESTABELECIDADA NO CONTRATO - LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - CONTRATO

⁷³ Quando já concluída esta monografia, o Diário do Comércio e Indústria de São Paulo, edição de 28.3.2006, trouxe a notícia de que o Ministério Público Federal de São Paulo teria encaminhado ao Banco Central minuta de Ação Civil Pública em que defendem a fiscalização das administradoras de cartões de crédito e o Diário do Pará, da mesma data, a manchete: “BC deve fiscalizar empresas”.

POSTERIOR À EDIÇÃO DA MP 2.170-36 - AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL - IMPOSSIBILIDADE - DESPROVIMENTO.

1 - Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que, no que pertine aos juros remuneratórios, uma vez não estabelecida no contrato a taxa de juros a ser aplicada, deve ser imposta a limitação de 12% ao ano, vez que a previsão de que o contratante deve arcar com os juros praticados no mercado financeiro é cláusula potestativa, que sujeita o devedor ao arbítrio do credor ao assumir obrigação futura e incerta. Precedentes (REsp nºs 570219/RS e 668.291/RS).

2 - Igualmente, consolidada a admissibilidade da capitalização mensal de juros somente em contrato firmado posteriormente à entrada em vigor da MP 2.170, de 31.03.2000, desde que haja expressa previsão contratual, o que não ocorreu *in casu*.

3 - Agravo Regimental desprovido.

Esse o panorama, numa visão condensada, da política de concorrência aplicável ao Sistema Financeiro Nacional, a reafirmar a tese de insubsistência de diretriz coerente e transparente para o setor, capaz de dar concretude ao mandamento constitucional contido na ordem econômica e financeira, *particularmente em sede repressiva* às condutas anticompetitivas.

As estatísticas disponíveis no sítio do Banco Central ilustram bem o descompasso na atuação repressiva a abusos praticados pelas instituições financeiras no relacionamento com a *coletividade*. No exercício de 2005, por exemplo, as reclamações classificadas como *procedentes* pelo próprio Banco Central, somente envolvendo instituições financeiras com mais de um milhão de clientes, atingiram quase *onze mil* (10.712), enquanto os processos administrativos punitivos, no geral, não ultrapassaram três dezenas, aparentemente nenhum tratando das relações instituições bancárias-clientes⁷⁴.

O *spread* bancário, que traduz a diferença entre as taxas aplicação e as de captação, é outra questão muito debatida e pouco palatável pela sociedade, desafiando os mais sofisticados modelos econométricos⁷⁵. Os dados estatísticos

⁷⁴ Para dados detalhados vide <http://www.bcb.gov.br> os seguintes links: “Supervisão e saneamento, Fiscalização, Processos Administrativos Punitivos, Decisões Proferidas, Por Tipo de Instituição” e “Serviços ao cidadão, Instituições mais reclamadas, Bancos - com mais de um milhão de clientes”.

⁷⁵ Para análise ver: Economia bancária e crédito: avaliação de 5 anos do projeto juros e *spread* bancário. Banco Central do Brasil, 2004 in http://www.bcb.gov.br/Pec/spread/port/economia_bancaria_e_credito.pdf.

disponibilizados pelo Banco Central⁷⁶ demonstram que, em termos médios (operações com pessoas jurídicas e pessoas físicas), o *spread* se tem mantido na faixa de 30 pontos percentuais nos últimos cinco anos, a demonstrar inelasticidade à variação da Taxa Básica Selic que, no mesmo período, caiu de 26,5% ao ano para 15,75% ao ano. O *spread* médio, se consideradas somente as operações com pessoas físicas, chega perto dos 45 pontos percentuais.

Isso tudo mercê dos ganhos de eficiências advindos na esteira da reestruturação do Sistema de Pagamentos (2002), da implementação da Sistema de Informações de Crédito-SCR (1997, reestruturada em 2002), que, diziam, poderia implicar redução significativa do *spread* e aumentaria a concorrência bancária; da nova lei de falência, outra mudança que, alegava-se, teria impacto redutor no *spread* bancário; da lei que autoriza o desconto consignado em folha de pagamentos; da lei de alienação fiduciária em garantia e por aí afora. Pelo jeito, os ganhos de eficiência do sistema financeiro não foram repartidos com a coletividade.

As tarifas bancárias, por seu turno, são uma unanimidade em reclamações e abusos, a começar pelo fato de que o sistema financeiro cobra horizontalmente o mesmo valor, independentemente de ser o atendimento tradicional (corpo a corpo na agência) ou eletrônico. São, por óbvio, modos de atendimento com características absolutamente distintas em termos de custos administrativos, sendo o meio eletrônico muitíssimo mais barato.

É possível que o sistema bancário alegue que o preço único reflete subsídio cruzado, isto é, os clientes do auto-atendimento financiam parte dos custos do resto da clientela.⁷⁷

⁷⁶ <http://www.bcb.gov.br/ftp/depec/NITJ200602.xls>

⁷⁷ Três simples exemplos colhidos na prática do dia-a-dia envolvendo três instituições públicas dão o tom do dilema: 1º Caso: o custo da Apólice de renovação de seguro de automóvel, por exemplo, no Banco do Brasil custa R\$ 60,00 (sessenta reais), seja o atendimento pessoal na agência seja pelo internetbanking; 2º Caso: O BRB propaga aos quatro cantos que desenvolveu sistema infalível a fraude nas transações eletrônicas e, para tanto, criou a figura do “Token” que é um sistema de senha gerado quando o cliente o internetbanking vai realizar uma transação (a senha é enviada por e-mail ou celular). Detalhe: para ter a “falsa segurança” o cliente paga nada menos do que R\$ 1,50 para cada vez que for realizar uma operação; 3º Caso: O Jornal de Brasília, Edição de 6/2/2006, p. 13, traz apanhado sobre o estrago que as ‘tarifas’ podem fazer numa modalidade de empréstimo com risco quase nulo, o empréstimo consignado. Os dados foram colhidos do sítio do Ministério da Previdência, o famoso “Empréstimo dos Velhinhos”. A reportagem traz o caso real do aposentado Geraldo Vital que, tencionando obter empréstimo consignado junto à Caixa, no valor de R\$ 2.030,00, chegou a conclusão de

Mas os dados espelhados nas demonstrações financeiras, nos exercícios de 2001 a 2005, falam por si mesmos, a demonstrar, inclusive, que as receitas de tarifas se têm constituído em fonte substituta do *floating* bancário dos velhos tempos de inflação alta.

O quadro a seguir, que retrata a evolução das receitas de tarifas e das despesas com pessoal, é sintomático da pujança dessa fonte criativa de receitas. Confira-se:

Desempenho das receitas de tarifa⁷⁸

INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS BANCÁRIAS – R\$ MILHÕES								
Semestre-base	Rend. Out. Serv.		Part. % (B)/(A)	Gastos com Pessoal		Part. % (D)/(C)	Tarifas e Gastos	
	Geral	Públicas		Geral	Públicas		Geral	Públicas
	(A)	(B)		(C)	(D)		(A)/(C)	(B)/(D)
2º de 2001	6.074,5	2.189,5	36,04	13.937,0	6.572,6	47,16	43,59	33,31
1º de 2002	6.632,7	2.632,1	39,68	12.660,4	5.514,1	43,55	52,39	47,74
2º de 2002	7.203,9	2.866,4	39,79	14.659,2	6.775,2	46,22	49,14	42,31
1º de 2003	7.616,5	3.069,8	40,30	13.489,0	6.112,0	45,31	56,46	50,23
2º de 2003	8.242,6	3.256,4	39,51	15.836,2	7.444,7	47,01	52,05	43,74
1º de 2004	8.898,2	3.275,9	36,81	14.969,7	7.310,5	48,84	59,44	44,81
2º de 2004	11.047,1	3.562,4	32,25	15.867,2	7.571,3	47,72	69,62	47,05
1º de 2005	11.362,4	4.129,4	36,34	15.939,5	7.656,2	48,03	71,28	53,94
2º de 2005	13.432,3	4.917,9	36,61	17.953,3	8.804,3	49,04	74,82	55,86
Evolução %	121,13	124,61		28,82	33,96			

Fonte: Balancetes/balanços semestrais

Os números demonstram que, em termos gerais, a receita de tarifa mais do que duplicou no período –salta de R\$ 6.074,5 milhões no 2º semestre de 2001 para R\$ 13.432,3 milhões no 2º semestre de 2005-- , chegando a cobrir 74,82% dos gastos com pessoal no 2º semestre de 2005 contra 43,59% no 2º semestre de 2001. No segmento de instituições bancárias públicas, tomado per se, o fenômeno se repete, exceto na relação receitas de tarifas/gastos com pessoal que se situa na faixa de 56%, a indicar estrutura salarial mais rígida.

que as despesas extras (operacionais), fora os juros previstos, atingiriam quase 8,5% do valor do empréstimo (R\$ 171,57). Segundo cálculos feitos pelo economista Miguel Ribeiro, vice-presidente da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac), a pedido do Jornal de Brasília, para uma amostra de 29 bancos, o custo dessa modalidade de empréstimo, sem risco, pode ficar, em média, 18,8% acima do valor informado pelos bancos.

⁷⁸ Espelha o resultado das seguintes rubricas do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif): **Gastos com Pessoal** (8.1.7.33.00-4 – Despesas de Pessoal-Proventos + 8.1.7.27.00-3 – Despesas de Pessoal-Benefícios + 8.1.7.30.00-7 – Despesas Pessoal-Encargos Sociais + 8.1.7.18.00-5 – Despesas de Honorários) e **Receitas de Tarifas** (7.1.7.99.00-3 – Rendas de Outros Serviços).

Um outro dado, contudo, chama a atenção. As trezes instituições bancárias controladas pelo Estado --bancos federais e estaduais-- participam, em média, com 36% do total da receita de tarifa, num universo de cento e trinta e seis instituições bancárias, o que sugere que o próprio Estado dá mal exemplo e cobra mais caro pelos serviços bancários.

.3.1.3 A tentativa de enquadramento do sistema financeiro às regras da concorrência

A tese de que o quadro institucional carece de alterações avulta quando se analisa o Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 que o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional visando a enquadrar o sistema financeiro aos preceitos constitucionais de defesa da ordem econômica.

O projeto de lei complementar naquilo que diz respeito aos *atos de concentração* e na tentativa de afastar definitivamente a polêmica da competência inclui inciso (XIII) ao art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, deixando claro que caberá privativamente ao Banco Central “decidir acerca de atos de concentrações entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro”.

Também é incluído um novo parágrafo (3º) que deixa ao alvedrio do Banco Central decidir, previamente, se o ato de concentração é ou não capaz de afetar a higidez do sistema financeiro. Noutros termos, os órgãos de defesa da concorrência ficariam sempre dependentes do posicionamento do Banco Central.

Com relação à disciplina das *condutas anticompetitivas*, o projeto de lei complementar é lacônico e se limita a revogar, nos termos do seu art. 4º, o § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595, de 1964.

A Exposição de Motivos MF-00237 EMI PL MJ ALTERA LEI 4595/64, de 26 de setembro de 2002⁷⁹, subscrita pelo Ministro de Estado da Fazenda, interino, e

⁷⁹ Para leitura da íntegra da E.M. consultar: <https://www.planalto.gov.br/>

pelo Ministro de Estado da Justiça, reconhecendo a inadequação dos preceitos concorrenciais contidos na Lei nº 4.595, de 1964, assim se posiciona:

A estrutura legal atual não nos parece a que mais convém aos interesses da sociedade brasileira, sendo de todo recomendável a aplicação dos instrumentos e dos princípios contidos na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), às instituições financeiras, ressalvadas as situações que possam afetar a higidez do sistema financeiro nacional. (destacou-se)

E mirando-se nas “situações que possam afetar a higidez do sistema financeiro nacional” assevera:

Em razão do dinamismo e da complexidade do sistema financeiro, não convém estabelecer exhaustivamente as hipóteses em que a competência cabe ao Banco Central, sob pena de se limitar a eficiência da regulação bancária. Destarte, *competirá genericamente* ao Banco Central a aprovação dos atos de concentração que possam afetar a higidez do sistema financeiro nacional, como, por exemplo, aqueles cuja rejeição implique crise de confiança ou quebra de alguma das instituições envolvidas na operação, prejuízos excessivos aos credores, ou danos ao sistema de pagamentos ou à supervisão bancária. (destacou-se)

A iniciativa governamental de caminhar no sentido de dar efetividade à política de defesa da concorrência para o sistema financeiro é meritória, mas vislumbra-se que, a permanecer a redação atual do projeto de lei complementar, o governo corre riscos de duas ordens.

O primeiro diz respeito aos atos de concentração. O projeto de lei complementar deixa brecha para novo conflito de competência, pois pelo futuro inciso XIII da Lei nº 4.595, de 1964, competirá ao Banco Central “decidir acerca de atos de concentração *entre* instituições financeiras”. E quando o ato de concentração envolver instituição financeira e empresa não financeira? A nova proposta não resolve o problema.

Aliás, na réplica dos conselheiros do CADE, pós-decisão presidencial arbitrando a competência em favor do Banco Central, essa questão permeou as

discussões nos votos proferidos, de que é exemplo excerto do Voto Vista proferido pelo então presidente João Grandino Rodas⁸⁰, nesses termos:

Por fim, chamo a atenção do Plenário, em caráter de extrema urgência e relevância, para o fato de que considero existir lacuna no Parecer AGU/LA-01/2001, pois este não deixa claro se o *que caracteriza a competência do BACEN é o sujeito ou o objeto*. Temo que, no futuro, instituições financeiras possam vir a participar de atividade econômica absolutamente estranhas às suas finalidades originárias simplesmente para elidir do CADE a competência do julgamento. Sugiro, em consequência, o envio de Ofício à Advocacia-Geral da União, manifestando esta preocupação, para que esta tome as providências que entender cabíveis. (destacou-se)

A segunda brecha do projeto de lei complementar aponta para o risco de o Estado ficar de mãos atadas exatamente no seu poder de *analisar e punir as condutas infringentes à ordem econômica*, afinal esse é o aspecto dinâmico e relevante da política de defesa da concorrência e de defesa do consumidor, como, aliás, reconhece e recomenda o estudo “Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares”, de 2005, elaborado pela Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Isso porque a falta de explicitação no projeto de lei complementar de que as condutas anticompetitivas *passam a sujeitar-se à disciplina da Lei nº 8.884, de 1994* (lei ordinária), pode dar margem para que as associações dos bancos questionem a constitucionalidade da aplicação da lei de defesa da concorrência ao fundamento de que a *fiscalização de instituições financeiras depende da edição de lei complementar*, nos termos do inciso V do art. 163 da Constituição Federal. Seria o pior dos mundos, haja vista que hoje, pelo menos formalmente, compete ao Banco Central apurar e punir as condutas infringentes à ordem econômica.

Uma coisa é a lei complementar remeter para a lei ordinária a disciplina de determinada conduta; outra coisa bem diferente é pretender que implicitamente a mesma conduta seja regida por lei ordinária quando a matéria, que envolve

⁸⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul c. Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores) *in Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 606.

fiscalização estatal, depende de disciplina por lei complementar nominalmente destacada pela Constituição Federal.

São, portanto, indagações que demandam reflexão.

.3.2 A importância de uma política pró-ativa para o sistema financeiro

Parece indubitável que um mercado interno aberto e submetido a vigorosa política de concorrência é o melhor antídoto contra a ineficiência e a improdutividade das empresas.

Cabe notar, porém, que os benefícios advindos do reforço à eficiência e do potencial inovador que vêm na esteira de uma política de concorrência pró-ativa não ficam circunscritos apenas às empresas, mas, de modo permanente, repercutem positivamente para um crescimento econômico sustentado.

É fato, contudo, que a concorrência *não é um fim em si mesmo*, mas sim um processo de mercado vital que compensa as empresas que oferecem menores preços, melhor qualidade, novos produtos e maiores opções de escolha, sendo certo que na Constituição Federal, como dito anteriormente, a matéria concorrencial tem viés instrumental.

Embora não seja um fim em si mesmo, a defesa da concorrência é meio de dar vazão ao preceito constitucional da ordem econômica (mundo do ser) e que tem como fundamento da República a *valorização do trabalho humano* e a *livre iniciativa*.

No caso particular do Sistema Financeiro Nacional deve ele ser instrumento de promoção do desenvolvimento equilibrado do País e *servir aos interesses da coletividade*, objetivos esses que, no contexto de uma realidade de economia de mercado globalizado e de relações complexas, somente serão minimamente atingidos com a mediação do Estado.

O que se extrai das discussões que permearam o conflito de competência entre o Banco Central e o CADE, antes e depois, é que muitas vezes se parte para generalizações, ora por desconhecimento da realidade que permeia a atividade bancária, ora por deixar que a emoção sobrepuje a razão, ora por embaralhar num mesmo raciocínio atividades preventivas e repressivas, confundindo mais do que aclarando.

Nesse ambiente obscurecido tudo vale, inclusive tomar de empréstimo experiências alienígenas e a elas não fazer a devida adequação à nossa realidade histórica, cultural e constitucional.

O direito comparado deve ser uma ferramenta de análise, sem dúvida, mas não se pode cair na mesmice da transplantação acrítica. Clovis Bevilacqua⁸¹, na sua obra centenária sobre legislação comparada, assim alertava:

A comparação do direito e das instituições dos diversos povos pode ser feita simplesmente, na actualidade ou em qualquer momento historico, pelo confronto das legislações então vigentes e das manifestações vitais que ellas envolvem, ou poderá ir mais longe e buscar, na origem e desenvolução dos diversos ramos do direito, a causa das similhanças e das differenças, para determinar a possibilidade das adaptações ou modificações ou para indicar a acção dos factores e a combinação dos elementos de origem nacional ou estrangeira. A este respeito disse uma auctoridade conspícua. Em, Glasson, o illustre professor da Faculté de droit de Paris e da École des sciences politiques: 'Não basta constatar que o direito de tal ou tal nação é semelhante ao nosso ou delle differe; é preciso também procurar as causas das similhanças e dos contrastes. É o unico meio de esclarecer estas investigações e de lhes dar um caracter verdadeiramente scientifico. Para obter este resultado, é indispensável que peçamos soccorros á historia; somente ella nos permite acompanharmos cada povo atravez das edades e descobrirmos as causas que produziram as instituições próprias ao genio de cada um'.

Numa outra passagem de sua obra o autor, fazendo distinção entre os povos que possuem capacidade criativa e os imitadores, ensinava⁸²:

⁸¹ **Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado.** Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893, pp. 10/11.

⁸² *Ob. cit.* p. 23.

Nos povos imitadores, as legislações resentem-se de um sabor exótico, de estrangeirismo. Apresentam um certo cunho de artefacto importado, porque a energia productora é demasiadamente limitada, e, por isso, a imitação volve-se, de preferencia, para o exterior, de onde recebem essas nações a fecundação de suas faculdades legislativas.

Essa preponderancia de elementos alienigenas, nas legislações desses povos que, por antithese da primeira categoria, poderiam ser chamados femininos, me atrevo, em falta de outro vocabulo, denominar *allotrionomia* [seguir leis ou costumes estrangeiros], para indicar essa propriedade de assimilação de leis extranhas, essa necessidade que têm certos povos de completar seu cabedal jurídico, tomando por emprestimo o que outros evocaram do cahos das aspirações para a claridade da existencia real, da forma adequada, da actuação efficaz.

A própria história da atuação do Estado no campo da repressão ao abuso de poder econômico no Brasil é esclarecedora quanto a esse fenômeno imitador, com o agravante de ser deturpado. No seu “Achegas à Lei N. 8.884/94” Washington Peluso⁸³ traça essa evolução histórica sobre o tema e a importação do modelo da Lei Sherman. Com a palavra o doutrinador:

Talvez pelo pouco uso [da Lei nº 4.137, de 1962], não se justificasse o seu quase total desuso. Porém, de nossa parte, julgamos que outros foram os motivos. Um deles, a falta de capacidade do nosso legislador em realmente penetrar o espírito de nossa realidade para atendê-lo por meio de leis adequadas. Somos copistas, chegando ao ponto de, desde a Lei n. 4137 até agora, introduzir normas de Direito costumeiro em sistema de Direito escrito, de país altamente capitalizado em país que tenta passar de economia fornecedora de matérias primas e de produtos agrícolas *in natura* para economia no grau final de elaboração, ...”.

E mais adiante:

Conclui-se pela inutilidade do nosso combate ao abuso do poder econômico? Jamais, ... Porém, esse combate deve ocorrer nos moldes da nossa realidade, legislando, ou aplicando a lei que a traduza de fato. *Se voltarmos às razões apresentadas em cada uma dessas legislações, veremos como o motivo era real, mas o objetivo verdadeiro era outro e estava oculto.* No Decreto-Lei n. 869/38, o motivo declarado

⁸³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Achegas à Lei N. 8.884/94 in Lei Antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Coordenadores: ROCHA, João Carlos de Carvalho [et al], Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 265/278

era a economia popular, mas o real era atingir aqueles que vinham influenciando na opinião pública contra o Governo. Na Lei n. 4.137/62, o motivo seriam os ataques às empresas brasileiras, com o sempre lembrado exemplo da fábrica de linhas de Delmiro Gouveia, brutalmente destruída e atirada Sete Quedas abaixo, no Rio São Francisco. Mas, na realidade, o governo mantinha o mesmo motivo escuso anterior de impedir as forças que o combatiam. (destacou-se)

Nesse diapasão, incide em grave erro quem, penetrando nas entranhas da atividade bancária, pretenda olhá-la pela *lente da generalidade* de qualquer atividade econômica, à moda de uma indústria de chocolate ou coisa do gênero.

Essa visão generalista deve ser afastada pelo simples fato de que o sistema financeiro, diferentemente de qualquer outro ramo da atividade econômica, trabalha com o produto chamado 'moeda fiduciária' e que está imbricado com o próprio desenvolvimento dele, sistema financeiro. Gustavo Franco ao discorrer sobre as "metamorfoses do crédito"⁸⁴ ao longo do século XVIII mostra que a moeda fiduciária se revelou uma "das mais poderosas e revolucionárias" invenções da humanidade, cunhando-a de o "veículo do Mal" em face dos seus poderes construtivos e destrutivos, a depender de circunstâncias, de fatos e até mesmo de boatos.

Não é à toa que aqui e alhures o sistema financeiro é uma das atividades mais reguladas pelo Estado, seja por peculiaridades internas, seja por força de realidades que se auto-impõem num contexto de globalização e entrelaçamento das atividades financeiras, que por intermédio de um simples comando eletrônico movimentam fortunas de um país para outro.

São ilustrativas, no particular, as recomendações feitas, isolada ou conjuntamente, pelo Bank for International Settlements (BIS) e pela International Organization of Securities Commissions (IOSCO), nos relatórios denominados "Core Principles for Systemically Important Payment Systems" e "Recommendations for Securities Settlement Systems" em matéria das *melhores práticas em sistema de*

⁸⁴ FRANCO, Gustavo. F. H. Extrato de: *A Tragédia do desenvolvimento: um ensaio sobre o pessimismo*, capítulo 6 de **O Desafio Brasileiro: ensaios sobre Desenvolvimento, globalização e moeda**. São Paulo: Editora 34 in http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Dinheiro_como_veiculo-do_Mal.htm, acesso em 27 fev. 2006.

pagamentos ou pelo Comitê da Basileia sobre a Supervisão Bancária *em sede de regulação prudencial* que, embora não impositivas, os países são jungidos a interná-las, sob pena de, literalmente, o sistema financeiro local e o próprio país ficarem alijados do circuito das finanças internacionais, sem considerar os riscos de ataques especulativos.

A razão é relativamente simples. O maior patrimônio de uma instituição financeira, exatamente por lidar com o indomável 'veículo do Mal', é a *credibilidade*. Caia a instituição financeira em descrédito, por mais capitalizada que seja, e tudo se esvai como num passe de mágica, sem que outra chance se lhes abra; é que as instituições financeiras são ilíquidas por natureza.

Numa linguagem simplista, a iliquidez nata das instituições financeiras decorre de sua própria estrutura patrimonial e com o tipo de produto que lidam: a poupança de terceiros.

O problema fundamental dessa delicada situação patrimonial reside no descasamento temporal entre as *fontes* (passivo) e *usos* (ativo), pois enquanto as fontes têm curtíssimo prazo de maturação de exigibilidade, os *usos* caminham no sentido inverso, ou seja, retorno no médio e longo prazo.

A *expersite* dos bancos, portanto, reside nessa capacidade de mitigar o descasamento no fluxo de recursos dos agentes superavitários (poupadores) para os agentes deficitários (tomadores de recursos), com a vantagem de conciliar os extremos de maturação entre a exigibilidade das captações e o retorno das aplicações.

É exatamente na materialização desse dilema temporal que aflora a instabilidade, a singularidade e a especificidade do sistema financeiro, a reclamar atenção reguladora do Estado. Esse olhar diferenciado do Estado desde sempre não decorre de modismo, de modelo econômico, de maior ou menor intervenção no campo econômico. Decorre simplesmente do fato de que o sistema financeiro lida com o 'veículo do Mal'.

Assim, se entra em descrédito e todos os investidores resolvem exigir seus direitos a instituição financeira sucumbe se não obtiver financiamento interbancário ou do banco central como prestador de última instância.

Não só isso. O descompasso no prazo de maturação entre captação e aplicação obriga que as instituições financeiras procurem obter liquidez para os ativos por intermédio de sucessivas operações de financiamento no mercado interbancário, criando, portanto, recíproca dependência, numa rede quase infindável de inter-relação, característica, novamente, não encontrável noutro ramo da atividade econômica.

É dessa teia de inter-relações e de interdependências que aparece o tão falado 'risco sistêmico', fenômeno que embora não deva ser diabolizado, afinal vive-se numa sociedade de riscos, também não deve ser desprezado em face do potencial efeito contaminador para além do sistema financeiro, isto é, para a economia real. Por isso se diz que os bancos centrais não gozam do benefício da dúvida.

De fato, uma crise sistêmica pode ter origem em evento circunscrito ao mercado financeiro, isto é, fruto de dificuldades de determinada instituição financeira, mas com capacidade de se propagar em CADEIA para o resto do sistema. Pode, por outro lado, resultar de choque mais amplo e generalizado, a exemplo de um choque advindo de crise externa, afetando não só o sistema financeiro como também outros mercados.

Como registra Datz⁸⁵ "A magnitude do choque inicial e o mecanismo de ajustamento para um novo ponto de equilíbrio determinam o tamanho do impacto sobre a economia real, a renda e o bem-estar da população." Nesse particular, os dois elementos básicos da crise sistêmica se fazem presentes: o choque inicial e o mecanismo de propagação.

⁸⁵ DATZ, Marcelo Davi Xavier da Silva. **Risco sistêmico e regulação bancária no Brasil**. Dissertação de Mestrado. FGV/EPGE. Rio de Janeiro, 2002, p. 4.

Percebe-se, portanto, que o risco sistêmico não é primazia do sistema financeiro. Não quer isso dizer, contudo, que a *sensibilidade a crises sistêmicas* seja indiferente quer para o sistema financeiro, quer para outro qualquer segmento econômico. A experiência nacional e internacional tem mostrado que o sistema financeiro apresenta maior sensibilidade ao risco de contágio comparativamente a outras atividades econômicas.

Essas idiossincrasias inerentes à atividade bancária explicam por que o legislador constituinte a destacou dentro da ordem econômica e financeira. Não se trata de colocá-lo à margem da legislação antitruste, mas de entendê-lo num contexto de especificidade que reclama atenção diferenciada.

Essas reflexões servem para alertar que a *generalização* não é o melhor caminho, como também não basta tomar de empréstimo tal ou qual realidade e simplesmente dotá-la de paradigma inatacável. É preciso perquirir sobre o objeto de análise e proceder a uma crítica à luz dos fatos.

É que o Direito Antitruste traz ínsita a idéia de comutatividade, isto é, de justiça distributiva, reintroduzida nas constituições modernas pelas mãos do próprio Direito Constitucional. Como leciona Lopes⁸⁶, “A ‘politização’ da justiça nas últimas décadas mostrou, no entanto, que os temas da distribuição estão de volta, inclusive pela mão do próprio direito constitucional. (...) O tema da distribuição voltou também de forma esclarecida na teoria econômica referente às escolhas e aos bens coletivos.”

.3.2.1 O fundamento do modelo idealizado

A motivação da postura adotada pelo CADE e que configurou o conflito positivo de competência apresentado e discutido nos capítulos anteriores teve sustentação no trabalho elaborado por Oliveira e Gomes⁸⁷.

⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. 1ª Edição. São Paulo, Editora 34, 2004. p. 199-200.

⁸⁷ OLIVEIRA, Gesner; GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações, Relatório Nº /2000.

Nesse trabalho os nobres pesquisadores procuraram, a partir de uma amostra de vinte e dois países, aí incluída a União Européia, extrair a gênese de atuação estatal alienígena em matéria da defesa da concorrência aplicável ao sistema financeiro para possível adequação à realidade brasileira.

Como registram os pesquisadores, a multiplicidade de arranjos institucionais possíveis entre agências de regulação setorial e autoridades de defesa da concorrência é uma realidade, *a depender não só das especificidades dos diferentes segmentos econômicos como, também, do estágio de desenvolvimento de cada país.*

Sob essa perspectiva, e tomando por referência trabalho do Secretariado da OCDE, concluem os autores que “[...] a arquitetura de um sistema legal qualquer admitiria cinco opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação”, assim distribuídas⁸⁸: a) *Modelo de Isenção Antitruste (M1)*, no qual o Banco Central assumiria com exclusividade as funções de regulação técnica, econômica e concorrencial, sem deixar espaço para a autoridade antitruste; b) *Modelo de Competências Concorrentes (M2)*, segundo o qual tanto a autoridade antitruste quanto o Banco Central competiriam na aplicação das regras antitruste e de normatização econômica; c) *Modelo de Competências Complementares (M3)*, no qual haveria nítida divisão de trabalho, cabendo ao Banco Central as competências de regulação técnica e econômica e à autoridade antitruste a defesa da concorrência; d) *Modelo de Regulação Antitruste (M4)*, que, em sentido simétrico ao *Modelo de Isenção Antitruste*, descrito na alínea “a”, a autoridade antitruste exerceria as três funções regulatórias (técnica, prudencial e concorrencial); e, e) *Modelo de Desregulamentação (M5)* que, na ausência de regulação de caráter técnico e prudencial, restaria a atuação exclusiva da autoridade antitruste.

Com o objetivo de conferir hígidez à pesquisa, levantam a realidade de *vinte e dois países* em termos de aplicação das regras de defesa da concorrência ao

⁸⁸ Ob. cit. pp. 8-12.

setor financeiro, enquadrando-os segundo cada um dos cinco modelos descritos anteriormente. Duas conclusões importantes afloram da pesquisa⁸⁹:

a) a maioria dos países da amostra, num total de *dez países*, adota o *Modelo de Competências Complementares (M3)* –Austrália, República Tcheca, Finlândia, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Inglaterra, União Européia e República Eslováquia--, *três países* encampam o Modelo de Isenção Antitruste (M1) – Alemanha, Espanha e Turquia--, *nove países* aplicam o Modelo de Competências Concorrentes (M2) –Áustria, Canadá, França, Itália, Japão, México, Noruega, Suíça e Estados Unidos—e nenhum país adota os Modelos de Regulação Antitruste (M4) ou de Desregulamentação (M5); e

b) “Respeitando a natureza jurídica e o âmbito de competência legal de cada entidade, ao *Banco Central* caberia *instruir os processos administrativos visando a apuração de conduta infrativa à ordem econômica*, bem como *emitir parecer legal acerca dos efeitos de determinada fusão ou aquisição* sobre a defesa da concorrência. Ao CADE, por sua vez, caberá apreciar, como instância decisória administrativa, os processos instaurados pelo Banco Central, bem como os requerimentos de aprovação de ato ou contrato previsto no artigo 54 da Lei 8884/94.”É dizer, *apregoam a aplicação do Modelo de Competências Complementares (M3)*, no qual o Banco Central exercitaria funções similares às da SDE. (destacou-se)

Divergindo parcialmente do resultado conclusivo a que chegou os nobres pesquisadores, o presente trabalho se propõe a construir alternativa que aparenta mais realista e consentânea à especificidade do sistema financeiro brasileiro. E essa alternativa é ousada no sentido de que utilizará a própria amostra dos vinte e dois países levantados por Oliveira e Gomes, numa releitura meticulosa diferenciada pela lente do detalhe.

.3.2.2 O novo modelo

⁸⁹ Ob. cit. pp. 19-44.

A pesquisa de Oliveira e Gomes sustentou as discussões conflitivas e secundou boa parte da produção doutrinária no pós-decisão do Presidente da República⁹⁰.

A doutrina produzida desde então tenta demonstrar que nos países mais relevantes, seja sob o ponto de vista de desenvolvimento econômico, seja sob um olhar de tradição na aplicação das regras concorrenciais para o setor bancário, a autoridade antitruste reina absoluta.

No mesmo sentido, Leandro⁹¹ registra: “A existência de interação entre o órgão regulador (geralmente os bancos centrais) e a autoridade antitruste é freqüente, num modelo de concorrências complementares, destinando-se normalmente *a última palavra sobre as concentrações bancárias* e o controle de condutas *ao órgão de concorrência*.” (destacou-se)

Passa-se, então, à realidade fática da pesquisa com o objetivo de comprovar que a divisão de atribuições entre o Banco Central e o CADE é imperativo de uma política de estado convergente com a realidade de relações complexas e globalizadas, particularmente na seara dos serviços financeiros, mas que a repartição de competências deve dar-se noutras bases, que melhor conformam a especialidade da atividade financeira e a *própria realidade cultural brasileira em matéria de cooperação administrativa*.

Ressalte-se, de antemão, que o grande diferencial do modelo que será proposto consiste na *análise pontual* da repartição de competências olhando, *per se*, as atividades *preventivas* (atos de concentração) e *repressivas* (condutas anticompetitivas) --ponto central das discussões doutrinárias--, com vistas a iluminar os ensinamentos trazidos pelas legislações alienígenas. Por uma questão didática não será descrito o *modus operandi* de cada um dos vinte e dois países

⁹⁰ Para um apanhado ver, por exemplo, MARQUES, Floriano de Azevedo, *Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador*; FONSECA, João Bosco Leopoldino da, *Concorrência e regulação*; SALGADO, Lucia Helena, *Análise da concentração bancária sob o prisma da concorrência in Concorrência e regulação no Sistema Financeiro*. Coordenadores CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. São Paulo: Max Limond, 2002.

⁹¹ SILVA, Leandro Novais e. **Direito Bancário: regulação e concorrência**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 217.

pesquisados por Oliveira e Gomes, optando-se por condensar no quadro a seguir a divisão de atribuições, segundo o critério eleito⁹².

**Divisão de atribuições aplicável ao sistema financeiro
segundo o tipo de atividade concorrencial**

I - Países em que a Autoridade Antitruste adjudica a defesa da concorrência com exclusividade		Atividade	
		Preventiva	Repressiva
Austrália	.Australian Prudential Regulation Authority	.Decide	.Decide
Eslováquia	Antimonopoly Office the Slovak Republic	.Decide	.Decide
Grécia	.Competition Committee	.Decide	.Decide
Hungria	.Office of Economic Competition	.Decide	.Decide
Polônia	.National Bank of Poland	.Opina	.Opina
	.Office for Competition and Consumer	.Opina	.Decide
	.Antimonopoly Court	.Decide	.Pode rever
República Tcheca	.Office for the Protection of Economic Competition	.Decide	.Decide
Suécia	.Swedish Competition Authority	.Decide	.Decide
Suíça (1)	.Federal Competition Commission	.Decide	.Decide
II - Países em que a Autoridade Antitruste <u>NÃO</u> ADJUDICA os atos de concentração		Atividade	
		Preventiva	Repressiva
Alemanha	.Deutsche Bundesbank e Federal Banking Supervisory Office	.Decide	.Decide
Áustria	.Austrian Cartel Court	.Opina	.Decide
	.Ministro das Finanças	.Decide	.Não atua
Canadá	.Competition Bureau e Competition Tribunal	.Opinam	.Opinam
	.Office of the Superintendent of Financial Institutions	.Opina	.Opina
	.Ministro das Finanças	.Decide	.Decide
Espanha	.Banco da Espanha	.Decide	.Decide
Estados Unidos	.Federal Reserve System	.Decide	.Não atua
	.Office of Comptroller of the Currency	.Opina	.Opina
	.Federal Deposit Insurance Corporation	.Opina	.Opina
	.Divisão Antitruste do Departamento de Justiça	.Pode questionar	.Decide
França	.Conseil de la Concurrence	.Opina	.Decide
	.Banque de France	.Decide	.Não atua
Finlândia (2)	.Financial Supervision Authority e Office of Free Competition	.Não atuam	.Só opinam

⁹² Para análise descritiva de cada país ver: OLIVEIRA, Gesner; GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações, Relatório N° /2000, p. 22-33.

	.Competition Council	.Não atua	.Decide
	Ministro das Finanças	.Decide	.Não atua
Itália	.Italian Competition Authority	.Opina	.Opina
	.Banco da Itália	.Decide	.Decide
Japão	.Fair Trade Commission	.Opina	.Opina
	Ministro das Finanças	.Decide	.Decide
México	.Federal Competition Commission	.Opina	.Decide
	Ministro das Finanças	.Decide	.Não atua
Noruega (3)	.Norwegian Competition Authority	.Pode decidir	.Pode decidir
	.Norwegian Banking, Insurance and Securities Commission	.Pode decidir	.Pode decidir
Reino Unido	.Restrictive Practices Court	.Não atua	.Decide
	.Secretary of State for Trade and Industry	.Decide	.Não atua
Suíça (1)	.Federal Banking Commission	.Decide	.Não atua
Turquia	.Competition Protection Board	.Opina	.Decide
	Primeiro Ministro	.Decide	.Não atua
União Europeia	.Autoridade de concorrência que se acha em melhores condições de examinar o ato de concentração.		

(1) Se o ato de concentração envolver instituição insolvente, a decisão é exclusiva da Federal Banking Commission.

(2) Inexiste previsão legal em relação aos atos de concentração, podendo-se deduzir que seria o Ministro das Finanças.

(3) O órgão concorrencial é subordinado ao Ministro do Trabalho e Administração e a autoridade bancária e de supervisão ao Ministro das Finanças. Se os dois órgãos divergirem nas decisões os Ministros arbitram.

(4) O modelo americano é mais diversificado até mesmo em razão da característica do sistema financeiro, conhecido como dual banking system, mas o FED tem a palavra final em matéria de ato de concentração, podendo, no entanto, a Divisão Antitruste do DOJ, no prazo de 30 dias, questionar o ato junto ao poder judiciário.

A União Europeia, a rigor, não se encaixa no Modelo de Competências Complementares (M3) para o caso específico do sistema financeiro. Segundo comunicado da Comissão das Comunidades Europeias, os processos de concentração são “normalmente tratados pela autoridade de concorrência que se encontra em melhores condições para o fazer, mantendo simultaneamente a um nível mínimo o número de casos que exigem autorizações por parte de diversas autoridades.”⁹³ De fato, no item “Profissões liberais e serviços financeiros”, a comunicação assim dispõe:

Será consagrada particular atenção à concorrência em domínios como os serviços financeiros e as profissões liberais, que estão também sujeitas à legislação do mercado interno.

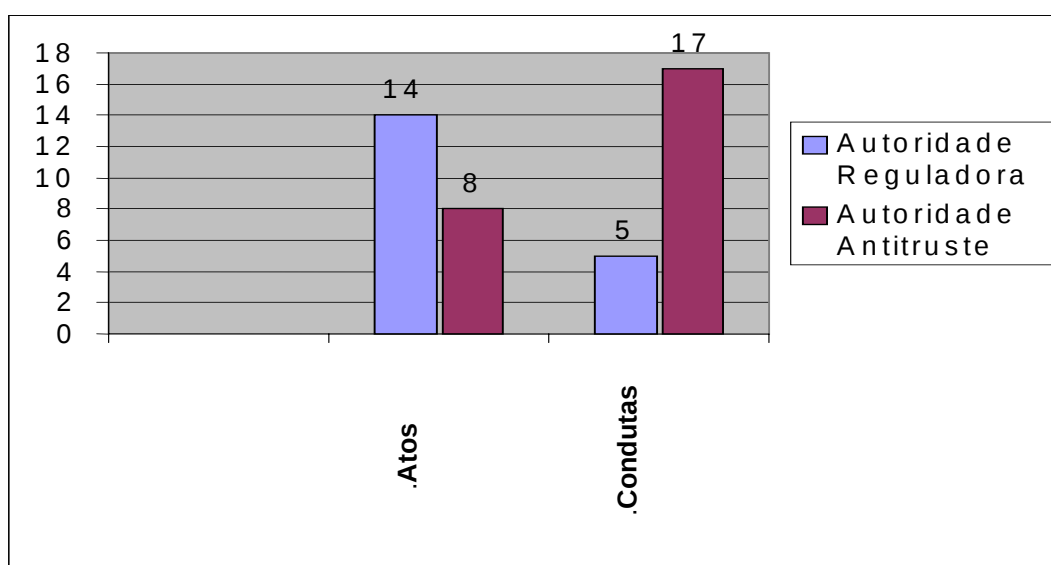
No sector dos serviços financeiros, o controlo pró-activo da aplicação da legislação é determinante para criar um mercado financeiro concorrencial e para alcançar um dos principais objectivos de Lisboa. Os obstáculos ao funcionamento eficaz das operações transfronteiras de compensação e liquidação podem ser o resultado de acordos de exclusividade entre as

⁹³ Comunicação da Comissão: **Uma política de concorrência pró-activa para uma Europa competitiva**. COM(2004) 293 final, item 3.2.2 – *Controlo das concentrações*. Bruxelas, 20 de abril de 2004, in <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/proactive/pt.pdf>.

bolsas e os prestadores destes serviços. Um estudo realizado recentemente revela que existem em toda a Europa acordos de exclusividade nestas áreas. Além disso, o mercado da União Europeia dos serviços bancários e de seguros destinados aos particulares continua fragmentado. Por último, a concorrência em matéria de cartões de pagamento está ainda a desenvolver-se de forma fragmentada no âmbito dos mercados e não a nível do mercado interno.

A reinterpretação da pesquisa realizada por Oliveira e Gomes, sob o olhar das duas atividades envolvidas na defesa da concorrência (preventiva e repressiva), deixa às claras que uma e outra recebem tratamento diferenciado em termos adjudicatórios. O gráfico abaixo explicita a divisão respectiva:

Divisão das atribuições por atividade



Assim, sob a *ratio* dos atos de concentração e *sem qualquer consideração de ordem de tamanho, complexidade e pujança do sistema financeira e grau de desenvolvimento de cada país*, na maioria dos países (64% da amostra), a autoridade reguladora do sistema (banco central, órgão de supervisão ou Ministro das Finanças) é quem arbitra, em caráter definitivo, as decisões envolvendo atos de concentração no sistema financeiro.

É sintomática, contudo, a *primazia da autoridade* encarregada da regulação do sistema financeiro naqueles países cujo sistema financeiro apresenta *estrutura complexa* -- números de instituições, grau de desenvolvimento econômico e nível de penetração internacional dos agentes--, a exemplo da Alemanha, da Espanha, dos Estados Unidos, da Itália, do México e da Inglaterra. Até mesmo nos Estados Unidos, cuja 'independência' das agências reguladoras é enaltecida em prosa e verso, depois que o FED arbitra só o Poder Judiciário poderá rever.

Os dados revelam uma outra realidade: o modelo de apreciação e decisão dos atos de concentração no Brasil, ressalvado algum problema de falta de transparência e de sistematização dos procedimentos para o mercado, como anteriormente apontado, não destoa do que prevalece noutros países, podendo-se mesmo asseverar que se revela mais consistente e democrático, na medida em que as decisões do Banco Central podem ser revistas, não pelo Ministro das Finanças isoladamente como revela a amostra, mas pelo Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado composto pelos Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento e pelo presidente do próprio Banco Central.

Sob a ótica *repressiva*, porém, a autoridade antitruste reina quase absoluta (77% dos países da amostra), a confirmar ser essa a atividade mais dinâmica e que *mais diretamente afeta a coletividade*, a justificar sua delegação para órgão fora do campo de atuação das autoridades reguladoras do sistema financeiro.

Aliás, parece prevalecer o entendimento de que as autoridades antitrustes devem *concentrar seus esforços na repressão às condutas lesivas à ordem econômica*. Outra não é a recomendação da Comissão das Comunidades Europeias⁹⁴ no sentido de simplificar o controle sobre os atos de concentração e aprofundar a atuação na repressão às condutas anticompetitivas como forma de possibilitar "[...] ampla difusão do conhecimento, de melhores condições para os

⁹⁴ Comunicação da Comissão: **Uma política de concorrência pró-activa para uma Europa competitiva**. COM(2004) 293 final. Bruxelas, 20 de abril de 2004, in <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/proactive/pt.pdf>.

consumidores e de uma reestruturação econômica eficiente através do mercado interno.”

No mesmo sentido a visão da OCDE/BID que desde o Relatório de 2000, ratificada no Relatório de 2005, recomenda que os órgãos que integram a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) reduzam o esforço despendido na apreciação de “concentrações inócuas em termos de concorrência” e concentrem mais atenção e recursos em outras áreas, incluindo o “combate a cartéis e condutas anticoncorrenciais” de firmas recém-privatizadas e indústria de rede, bem como na análise de restrições à concorrência impostas pelos governos municipais e estaduais⁹⁵.

O viés no atuar descompassado do SBDC ressaí dos próprios números levantados pela OCDE/BID, haja vista que entre 2000 e 2004 o CADE somente decidiu *172 casos de conduta anticoncorrenciais*⁹⁶ contra nada menos do que *2.672 atos de concentração*⁹⁷, a reafirmar a tese de que o sistema brasileiro de defesa da concorrência precisa reposicionar seu foco de atuação com vistas a dar efetividade e concretude à política da concorrência.

Outro relatório elaborado pelo Comitê de Legislação e da Força Tarefa de Agências Reguladoras da Câmara Americana de Comércio – Amcham, São Paulo, traz pesquisa que reflete a ‘percepção do mercado’ sobre os órgãos do SBDC, assim concluindo em termos de “Avaliação geral de cada órgão”:

Considerando os diversos itens avaliados, os três órgãos apresentaram médias inferiores a 3, o que demonstra que ainda há muito a se fazer a fim de assegurar o amadurecimento da política de defesa da concorrência brasileira. A SEAE e a SDE apresentaram uma pequena melhora no desempenho, o que pode ser explicado pelo bom funcionamento do procedimento sumário. Tal procedimento tem sido muito elogiado por agilizar o trâmite nas secretarias dos Atos de Concentração sem efeitos lesivos à concorrência. Assim, torna-se possível que a atenção e os esforços sejam concentradas nas operações mais importantes.

⁹⁵ **Lei e política de concorrência no Brasil: uma visão pelos pares.** Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Brasil, 2005, p. 7.

⁹⁶ Tabela 1 inserida na p. 21 do Relatório da OCDE/BID.

⁹⁷ Tabela 2 inserida na p. 32 do Relatório da OCDE/BID.

O CADE, por outro lado, sofreu, nesse quesito, uma diminuição em sua nota média. Tal desempenho pode ter sido influenciado pelo grande número de críticas relativas à sua demora em tomar a decisão final. Ademais, a falta de estabilidade nas decisões tomadas é um fator que tem prejudicado a credibilidade do órgão⁹⁸.

Como se pode notar, a atividade preventiva (atos de concentração) não é o aspecto fundamental da política de defesa da concorrência, mesmo porque, em se tratando de uma política pró-ativa, a análise deve ser prévia, isto é, *antes da consumação da fusão, incorporação ou similar*; interessa para a política de defesa da concorrência agir sobre o fato consumado, a conduta lesiva à ordem econômica.

Tendo isso em mente e em consonância com a frequência modal extraída da reinterpretação da pesquisa realizada por Oliveira e Gomes, que *consagra o princípio de que no sistema financeiro a autoridade reguladora do setor é quem responde pela aprovação dos atos de concentração*, vislumbra-se que a divisão de atribuições em matéria de defesa da concorrência deveria observar o seguinte critério de repartição de competências:

a) o Banco Central responderia, privativa e exclusivamente, pela política de concorrência centrada nos atos de concentração, tal qual previsto no art. 10, incisos IX e X, alíneas “c” e “g”; e

b) os órgãos do SBDC assumiriam a adjudicação das funções atinentes às condutas lesivas à ordem econômica, em face da dinamicidade que lhe são próprias.

A proposta do novo modelo, como se nota, diverge das diretrizes contidas no Projeto de Lei Complementar nº 344/2002 apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

A um porque, no caso dos atos de concentração, não se vislumbra coerência e efetividade em subordinar a decisão se o caso deve ou não ser apreciado pelo CADE ao juízo do Banco Central sobre o fenômeno do ‘risco sistêmico’. Esse elemento de incerteza seria uma possível fonte alimentadora de

⁹⁸ **Relatório sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: CADE, SEAE e SDE.** São Paulo: Câmara Americana de Comércio – AMCHAM, novembro de 2004, p. 18.

disputas e desconfianças, sem qualquer benefício prático para a defesa da concorrência, sem considerar que um olhar sobre fatos pretéritos mostra que a *capacidade cooperativa nos meandros da burocracia* geralmente descaminha para busca de promoções pessoais, ‘heroísmos’, ganhos políticos, etc., muita das vezes *comprometendo a ação estatal pela via da ‘produção de fatos’ que aproveitam aos administrados* quando o caso chega do Poder Judiciário.

De mais a mais, é inegável a *expertise* do Banco Central em matéria de sistema financeiro, afora o fato de que, constitucional e legalmente, cabe-lhe, com exclusividade, a competência para autorizar qualquer ato que envolva instituições financeiras e somente ele sabe quais as atividades que as instituições estão autorizadas a exercer porque é ele mesmo quem faz a concessão.

A dois porque, em se tratando de condutas, juízo ponderado a respeito da forma como o projeto de lei complementar trata a transferência de competência para o SBDC parece indicar que não resolve o problema; ao contrário, complica porque positivamente não dispõe que as práticas anticoncorrenciais passam a sujeitar-se à lei da defesa da concorrência. Ora, tratando-se de matéria que envolve fiscalização do Estado, necessariamente a futura lei complementar deve assim dispor, pois essa é uma exigência formal contida no art. 163, inciso V, da Constituição Federal. A *contrário sensu*, o sistema financeiro poderá, no particular, ficar imune à ação fiscalizadora estatal, pairando acima do bem e do mal.

Diga-se, ademais, que os procedimentos num e noutro caso devem ser melhorados e adaptados à especificidade do sistema financeiro, particularmente no âmbito do Banco Central, de sorte que os atos de concentração passem a ser analisados, efetivamente, *com antecedência*, mesmo porque se trata de uma atividade preventiva, evitando-se os famosos casos consumados, que, é cediço, assumem contornos mais complicados pelas singularidades da atividade financeira.

No magistério de Gomes, o controle preventivo autoriza

[...] o Estado a intervir, previamente, no exercício da livre iniciativa ou na formação da propriedade privada, por entender que a sua disposição estrutural poderá favorecer, no futuro, o

exercício abusivo do poder econômico⁹⁹, [sendo o meio] de se controlar não o exercício abusivo de poder econômico, mas a própria gênese de tal poder, a fim de se prevenir (isto é, impedir) a ocorrência, futura e provável, de ato em abuso de poder econômico adquirido pelo ato de concentração sob análise.¹⁰⁰

Com relação às práticas anticoncorrenciais, e enquanto não viabilizada a alteração legislativa sob discussão, poderia o Banco Central, no uso de seu amplo poder delegado pela Lei nº 4.595, de 1964, implementar ações com vistas a dar efetividade à ação fiscalizadora nessa vertente da adjudicação da concorrência, mediante a celebração de convênio de cooperação técnica com a SDE, a quem caberia apurar os ilícitos e instruir os processos administrativos (art. 30 e seguintes da Lei nº 8.884, de 1994), ficando a decisão punitiva a cargo do Banco Central (art. 18, § 2º, c/c o art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, e art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994), com recurso em segunda instância para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRFSN), nos termos do Decreto nº 1.935, de 20 de junho de 1996.

⁹⁹ GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 63.

¹⁰⁰ Idem, idem, p. 63-64.

CONCLUSÃO

Quando o ocaso da vida dava prenúncios do porvir, porque já enfermo, convidado para ser paraninfo da Turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, Rui Barbosa dirigiu aos jovens bacharéis o famoso discurso *Oração aos Moços*¹⁰¹, no qual transmitia seu testemunho de cinquenta anos de magistério nas lindes da Ciência do Direito.

Numa das passagens, reportando-se às vicissitudes da experiência meticulosa, prelecionava o alcunhado Águia de Haia:

Pelo que me toca, escassamente avalio até onde, nisso, vos poderia eu ser útil. Muito vi em cinquenta anos. Mas o que constitui a experiência, consiste menos no ver, que no saber observar. Observar com clareza, com desinteresse, com seleção. Observar, deduzindo, induzindo, e generalizando, com pausa, com critério, com desconfiança. Observar, apurando, contrastando, e guardando.¹⁰²

O presente trabalho, se não galgou atingir a lição sempre ensinada, porém esquecida, pelo menos tentou despir-se das armas do ofício na perspectiva de reconstruir os fatos na sua realidade e a partir deles construir uma nova visão.

Espera-se ter sabido observar, deduzir, induzir, apurar e contrastar para, só então, generalizar segundo um critério definido, delimitado, ponderado. É, pois, dessa realidade posta e contraposta que emergem as seguintes conclusões gerais do trabalho monográfico:

a) o conflito de competência entre o Banco Central e o CADE não era suposto e nem pressuposto, porém real e como tal demandava que o responsável pela direção superior da administração federal apaziguasse o desvio de interpretação;

¹⁰¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 6ª ed., discurso de paraninfo lido na Faculdade de Direito de São Paulo, em 29 de março de 1921. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2003, p. 39.

b) o inconformismo do CADE no pós-decisão presidencial carece de razoabilidade, mas teve o mérito de levantar o debate a respeito da inadequação da adjudicação da defesa da concorrência para o sistema financeiro;

c) urge que os Poderes Executivo e Legislativo dêem às mãos visando a alterar o *status quo* positivado na Lei nº 4.595, de 1964, porque em descompasso com a realidade nacional e internacional em matéria de defesa da concorrência no seio da atividade financeira, o que, por sua vez, impede a concreção dos preceitos constitucionais, segundo os quais “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” e o Sistema Financeiro Nacional deve ser “[...] estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade.”

d) sem perder de vista as peculiaridades e as singularidades da atividade financeira, a repartição de deveres adjudicatórios entre o Banco Central e os órgãos que integram o SBDC, nos termos *do modelo esboçado*, é imperativo de uma política de estado que pretenda distribuir à coletividade os benefícios do progresso econômico e tecnológico;

e) modificações se fazem necessárias no Projeto de Lei Complementar nº 344/2002, como meio de escoimá-lo de omissões que poderão agravar ainda mais o descompasso existente na legislação em vigor; e

f) enquanto não viabilizada a alteração legislativa reportada na alínea “c”, supra, poderia o Banco Central, fazendo uso de seu amplo poder delegado pela Lei nº 4.595, de 1964, firmar convênio de cooperação técnica com a SDE, a fim de dar concretude à adjudicação da concorrência sob a perspectiva repressiva (condutas), cabendo à SDE, no particular, apurar as condutas anticompetitivas e instruir os processos administrativos, ficando a eventual punição a cargo do Banco Central, nos

termos da Lei nº 4.595, de 1964, e legislação complementar, com recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN).

Parece indubitável que o Sistema Financeiro Nacional atingiu no pós-Real sólida estrutura, sendo reconhecido pela eficiência operacional. Parece igualmente indubitável, quando se analisa questões pontuais que toca diretamente à coletividade, dúplice razão de ser do setor como fornecedora de poupança e como tomadora de recursos, que *os propalados ganhos de eficiência foram apropriados* por apenas uma das partes dessa relação: o próprio sistema financeiro. Essa percepção parece permear a grita de setores organizados da sociedade civil brasileira que o enxerga não como um parceiro, mas como um “explorador da sociedade”.

Nesse ponto reside a urgência de o Estado incorporar alterações na legislação vigente com o *propósito de induzir* a competição no setor. Nesse mesmo sentido Florenzano inclui, como “pilastra fundamental (*last but not last*)” da sua ‘Proposta de Regulação para o Mercado de Crédito’¹⁰³, a institucionalização de sistema de avaliação de desempenho das instituições financeiras sob o prisma da eficácia social.

São, pois, alternativas a serem consideradas até mesmo como forma de evitarem-se os ultrapassados mecanismos de intervenção direta, à moda de tabelamentos, pois notório que a atividade financeira, como disse-o com propriedade Bastos¹⁰⁴,

[É um] campo extremamente vibrátil, sensível a toda sorte de influências conjunturais e estruturais. As imposições taxativas neste campo, mais do que regularizarem e racionalizarem os comportamentos dos diversos agentes econômico-financeiros, fazem com que o seu atuar resvale para a marginalidade econômica e para os subterrâneos da economia.

Nesse particular, a prática de divulgação de Diretiva e a celebração de convênio de cooperação técnica com os órgãos da defesa da concorrência, a

¹⁰³ FLORENZANO, Vincenzo D. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito**. São Paulo: Texto Novo, 2004, pp. 151/166.

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 7º vol., arts. 170 a 192. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 350.

exemplo do que recentemente aconteceu na indústria de cartões de pagamentos¹⁰⁵, parece ser caminho promissor.

Registre-se, por fim, que recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶ entendeu não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina da defesa do consumidor, sob o fundamento de que a exigência de lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal se refere apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) às instituições financeiras relativamente à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram, isto é, operações bancárias e serviços bancários, que podem ser definidos por lei ordinária.

Essa decisão abre novas perspectivas de debates e de mudanças no relacionamento sistema financeiro/usuários dos serviços financeiros, o que sugere que o Banco Central deveria tomar as rédeas do processo visando a tornar efetiva a defesa da concorrência sob o aspecto repressivo às condutas anticompetitivas, sob pena ser atropelado pelos fatos.

¹⁰⁵ Diretiva nº 1/2006, de 4.5.2006, e Convênio de Cooperação Técnica, de 14.7.2006, firmado com a SEAE e a SDE, publicados no sítio <http://www.bcb.gov.br>.

¹⁰⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/DF interposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) e julgada na sessão plenária de 7.6.2006.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As agências reguladoras independentes: algumas desmistificações à luz do direito comparado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a.39, n. 155, jul/set. 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**, vol. II. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**, vol. V. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID) E ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Brasília, 2005, in <http://www.mj.gov.br/sde/dpde/documentos/BrasilPort.pdf>.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID), Departamento de Investigação, IPES 2005: DESENCADENAR EL CREDITO Cómo ampliar y estabilizar la banca, **Parte III – Los efectos de la estructura de mercado, capítulo nueve concentración y competencia** in <http://www.iadb.org/res/ipres/2005/chapters.cfm?language=Sp&parid=3>, acesso em 28 dez. 2005.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**, Edição popular anotada de Adriano da Gama Kury, 6ª edição. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988), 7º volume, arts. 170 a 192**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BEVILAQUA, Clovis. **Licções de legislação comparada sobre o Direito Privado**. Recife: Typographia de F. P. Boullitreau, 1893.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, volumes 1 e 2**, 5ª edição. São Paulo: Editora UnB, 2004.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001. **Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Relator: Luiz Alberto da Silva.

BRASIL. **Assembléia Nacional Constituinte 1987. Anais** – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Anais, 1994. Atas da 59ª à 74ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, vol. Nº 4.

_____. **Atas da 277ª à 290ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte**, vol. Nº 19.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Parecer /2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18 de outubro de 2000. Controle de concentração de instituições financeiras. Conflito de competência entre Banco Central e CADE. Arts. 173 e 192 da Constituição.** Aplicação da Lei nº 8.884/94. Aplicação da Lei nº 4.595/74. Recepção como Lei Complementar. Competência exclusiva do Banco Central do Brasil. Considerações. Relator: Cassiano Luiz Crespo Alves Negrão.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos. Divisão de Sistemas de Pagamentos. **Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo no Brasil**, de maio de 2005, *in* <http://www.bcb.gov.br>.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 876/200, de 15 de dezembro de 2000. Conflito de competência entre o CADE e o Banco Central do Brasil.** Relator: Amauri Serralvo.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 31ª ed. atualizada e ampliada. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Emendas Constitucionais. **Constituições brasileiras: 1967-VI.** Via Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.**

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 344/2002. Altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.**

BRASIL. **Projeto de lei. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências** *in* http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2005/msg572-050901.htm, acesso em 18 out. 2005.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CAJ/Nº 491/2001, de 31 de janeiro de 2001. Defesa da concorrência. Instituições financeiras. Suposto conflito de competência entre o CADE e o BACEN. Constituição, arts. 170, IV, 173, § 4º, 174, caput, e 192. Leis nºs 4.595/64 e 8.884/94. Interpretação.** Encaminhamento da matéria: sugestão de alteração legislativa. Relator: Rodrigo Pereira de Mello.

Câmara Americana de Comércio – AMCHAM. **Relatório sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: uma contribuição da Amcham para o**

aperfeiçoamento da atuação das agências reguladoras no Brasil. São Paulo, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coordenadores). **Concorrência e regulação no sistema financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTRO, Marcus Faro de. **A administração da justiça e os reflexos na economia.** Revista CEJ, Brasília, n. 17, p. 10-18, abr./jun. 2002.

_____. **Julgar a economia.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v.68, n.1, p.190-203, jan./mar. 2002.

_____. **Universalismo e particularismo como paradigmas da política** in A contemporaneidade brasileira: dilemas para a imaginação sociológica. Universidade de Santa Cruz do Sul, 1ª edição, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, BRITO, Luiz Navarro de e BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**, vol. VI. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimento e garantia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão: uma política de concorrência pró-activa para uma Europa competitiva.** Bruxelas, COM(2004) 293 final, 20 abr. 2004.

DATZ, Marcelo Davi Xavier da Silveira. **Risco sistêmico e regulação bancária no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: FGV/EPGE, 2002.

DEWATRIPONT, Mathias e Tirole, Jean. **The prudential regulation of banks.** London: The Walras-Pareto lectures, 1994.

EICHENGREEN, Barry. **A globalização do capital: uma história do Sistema Monetário Internacional**; tradução de Sérgio Blum. São Paulo: Editora 34, 2000.

FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes. **Agências reguladoras: algumas questões constitucionais** in http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Ver_51/Artigos/Art_luis.htm, acesso em 14 dez. 2005.

FLORENZANO, Vincenzo D. **Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito.** São Paulo: Textonovo, 2004.

FRANCO, Gustavo F. H. Extrato de: **“A tragédia do desenvolvimento: um ensaio sobre o pessimismo”**, capítulo 6 de “O Desafio Brasileiro: ensaios sobre Desenvolvimento, globalização e moeda”. São Paulo: Editora 34 in

http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Dinheiro_como_veiculo-do_Mal.htm, acesso em 27 fev. 2006.

GALBRAITH, John Kenneth. **A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo**; tradução Paulo Anthero Soares Barbosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

GHEVENTER, Alexandre. **Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina**. Revista de Ciências Sociais: Rio de Janeiro, vol. 48, nº 2, 2004, p. 335-363.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. **Ordem econômica constitucional e direito antitruste**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª edição, ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. **Raciocínio jurídico e economia**. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez. 2001.

_____. **Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a.40 n. 160, out./dez. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras: 1824**, vol. I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Gesner e GOMES, Carlos Jacques Vieira (assistente). **Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário**. EAESP/GGV/NPP, Relatório de Pesquisa, 2000.

POLETTI, Ronaldo. **Espécies de desvio de poder**. Separata da Revista de Informação Legislativa a.29 n. 113 jan./mar. 1992, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas.

_____. **Constituições brasileiras: 1934**, vol. III. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PORTO, Walter Costa. **Constituições brasileiras: 1937**, vol. IV. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

ROCHA, João Carlos de Carvalhos e outros (coordenadores). **Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMARTÍN, Margarita. **Algunos temas relevantes en la Teoría Bancaria**. Departamento de Economía de la Empresa, Serie de Economía de la Empresa. Universidad Carlos III de Madrid, Mayo 2004, in <http://docubib.uc3m.es/WORKINGPAPERS/DB/db040403.pdf>, acesso em 28 dez. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 20ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2002.

SILVA, Leandro Novais e. **Direito Bancário: regulação e concorrência**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

WALD, Arnold e HAGSTROM, Carlos Alberto. **A defesa da concorrência e o sistema financeiro: a indivisibilidade do poder monetário [s.l.]**.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras: 1988**, vol. VII. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2002.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o Liberalismo: em busca da reconstrução do mundo**; tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.