

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADE vs. BACEN:
O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA DO SETOR BANCÁRIO**

Carlos Alberto Apóstolo

Presidente Prudente/SP

2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CADE vs. BACEN:
O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA DO SETOR BANCÁRIO**

Carlos Alberto Apóstolo

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Édson Freitas de Oliveira.

Presidente Prudente/SP

2004

CADE vs. BACEN: O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO SETOR BANCÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Édson Freitas de Oliveira
Orientador

Álvaro Barboza dos Santos
Examinador

Spencer Almeida Ferreira
Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2004.

Estudante sou. Nada mais. Mau sabedor, fraco jurista, mesquinho advogado, pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado. Nem isso mesmo sei se saberei bem. Mas do que tenho logrado saber, [...] ao que devo, sim, o mais dos frutos do meu trabalho, a relativa exabundância de sua fertilidade, a parte produtiva e durável da sua safra, é às minhas madrugadas.

Rui Barbosa

Extraído de “Oração aos Moços”

AGRADECIMENTOS

“Confie ao Senhor o que você faz, e seus projetos se realizarão” (*Provérbios 16-3*). A Deus, o meu primeiro agradecimento. Ele, sempre presente, amparando-me ao longo de mais essa caminhada.

Aos meus pais, José Ribeiro, *in memoriam*, e Jeni, exemplos de honestidade, humildade e amor desmedido aos filhos. São a minha lição de vida, responsáveis por tudo o que sou, na família, no trabalho, nos estudos, na vida...

À minha esposa Lúcia, e aos meus filhos, Paulo Vítor, Marcos Vinícius e Luís Fernando, com minha eterna gratidão pelo carinho, apoio e compreensão que dispensaram a mim nas incontáveis horas, nos últimos cinco anos, em que a nossa convivência foi substituída por cadernos, livros e computadores. Muito obrigado. É verdade... “Há coisas que só o amor constrói.”

Nas pessoas do Dr. Spencer, Tamiko, Elma, José Itamar, Válter Chumpato e Andréa Albas, para mencionar alguns, a todos os amigos que, com seu incentivo e apoio, estiveram ao meu lado durante todos estes anos. “Amigas são aquelas raras pessoas que nos perguntam como estamos e que depois ficam à espera de ouvir a resposta.”

Ao meu filho Paulo Vítor e ao meu amigo Válter, cuja inestimável colaboração tornou possível a realização deste trabalho.

Ao mestre, Dr. Édson Freitas de Oliveira, profissional de elevado saber jurídico e, acima de tudo, grande figura humana, que me deu a honra de tê-lo como meu orientador nesta monografia. Dr. Édson, muito obrigado pela confiança, atenção, paciência, incentivo e segura orientação. E mais, pelo muito que me ensinou nas brilhantes lições de Direito Comercial.

Aos mestres, Álvaro Barbosa dos Santos e Dr. Spencer Almeida Ferreira, expoentes em suas respectivas áreas profissionais que, solícitos, prontamente aceitaram ao convite que lhes fiz para que integrassem a Banca Examinadora da presente monografia, o que foi motivo de grande orgulho para mim.

RESUMO

Neste trabalho o autor examina o conflito de atribuições envolvendo CADE e BACEN, instalado no Brasil com o advento da Lei nº 8.884/94, com o objetivo de contribuir para o aprofundamento da discussão, ainda hoje atual, quanto a qual dos dois referidos órgãos da Administração Pública brasileira, ou se a ambos, compartilhadamente, cabe, em nosso país, analisar e autorizar os processos de fusão, incorporação e aquisição envolvendo instituições financeiras ou, em última análise, a responsabilidade pela defesa da concorrência no setor bancário.

Assunto afeto ao Direito Econômico, ramo jurídico ainda objeto de poucos estudos acadêmicos, malgrado sua importância nos dias atuais, e que abarca, ainda, questões ligadas à Ciência Econômica, nem sempre do inteiro domínio do público ao qual o trabalho é dirigido, o autor, inicialmente, optou por abordar

conceitos básicos, aspectos históricos, princípios e fundamentos ligados ao tema, inclusive para que fosse possível melhor situar a questão proposta.

Assim, os primeiros capítulos do trabalho são dedicados à exposição dos seguintes e principais aspectos:

- a. a evolução da economia e suas principais teorias, até culminar no keynesianismo, escola que, pregando a intervenção moderada do Estado no domínio econômico, contribuiu para o surgimento do Direito Econômico e para o de seu braço, o Direito Econômico da Concorrência;
- b. evolução histórica da disciplina da concorrência desde a Antiguidade greco-romana e a que foi observada no Brasil, a partir de seu descobrimento;
- c. referência ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, sua estrutura e funcionamento;
- d. o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, antecedentes históricos e funções;
- e. evolução normativa dos diplomas consagrados à defesa da concorrência, no Brasil, a partir do Decreto-Lei nº 7.666/45;
- f. o sistema bancário, sua evolução histórica, inclusive no Brasil, bem como as razões que, inicialmente, levaram os Estados a controlá-lo;
- g. o surgimento dos bancos centrais; e,
- h. o Banco Central do Brasil, antecedentes históricos e funções.

A partir do capítulo 6, o autor passa a enfrentar propriamente a questão proposta, primeiro, tratando dos diferentes objetivos das regulações prudencial e concorrencial, a cargo, respectivamente, das autoridades monetárias e antitrustes, no nosso caso, BACEN e CADE.

A seguir, com base em estudo do Dr. Gésner Oliveira, o autor apresenta uma resenha dos possíveis modelos de convivência, num mesmo contexto, entre órgãos responsáveis pela regulação prudencial e concorrencial do setor bancário, e da configuração adotada em uma amostra de 22 (vinte e dois) países.

Os capítulos finais do trabalho dedica o autor à exposição de aspectos jurídicos, econômicos e doutrinários que gravitam em torno da questão proposta e às suas conclusões.

O autor priorizou neste trabalho o método hipotético-dedutivo, recorrendo à pesquisa teórica, com investigação e análise bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: concorrência; defesa da concorrência; setor bancário; regulação; regulação prudencial; risco sistêmico; regulação concorrencial; antitruste; competências complementares; sistema financeiro nacional; conflito de atribuições; fusão; incorporação; concentração bancária.

ABSTRACT

In this work the author examines the conflict of attributions involving CADE and BACEN, installed in Brazil with the coming of the Law no. 8. 884/94, with the objective of contributing to make a profound study of the discussion, current nowadays, as for which of the two referred organs of the Brazilian Public Administration, or if both, sharing together, fits, in our country, to analyze and to authorize the coalition processes, incorporation and acquisition involving financial institutions or, in last analysis, the responsibility for the defense of the competition in the bank section.

Subject affection to the Economical Right, juridical activity still object of few academic studies, in spite of its importance in the current days, and that it embraces, still, linked subjects to the Economical Science, not always of the whole domain of the public to which the work is driven, the author, initially, opted to approach basic concepts, historical aspects, beginning and linked foundations to the theme, included it was possible best to place the proposed subject.

Like this, the first chapters of the work are dedicated to the exhibition of the following and main aspects:

- a. the evolution of the economy and their main theories, until culminating in the keynesianismo, school that teaching the moderate intervention of the State in the economical domain, it contributed to the appearance of the Economical Right and to the one of its arm, the Economical Right of the Competition;
- b. historical evolution of the discipline of the competition from the Greco-Roman Antiquity and the one that was observed in Brazil, starting from its discovery;
- c. reference to the Brazilian System of Defense of the Competition - SBDC, its structure and operation;
- d. Administrative Council of Economical Defense - CADE, historical antecedents and functions;
- e. normative evolution of the diplomas consecrated to the defense of the competition, in Brazil, starting from the Law no. 7. 666/45;
- f. the bank system, its historical evolution, included in Brazil, as well as the reasons that, initially, they took States to control it;
- g. the appearance of the central banks; and,
- h. the Central Bank of Brazil, historical antecedents and functions.

Starting from the chapter 6, the author starts to face the proposed subject properly, first, treating of the different objectives of the regulations prudencial and concorrencial, to position, respectively, of the monetary authorities and antitrust, in our case, BACEN and CADE.

To proceed, with base in study of Dr. Gésner Oliveira, the author presents a review of the possible coexistence models, in a same context, among responsible organs for the regulation prudencial and concorrencial of the bank section, and of the configuration adopted in a sample of 22 (twenty-two) countries.

The final chapters of the work dedicate the author to the exhibition of juridical, economical and doctrinizing aspects that gravitate around the proposed subject and to their conclusions.

The author prioritized in this work the hypothetical-deductive method, falling back upon the theoretical research, with investigation and bibliographical and jurisprudential analysis.

WORD-KEY: competition; defense of the competition; bank section; regulation; regulation prudencial; structure risk; regulation concorrencial; antitrust; complemental competences; national financial system; conflict of attributions; coalition; incorporation; bank concentration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	22
2. ECONOMIA, DIREITO ECONÔMICO E DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA	14
2.1 A EVOLUÇÃO DA ECONOMIA E SUAS TEORIAS	14
2.1.1. A fase pré-científica da economia – até 1750.....	15
2.1.1.1. Antigüidade grega e romana.....	15
2.1.1.2. Idade Média.....	15
2.1.1.3. Mercantilismo – um período de transição	16
2.1.2. A economia científica.....	17
2.1.2.1. A escola fisiocrata	17
2.1.2.2. A escola clássica.....	18
2.1.2.3. A escola socialista	19
2.1.2.4. A escola neoclássica ou “marginalista”	21
2.1.2.5. O keynesianismo	22
2.2. O DIREITO ECONÔMICO	23
2.3. O DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA	26
3. A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA	29
3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA SEGUNDO A DIVISÃO PROPOSTA POR FORGIONI – TRÊS MOMENTOS	29
3.1.1. O primeiro momento – a disciplina da concorrência para eliminar distorções tópicas.....	29
3.1.1.1. Antigüidade grega e romana.....	30
3.1.1.2. Idade Média.....	30
3.1.1.3. Mercantilismo.....	31
3.1.2. O segundo momento – a concorrência e o liberalismo econômico.....	32
3.1.3. O terceiro momento – as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas.....	34
3.2. A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	37
4. DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA –SBDC	43
4.1. ESTRUTURA DO SBDC	44
4.1.1. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE	44
4.1.2. Secretaria de Direito Econômico – SDE.....	45
4.1.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	45
4.1.3.1. Evolução Normativa	47
4.1.3.1.1. Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945.....	47
4.1.3.1.2. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.....	47
4.1.3.1.3. Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991	48
4.1.3.1.4. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – as regras atuais	48
4.1.3.2. Natureza jurídica das decisões do CADE.....	48
4.1.3.3. Competência vinculada - discricionariedade - sanção	49
4.2. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	50
4.2.1. A atuação educacional do SBDC.....	50
4.2.2. A atuação preventiva do SBDC.....	50
4.2.3. A atuação repressiva do SBDC.....	51
4.3. O TRÂMITE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA NO SBDC	54
4.3.1. O trâmite dos atos de concentração no SBDC	54
4.3.2. O trâmite das infrações à ordem econômica no SBDC.....	55
4.3.3. A Regra da Razão	57
4.3.4. Recursos às decisões do CADE.....	58

5. DO SISTEMA FINANCEIRO	60
5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	60
5.1.1. Antiguidade	60
5.1.2. Idade Média	61
5.1.3. Idade Moderna	61
5.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	62
5.2.1. Do Império aos primeiros anos da República	62
5.2.2. O período das guerras e da Grande Depressão	64
5.2.3. Período do pós-guerra às reformas de 1964-1965	65
5.2.4. Período pós-reformas de 1964-1965	66
5.3. CONTROLE DO SISTEMA FINANCEIRO PELO ESTADO	68
5.3.1. Bancos Centrais: um pouco de história	68
5.3.2. O Banco Central do Brasil	70
5.3.2.1. As atribuições do Banco Central do Brasil	72
6. REGULAÇÃO PRUDENCIAL E CONCORRENCIAL NO SETOR BANCÁRIO.....	74
6.1. INTRODUÇÃO	75
6.2. REGULAÇÃO PRUDENCIAL.....	77
6.2.1. Risco Sistêmico	79
6.3. REGULAÇÃO CONCORRENCIAL.....	81
6.4. POSSÍVEIS MODELOS DE CONVIVÊNCIA ENTRE OS ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO CONCORRENCIAL E PRUDENCIAL NO SETOR BANCÁRIO.....	83
6.5. INTERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE REGULAÇÃO PRUDENCIAL NO SETOR BANCÁRIO: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL.....	84
6.5.1. Austrália	84
6.5.2. Áustria	85
6.5.3. Canadá	85
6.5.4. República Tcheca	86
6.5.5. Finlândia	86
6.5.6. França	87
6.5.7. Alemanha.....	87
6.5.8. Grécia	87
6.5.9. Hungria.....	88
6.5.10. Itália	88
6.5.11. Japão.....	88
6.5.12. México.....	89
6.5.13. Noruega	89
6.5.14. Polônia.....	90
6.5.15. Espanha	90
6.5.16. Suécia	91
6.5.17. Suíça	91
6.5.18. Turquia	91
6.5.19. Reino Unido.....	92
6.5.20. Estados Unidos	92
6.5.21. União Européia	93
6.5.22. Eslováquia	93
6.5.23. Resumo da amostragem.....	93
7. CADE vs. BACEN: O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NA DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	95
7.1. INTRODUÇÃO	96
7.2. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA	97
7.3. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES.....	104
7.3.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.....	104

7.3.2. Banco Central do Brasil – BACEN	108
7.3.3. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN	109
7.3.4. Advocacia-Geral da União – AGU	112
7.4. O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA	117
7.4.1. Gustavo Loyola	117
7.4.2. Arnaldo Wald	119
7.4.3. Jairo Saddi	120
7.4.4. Calixto Salomão Filho	122
7.4.5. Celso Fernandes Campilongo	124
7.4.6. Isabel Vaz	127
8. DA VINCULAÇÃO DO CADE AO PARECER N°. AGU/LA-01/2001, DE 28.03.2001	129
9. CONCLUSÃO	138
10. BIBLIOGRAFIA	143
11. GLOSSÁRIO – PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS	148

1. INTRODUÇÃO

Muito ainda se discute em nosso país a quem caberia, sob a ótica da concorrência, analisar as operações envolvendo a transferência de controle acionário entre instituições financeiras, existindo, em torno dessa questão, reconhecidamente, um verdadeiro conflito de atribuições protagonizado, de um lado, pelo Banco Central do Brasil – BACEN e, de outro, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

O atual interesse pelo assunto remonta às recentes transformações conjunturais experimentadas pelo cenário econômico brasileiro, como a abertura da economia, a partir do início dos anos noventa do último século, e a reforma monetária de 1994, eventos que colocaram em xeque a liquidez de muitas instituições financeiras.

Para se ter uma idéia do impacto provocado por tais mudanças no setor bancário brasileiro, pode se mencionar o fato de que, desde então, cerca de 200 bancos brasileiros foram fechados, liquidados ou sofreram intervenção extrajudicial.

O novo cenário despertou aqueles agentes econômicos para a necessidade da sobrevivência, o que deu início a um período de revolução no setor, marcado pela tendência à reorganização societária, à diversificação de atividades e, principalmente, por um processo crescente de concentração das instituições financeiras brasileiras.

Surgiu, em razão disso, na agenda política brasileira, a necessidade da definição das respectivas competências do BACEN e do CADE, indiscutivelmente conflitantes, até como forma de evitar que a insegurança jurídica em torno dessa questão pudesse dar causa ao chamado “risco sistêmico”, ou seja, à possibilidade de que a ruína de um banco se estendesse aos demais, em cadeia.

Em diversas oportunidades, o CADE proferiu decisões no sentido de que todas as operações, mesma aquela envolvendo exclusivamente instituições financeiras, estariam sujeitas ao controle daquele Conselho, uma vez satisfeitos os critérios objetivos estabelecidos no artigo 54, da Lei nº 8.884, de 10.06.1994.

Por outro lado, em aparente conflito de normas, a Lei nº 4.595, de 31.12.1964, que regula o Sistema Financeiro Nacional, contém vários dispositivos conferindo ao BACEN a mesma competência, como se observa da leitura dos artigos 10, inciso X, alínea “c”, 11, inciso VII, e 18, § 2º, do referido diploma legal.

Discorrendo sobre o mencionado conflito de atribuições, alguns juristas argumentam que a Lei nº 4.595/64 teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, por força do art. 192 desta última, com o status de lei complementar e, em face disso, os seus dispositivos que tratam da disciplina da concorrência no setor bancário não poderiam ser revogados pela Lei nº 8.884/94, a lei antitruste brasileira, que é lei ordinária.

Outros, ao contrário, afirmam que a matéria cuja disciplina a Carta Magna reserva à lei complementar refere-se às atividades próprias das instituições financeiras, aí não se incluindo os dispositivos da Lei nº 4.595/64 que disciplinam a atividade daqueles agentes econômicos sob o ponto de vista concorrencial. Tais dispositivos teriam natureza instrumental e não teriam sido recepcionados como matéria de natureza complementar, e sim, ordinária, passíveis de derrogação, portanto, pela Lei nº 8.884/94, que é posterior à primeira lei.

Há autores, ainda, que argumentam que as competências atribuídas ao BACEN para o controle dos atos praticados pelas instituições financeiras com base no direito antitruste são as mesmas atribuídas ao CADE para a generalidade dos mercados e, que, embora não disponha o primeiro de instrumentos tão eficazes quanto os conferidos ao segundo, o fato é que o BACEN dispõe de poder de polícia bastante para aplicar o direito concorrencial no setor bancário, mercado esse altamente especializado, o que afasta a aplicação da norma geral antitruste.

Outros, porém, afirmam que o BACEN, ao analisar as fusões entre bancos, não considera os efeitos desse ato de concentração sobre o mercado e que esse fato autorizaria o CADE a avocar para si a competência para apreciar as operações sob o ponto de vista da concorrência.

Visando solucionar o impasse jurídico, a pedido do Ministro da Fazenda, o Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República formulou consulta à Advocacia-Geral da União – AGU, e esta, através do Parecer GM nº 020, publicado no Diário Oficial da União de 25.04.2001, baseando-se em parecer¹ proferido pelo Departamento Jurídico do Banco Central, acolheu a tese da atribuição privativa daquela Autarquia para a análise e aprovação dos atos de concentração entre instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, parecer esse que foi aprovado² pelo Presidente da República.

O referido parecer, no entanto, para aqueles que defendem a primazia da competência do CADE à do BACEN, não teria desfeito o imbróglio jurídico, uma vez que inúmeros aspectos envolvendo a questão ali não teriam sido abordados. Questionou-se, da mesma forma, se estaria a primeira autarquia submetida às conclusões do mencionado parecer.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho monográfico, que tem a presunçosa intenção de contribuir para o aprofundamento da discussão e, quem sabe, talvez, para a busca de uma solução para tão polêmico assunto.

¹ Parecer nº 2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18.10.2000, da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

² Despacho de 05.04.2001.

2. ECONOMIA, DIREITO ECONÔMICO E DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA

2.1 A EVOLUÇÃO DA ECONOMIA E SUAS TEORIAS³

Segundo Montoro Filho, A. F., et al. (1998, p. 31), a evolução da ciência econômica pode ser dividida em quatro grandes fases.

A primeira, aquela que é considerada a fase pré-científica da economia, vai de seus primórdios à inauguração da escola fisiocrata, em 1750.

Logo em seguida, tem início a segunda fase que, de 1750, ano em que se poderia dizer que a economia se firma como um corpo autônomo de estudos, perdura até 1870, quando podemos identificar o surgimento da revolução marginalista, que marca a inauguração da análise econômica moderna.

A terceira fase principia em 1870 e se prolonga até o início da “Grande Depressão”, fato da história que evidenciou as falhas mais importantes da doutrina essencialmente liberal, responsável por verdadeira “crise de consciência” dos economistas filiados àquele modelo.

E a quarta e última fase, que podemos chamar de contemporânea, principia em 1929 e tem por marco inicial a “revolução keynesiana”, cujo impacto ainda se faz sentir até os nossos dias.

Considerando, no entanto, os objetivos perseguidos no presente trabalho monográfico, limitar-nos-emos a abordar ligeiramente as teorias consideradas de maior importância na história do pensamento econômico, demonstrando, nessa abordagem, como o papel reservado ao Estado evoluiu, de uma para outra teoria, de uma posição de completa abstenção do domínio econômico (liberalismo), para uma de total

³ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura das seguintes obras:

MONTORO FILHO, A. F., et al. **Manual de Economia**: Equipe de Professores da USP. Organização por Diva Benevides Pinho e Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998;

ROSSETTI, J. P. **Introdução à economia**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

controle (socialismo), para culminar numa posição conciliadora de intervencionismo moderado no sistema econômico (keynesianismo).

2.1.1. A fase pré-científica da economia – até 1750

Há praticamente unanimidade entre os autores quanto à época em que a Economia teria se firmado como ciência autônoma, desligando-se da filosofia e da política.

O fato teria ocorrido na segunda metade do século XVIII, havendo alguma discussão se, em 1750, ano do surgimento da “escola fisiocrata”, ou, mais adiante, em 1776, quando o filósofo e economista escocês, Adam Smith, publicou sua principal obra: *Wealth of Nations* (Riqueza das Nações).

No entanto, o importante a destacar é que, embora num estágio embrionário, a Economia já existia anteriormente a 1750, isto podendo ser comprovado pela história, repleta em registros que demonstram a preocupação, o interesse, para não dizer o verdadeiro fascínio que as questões econômicas despertaram em muitos intelectuais ao longo dos séculos.

2.1.1.1. Antigüidade grega e romana

Na antiga Grécia, apareceram algumas idéias econômicas fragmentárias em estudos filosóficos e políticos, mas sem o mesmo brilho dos trabalhos dos gregos nos campos da filosofia, ética, política, mecânica ou geometria.

Platão, Xenofontes e Aristóteles dissertaram sobre os problemas relativos à riqueza, à propriedade e ao comércio. O último, aliás, apresentou contribuições interessantes às teorias do valor, dos preços, dos salários e da moeda, sendo dele, ainda, a primeira definição conhecida de Economia, que por ele foi conceituada como sendo “a ciência do abastecimento, que trata da arte da aquisição”. Mas, de modo geral, os autores gregos não apresentaram um pensamento econômico independente.

A ausência de um pensamento econômico independente é também identificada na Roma antiga. Ali, embora a economia de troca tenha sido muito mais intensa que na Grécia, verifica-se que as preocupações dos romanos limitaram-se fundamentalmente à Política e ao Direito, sendo praticamente nulas suas contribuições ao desenvolvimento da economia.

2.1.1.2. Idade Média

A Idade Média, principalmente do século XI ao XIV, é marcada pelo surgimento de uma atividade econômica regional e inter-regional, e foi o período onde se tornaram famosas as feiras periódicas de Flandres, Champagne e Beaucaire, dentre outras. Nota-se ali, ainda, a organização das corporações de ofício,

além da retomada do comércio mediterrâneo, ocasião em que Gênova, Pisa, Florença e Veneza tornaram-se os grandes centros comerciais da época. O período assiste, ainda, ao nascimento do sistema bancário, em moldes quase modernos.

Mas o pensamento econômico predominante, de caráter eminentemente prático, se na Antigüidade era subordinado à filosofia ou à política, durante a Idade Média passou a estar vinculado à “moral cristã”. Com efeito, naquele período da história, a Igreja Católica se impôs e, através de Tomás de Aquino, então o seu principal pensador, conseguiu fazer prevalecer as suas idéias, consolidadas no direito canônico.

E o Código Canônico, se por um lado moralizou o interesse pessoal, reconheceu a dignidade do trabalho, condenou a usura e buscou o “justo preço”, de outro, discriminava o comércio, tendo-o como uma atividade inferior à agricultura.

2.1.1.3. Mercantilismo – um período de transição

No período que vai da Idade Média à época renascentista, as questões econômicas assumem gradualmente maior importância, acompanhando as discussões decorrentes do aumento de complexidade nas relações sociais desse intervalo histórico.

No entanto, conforme assinala Rossetti (1984, p. 44),

[...], as dimensões da Economia só se alargariam no período pós-renascentista, quando o desenvolvimento dos Estados-nações da França, Alemanha, Inglaterra, Espanha e Portugal e, particularmente, a descoberta da América impuseram a necessidade de a Análise Econômica se desligar das questões puramente éticas, às quais se manteve ligada como que por um cordão umbilical e pelas quais se deixara elipsar durante longos séculos. [...].

Realmente, durante o mercantilismo, como ficou conhecido o período da história compreendido entre os anos de 1450 e 1750, o pensamento econômico vigente se liberta da fundamentação religiosa de que era subordinado e as restrições até então existentes ao comércio e ao lucro foram praticamente deixadas à margem, obtendo os mercadores o reconhecimento da comunidade e do Estados.

Outro fato importante é que o mercantilismo introduz ainda uma nova concepção que lançará os Estados numa corrida em busca da acumulação de metais preciosos, pois o maior ou menor estoque em ouro e prata passa a expressar a medida da extensão da riqueza e do poderio nacionais.

Assim, durante os três séculos do mercantilismo, as nações da Europa Ocidental, sempre sob o controle e a direção do Estado, não medem esforços em organizar sua economia interna de tal modo a obter a referida acumulação de metais. A exportação de bens econômicos é incentivada, enquanto ocorre verdadeira proibição da entrada de mercadorias estrangeiras. O comércio e a navegação rapidamente se transformaram em poderosos instrumentos da política econômica. O intervencionismo estatal na indústria e o protecionismo alfandegário são práticas comuns naquele período, tudo visando ao desenvolvimento da industrialização interna, se não para exportar mais, pelo menos para reduzir as importações ao mínimo indispensável.

O período também é marcado por importantes transformações intelectuais, religiosas, políticas, econômicas e geográficas, merecendo as últimas o maior destaque dentro do contexto econômico da época, porque foram ao encontro do esforço pela acumulação de metais então em curso em toda a Europa Ocidental.

De fato, com a descoberta de novas terras e de rotas de navegação até então desconhecidas, alguns Estados estenderam seus domínios coloniais, e nas novas terras conquistadas, além da oportunidade de novos negócios e do acesso a novos produtos, foram buscar os metais preciosos então considerados indispensáveis à sobrevivência e ao fortalecimento da soberania.

Por ter atribuído demasiado valor ao metal precioso, considerado a produção em função do enriquecimento apenas do Estado, pela maneira unilateral e “agressiva” como encarava o comércio internacional, onde um país não ganharia sem que o outro perdesse e, ainda, pela própria política colonial mercantilista, que consistia em explorar a colônia ao máximo, informam Montoro Filho, A. F., et al. (1998, p. 33/34) que o mercantilismo é até hoje objeto de severas críticas por muitos autores, que sustentam ter sido pouco significativa a contribuição daquele período ao desenvolvimento da análise econômico-científica.

Mas há, todavia, conforme ressaltam os mesmos autores, quem atribua ao mercantilismo grande função histórica, pois a nova mentalidade econômica que então se desenvolveu significou verdadeiro elo de ligação entre a fase pré-científica da Economia e a que viria a seguir, quando ela definitivamente se firma como corpo teórico autônomo de estudos. Isto porque, aquele interregno da história marca a consolidação e a supremacia do Estado-nação, que se impõe como figura política, surgindo ainda os primeiros estudos sobre a administração de seus bens e rendas, fato que ampliou enormemente os horizontes do campo de atuação da futura ciência, não mais restrito, a partir dali, à comunidade doméstica ou familiar.

2.1.2. A economia científica

2.1.2.1. A escola fisiocrata

Na primeira metade do século XVIII, já ao final do período mercantilista, a França vivia momentos difíceis.

Os lavradores e burgueses levantaram-se contra a política absolutista da monarquia, descontentes sobretudo com o sistema tributário francês que, para isentar aos nobres e ao clero, os onerava com pesados impostos. Os monopólios concedidos pelo rei eram alvo de fundadas críticas. Os regulamentos das corporações de ofício, que reuniam os artesãos urbanos não atendiam à mentalidade do florescente capitalismo industrial, impedindo que se expandissem as atividades empresariais. A França acabara de perder a Índia e o Canadá, dois importantes territórios do império colonial francês.

Este cenário de intranqüilidade política e social acabou facilitando o surgimento de uma nova escola, a fisiocracia, nome que, formado da associação dos vocábulos gregos *phisis* = natureza, e *cratos* = poder, significa exatamente “Governo da Natureza”.

Fundada por François Quesnay (1694-1774), autor de livros como o *Tableau Économique*, até hoje fonte de inspiração para os economistas atuais, a escola fisiocrata introduziu duas idéias novas, opostas ao mercantilismo.

A primeira, a crença na existência de uma ordem imposta pela natureza e regida por leis naturais, subjacente às atividades econômicas. Para os fisiocratas, seria inútil impor leis e regulamentos à organização econômica, pois esta seria capaz de guiar-se por si própria. Deste modo, a nova escola defendia a concessão de maior liberdade para o exercício das atividades econômicas e para a conservação ou alienação do produto dessas atividades.

A segunda idéia introduzida pela fisiocracia foi a primazia da agricultura sobre o comércio e a indústria. Para os fisiocratas, ao contrário da concepção mercantilista, não eram os estoques em ouro e prata, mas a terra, a única fonte de riquezas, o único fator de produção a ser considerado. Todo o lucro da economia provinha da agricultura. O capital era considerado o produto acumulado da terra. As classes sociais não envolvidas no trabalho agrícola eram consideradas estéreis.

Quesnay foi quem introduziu pela primeira vez a teoria do capital, segundo a qual os empresários – que para ele só o eram os que se dedicassem às atividades agrícolas – apenas poderiam começar o seu empreendimento desde que previamente equipados, ou seja, com um certo capital já acumulado.

Todavia, a fisiocracia foi mal inspirada em sua concepção de primazia agrícola, e suas teorias sucumbem à Revolução Industrial de 1789, cujos efeitos sobre o sistema capitalista, os fisiocratas não souberam antecipar e avaliar devidamente. A Revolução Industrial demonstrou que a indústria e o próprio comércio exerciam, sim, funções legítimas na formação da riqueza, fato que não poderia ser ignorado.

Mas restou à escola fisiocrata o mérito de, pela primeira vez, ter produzido uma representação embrionária do sistema capitalista e de, juntamente com a escola clássica, dar início à fase propriamente científica da economia.

2.1.2.2. A escola clássica

Logo a seguir, e ainda na segunda metade do século XVIII, pode ser identificado na Inglaterra o surgimento de uma nova corrente, que logo ficou conhecida como “escola clássica”, inaugurada com a publicação em 1776, por Adam Smith, do famoso livro *Wealth of Nations* (Riqueza das Nações).

A nova escola tinha diversos pontos em comum com a teoria fisiocrata, que a precedeu. Tal como a escola anterior, a doutrina clássica também se opunha às idéias mercantilistas de que a riqueza e o poder nacionais deveriam ser mensurados com base nos estoques de metais preciosos de um país. A escola clássica também defendia o individualismo e o liberalismo econômico.

Mas não se pode dizer que não havia divergência entre elas. Primeiro, porque a teoria clássica não nasceu de pressões coletivas geradas por convulsões sociais, como sucedera com a escola anterior, e sim da análise das possibilidades de manutenção da ordem econômica através do liberalismo. A segunda razão é que, embora a escola clássica não negasse o papel de destaque que a terra e a agricultura ocupavam na geração de riquezas, como o preconizava a escola fisiocrata, soube reconhecer e interpretar, porém, os reflexos produzidos no sistema econômico capitalista pela Revolução Industrial, algo de que se descuidara sua antecessora.

Para Adam Smith, o sistema econômico era um mundo de competição atomista, em que a economia era composta por um grande número de agentes, produtores e consumidores, nenhum deles, tomados isoladamente, fosse ele quem fosse, poderoso o bastante para interferir ou resistir às pressões da competição.

Entendia ele, ainda, que o sistema econômico seria auto-regulável por uma espécie de “mão invisível” e que, de modo espontâneo, havia exata correspondência entre o interesse geral e os interesses individuais. Deste modo, a solução para o funcionamento da economia deveria ser buscada nas leis de mercado, na interação do interesse individual e na concorrência.

O empresário ver-se-ia obrigado pelas forças da livre concorrência a comercializar suas mercadorias a preços de venda próximos do custo de produção e, ainda, a ser o mais eficiente possível, para que a elevação de seus custos em face da concorrência não retirasse a competitividade de seus produtos.

A “mão invisível” do mercado não só designava as tarefas, mas também dirigia as pessoas na escolha da profissão, fazendo com que fossem levadas em conta as necessidades sociais. Da mesma forma, as forças do mercado determinariam os produtos e quantidades a serem produzidos.

Smith tinha os governos por ineficazes e inclinados a outorgar privilégios especiais em detrimento da sociedade. Por isso, sustentava que apenas deveria competir a eles o patrocínio da defesa nacional, o incentivo à iniciativa individual, a garantia da livre concorrência entre as empresas, além da proteção da propriedade privada.

Para a escola clássica, a verdadeira fonte de riquezas de um país era o trabalho, sustentando, ainda, que o valor de mercado de um produto é representado pela quantidade de trabalho nele incorporado.

Essa parte dos escritos de Smith é desenvolvida e aprofundada na obra de economistas clássicos do século XIX, seus discípulos Thomas Robert Malthus, David Ricardo, John Stuart Mill e Jean Baptiste Say, todos eles se destacando pelas importantes contribuições ao desenvolvimento da Ciência Econômica.

Entretanto, a história mostrou que a concepção defensora da completa ausência da mão do Estado no sistema econômico foi a causadora de uma série de problemas, sobretudo o desemprego, na área social, e que os fundamentos defendidos pela escola clássica seriam incapazes de solucionar crises que, algum tempo depois, viriam assolar a economia mundial.

2.1.2.3. A escola socialista

A revolução industrial iniciada na Grã-Bretanha na segunda metade do século XVIII deu novas bases ao sistema econômico capitalista e estabeleceu um novo tipo de sociedade, esta, dividida em duas classes fundamentais: a burguesia e o proletariado.

A burguesia, formada pelos proprietários dos meios de produção, primeiro na França, com a revolução de 1789, e depois em diversos outros países, conquistou o poder político e o econômico, que se firmaram com base nos postulados do liberalismo: liberdade econômica, propriedade privada e igualdade perante a lei.

Tendo aquela classe conquistado o poder, logo ficou claro que a igualdade jurídica não era suficiente para equilibrar uma situação de profunda desigualdade econômica e social que se estabelecera, na qual uma classe reduzida, a burguesia, possuía os meios de produção, enquanto a maioria da população, o proletariado, era impedida de conquistar a propriedade.

Se o sonho de uma sociedade igualitária, na qual todos tivessem livre acesso à distribuição e à produção de riquezas, por si, de há muito vinha inspirando intelectuais desde Thomas Morus, no século XVI, o quadro de desigualdades instalado com a Revolução Industrial era o incentivo que faltava para a tentativa de implantação das idéias socialistas.

Assim, com esse objetivo, surge a Escola Socialista, cuja proposta era buscar uma nova harmonia social por meio de drásticas mudanças, encaminhadas sempre pelo Estado, a quem era reservado, no novo modelo, o papel de condutor único do domínio econômico.

Dentre as mudanças de que se cogitava, uma delas seria o fim do trabalho assalariado e a substituição da liberdade de ação econômica dos proprietários por uma gestão socializada ou planejada, não mais regida por critérios de lucro, com o objetivo de adequar a produção econômica às necessidades da população.

Para promover a igualdade social, política e jurídica, a escola socialista propunha, ainda, a limitação do direito à propriedade privada, o controle dos principais recursos econômicos pelas classes trabalhadoras e a intervenção dos poderes públicos na gestão desses recursos econômicos.

A implementação de tais mudanças exigiria necessariamente uma extrema transformação do sistema político, tão radical que alguns teóricos socialistas chegaram a postular a revolução violenta como único meio de alcançá-la.

O recrudescimento das idéias socialistas ocorreu, num primeiro momento, graças aos trabalhos dos primeiros autores socialistas do século XIX, como Claude Henri de Rouvroy, o conde de Saint-Simon e Robert Owen, mas as novas premissas ainda eram consideradas arbitrárias, utópicas e destituídas de sentido prático. Tal quadro muda, no entanto, e referidas idéias adquirem maior veemência, a partir da adesão ao movimento de Karl Marx e Friedrich Engels, autores das teorias econômicas socialistas mais importantes, nas quais defendiam um método próprio para a análise dos fenômenos econômicos.

Em 1867, foi publicado o primeiro tomo de *Das Kapital (O capital)*, de Karl Marx, em que este fez uma incisiva crítica ao sistema capitalista, chegando mesmo a condenar a sua existência.

Assim como Smith, Ricardo e outros clássicos, Marx acreditava que o valor de venda de uma mercadoria era determinado pela quantidade de trabalho necessária para produzi-la. Mas Marx enxergou e expôs em seu livro já referido algo que não havia ocorrido aos economistas clássicos.

Marx demonstrou que o preço de venda atribuído por um capitalista a uma mercadoria era, na verdade, superior ao valor do trabalho nela incorporado. Para ele, deste modo, o sistema capitalista conteria um mecanismo de exploração do trabalhador pelo empregador, a que Marx deu o nome de *mais-valia*, que deve ser entendida como sendo a diferença entre o que o trabalhador produz e o que recebe. Por um mecanismo de acumulação, o empregador obteria um lucro cada vez maior, quanto menor fosse o salário pago e maior a produtividade do trabalhador, apropriando-se o primeiro, indevidamente, de algo que deveria pertencer ao último.

2.1.2.4. A escola neoclássica ou “marginalista”

O próximo e importante passo seria dado pelos chamados neoclássicos ou marginalistas.

No último quarto do século XIX era de todo evidente a necessidade de nova abordagem dos princípios básicos que orientavam a Ciência Econômica. Fatos econômicos e as transformações estruturais das economias das nações industrializadas o exigiam. Desde a inauguração da escola clássica, o capitalismo “atomizado” e concorrencial do início do século XIX cederia lugar a um capitalismo “molecular” ou de grandes concentrações de empresas, com forte tendência monopolística.

Coube aos neoclássicos ou marginalistas não apenas a nova abordagem teórica que se impunha, mas também a elaboração de novos postulados teóricos fundamentais da Ciência Econômica.

Apesar de se poder distinguir quatro escolas entre eles (a Escola de Viena, ou “Psicológica”, a de Lausanne, ou “Matemática”, a de Cambridge e a Sueca), o que deve importar, no entanto, é a característica que as une. É com os economistas neoclássicos que a teoria do valor-utilidade ganha força dentro da ciência econômica.

A nova corrente, cujos principais expoentes foram os austríacos Karl Menger, Friedrich von Wieser e Eugen Böhm-Bawerk, os britânicos William Stanley Jevons e Alfred Marshall, o francês Léon Walras e o sueco Knut Wicksell, a partir de 1870, aprofundando método que já havia sido tentado na Alemanha por Hermann Heinrich Gossen, introduz na teoria clássica nova concepção, qual seja, a de substituir a teoria do valor do trabalho, pela teoria do valor baseado na utilidade marginal. Daí decorre a denominação “Marginalista”, por que também é conhecida a nova escola.

Em outras palavras, pela nova concepção, e ao contrário das escolas anteriores, não é o trabalho, mas a utilidade econômica que vai determinar o valor de uma determinada mercadoria. Ou, ainda, a abordagem objetiva até então considerada deveria ceder lugar a uma outra, subjetiva, onde uma escala de preferências individuais e de necessidades humanas deveria ser levada em conta na determinação do preço de um bem.

Para os neoclássicos, qualquer mercadoria é uma fonte última de prazer ou de utilidade quantificável, existindo diversas outras variáveis importantes na definição do preço, como por exemplo, aquelas relacionadas aos sentimentos – dor e prazer –, o que levou Jevons a formular sua famosa “lei da indiferença”, em que demonstrava a validade das proposições da nova escola.

O novo enfoque causará importantes mudanças na forma como a Economia é pensada, posto que, admitindo-se agora que o valor de um bem é determinado pela utilidade que esse mesmo bem possa ter para determinado indivíduo, é natural que a Ciência Econômica, a partir daí, também passe a se dedicar ao estudo de como melhor satisfazer aquele destinatário da produção. A Economia não deixará de estudar os problemas relativos à riqueza, mas o fará dando maior ênfase ao problema do bem-estar econômico do homem.

Em que pese a ampla aceitação obtida pela escola neoclássica à época de seu surgimento, já nas primeiras décadas do século XX suas principais idéias foram, aos poucos, objeto de severas críticas, processo que atingiu seu ponto culminante no decênio de 1930.

No plano teórico, o aprimoramento de estudos demonstrou que fenômenos econômicos que já então se apresentavam, e que tinham influência direta no comportamento dos preços, entre outros, os monopólios, oligopólios e a concentração do poder econômico por grandes empresas, não eram explicados satisfatoriamente pela teoria marginalista.

Para o seu descrédito contribuiu, ainda, a ocorrência, no mesmo período, de problema econômico de repercussão mundial, a Grande Depressão, e para o qual as concepções neoclássicas não puderam oferecer soluções adequadas, como se esperava.

2.1.2.5. O keynesianismo

Nos primeiros anos que se seguiram ao término da Primeira Guerra Mundial, já no século XX, as condições econômicas dos países e, por conseguinte, de sua população, eram completamente desfavoráveis. O desemprego tornara-se uma praga permanente. Este desequilíbrio culminou, em 1930, na “Grande Depressão”, que se seguiu ao colapso do mercado de títulos de *Wall Street*, em outubro de 1929.

A doutrina clássica e a neoclássica, no entanto, cujas proposições, eram baseadas no *laissez-faire*, no automatismo auto-regulador das economias pelo mercado e, como decorrência, numa sociedade onde todos os trabalhadores encontrariam emprego, haviam se mostrado até ali incapazes de oferecer as respostas exigidas para a solução do problema do desemprego sem precedentes na história, demonstrando claramente que não estavam adaptadas à difícil realidade econômica da época. O fato provocou verdadeira “crise de consciência” dos economistas até então filiados ao modelo liberal.

Nesse período, John Maynard Keynes, até ali também defensor da doutrina liberal, debruçou-se sobre este quadro e procurou encontrar a terapêutica exata que proporcionasse a recuperação dos países abalados pela Grande Depressão.

Em 1936, através de sua obra *The General Theory of Employment, Interest and Money* (Teoria geral do emprego, do juro e da moeda), Keynes formulou brilhante resposta aos problemas então experimentados

pelo sistema capitalista, idealizando as bases daquela que, pouco depois, passou a ser chamada “revolução keynesiana” ou “keynesianismo”.

Naquela obra, Keynes contrapõe-se às proposições dos clássicos e neoclássicos de que a oferta cria sua própria procura e apresenta uma nova visão da ação governamental, onde é reservado ao Estado um papel primordial como motor do sistema econômico. Segundo Keynes, o Estado deveria complementar, sem substituir por completo, o papel reservado à iniciativa privada.

Defendendo uma participação moderada do Estado na atividade econômica, uma espécie de simbiose entre o intervencionismo socialista e o absentéismo liberal, com a finalidade de garantir a geração de empregos e a expansão de renda, as proposições de Keynes criaram condições para a recuperação econômica dos países abalados pela “Grande Depressão”.

A Revolução Keynesiana deu nova vida à Ciência Econômica e significou efetiva ruptura com a tradição clássica. As velhas peças da economia clássica foram substituídas por uma nova dinâmica de raciocínio, onde a Análise Econômica restabeleceu o contato com a realidade.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar que, com a nova feição assumida pelo Estado a partir das idéias de Keynes, que da praticamente completa abstenção passa a participar moderadamente da economia, a ciência jurídica observará, como veremos a seguir, a inauguração ou, pelo menos, a consolidação de um novo ramo, o Direito Econômico.

2.2. O DIREITO ECONÔMICO

Segundo Sidou (1998, p. 283), o Direito Econômico pode ser definido como o “complexo de preceitos que tratam da organização dos mercados, com respeito ao relacionamento entre seus agentes, à direção das atividades econômicas pelo Estado e à intervenção estatal na economia. CF. art. 24(I).”

Na mesma linha de raciocínio, o eminente Grau⁴, conceitua aquele ramo da ciência jurídica como sendo o “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal.”

Pode-se afirmar que o Direito Econômico é um ramo relativamente novo da ciência jurídica, posto que o seu nascimento, tem se admitido, teria ocorrido apenas no início do século XX, ainda durante a Primeira Guerra Mundial.

⁴ GRAU, E. R. Direito Econômico. Conceito. Disponível em: <<http://www.usp.br/fd/departamentos/economico/>>. Acesso em: 23 jan. 2004.

Com efeito, no desenrolar daquele conflito, as nações beligerantes puderam perceber que sua sorte na campanha bélica, longe de ser decidida nos campos de batalha, como até então se supunha, antes passaria a depender do engajamento que conseguissem elas obter de seus respectivos sistemas econômicos nos esforços de guerra. Essa constatação as levou a direcionar todos os seus fatores produtivos para um único objetivo: a luta contra o inimigo externo.

Surge, então, naquele período, em especial nos países envolvidos no conflito, intensa regulamentação das atividades econômicas, materializando um conjunto de normas jurídicas que, para alguns, significou o início da intervenção do Estado no domínio econômico e, indo um pouco além, a inauguração do Direito Econômico.

O balanço da guerra foi dramático. Nove milhões de seres humanos morreram. As nações que tomaram parte no conflito dele saíram respondendo por dívidas astronômicas. O desemprego atingiu números sem precedentes. O caos econômico e a inflação galopante imperavam no continente europeu. O desfecho de todo esse desequilíbrio, como já se pode expor neste trabalho, resultou na crise de outubro de 1929 e na “Grande Depressão”, que a ela se seguiu.

A “Grande Depressão”, conforme também já se pôde mencionar nesta monografia, pela repercussão mundial que teve, abalou as estruturas do sistema capitalista, fundado até então nas doutrinas liberais, cujos fundamentos, todavia, se mostraram impotentes para debelar a crise.

A solução para o verdadeiro caos econômico instalado na economia mundial pôde ser obtida com a substituição do modelo vigente de Estado, até ali baseado na tradição clássica, e que primava pela completa abstenção no domínio econômico, por outro, desenhado a partir das idéias de John Maynard Keynes, e onde era dado ao Estado, agora uma espécie de simbiose entre o liberalismo e o dirigismo estatal, intervir de forma moderada na economia, sempre que isto fosse necessário.

O Estado que então emergiu trouxe consigo, para o enfrentamento da crise, um novo “boom” de medidas legais de caráter interventivo, naquele momento com a conformação um pouco mais próxima da que conhecemos hoje, sendo esta a razão porque muitos anotam, e para nós, com razão, ter sido este o verdadeiro momento do nascimento do Direito Econômico.

As novas normas tinham em comum um perfil que buscava conciliar as doutrinas liberais e socialistas, e delas passariam a se servir os Estados, doravante, para se expressar e intervir no sistema econômico, quando necessário, visando corrigir distorções peculiares do capitalismo.

O surgimento do Direito Econômico coincide, ainda, com a identificação da noção de *Welfare State*, ou “Estado do Bem-Estar Social”, paradigma que vem sendo adotado pelas constituições modernas desde a Constituição Mexicana de 1917. Nesse modelo, ensina-nos o renomado constitucionalista Silva (2001, p. 764/765):

A atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os *direitos econômicos* que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica, [...].

[...]

[...] que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal e o Estado social intervencionista. O primeiro firmou a restrição dos fins estatais, consagrando uma declaração de direitos do homem, como *estatuto negativo*, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder; o segundo busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais que se desenvolveram à sombra do liberalismo.

Mas há quem⁵ não concorde com o surgimento relativamente recente do direito econômico.

Para quem assim entende, o Direito Econômico já existia, embora só comece a ser percebido a partir do início do século XX, com o aumento da interferência estatal sobre a economia, ocasião em que aquela denominação foi dada ao conjunto das normas jurídicas que então passaram a ser editadas e através das quais o Estado materializava dita interferência.

Sustenta essa corrente que, se o Estado não interviera no domínio econômico durante a economia liberal, é que essa abstenção era considerada como inerente à “natureza das coisas”. Mas isto não significa dizer que tal postura não constituísse verdadeira política pública, do mesmo modo que não se deve conjecturar que a retração hoje observada no papel do Estado na economia capitalista esteja sinalizando para o fim do Direito Econômico.

O Direito Econômico se caracteriza pela efemeridade e flexibilidade de suas normas, as quais representam, necessariamente, a ideologia de determinada constituição. Isto significa dizer que, sobrevindo alteração ou mesmo a substituição da constituição vigente, com modificação da ideologia que até aquele momento era observada, as normas de Direito Econômico mudarão, acompanhando a nova ordem.

Assim, o Direito Econômico há de funcionar como instrumento para que as metas constitucionais sejam alcançadas e cumpridas, sendo através de sua regulamentação jurídica a maneira pela qual a ideologia adotada por determinada constituição poderá ser concretizada.

Releva notar que, em nossa Constituição, em que pese a existência de outras disposições dispersas por todo o texto constitucional, os elementos componentes da ideologia econômica adotada pelo Estado Brasileiro, em sua maior parte, estão reunidos no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, nos artigos 170 e seguintes.

Conforme ali se observa, o nosso legislador constitucional claramente fez a opção por um modelo econômico liberal, o que se pode comprovar pela consagração da propriedade e da livre concorrência como princípios da ordem econômica (art. 170, II e IV) e, mais e principalmente, da livre iniciativa, como princípio da ordem econômica e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (arts. 170, *caput*, e 1º, IV).

No mesmo sentido, demonstra-se essa vocação liberal do modelo econômico do Estado brasileiro através das disposições dos artigos 173 e 177 de nossa Carta Magna, onde, embora ali não se vede ao Estado

⁵ Veja-se a propósito: CAPÍTULO II. SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITO ECONÔMICO. In: AGUILLAR, F. H. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/portugues/publicaciones_portugues/capitulo_2.htm>. Acesso em: 23 jan. 2004.

participar da atividade econômica, relaciona as circunstâncias, todas elas excepcionais, em que a ele será dado fazê-lo, seja diretamente, como agente empresarial, ou exercendo monopólios.

No que toca à intervenção negativa do Estado na economia, nossa Constituição prevê que ela ocorrerá, mediante lei, para o fim de: **a.** reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º); **b.** estabelecer a responsabilidade das empresas e de seus dirigentes, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º); **c.** como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (art. 174); **d.** estabelecer as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento (art. 174, § 1º); **e.** nas hipóteses do art. 178 da Constituição (ordenação dos transportes); e, **f.** regular o sistema financeiro.

Nessa atividade de intervenção negativa, feita mediante a edição de lei, com o fim de disciplinar a atividade econômica, deverá o Estado brasileiro ter em mente, sempre, a busca da realização dos princípios inscritos no art. 170, da Constituição Federal, quais sejam: **I** - soberania nacional; **II** - propriedade privada; **III** - função social da propriedade; **IV** - livre concorrência; **V** - defesa do consumidor; **VI** - defesa do meio ambiente; **VII** - redução das desigualdades regionais e sociais; **VIII** - busca do pleno emprego; e, **IX** - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

É de se assinalar, ainda, no que toca ao Direito Econômico, o caráter inovador da Constituição Federal de 1988, a primeira onde se fez referência àquele ordenamento da ciência jurídica, no caso, em seu artigo 24, inciso I, onde nossa Carta Magna, expressamente, declara que compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre as normas daquele ramo do Direito.

Considerando a característica das normas de Direito Econômico, legislação que, como visto, entre outros objetivos, visa proteger e incentivar o pequeno empresário/investidor, evitar oligopólios, monopólios, controlar preços, coibir a concorrência desleal, a prática de “dumping” e o abuso do poder econômico, proteger, dentro de certos limites, o mercado interno e incentivar o emprego em detrimento da excessiva automação, torna-se ele o melhor caminho de que dispõe o Estado para tentar reduzir as desigualdades geradas pelo sistema capitalista, o que explica a importância que o referido ramo do direito vem conquistando modernamente.

2.3. O DIREITO ECONÔMICO DA CONCORRÊNCIA

É possível identificar ainda dentro do Direito Econômico, o surgimento de um *braço* a que se pode denominar Direito Econômico da Concorrência.

De fato, ao lado da crescente produção doutrinária acerca do assunto, as recentes leis de defesa da concorrência editadas, os acordos internacionais firmados nessa área, aliados ao controle das operações envolvendo a fusão e incorporação de empresas, exercido hoje praticamente em todas as economias mais desenvolvidas, apontam para o reconhecimento deste ramo do Direito, cujo objeto, a concorrência no Brasil, aliás, foi guindado, à condição de princípio da ordem econômica. .

Vaz (1993, p. 284), após sustentar em sua obra “Direito Econômico da Concorrência” a existência autônoma do regramento jurídico da concorrência, defende a sua inserção junto ao Direito Econômico. A tentativa de unir aquele braço ao Direito Penal ou Administrativo, como querem alguns, segundo aquela autora, revela um inequívoco desvio de ótica, assinalando, ainda, que:

O regime jurídico da concorrência adapta-se melhor aos postulados do Direito Econômico, entre outras razões, devido à sua vocação de regulamentar as medidas de política econômica, destinadas a atingir os objetivos da Ordem Econômica, harmonizando-as com os princípios ideológicos comprometidos com a democracia econômica e social. E estes objetivos amplos, variáveis segundo as diferentes metas a serem atingidas nas diversas fases da escala do desenvolvimento econômico, extrapolam os princípios do Direito administrativo e não se coadunam com os postulados do Direito penal.

Para uma melhor compreensão do que seria o Direito Econômico da Concorrência, valer-nos-emos aqui da brilhante monografia de Neves (2003, p. 241), onde o autor, após ressaltar que José Inácio Franceschini entende não existir uma definição consagrada para o referido ramo jurídico, traz-nos o conceito formulado por Jairo Saddi, que o tem como aquele que

[...] disciplina as relações de mercado entre os agentes e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício dos direitos constitucionais consagrados na Carta de 1988 e que se consubstanciam na liberdade de iniciativa, na livre concorrência, na defesa dos consumidores e na repressão ao abuso do poder econômico.

A mesma Vaz, na mesma obra já citada (1993, p. 262), por sua vez, conceitua o Direito Econômico como o “... conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica.” Ou ainda, à página 319, como o “conjunto de normas destinado a reger as relações de produção, troca e prestação de serviços, segundo os princípios constitucionalmente definidos para o desempenho da atividade econômica.”

Em linhas gerais, e como forma de situar o Direito Econômico da Concorrência, primeiro é preciso dizer que a concorrência, como se sabe, se adotada como regra de funcionamento do mercado, reverte em benefícios para toda a sociedade, eis que leva as empresas a oferecer aos seus consumidores bens e serviços de melhor qualidade e a preços reduzidos, razão porque é estimulada pelas economias capitalistas.

Quando uma empresa atinge esse objetivo, todavia, na prática, estará restringindo as possibilidades de negociação de uma concorrente sua, o que obriga a última a melhorar o seu padrão de oferta, sob pena de sucumbir em face do mercado.

Uma outra alternativa que também se abre à concorrente em desvantagem é a de vir a se aliar à empresa dominante, mediante fusão ou incorporação (truste), em processo também conhecido como concentração de empresas, uma forma legítima de, por via indireta, manter-se no mercado.

Abrindo aqui um parêntese, é de se recordar que este processo de concentração no setor bancário, mais especificamente a quem deve caber o seu controle, com isso evitando efeitos danosos ao mercado, constitui o pano de fundo do presente trabalho.

Nem sempre, porém, as concentrações ocorrem em função da dinâmica do mercado. Com efeito, não raras vezes é resultado de acordos (formação de cartéis) que as empresas estabelecem entre si, para com isso obter a dominação do mercado, passando, a partir daí, a limitar a livre concorrência, prejudicando os consumidores.

Se a concentração de empresas tem esse último perfil, ou seja, é ilícita e abusiva, e não provém da dinâmica do mercado, será ela considerada prática infrativa, aplicando-se ao caso as normas do Direito Econômico da Concorrência, que sujeita os infratores a sanções administrativas ou judiciais.

Mas aquele ramo do Direito Econômico, como teremos oportunidade de melhor demonstrar adiante, não deixará de estar atento à primeira situação, ou seja, para os casos em que o ato de concentração de empresas, em tese, é lícito ou não abusivo, pois suas normas também visam preservar a *concorrência potencial* do mercado.

3. A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA

3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA SEGUNDO A DIVISÃO PROPOSTA POR FORGIONI⁶ – TRÊS MOMENTOS

Ao contrário do que normalmente se imagina, o início da disciplina da concorrência é anterior, não coincidindo com o surgimento do conceito de livre mercado pregado pelo Liberalismo.

Esta é a posição sustentada por Forgioni (1998, p. 26) que, embora admita a existência de uma diferença fundamental entre a regulamentação da concorrência, a partir do Estado liberal, e aquela que lhe foi anterior, assinala que desde a Antiguidade greco-romana podem ser identificadas regras reguladoras a que os agentes econômicos se achavam obrigados a observar, sob pena da submissão a sanções institucionalizadas ou corporativas.

Para a autora, a análise da linha de evolução das normas que disciplinam a atividade dos agentes econômicos no mercado, permite a demarcação de três momentos históricos distintos, conforme a seguir discriminados.

No primeiro momento, que vai da Antiguidade ao advento das doutrinas liberais, o comportamento dos agentes econômicos no mercado era regulamentado por razões de natureza prática e visava a obtenção de resultados eficazes e imediatos.

Já a regulamentação da conduta dos agentes econômicos no segundo período, já durante o liberalismo, é decorrência da adoção de um sistema econômico que privilegiava o mercado, cuja liberdade deveria ser protegida. Nessa fase, aponta Forgioni (1998, p. 30), “a concorrência assume seu sentido técnico, que lhe é dado pela ciência econômica”.

Por fim, no terceiro momento histórico, isto já na primeira metade do século XX, o regramento da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos no mercado, passa a ser visto como um instrumento de implementação de políticas públicas, intrinsecamente ligada ao direito econômico.

Expõe-se, abaixo, um breve relato dessa evolução, segundo o quadro elaborado pela aludida autora.

3.1.1. O primeiro momento – a disciplina da concorrência para eliminar distorções tópicas

⁶ FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Acompanhamos neste trabalho a sistematização da evolução da disciplina da concorrência tal como a propõe

3.1.1.1. Antiguidade grega e romana

A existência e a regulamentação de monopólios públicos e privados pode ser identificada já na antiguidade greco-romana.

Na antiguidade grega, os monopólios públicos, ao que tudo indica, eram instituídos pelo Governo em períodos de dificuldades econômicas e tinham, por isso, o claro objetivo de proporcionar a geração de receitas.

Os monopólios privados, de sua vez, também eram permitidos, e a eles Aristóteles faz referência em conhecida passagem de sua obra *Política*.

Há ainda indicações seguras de que na Grécia antiga a atividade dos agentes econômicos com um certo “poder de mercado” era regulamentada, de modo a proteger a população contra a manipulação de preços e a escassez artificial dos produtos, punindo-se a transgressão às leis inclusive com a morte.

A prática de monopólios públicos e privados também é observada na Roma antiga. Ali, a atividade salineira, exercida com exclusividade pelo governo, assegurava-lhe boa parte de suas rendas. Os monopólios privados também contribuía para a arrecadação de recursos pelo Estado, pois sua concessão a particulares, sobretudo ao final do Império, era feita mediante retribuição.

A política de monopólios foi regulamentada em Roma através do Édito de Zenão, em 483 d.C., cujas normas já demonstravam a preocupação em reprimir ao que hoje chamaríamos abuso do poder econômico.

3.1.1.2. Idade Média

Esse período assiste ao nascimento das corporações de ofício e ao de muitas regras de concorrência cujos princípios ainda observamos em nossos dias, razão por que é considerado por Forgioni (1998, p. 39) um dos mais ricos da história da disciplina da concorrência.

As corporações de ofício surgem na Idade Média num contexto de florescimento do comércio e artesanato nas cidades. Seu nascimento resulta da espontânea associação de mestres e artesãos, que tinham interesses comuns e queriam protegê-los, motivação essa que faz com que aquelas entidades se assemelhem aos cartéis atuais.

Em dado momento, como forma de melhor proteger os seus interesses, os mestres e artesãos se unem em associações e, através da imposição de normas de condutas aos respectivos membros, começam a disciplinar as suas atividades, sendo de se observar que as mencionadas normas de conduta tinham o claro propósito de neutralizar a concorrência entre os integrantes da corporação, bem como restringir o acesso de novos agentes ao mercado.

Paula A. Forgioni, que foi, dentre os autores por nós pesquisados, quem mais se aprofundou na análise do

Na verdade, Forgioni (1998, p. 40) anota que é possível perceber que as corporações de ofício estavam submetidas não a um, mas a uma pluralidade de ordenamentos.

Primeiro, segundo aquela autora, porque sua atividade era regulada pela Comuna Medieval, o que era feito mediante o controle dos estatutos das corporações de ofícios e da imposição de normas de conduta para seus membros, normalmente estabelecidas pelos governantes das cidades. Vale o registro de que algumas regras, ao que tudo indica, eram postas no interesse do consumidor, podendo ser citadas, à guisa de exemplo, dentre outras, a que obrigava os comerciantes a contratar e manter em seus estabelecimentos, funcionários públicos encarregados de efetuar a pesagem da mercadoria vendida e a que fixava o lucro máximo que uma determinada categoria de corporação poderia praticar.

Segundo, como também anota Paula A. Forgioni, porque as corporações de ofício estavam submetidas, ainda, a um ordenamento jurídico "privado", estabelecido por elas mesmas, cujas regras de conduta eram de 3 (três) tipos:

(i) normas que estabeleciam o *monopólio da corporação*, vedando-se a intromissão em negócio iniciado por outro;

(ii) normas que fixavam regras de conduta para os membros da corporação e que tinham por objetivo *neutralizar* qualquer concorrência que se pudesse estabelecer, ainda que potencial. Assim, era proibida a abertura de lojas e oficinas concorrentes senão a certa distância das já existentes. Do mesmo modo, não era lícito vender coisas estranhas àquelas próprias da categoria artesanal ou profissional a que se pertencia; e,

(iii) normas que estabeleciam o poder de *jurisdição* e de *fiscalização econômica* da corporação sobre seus membros.

Quanto ao alcance do poder de jurisdição mantido pelas corporações de ofício, afirma Forgioni (1998, p. 45) que a elas era

[...] facultado impor penalidades aos membros que desrespeitassem suas normas, tais como suspensão ou exclusão, com o conseqüente cancelamento da matrícula, inscrição em um "livro negro" e proibição dos demais membros de comerciarem com o faltoso. O sistema jurídico era, assim, completo e perfeitamente apto a atingir a finalidade à qual se destinava: controlar a atividade naquele setor da economia.

3.1.1.3. Mercantilismo

Durante o mercantilismo, os monopólios, quer exercidos diretamente pelo Estado ou por particulares, mediante concessão, foram largamente utilizados, sobretudo no comércio colonial e do além-mar.

Para atender aos objetivos da política mercantilista então vigente, e baseada na acumulação de metais, as grandes metrópoles impuseram um sistema de exclusividade no relacionamento comercial com suas colônias, onde os preços, tanto de importação como de exportação, eram fixados unilateralmente pelos países europeus, o que lhes possibilitava uma balança de pagamentos francamente favorável.

Ainda dentro dos propósitos daquela política, à colônia, ainda, era vedado concorrer com a metrópole ou manter indústrias onde pudesse processar diretamente suas matérias-primas. Não poderia nem mesmo transportar as mercadorias que comprasse ou vendesse, atividade que era exercida privativamente pelos navios da metrópole, salvo autorizadas e controladas exceções.

Nesse período histórico, ainda, observa-se a distinção entre monopólios lícitos e ilícitos, com a ressalva de que os últimos, os ilícitos, eram considerados aqueles exercidos sem a prévia outorga dos soberanos.

Aliás, registra Forgioni (1998, p. 48), que

O poder de conceder monopólios ou exclusividade de exploração de determinado setor da economia constitui mais um poderoso *instrumento de poder nas mãos do soberano europeu*. Utilizando-se dos favores, o rei tinha, em contrapartida, o pagamento de impostos e de taxas do monopólio que garantia a entrada de recursos em seus cofres.

No entanto, já ao final do século XVI, principalmente na Inglaterra, a legalidade dessa forma de concessão dos monopólios passa a ser contestada judicialmente, movimento a que muitos atribuem o início da história do antitruste, pela riqueza das decisões dos tribunais ingleses a respeito dessa matéria.

3.1.2. O segundo momento – a concorrência e o liberalismo econômico

Como já se pôde mencionar neste trabalho, com o liberalismo, especialmente a partir da publicação de *Riqueza das Nações*, em 1776, por Adam Smith, firma-se a idéia de que a formação dos preços é determinada pelas leis da oferta e da procura e que a nenhum agente econômico, por mais poderoso que fosse, era dado fazê-lo artificialmente, neutralizada que seria a sua ação pelas forças de mercado.

Aquele momento histórico é marcado ainda pelo surgimento da Revolução Industrial, que inaugura uma nova ordem econômica onde as antigas regras de conduta das corporações de ofício, até ali um importante instrumento na defesa dos interesses dos comerciantes, perdem de vez o sentido. Os novos tempos reclamam o restabelecimento da concorrência entre os agentes econômicos, que fora relegada até ali a segundo plano.

A concorrência é agora encarada como solução, segundo Forgioni (1998, p. 53/54), muito menos porque em si fosse desejada pelos comerciantes, pois estes não a desejam até hoje, já que é potencialmente nociva para os seus interesses, mas porque significava a oportunidade da conquista de novos e maiores mercados, a liberdade de praticar preços diferenciados, além da possibilidade do aumento das vendas, sem

qualquer restrição.

A teoria econômica, por sua vez, se apressa em apontar as vantagens da livre concorrência para o mercado e para os consumidores. Para as doutrinas liberais, a concorrência então é vista como um remédio eficaz contra todos os males, aí incluídos os monopólios, estando apta, por si só, a regular o mercado e conduzir ao bem-estar social, sem a necessidade da intervenção estatal.

No entanto, e como já se disse neste trabalho, cuidou a história de demonstrar que, a par dos inegáveis benefícios, a livre atuação dos agentes econômicos no mercado trouxe ao sistema econômico capitalista uma série de distorções, como instabilidades na área social e a elevada concentração de capitais e poder em mãos de poucos. E mais, percebeu-se que a competição selvagem entre os agentes econômicos, deflagrada naquele período histórico, era potencialmente nociva e poderia comprometer a preservação do próprio mercado.

Impunha-se a urgente regulamentação pelo Estado da concorrência entre os agentes econômicos, fixando-lhes limites, como forma de solucionar o problema, o que foi feito de forma pioneira, em 1890, através do *Sherman Act*, pelos Estados Unidos da América, país onde a formação dos grandes conglomerados também já era observada.

Em breve retrospectiva, nota-se que o fenômeno da cartelização de empresas surge naquele país por volta de 1870, primeiro, entre as estradas de ferro americanas que, achando-se em um processo de competição predatória, celebram acordos para sua "mútua proteção". Logo, porém, os cartéis se proliferam por outros setores da economia americana.

Tendo surgido como forma de proteção, em seu início, aos poucos a organização em *cartéis* ou *pools*, deixa de atingir esse objetivo, já que os acordos celebrados nem sempre eram cumpridos e, por razões óbvias, não havia como recorrer à justiça para fazer valer os seus termos.

Em resposta ao grande inconveniente dos cartéis, a instabilidade dos acordos firmados, registra Forgioni (1998, p. 69) que a solução que se apresentou foi a de recorrer-se ao *trust* – aqui, a origem da expressão antitruste –, segundo a mesma autora, um instituto tradicional do direito anglo-saxão pelo qual o industrial transferia a um *trustee*, uma espécie de depositário, o poder derivado de suas ações, recebendo, em troca, um *trust certificate*, que lhe assegurava remuneração proporcional às suas ações no *pool*. A administração centralizada proporcionada pelo esquema impedia, assim, que a concorrência se restabelecesse entre os agentes econômicos que a ele aderiram.

O *Standard Oil Company*, celebrado em 1882, administrado por Rockefeller, foi o primeiro e mais conhecido de todos os trustes, tendo controlado por muitos anos a indústria americana do petróleo e a adoção desse modelo de associação por muitas empresas americanas trouxe, à época, graves conseqüências para a economia dos Estados Unidos, pois em razão das condutas predatórias que reconhecidamente os trustes praticavam, inúmeras empresas foram fechadas ou forçadas a se retirar do mercado, sendo que seus empregados acabaram despedidos.

Embora houvesse verdadeiro repúdio da opinião pública à existência dos trustes e ao poder econômico que concentravam, eram eles defendidos por grandes empresários e muitos economistas, sob o argumento de que as práticas agressivas adotadas faziam parte do jogo econômico e que, portanto, não

deveria o Estado intervir.

No entanto, logo se percebe que, com a ação dos trustes, não era tão somente a liberdade econômica que estava em jogo, mas o próprio poder político estava ameaçado, fato que leva o Congresso norte-americano a reagir e promulgar, em 1890, o *Sherman Act*.

Referido diploma declarava ilegal todo contrato, combinação ou conluio entre agentes econômicos, em detrimento da concorrência, além de sujeitar os infratores a pesadas multas e significou, para Forgioni (1998, p. 66), a coroação do segundo período da evolução histórica da disciplina da concorrência.

O *Sherman Act* não negava o liberalismo econômico, muito pelo contrário, ao condenar os trustes e cartéis, que muitos tinham como fenômenos naturais do mercado, buscava eliminar as distorções criadas no sistema liberal pela ação dos economicamente poderosos, tornando possível o restabelecimento da concorrência.

Em 1914, o *Sherman Act* foi objeto de aperfeiçoamento pelo *Clayton Act*, diploma que, segundo Forgioni (1998, p. 75), ao contrário da vagueza das previsões do primeiro, tipificava as condutas potencialmente nocivas ao mercado, criando, ainda, um mecanismo denominado *qualifying clause*, pelo qual as práticas elencadas apenas seriam consideradas ilícitas se, e somente se, restringissem a concorrência de forma não razoável ou estivessem direcionadas à criação de um monopólio.

Em outras palavras, pelo aludido mecanismo, que inspirou várias legislações antitruste em todo o mundo, inclusive a brasileira, nem toda concentração de empresas era considerada nociva, mas apenas aquela que reconhecidamente impedisse a concorrência potencial do mercado.

3.1.3. O terceiro momento – as normas antitruste como instrumento de implementação de políticas públicas

Chega-se, por fim, no quadro de evolução elaborado por Paula A. Forgioni, ao terceiro e último momento histórico da disciplina da concorrência, aquele em que esse regramento passa a ser visto como um instrumento de implementação de políticas públicas, inserindo-se, é bom que se diga logo, dentro do contexto de maior intervenção estatal no domínio econômico, inaugurado⁷ com as primeiras décadas do século XX.

⁷ MONTEIRO, C. D. (2002, p. 4/5), em seu estudo “Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos”, disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004, apoiando-se em FORGIONI, SALGADO e OLIVEIRA, assinala que, na verdade, há controvérsias quanto à época em que teriam ocorrido as primeiras normas antitruste como instrumentos específicos de viabilização de políticas públicas. Cita a autora, a título de exemplo, que autores pesquisados por FORGIONI informam que o referido modelo poderia ter seu berço na Áustria, na última década do século XIX, de onde posteriormente se disseminou para a Alemanha e demais países europeus. Já SALGADO, ainda segundo a especialista, menciona no continente americano o *Act of Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraints of Trade*, do Canadá (1889) e o *Sherman Act* dos EUA (1890), como sendo efetivamente os marcos precursores da legislação da matéria. Traz, por fim, a posição de OLIVEIRA, autor para quem o surgimento da legislação de defesa da concorrência, com o seu novo enfoque, teria ocorrido em quatro ondas ou momentos: (i) entre 1890 e a 2ª Guerra, no Canadá, EUA e Austrália; (ii) do período pós 2ª Guerra até o início dos anos 80, na Alemanha, Comunidade Econômica Européia (CEE), Reino Unido, Japão, Suécia, França, Brasil, Argentina, Espanha, Chile, Colômbia, Tailândia, Índia, África do

Com efeito, e como já se teve a oportunidade de mencionar neste trabalho, o primeiro quarto do século passado assiste ao nascimento de uma nova feição do Estado.

Realmente, naquele período, observa-se que o Estado abandona a postura de mero espectador dos fatos econômicos que por muito tempo mantivera, para passar a interferir de vez nos rumos da economia. E o faria, num primeiro momento, através da expedição de normas jurídicas.

O primeiro surto de regulamentação no cenário econômico, como também já vimos, ocorre ainda durante a Primeira Guerra Mundial, com a edição, pelas nações envolvidas no conflito, de normas que visavam integrar suas economias nos esforços de campanha. No entanto, é forçoso dizer que, considerando-a episódica ou circunstancial, muitos autores não reconhecem nessa primeira manifestação estatal já uma tendência do que viria a ser, doravante, a postura do Estado moderno.

Um segundo surto, também já vimos, agora mais sistemático e organizado, tem início nos anos que se seguiram à quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, ocasião em que, a partir das idéias de Keynes, um novo conjunto de medidas legais de natureza interventiva foi editado com a finalidade de debelar a séria crise experimentada pelo sistema capitalista naquele momento.

O fato é que, desde então, o Estado tem interferido de forma crescente na economia, seja para reimpulsioná-la, como sucedeu na primeira metade do século XX, após a “Grande Depressão”, como vimos acima, ou com motivação diversa, como por exemplo, na implementação de políticas econômicas (ou públicas) como forma de viabilizar o atingimento das metas estabelecidas em sua constituição.

Escorada em sistematização feita por Grau, E. R., Forgioni⁸ (1998, 80), sustenta que “o Estado, em sua função de implementar uma política econômica, atua no domínio econômico, ou seja, desempenha diretamente funções que (i) não despertaram o interesse dos empresários ou (ii) devem ser desenvolvidas pelo governo por razões de “interesse nacional”.

Prossegue Forgioni, à mesma página citada, dizendo que, nessa forma de intervenção estatal, a que chama de *ação por absorção*, “o Estado assume, em regime de monopólio, um determinado setor da economia, impondo, mediante a promulgação de uma norma, a exclusividade da exploração. Dessa forma, *nenhum agente econômico privado poderá competir com o poder estatal.*”

Para se ter uma idéia de quais seriam essas funções desempenhadas diretamente pelo Estado, recorreremos aqui a Rossetti (1984, p. 350) que, ao tratar das razões da crescente interferência do Estado na economia, aponta 8 (oito) dentre aquelas mais significativas, aqui relacionadas: **1.** necessidade do aperfeiçoamento da tecnologia de defesa; **2.** satisfação das necessidades de bens coletivos; **3.** custeio dos encargos administrativos; **4.** atendimentos previdenciários; **5.** correção de flutuações conjunturais (crises econômicas, depressões, recessões etc); **6.** preenchimento de “espaços vazios”, em face do desinteresse da iniciativa privada; **7.** aceleração dos níveis de crescimento; e, **8.** correção dos vícios do sistema de preços.

Sul e Paquistão; (iii) nos anos 80, no Quênia, Sri Lanka e Coréia; e, finalmente, (iv) a partir dos anos 90, na Rússia, Peru, Venezuela, México, Jamaica, República Tcheca, Eslováquia, Costa do Marfim, Bulgária, Cazaquistão, Polônia e outros.

⁸ FORGIONI, P. A. Op. Cit., p. 80, apud GRAU, E. R. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 63.

A respeito dessa última função – correção dos vícios dos sistemas de preços – desempenhada diretamente pelo Estado, talvez aquela mais harmonizada com os objetivos do presente trabalho monográfico, vale, a propósito, o registro de comentário feito por Rossetti (1984, p. 356):

[...] Esses vícios, em grande parte, decorrem da existência de estruturas de mercado bastante distanciadas da concorrência perfeita e, portanto, geradoras de condições que podem distorcer (em prejuízo dos consumidores) os resultados produzidos pela livre manifestação das forças da oferta e da procura.

As modernas economias de livre iniciativa empresarial são sobretudo constituídas por indústrias oligopolistas ou monopolisticamente competitivas. As estruturas perfeitamente competitivas dificilmente são observadas na realidade prática. Conseqüentemente, os graus variados de eficiência privada alcançados nas situações de concorrência imperfeita nem sempre conduzem à otimização do interesse dos consumidores e da sociedade como um todo. Os desperdícios provocados pelas estruturas imperfeitas, somados à possibilidade de formação de agrupamentos conspirativos (como os trustes e cartéis) geralmente exigem a intervenção corretiva do Estado.

Feitos os esclarecimentos acima, voltemos à Forgioni que, ainda baseada na mesma sistematização feita por Grau, informa-nos que outra forma de atuação estatal no domínio econômico dá-se com a *ação por participação*, pela qual o Estado

“[...] desempenha atividade típica de agentes econômicos privados, com eles *competindo em igualdade de condições*, sem que haja barreiras legais à entrada de novos competidores naquele setor da economia impostas pelo governo, incluindo aqui, também, as atividades que o Estado desenvolve *em parceria* com o setor privado, detendo ações ou quotas de sociedades comerciais”.

Para Forgioni (1998, p. 80/81), por fim, a intervenção estatal sobre o domínio econômico também pode se dar com o propósito de *regular o processo de produção*, função em que o Estado faz uso de sua atividade legislativa para impor regras de conduta aos agentes econômicos do mercado.

Em outros termos, para aquela autora, a intervenção do Estado na economia também pode ocorrer por meio da promulgação de uma *norma antitruste*, editada com o fim de tutelar a livre concorrência entre os agentes econômicos ou para reprimir o abuso do poder econômico. Nessa função do Estado, é inegável que a regulamentação da concorrência desponta como verdadeiro instrumento de implementação de políticas públicas.

Tomando de empréstimo novamente posicionamento de Grau, Forgioni⁹ (1998, p. 85), ao concluir, atribui à disciplina da concorrência um duplo papel, ou seja,

"por um lado organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições [...] e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social - instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas, [...]".

⁹ Idem, ibidem, p. 85, apud GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 180.

3.2. A DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL¹⁰

Descoberto em 1500 por Portugal, país de quem se torna colônia, o Brasil logo se vê inserido na política mercantilista então praticada pelas nações européias e que tinha por principal objetivo, como já se mencionou neste trabalho, a acumulação de metais.

Assim, e de acordo com as diretrizes traçadas por aquela política, a metrópole portuguesa submete a colônia brasileira ao pagamento de elevados impostos. É também estabelecido no Brasil um monopólio estatal bilateral onde Portugal figurava como exclusivo comprador de nossos produtos de exportação, sendo, ainda, o único que poderia vender aqui os bens oriundos da Europa. Não havia o menor interesse pelo progresso econômico e cultural da colônia brasileira, pelo contrário, buscava-se tornar sua exploração cada vez mais viável, tendo sido sufocadas todas as iniciativas que visassem ao desenvolvimento brasileiro.

Este cenário permanece inalterado durante os chamados ciclos coloniais do pau-brasil, cana-de-açúcar, ouro e pedras preciosas, de modo que não se pode cogitar, por razões óbvias, da existência de disciplina da concorrência nos primeiros tempos do Brasil colônia.

Com a transferência em 1808 da sede do governo português para o Brasil, motivada pela invasão da península ibérica por Napoleão, aliada ao interesse inglês em encontrar alternativas de substituição aos então bloqueados mercados europeus, tal quadro se modifica, posto que é implementada em nosso país uma política que o estimulou aos primeiros passos rumo ao desenvolvimento.

De fato, o ano de 1808 é marcado pela fundação do Banco do Brasil, pela abertura dos portos brasileiros às nações amigas, tendo sido autorizada, ainda, a instalação de manufaturas e indústrias em nosso país, o que até então fora vedado, ainda que naquele momento tenham ficado elas, na falta de uma política protecionista, expostas à devastadora concorrência estrangeira.

¹⁰ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes estudos/obras:

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

VAZ, I. **Direito Econômico da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

CONSIDERA, C. M. Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n22.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.

MONTEIRO, C. D. Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.

A vinda da coroa portuguesa para o Brasil foi a responsável, ainda, pela introdução em nosso país da teoria do liberalismo econômico¹¹, o que se dá de uma maneira bastante peculiar, para não dizer contraditória, já que adaptada ao gosto dos senhores de escravos, aos interesses ingleses e à política intervencionista de Portugal, sua aplicação aqui foi pautada pela imposição de uma série de restrições às atividades comerciais e industriais brasileiras.

Com a independência do Brasil do jugo português em 1822, as graves crises que assolaram o país no primeiro reinado não permitiram o desenvolvimento da indústria brasileira, malgrado fossem observados no período alguns de "surtos de industrialização".

Principal empresário da época, Irineu Evangelista de Souza, o Visconde e, posteriormente, Barão de Mauá, já àquele tempo se insurgia contra a sufocante atuação do Estado sobre a economia, sem sucesso, no entanto, posto que o Estado intervinha cada vez mais no domínio econômico, sobretudo mediante uma atuação sobre as tarifas alfandegárias.

Assim, também no período regencial e no segundo reinado, que o sucedeu, pouco há que possa ser estudado em termos de disciplina da concorrência no Brasil. E o mesmo

se pode dizer da Primeira República, a fase histórica seguinte, que vai de 1889 a 1930, em que o Estado brasileiro, aos poucos, vai se firmar como um dos mais intervencionistas da América Latina.

Na verdade, a disciplina jurídica da concorrência no Brasil somente irá surgir a partir do período imediatamente seguinte à quebra, em 1929, da Bolsa de Nova York, e de forma gradativa, como se verá a seguir.

Com a Constituição de 1934, a liberdade econômica é tratada, pela primeira vez, a nível constitucional, o que é feito não para que fosse prestigiada, como se poderia imaginar, pelo contrário, o art. 115 daquela Carta, na realidade, lhe impunha limites. Com efeito, a redação do dispositivo deixava claro que ao Estado era dado restringir a liberdade dos agentes econômicos sempre que em jogo interesses maiores do país.

Essa peculiaridade é explicada por Forgioni (1998, p. 101) como decorrência da forte regulamentação aplicada à economia brasileira nos anos que seguiram à grande crise de 1929, visando minimizar os efeitos desta última.

Argumenta ainda a mesma autora (1998, p. 103) que, se naquele momento a livre iniciativa não é vista em seu sentido tradicional, por óbvio, também a concorrência não é encarada como um direito ilimitado dos agentes econômicos, daí a razão, segundo ela, para não ter havido, sob a égide da Constituição de 1934, a promulgação de qualquer lei sob uma perspectiva antitruste.

Diferente foi o modelo adotado pela Constituição de 1937. De inspiração fascista, nela a iniciativa privada era protegida ao extremo, reservando-se ao governo a função de agente externo, a quem caberia intervir na economia apenas para garantir a continuidade do próprio sistema e as condições necessárias ao processo de acumulação de capital.

¹¹ Assinala FORGIONI, P. A., op. cit., p. 94, que a entrada do liberalismo econômico no Brasil dá-se pelas

Sob a inspiração dessa Carta é editado o Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, tido por muitos autores como o primeiro diploma antitruste brasileiro, e que surge, em verdade, com a função de tutelar a economia popular e a defesa do consumidor¹², então alçados à condição de princípios constitucionais, motivação essa, como lembra Forgioni (1998, p.105), diversa da que deu origem à mesma legislação nos Estados Unidos da América, onde o direito antitruste surge pioneiramente como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e a manutenção da liberdade de concorrência, como já se discorreu neste trabalho.

O fato é que o Decreto-lei 869/38¹³ introduz em nosso ordenamento jurídico algumas normas antitruste vigentes até hoje, como aquela de seu art. 2º, inciso III, que condena a participação em consórcios, convênios, ajustes, alianças ou fusão de empresas, que possam levar ao aumento arbitrário de lucros, como atualmente também o prevê o art. 20, III, da Lei 8.884, de 1994.

No entanto, a efetiva luta contra os trustes no Brasil terá início um pouco adiante, com o projeto de Agamemnon Magalhães¹⁴ que, em 22 de junho de 1945, se transforma no Decreto-lei 7.666¹⁵.

Representando um avanço incomparável a "Lei Malaia"¹⁶, como ficou mais conhecido aquele diploma, passa a disciplinar a matéria antitruste de forma específica e sistemática, voltando-se de forma firme e direta contra o abuso do poder econômico. Cria a CADE - Comissão Administrativa de Defesa Econômica, com o objetivo de averiguar as práticas contrárias aos interesses da economia popular. Introduce em nosso

mãos do Visconde de Cairu, o primeiro titular de uma cadeira de ciência econômica em nosso país.

¹² SHIEBER, B. M. **Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 6, citado por Forgioni, op. cit., p. 108, anota que, se por um lado o Decreto-lei 869/38 foi um instrumento apto a corrigir algumas disfunções no campo dos preços, artifícios e fraudes contra os consumidores, de outro não teve maior efetividade no campo antitruste, ao que atribui esse autor, acima de tudo, à falta de instituição de "um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do Decreto-lei 869."

¹³ OLIVEIRA, G., citado por MONTEIRO, C. D. (2002, p. 11), em seu artigo "Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos", disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004, identifica duas vertentes distintas, paralelas, e até certo ponto contraditórias, na legislação antitruste brasileira, vertentes estas que, coexistindo e influenciando-se mutuamente, subdividem as tendências de regulação do mercado brasileiro em três períodos: (i) 1937-1988, em que se observa a prevalência da defesa da economia popular, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços; (ii) 1989-1994, uma etapa de transição inaugurada pelo marco constitucional de 1988, revelando a opção por uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando o terreno para as privatizações que se seguiram no período posterior; (iii) 1994 - , marcando a preponderância da defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal.

¹⁴ Agamemnon Magalhães, que foi deputado federal e ministro de Getúlio Vargas, é considerado pela unanimidade dos doutrinadores brasileiros o pioneiro do antitruste no Brasil.

¹⁵ Pondera Forgioni, op. cit., p. 108, que mais do que a luta para controlar as atividades dos agentes detentores de poder econômico, o direito antitruste surge no Brasil com uma aura de "nacionalismo", de proteção do interesse, soberania e estabilidade nacionais contra o poder estrangeiro, em compasso com as posições políticas de Agamemnon Magalhães.

¹⁶ Anota Forgioni, op. cit., p. 108, que Paulo Germano Magalhães, em entrevista publicada na Revista do Cade nº 4, p. 11, explica que Agamemnon Magalhães, seu pai, por alguns de seus traços fisionômicos e pela cor de sua pele, possuía algumas características orientais, de forma que acabaram por apelidá-lo de *Malaio*, decorrendo daí o nome "Lei Malaia".

ordenamento jurídico o sistema de autorização prévia para a fusão, incorporação e transformação de empresas, além do registro de ajustes e acordos.

Pelo referido diploma, ainda, a ilicitude das práticas era determinada à luz de seus efeitos, atuais e imediatos ou que pudessem advir no futuro, sendo indiferente a questão da intenção do agente, conferindo-se, nesse sentido, um caráter penal e repressivo ao controle, objetivando prevenir as atitudes abusivas, previamente tipificadas, fato que, na prática, diminuiu a efetiva aplicação das normas, já quem nem sempre era possível satisfazer os pressupostos da dogmática penal.

A vigência da referida norma, no entanto, foi efêmera, sendo revogada em novembro de 1945, pouco mais de três meses após sua promulgação, com a queda de Getúlio Vargas.

A Constituição de 1946 consagra, pela primeira vez, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico, expresso em seu artigo 148, cuja regulamentação se dá através da Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, fruto de nova contribuição do deputado Agamemnon Magalhães, ainda que o seu projeto tenha sido significativamente alterado pelos parlamentares da época.

Com a Lei nº 4137/62, a legislação antitruste se aparta finalmente dos dispositivos que tratam da economia popular e do abastecimento. Seu artigo 8º cria o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a quem foi reservada a repressão ao abuso do poder econômico, não apenas *a posteriori*, mas também *a priori*¹⁷.

Contudo, vigorando por quase três décadas, a Lei nº 4.137/62 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, fato que Forgioni (1998, p. 131) atribui, dentre outros fatores, à falta de eficácia material do diploma, evidenciada no grande número de decisões do CADE cujos efeitos foram suspensos pela Justiça no período.

A partir dos anos 90, já vigente a Constituição Federal de 1988, fenômenos como a abertura da economia, a estabilização da moeda, as privatizações e a globalização, despertaram para a necessidade do fortalecimento da política brasileira de defesa da concorrência, o que levou à edição de importantes leis nessa área.

Através da primeira delas, a Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991, originária da Medida Provisória nº 204, de 02 de agosto de 1990, foram redefinidas as regras de repressão aos abusos de mercado e a competência para a análise e controle de atos de concentração de empresas, além de ter sido criada a SNDE - Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico¹⁸, vinculada ao Ministério da Justiça, iniciativas que,

¹⁷ FORGIONI, op. cit., p. 125/126, ressalta que, dando competência ao CADE para legitimar previamente atos/acordos restritivos da concorrência, a lei brasileira em muito se afasta da legislação norte-americana, sua declarada fonte de inspiração. Menciona a autora, ainda, que o mais rumoroso caso de "autorização prévia" na vigência da Lei nº 4.137/62, ocorreu em 1987, por ocasião da constituição da *holding* "Autolatina", formada pelas empresas Volkswagen A. G. e Ford Motor Company.

¹⁸ A SNDE deu origem à atual Secretaria de Direito Econômico – SDE que, juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e o CADE, hoje integram o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, como será melhor informado adiante.

conjugadas, conduziram ao incremento do número e da qualidade das decisões emanadas no âmbito do direito antitruste brasileiro.

No que diz respeito às regras de repressão ao abuso do poder econômico, inspirada nos novos ditames da, à época, recém-promulgada Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.158/91 renunciou à tradição brasileira no tratamento legislativo do assunto.

Com efeito, o referido diploma não previa a repressão a todos os atos abusivos que visassem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, segundo a técnica legislativa até então adotada, mas somente daqueles praticados por quem já detivesse o poder econômico.

Em outras palavras, seriam considerados abusivos os atos da entidade empresarial que, reunindo em torno de si poder econômico, dele se utilizasse de forma abusiva para com isso obter maiores lucros. Nesse raciocínio, não seriam reprimidas as mesmas condutas, quando praticadas, por exemplo, por uma pequena empresa.

De outra sorte, os atos de concentração empresarial adquiriram autonomia jurídica em relação às práticas infrativas à ordem econômica, cada qual passando a receber um tratamento próprio e diferenciado.

Explica-se.

Com a edição da Lei nº 8.158/91, enquanto o exame e controle dos atos de concentração foram confiados à recém criada SNDE, órgão eminentemente de governo e cuja decisão necessariamente se sujeitava à homologação do Ministro da Justiça, a competência para a apuração das infrações à ordem econômica ficou reservada à mesma Secretaria, cumprindo, no entanto, exclusivamente ao CADE, a função judicante, ou seja, estabeleceu-se, neste último caso, um sistema procedimental e processual análogo ao do Poder Judiciário, inclusive no tocante à instrução e julgamento dos processos.

Promulgada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real), é inaugurada a era moderna da política de concorrência no Brasil, que então foi alçado a uma situação muito semelhante daquela de países mais desenvolvidos relativamente à legislação antitruste.

Referida norma sistematizou a matéria antitruste, definiu com maior precisão as práticas consideradas ofensivas ao mercado e transformou o CADE em autarquia federal, ampliando-lhe os poderes, que passou a atuar de forma preventiva e repressiva. O mesmo diploma também alterou, em muito, a concepção em torno do caráter meramente repressivo do direito antitruste, de modo que passou a valorizar, primordialmente, os interesses e efeitos produzidos no mercado e, acessoriamente, a culpabilidade dos agentes.

Absorvendo da Lei nº 8.158/91 muitos de seus conceitos e embora mantivesse a atuação coordenada entre a agora denominada SDE e o CADE, e, mesmo a distinção de natureza jurídica entre as infrações à ordem econômica e os atos de concentração empresarial, estabelecidas por aquele diploma, a Lei nº 8.884/94 remanejou, porém, para o CADE, a palavra final na análise dos atos de concentração.

Desse modo, hoje, em uma ou outra situação, ou seja, em face de um ato de concentração empresarial ou de uma infração à ordem econômica, a SDE e, junto com ela, a SEAE, como veremos mais

adiante, emitem pareceres indicativos, que são acolhidos ou não pelo CADE, ele agora detentor de autonomia decisória.

Em breve retrospectiva do direito antitruste brasileiro desde a promulgação da Lei nº 4.137/62, registra Bastos (1997, p. 26), a significativa evolução ocorrida no tratamento legislativo do abuso do poder econômico e na própria motivação de nossa legislação, utilizada durante a longa vigência do referido diploma, como um instrumento para garantir às empresas nacionais uma reserva de mercado e para consolidar monopólios estatais, e a partir da edição das leis nº 8.158/91 e 8.884/94, para fim completamente diverso, já que a proposta dessas normas, visivelmente, foi a de abrir o mercado, inclusive aos conglomerados internacionais, numa política de incentivo à privatização.

A mesma evolução, segundo o autor, também pode ser observada no perfil dos órgãos incumbidos do exame e julgamento das práticas infrativas e de atos de concentração, procedimentos confiados, no passado e até a vigência da Lei nº 8.158/91, a um CADE e a uma SDE, com natureza de governo, o que se modifica profundamente com a Lei nº 8.884/94, que resguardou a natureza de governo da SDE, mas atribuiu ao CADE natureza de órgão de Estado.

Por último, através da Lei nº 10.149/00, importantes modificações foram introduzidas na Lei nº 8.884/94, merecendo registro a que instituiu o programa de leniência ou de “delação premiada”¹⁹ no âmbito do direito antitruste brasileiro, pelo qual incentivos como a anistia administrativa e mesmo a redução ou isenção de pena criminal são oferecidos a empresas ou pessoas que se disponham a colaborar com a investigação das práticas abusivas do mercado, desde que possuindo elas nos delitos participação de menor importância.

Nos últimos anos, a política de concorrência brasileira veio paulatinamente se consolidando e já não mais se vislumbram, como outrora, “surtos” de aplicação da legislação antitruste, mas sim uma linha contínua de efetiva atuação nesse campo, galgando a defesa da concorrência, hoje, lugar de destaque na agenda política brasileira.

Atualmente cogita-se da criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que prevê significativa reestruturação institucional, integrando os órgãos que hoje compõem o

¹⁹ O programa de leniência brasileiro, criado pela Lei nº 10.149/00, opera-se mediante acordo com as seguintes e principais características: (i) configura uma faculdade e não uma obrigação; (ii) somente a SDE, representando a União, poderá celebrá-lo com pessoas físicas ou jurídicas que tenham praticado infrações contra a ordem econômica sem liderá-las; (iii) não se sujeita à aprovação prévia do CADE, cabendo a este declarar o ato final de extinção ou redução da pena; (iv) o acordo busca a efetiva colaboração com a investigação (que resulte em identificação dos demais autores e obtenção de provas) em troca de extinção ou redução da penalidade administrativa da infração denunciada em até 2/3; (v) a proposta de acordo é sigilosa, salvo no interesse da investigação; (vi) a proposta rejeitada não será divulgada, não importará confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada; (vii) a celebração do acordo determina a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90; (viii) o cumprimento do acordo extingue a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90.

SBDC, quais sejam a SEAE, a SDE e o CADE, e absorvendo as suas competências na defesa da concorrência e do consumidor.

Em outro projeto também em discussão, a ANC absorveria as funções da SDE e da SEAE, hoje mais voltadas à instrução dos processos, preservando a função judicante e a independência do CADE. Ali também se cogita de estabelecer para os diretores da aludida Agência um mandato de quatro anos, renovável, e para os conselheiros do CADE um mandato de cinco anos, não renovável, em substituição ao mandato de dois anos, renovável, tal como ocorre hoje no âmbito dessa Autarquia.

Seja qual for o caminho que venha a ser trilhado, a expectativa é a de que a nova agência consiga preencher diversas lacunas que o atual sistema tem apresentado, entre elas a excessiva ênfase em atos de concentração em detrimento à repressão de condutas anticompetitivas.

4. DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC²⁰

²⁰ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes estudos/artigos/obras:

BASTOS, A. W. Cartéis e Concorrência – Estudo da evolução conceitual da legislação brasileira sobre abuso do poder econômico. In: BASTOS, A. W. (Org.). **Estudos de Direito Econômico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1996.

CARTILHA DO CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/cartilhacade.htm>>. Acesso em: 04 jul. 2004.

CAMARGO, R. A. L. O perfil do CADE na legislação antitruste. In: Revista de Direito Econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 24. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 09 jan. 2004.

CONSIDERA, C. M. Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n22.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.

HISTÓRICO DOS ÓRGÃOS QUE FORMAM O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrenca/institucional/historico.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2004.

MONTEIRO, C. D. Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.

NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **RT Informa**, São Paulo, SP, ano V, nº 30, p. 4-5, março/abril, 2004.

RELATÓRIO BRASILEIRO SOBRE POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA 2002: Ministério da Fazenda/Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrenca/artigos_pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

RELATÓRIO SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: Câmara Americana de Comércio – AMCHAM Agosto 2003. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2004.

STUBER, W. D.; NOBRE, L. P. A atual atuação do CADE no Brasil. In: Revista de Direito Econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 09 jan. 2004.

4.1. ESTRUTURA DO SBDC

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva através da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência do mercado.

É composto, segundo o modelo institucional definido pela Lei 8.884/94, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o primeiro órgão, vinculado administrativamente ao Ministério da Fazenda, ao passo que os dois últimos, ao Ministério da Justiça.

A SDE e SEAE possuem função analítico-investigativa, sendo responsáveis pela instrução dos processos instaurados para examinar os atos de concentração e as condutas anticompetitivas de mercado.

Da análise realizada no âmbito de cada Secretaria são elaborados pareceres técnicos abordando aspectos jurídico-econômicos dos casos analisados, documentos que, posteriormente, são submetidos ao CADE, dos três, o órgão incumbido de julgar os processos em matéria concorrencial.

Valem aqui dois registros. Primeiro, o de que, enquanto o parecer da SEAE é elaborado sob uma ótica eminentemente econômica, o confeccionado pela SDE se atém aos aspectos jurídicos envolvidos no caso em exame. O segundo registro a ser feito é o de que os referidos pareceres não são vinculativos em relação ao CADE, que decidirá com total autonomia e independência, porém, de forma fundamentada.

Seguem, abaixo, informações adicionais acerca de cada órgão integrante do SBDC:

4.1.1. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE

A SEAE foi criada em 1º de janeiro de 1995, como resultado do desmembramento da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, herdando, em face de seu papel em questões relativas ao acompanhamento de preços e ao reajuste de tarifas públicas, parte de estrutura de órgãos do Poder Executivo responsáveis, no passado, pelo controle de preços da economia, como o extinto Conselho Interministerial de Preços – CIP.

A questão do acompanhamento econômico, todavia, é bastante anterior à criação da SEAE, podendo ser remetida, num breve histórico:

- à Comissão Nacional de Estímulo à Estabilização de Preços – CONEP, criada em 1965 no âmbito da SUNAB, e que estava autorizada a conceder estímulos de caráter fiscal e creditício a empresas que mantivessem estáveis seus preços;
- ao Conselho Interministerial de Preços – CIP, instituído em 1968, a quem cabia fixar e fazer executar medidas reguladora de preços;

- à Secretaria Especial de Abastecimento e Preços – SEAP, criada em 1979 no âmbito da Presidência da República, que deu lugar em 1990, ao Departamento de Abastecimento e Preços, subordinado à Secretaria Nacional de Economia, por sua vez vinculada ao extinto Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento;

Mais recentemente, em 19 de novembro de 1992, foi instituída, no âmbito do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Política Econômica, que, desmembrada dois anos depois, deu origem à Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE.

4.1.2. Secretaria de Direito Econômico – SDE

Criada pela Medida Provisória 204/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, com a denominação originalmente de Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, como já mencionamos, a Secretaria de Direito Econômico – SDE, instalada junto ao Ministério da Justiça, foi criada para apurar e propor medidas visando à correção das anomalias de comportamento de setores econômicos ou empresas, capazes de afetar a livre concorrência e para acelerar o procedimento administrativo de apuração das práticas em violação à ordem econômica, tornando-o menos burocrático e eficaz, adequando a política nacional de defesa econômica à nova realidade do mercado brasileiro.

A SDE sempre teve atuação destacada na política brasileira de concorrência, sobretudo com o advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 que, além de alterar a denominação daquela Secretaria, atribuiu-lhe, entre outras, a função de instruir os processos em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

4.1.3. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

O CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o órgão antitruste brasileiro, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como competência legal promover a livre concorrência no mercado brasileiro, incumbindo-lhe zelar, ainda, pela aplicação da Lei nº 8.884/94, prevenindo e reprimindo o órgão infrações à ordem econômica, além de combater o abuso do poder econômico, entendido este último como o domínio dos mercados que vise à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O Conselho é composto por um presidente, seis conselheiros e um procurador-geral, todos indicados pelo Presidente da República e aprovados, após sabatina, pelo Senado Federal, deles sendo exigido que sejam cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, que se dediquem exclusivamente ao CADE, não se admitindo qualquer acumulação de cargos, salvo as constitucionalmente permitidas. Exercem um mandato de dois anos, admitida uma recondução, fator que garante aos componentes do Conselho autonomia e independência para o exercício de suas funções.

A existência do CADE se insere no esforço da maioria dos países, que vêm estabelecendo políticas públicas antitruste com o objetivo de beneficiar não os interesses individuais dos concorrentes, mas os da sociedade como um todo.

A razão disso é que a fusão de empresas, a participação societária, o controle conjunto de empresas, os contratos empresariais e a formação de grupos monopolistas, sem a existência de uma disciplina e efetiva atuação antitruste, podem colaborar para o desequilíbrio estrutural do mercado ou conter o desenvolvimento de um setor produtivo específico, ou mesmo, de determinado produto, sendo preciso que o Estado intervenha nesses negócios para obter a redistribuição de recursos de maneira mais eficiente e para impedir a fixação artificial de preços e desequilíbrios na relação entre oferta e procura que, com muita frequência, resultam em sérios prejuízos sociais.

Criado em 1962, e embora a política brasileira de defesa da concorrência exista desde os anos 30 do século passado, a atuação do CADE, como, de resto, a dos demais órgãos que o auxiliavam em sua missão, era pouco conhecida, fato que pode ser atribuído às características especiais de nossa economia, que era, até bem recentemente, monitorada, praticamente fechada e objeto de rígido controle de preços.

A partir de 1990, no entanto, graças a um conjunto de fatores, dentre outros, a abertura comercial, a estabilização dos preços, o processo de privatização e de desregulamentação de vários setores da economia, além do avanço do fenômeno da globalização, o antigo cenário de forte dirigismo estatal cedeu lugar a um outro, marcado por uma atuação do Estado mais preocupada em coordenar e estimular uma efetiva economia de mercado.

No novo contexto, tornou-se vital, além do desenvolvimento de uma política de defesa da concorrência eficiente e atuante, capaz de manter o equilíbrio das forças atuantes na economia, a existência de um órgão antitruste, que tutelando a livre concorrência, assegurasse que os agentes econômicos estivessem submetidos a efetivas regras de mercado.

É editada, assim, a Lei nº 8.884/94, diploma que aprimora a então vigente política brasileira de disciplina da concorrência e que, em seu bojo, transforma o CADE em autarquia federal, além de ampliar-lhe os poderes.

O CADE, desde então, passou a atuar de forma preventiva e repressiva, ora proibindo certas negociações, ora fiscalizando ou intervindo para minimizar os possíveis efeitos maléficos da atuação empresarial, além de punir os responsáveis por infrações à ordem econômica.

Sua importância hoje pode ser mensurada pelo inegável impacto que suas decisões, via de regra, têm sobre o mercado consumidor brasileiro, daí porque têm elas recebido, sobretudo quando se pronuncia o órgão quanto a atos de concentração empresarial, grande repercussão nos meios de comunicação do país²¹, fato que

²¹ À guisa de exemplo, podem ser citados, dentre outros, os casos abaixo, todos eles com grande repercussão nos meios de comunicação:

CASO BRAHMA/MILLER: neste caso, o CADE determinou a desconstituição da associação que havia sido firmada entre as referidas fabricantes de cerveja, sob o argumento de que ela causaria danos à concorrência, impedindo o surgimento de uma possível concorrente nesse setor. Tal decisão instaurou grande celeuma nos meios jurídicos e empresariais quanto aos limites de atuação do órgão antitruste brasileiro, mas isso não impediu o efetivo cumprimento da decisão;

contribuiu para que a sociedade brasileira tivesse hoje, como em nenhum outro momento da história, a ciência da atuação de uma "autoridade antitruste" no Brasil.

4.1.3.1. Evolução Normativa

4.1.3.1.1. Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945

A expressão “CADE” foi cunhada pelo Decreto-lei nº 7.666/45, e então passou a designar a “Comissão²² Administrativa de Defesa Econômica”, criada pelo referido diploma, e que já tinha por papel verificar a existência e reprimir atos contrários aos interesses da economia nacional, além de autorizar a fusão e incorporação de empresas e os ajustes e acordos, capazes de influenciar o processo de produção e a circulação de riquezas.

4.1.3.1.2. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962

Com a Lei nº 4.137/62, tem-se a criação do "CADE", sigla que então passou a designar o “Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, denominação mantida até hoje, incumbido de examinar e reprimir os atos que resultassem em abuso do poder econômico, atuando, se necessário, por meio da intervenção ou desapropriação do acervo das empresas.

CASO KOLYNOS: para aprovar a compra da Kolynos do Brasil pela Colgate-Palmolive, o CADE estabeleceu algumas condições, dentre elas, a retirada da marca “Kolynos” do mercado por quatro anos, até a proibição de vincular, em promoção publicitária, expressões que pudessem relacionar a marca adquirida. A atuação do CADE, nesse caso, implicou mudanças na ação logística e publicitária da empresa;

CASO AMBEV: neste caso, o CADE, pelo voto da maioria de seus conselheiros, aprovou o ato de concentração envolvendo a Brahma e a Antártica, as maiores fabricantes de cerveja do país, mediante o atendimento, dentre outras, das seguintes condições: **1.** alienação da marca Bavária, com a correspondente transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados à marca; **2.** alienação a comprador aprovado pela Autarquia de uma fábrica de produção de cerveja em cada uma das regiões do território nacional, em atividade, com capacidade instalada em condições de competir, em perfeito estado de conservação e funcionamento e equipada com maquinário capaz de oferecer envasamento em latas; **3.** a AMBEV ficou obrigada, ainda, a compartilhar, com o comprador e mais 5 (cinco) empresas cervejeiras, pelo período de 4 (quatro) anos, sua rede de distribuição no país; e **4.** proibição de dispensas de empregados;

CASO NESTLÉ/GAROTO: recentemente a Autarquia vetou a aquisição da Garoto pela Nestlé, negócio da ordem de US\$ 250 milhões realizado em fevereiro de 2002 e que esteve desde então tramitando no SBDC. Com base na decisão final, a Nestlé, que já vinha administrando a Garoto, ficou obrigada a vender os ativos adquiridos dois anos antes, com o argumento de que o negócio produziria uma grande concentração de mercado, que poderia chegar a 88,5% em alguns segmentos. Determinou-se, ainda, no julgado, que eventual novo comprador não poderá, após a aquisição, deter parcela superior a 20% do mercado. Atualmente a Nestlé está tentando, junto ao CADE, reverter ou, ao menos, amenizar o impacto de tal decisão.

²² A CADE, no entanto, não conseguiu atingir os seus objetivos, o que Stuber, W.D.; Nobre, L. P. (1997, p. 2) atribui à falta de amadurecimento do diploma legal de 1942, à pouca maleabilidade e a baixa adequação

À época de sua criação, estava o CADE vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, o que o sujeitava a uma supervisão ministerial, fato que lhe retirava muito de sua autonomia. O órgão, além disso, padecia da falta de eficácia material da Lei 4.137/62, como já abordado neste trabalho e, assim, embora significativa a sua atuação no período de vigência do aludido diploma legal, a grande maioria de suas decisões acabou por ter seus efeitos suspensos pela Justiça, razão porque era visto como um órgão inoperante, ou que, se fazia algo, não era de muito relevo.

4.1.3.1.3. Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991

A Lei nº 8.158/91 criou um regime de competência diferente do disposto na Lei nº 4.137/62, instituindo uma ação conjunta entre o CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE, relativamente à aplicação da legislação antitruste²³.

No período de vigência dessa lei, no entanto, a atuação já de relevo do CADE acaba sendo sufocada na imprensa pelo triste papel que o direito antitruste passa a desempenhar no contexto econômico brasileiro, qual seja, o de servir de instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia.

4.1.3.1.4. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 – as regras atuais

A Lei 8.884/94, como já mencionado anteriormente, transformou o CADE em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, ampliou-lhe os poderes e definiu com maior precisão as práticas consideradas ofensivas à livre concorrência.

Redefiniu, além disso, o âmbito de atuação da Secretaria de Direito Econômico – SDE e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, estabelecendo para elas, em relação ao CADE, um papel coadjuvante, de modo que o CADE, a partir dessa lei, passou a não mais depender dos pareceres técnicos daquelas secretarias para agir.

Na condição, ainda, de autarquia, órgão administrativo que passou a ser, como também já se informou neste trabalho, adquiriu legitimidade para, diretamente, pleitear em juízo o cumprimento das decisões ou a imposição de penalidades.

4.1.3.2. Natureza jurídica das decisões do CADE

dos normativos expedidos pela *Comissão* e ao limitado poder de vinculação das decisões do órgão, visto o pequeno poder político que encerrava.

²³ Para maiores informações, pede-se consultar o item 3.2, desta monografia.

O CADE é absolutamente soberano na interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência e suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, o que não significa dizer, porém, que não estejam elas sujeitas ao controle do Poder Judiciário, instância a que a parte que se sentir prejudicada sempre poderá recorrer.

Tem se entendido, ainda, a partir da leitura dos artigos 2º, *caput*, 15 e 54, *caput*²⁴, da Lei nº 8.884/94, que nenhuma empresa ou setor da economia estaria imune à competência do CADE para a aplicação da legislação antitruste, já que o aludido diploma legal não estabelece qualquer exceção. Essa questão, todavia, será melhor debatida em momento oportuno deste trabalho.

4.1.3.3. Competência vinculada - discricionariedade - sanção

Segundo Stuber, W. D; Nobre, L. P. (1997, p. 7), a competência do CADE está diretamente relacionada com a verificação da existência de infração à ordem econômica e com a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.884/94.

Ainda para os mesmos autores, essa competência, quando a Autarquia enquadra determinada prática empresarial nas hipóteses delitivas previstas no mencionado diploma, tem ela natureza vinculada. Em outras palavras, não pode o CADE considerar infração à ordem econômica conduta que o legislador não tipificou como tal. O contrário também é verdadeiro, pois verificando o CADE que a conduta praticada está caracterizada em lei, não dispõe o órgão de discricionariedade para deixar de enquadrá-la.

Por outro lado, sustentam ainda aqueles autores, a competência do CADE para aplicar sanção prevista na lei tem natureza discricionária, posto que o Conselho poderá não sancionar o infrator quando concluir que sua conduta traz efeitos benéficos à economia, como melhor veremos adiante. Do mesmo modo, pode aplicar multa inferior ao limite mínimo legal, sempre que entender que essa medida é compatível com os objetivos da política econômica brasileira.

²⁴ Prevê a Lei nº 8.884/94, em seus artigos 2º, *caput*, 15 e 54, *caput*:

[...]

Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

[...]

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

[...]

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

[...]

4.2. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A atuação dos órgãos integrantes do SBDC se dirige a 3 (três) finalidades básicas: **a.** educacional; **b.** preventiva; e, **c.** repressiva.

4.2.1. A atuação educacional do SBDC

Corresponde ao papel de *difusão da cultura da concorrência*, desenvolvida pelo SBDC através de parcerias com outras instituições destinada à realização de seminários, palestras e cursos e publicação de relatórios e matérias em revistas especializadas, tudo com o objetivo de aumentar o interesse acadêmico pelas questões ligadas à concorrência, incrementar a qualidade técnica e a credibilidade das decisões emitidas pelo CADE e difundir o conhecimento da legislação antitruste junto à sociedade brasileira.

4.2.2. A atuação preventiva do SBDC

Dá-se através do *controle de estruturas de mercado*, que diz respeito à análise de atos de concentração, conforme previsão do art. 54, *caput*, combinado com os parágrafos 3º e 4º, da Lei nº 8.884/94, cuja leitura²⁵ indica que os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE, previamente ou em

²⁵ Prevêm os referidos dispositivos:

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

[...]

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

§ 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)

[...]

até 15 dias úteis após sua realização, quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu faturamento for de R\$ 400 milhões ou mais.

As fusões, aquisições e incorporação de empresas são típicos atos de concentração. Eles fazem parte do processo natural do desenvolvimento de uma economia de mercado e em si não configuram práticas abusivas.

Tais atos buscam geralmente, aumentar a eficiência de uma empresa através, por exemplo, da diminuição de custos. Porém, estas operações podem, ao mesmo tempo, resultar em restrições à concorrência, o que dá motivo à sua apreciação pelo CADE.

Seguem, abaixo, as principais razões que levam o Estado ao controle dos atos de concentração empresarial, lembrando que, primeiramente, é necessário saber distinguir as concentrações que produzem efeitos potencialmente positivos dos negativos:

- a. as concentrações tornam a estrutura do mercado menos competitiva, o que, por si só, tende a desencorajar a entrada de novos concorrentes. Além disso, as empresas, depois de se associarem, se tiverem adquirido suficiente poder econômico, podem aumentar os preços no mercado; e,
- b. as concentrações de empresas e, a conseqüente concentração de poder econômico, aumentam as oportunidades para um comportamento menos competitivo na medida em que a concentração tende a diminuir o número de concorrentes no mercado.

4.2.3. A atuação repressiva do SBDC

Desenvolve-se através do *controle de condutas ou práticas anticoncorrenciais*, que tem por objetivo apurar e reprimir infrações à ordem econômica.

As condutas concorrenciais consideradas infrações à ordem econômica²⁶ são definidas no art. 20 da Lei nº 8.884/94, relacionando o art. 21 da mesma lei, de forma exemplificativa, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no art. 20, anterior.

²⁶ Prevêm os arts. 20 e 21, da Lei nº 8.884/94, no tocante às infrações à ordem econômica:

[...]

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. *(Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

A Resolução 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações à ordem econômica, que podem ser classificadas em *horizontais* e *verticais*.

As *práticas restritivas horizontais*, pela referida resolução, são aquelas que visam à eliminação ou redução da concorrência no mercado, destacando-se, entre elas:

- a. a formação de *cartéis*, que são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo segmento envolvendo parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros para níveis mais próximos dos de monopólio; e,
- b. a prática de *preços predatórios*, que consiste em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços de monopólio;
- c. outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica; e,
- d. ilícitos de associações profissionais: quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrências entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.

Por sua vez, as *práticas restritivas verticais* são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam. Dentre elas, destacam-se:

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

[...]

- a. a *fixação dos preços de revenda*, na qual o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores;
- b. os *acordos de exclusividade*, em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais;
- c. a *venda casada*, em que o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço;
- d. a *discriminação de preços*, na qual o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

4.3. O TRÂMITE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA NO SBDC

Apresenta-se, abaixo, de forma bastante sumária, o trâmite observado no SBDC por ocasião da análise de atos de concentração e de infrações à ordem econômica:

4.3.1. O trâmite dos atos de concentração no SBDC

- a. as partes envolvidas no negócio, previamente, ou no prazo de 15 (quinze) dias úteis, após sua realização, devem dirigir, em 3 (três) vias, notificação à SDE, que dela dará conhecimento à SEAE e ao CADE;
- b. recebendo via da notificação, o CADE a distribui a um membro do Conselho, que será o relator do caso, devendo ele verificar a necessidade de informações adicionais;
- c. a SDE publica consulta pública no *Diário Oficial* convidando eventuais partes interessadas a enviar seus comentários em relação ao caso objeto da notificação;
- d. a análise propriamente dita do ato inicia-se, então, com a SEAE que, no prazo de 30 (trinta) dias, emitirá parecer sobre o impacto econômico da operação;
- e. a seguir, os autos são enviados à SDE que, também em 30 (trinta) dias, emitirá parecer quanto os aspectos jurídicos da operação;

- f. os pareceres da SEAE e da SDE seguem, então, para o CADE, que no prazo²⁷ de 60 (sessenta) dias proferirá decisão final sobre o caso analisado;
- g. o CADE, a seguir, designa sessão do plenário, que é pública, para ela convocando as partes interessadas no caso;
- h. como nos tribunais superiores, iniciada a sessão, o relator procederá à leitura de seu relatório;
- i. é aberto, então, espaço para a sustentação oral, feita, primeiro, pelo procurador do CADE, e depois, pelos advogados das partes;
- j. o presidente, a seguir, convida o conselheiro-relator a proferir seu voto; e,
- k. na seqüência manifestarão os seus votos de vista dos conselheiros remanescentes, inclusive o presidente, obtendo-se a decisão final com base no voto da maioria dos conselheiros presentes, cabendo ao presidente o voto de qualidade.

4.3.2. O trâmite das infrações à ordem econômica no SBDC

- a. o procedimento é iniciado com a “reclamação”, que pode ser apresentada por um concorrente, pelo próprio CADE ou por qualquer membro da administração pública, alegando a prática de atos anticoncorrenciais pela reclamada;
- b. a reclamação é apresentada à SDE que, em 60 (sessenta) procederá a averiguações preliminares, com o objetivo de apurar a ocorrência dos fatos apresentados na reclamação;
- c. se não houver indícios da ocorrência das infrações apontadas na reclamação, o caso é arquivado, mas deve a SDE recorrer “de ofício” de sua decisão ao CADE, cujo plenário deste último poderá confirmá-la ou não;
- d. por outro lado, entendendo a SDE que a reclamação é fundamentada, dará início a processo administrativo contra a reclamada;
- e. nesse caso, a SDE procederá a investigações e concederá à reclamada o direito de apresentar sua defesa. Esta fase, a ser concluída no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, inclui a oitiva de testemunhas e, nela, vários níveis de negociação com aquela autoridade antitruste são permitidos, inclusive a celebração de um acordo de cessação das atividades infrativas à ordem econômica;
- f. a SDE proferirá decisão no processo administrativo, que também está sujeita à apreciação do CADE, para onde os autos são remetidos; e,

²⁷ Duas observações devem ser feitas: **a.** primeiramente vale recordar que os pareceres da SEAE e da SDE não são vinculativos, constituindo meras sugestões daquelas secretarias, embora sejam seguidas pelo CADE na grande maioria dos casos; e, **b.** os prazos de 30 (trinta) dias para a SEAE e SDE e de 60 (sessenta) dias para o CADE, com previsão no art. 54, §6º, da Lei nº 8.884/94, são suspensos sempre que cada um dos órgãos solicita informações adicionais sobre a transação. Dessa forma, o tempo médio de aprovação

- g. o procedimento adotado naquela autarquia é semelhante ao da notificação, ou seja, o caso é distribuído a um conselheiro-relator, que poderá, se for o caso, promover investigações adicionais e ouvir as partes de ambos os lados, apresentando o seu relatório, logo que concluído, para votação em plenário. A decisão do CADE, além da pena²⁸ a ser aplicada, sempre indicará as medidas a serem tomadas para cessar a infração, os respectivos prazos e a sanção, inclusive pecuniária, a ser imposta em casos de não cessação ou reincidência nas práticas ilícitas pela reclamada.

geralmente ultrapassa 120 (cento e vinte) dias, como sucedeu com o caso AMBEV, cujo trâmite no SBDC foi de 271 (duzentos e setenta e um) dias.

²⁸ Verificada a prática de uma infração à ordem econômica, pode o CADE aplicar as seguintes penas aos infratores (arts. 23, 24 e 25, da Lei nº 8.884/94):

[...]

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. *(Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)*

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração.

[...]

4.3.3. A Regra da Razão

Ensina Forgioni (1998, p. 178) que as legislações antitruste, quer no enunciado de suas normas, quer em seu processo de aplicação, contém instrumentos, a que a autora chama de “válvulas de escape”, destinados a evitar que a tutela da livre concorrência venha a desempenhar, no caso concreto, uma função oposta àquela almejada pela lei.

As “válvulas de escape” surgem da necessidade de flexibilizar o texto normativo, adequando-o à realidade, frente a situações em que a aplicação literal da norma legal, ao invés de eliminar, poderia criar obstáculos ao crescimento da indústria nacional, ao aumento de seu grau de competitividade ou ainda à distribuição dos bens e serviços.

É o que ocorreria, por exemplo, numa situação em que se impedisse que duas empresas firmassem acordo que viabilizasse o aumento da rede de distribuição de determinado produto, apenas porque tal conduta é reputada como restritiva da concorrência pela lei, ignorando-se que tal associação poderia reverter em benefícios aos consumidores.

Considerada a principal “válvula de escape” utilizada na interpretação/atuação das normas antitruste, a “regra da razão”, ou “princípio da razoabilidade”, como preferem alguns, segundo a mesma autora (1998, p. 180), é uma técnica destinada a viabilizar a realização de uma determinada prática, ainda que restritiva da concorrência, afastando-se barreiras legais à sua implementação.

O recurso à “regra da razão” é admitido expressamente no direito antitruste brasileiro, como se verá a seguir.

No tocante aos atos de concentração, a redação do art. 54 da Lei nº 8.884/94, ao dispor que "os atos sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE", parte da presunção que, preliminarmente, os atos de concentração têm natureza ilícita ou prejudicial à livre concorrência, em especial quando a participação da empresa ou qualquer forma de agrupamento societário resulte, como se verifica no § 3º do art. 54, em um controle superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou quando qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Referido dispositivo não leva em conta que as concentrações empresariais, nas modernas economias globalizadas, podem, além de vantagens competitivas às empresas, resultar em benefícios ao mercado.

Adotando, no entanto, a “regra da razão”, o §1º do art. 54 da mesma lei, para evitar que a análise e a decisão dos atos se restrinja tão somente na verificação de seus efeitos negativos, ignorando os eventuais benefícios que dele podem advir, estabeleceu um rol de condições permissivas da concentração, no caso, quando vise o ato: **a.** o aumento da produtividade; **b.** a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou, **c.** propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico".

Da mesma forma, o referido parágrafo permite sejam autorizados os atos de concentração cujos "benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado e os

consumidores ou usuários finais, de outro" e, ainda, "não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços" e "sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados".

O § 2º do mesmo artigo admite, ainda, que poderão ser considerados legítimos os atos previstos "por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final".

Em resumo, o CADE autorizará o ato de concentração, ainda que em si restritivo da concorrência, se dele puderem resultar os benefícios e eficiências acima enumerados.

Da mesma forma, de acordo com a Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999, do CADE, a análise das infrações à ordem econômica, feita no âmbito do SBDC, não prescinde da aplicação do "princípio da razoabilidade" ou da "regra da razão", visando à avaliação da geração de eficiências líquidas, caso as eficiências econômicas delas decorrentes compensem seus efeitos anticompetitivos.

Assim, no SBDC, um exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas infrativas sobre os mercados é realizado, tendo como parâmetro os artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, já mencionados, onde se leva em conta o contexto específico em que cada prática ocorre, seu impacto no mercado e o conjunto de eventuais benefícios dela decorrente, de forma a apurar eventuais efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

Nessa ponderação, com base na "regra da razão", a conduta específica analisada, em si restritiva da concorrência, poderá ser considerada lícita se os seus efeitos anticompetitivos puderem ser compensados pelos possíveis benefícios ou eficiências a ela relacionados.

4.3.4. Recursos às decisões do CADE

No tocante aos atos de concentração, no âmbito extrajudicial, eventuais recursos em face das decisões do CADE podem ser submetidos ao próprio plenário daquele Conselho, não havendo uma outra instância para tanto na Administração Pública.

Já no que diz respeito às infrações à ordem econômica, as decisões do CADE são inapeláveis na esfera administrativa, mesmo junto ao próprio Conselho, não existindo outra opção à parte inconformada senão recorrer à via judicial.

Aliás, diga-se que as partes sempre poderão impugnar judicialmente as decisões do CADE, quer digam elas respeito a infrações à ordem econômica ou a atos de concentração, mas o recurso a esse expediente, relativamente ao último caso – decisões proferidas pelo Conselho em processos de atos de concentração –, na prática, é pouco comum, posto que sabem as empresas envolvidas, de antemão, que assim o fazendo estarão se envolvendo em morosa discussão judicial, o que quase sempre não consulta aos seus interesses.

Eventuais recursos judiciais contra as decisões do CADE devem ser instaurados na Justiça Federal de Brasília.

5. DO SISTEMA FINANCEIRO²⁹

5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

5.1.1. Antiguidade

A origem da atividade bancária remonta às civilizações mais antigas. Egito e China não a desconheciam. Assírios, fenícios e babilônicos, por sua vez, deixaram vestígios claros de que já a praticavam a partir do século VI a.C.

Foi, porém, no mundo greco-romano que vieram a se tornar conhecidas operações bancárias como o depósito de moeda e valores, empréstimos a juros, câmbio manual, cumprimento de ordens de pagamento em praças distantes, etc., ainda hoje praticadas pelos bancos modernos.

Na Grécia antiga, local onde a atividade bancária era praticada pelos “trapezitas” (termo derivado do grego “trapezites”, de trapeza, mesa), os bancos já atendiam às necessidades financeiras das comunidades locais. E o mesmo ocorria em Roma, onde a atividade bancária, ali concentrada nas mãos dos “argentarii”

²⁹ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos/estudos/obras:

ABRÃO, N. **Direito Bancário**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BANCOS BRASILEIROS APÓS A RESOLUÇÃO 1.524, DE 21.09.88. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2004.

BARROS, N. L. **Moeda, Crédito, Bancos e Ciclos**. São Paulo: Editora Piratininga, 19--.

CARTILHA DO BANCO CENTRAL. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2004.

HISTÓRIA DO BC. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

HISTÓRIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (Viagem de 1808 a 2002). Disponível em: <<http://www.newtonfreitas.com.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

LOPES, J. C.; ROSSETTI, J. P. **Moeda e Bancos uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

LOYOLA, G. O Banco Central e a Defesa da Concorrência no Mercado Financeiro. **Coleção CIEE**: Centro de Integração Empresa-Escola, São Paulo, SP, nº 65, p. 7-32, 20--.

LUZ, A. D. **Negócios Jurídicos Bancários**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

PAULIN, L. A. Evolução do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 77-89, julho-setembro, 2002.

ROCHA, F. A. S. Evolução da concentração bancária no Brasil (1994-2000). **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, nº. 11, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2004.

ROSSETTI, J. P. **Introdução à economia**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

(palavra derivada do latim “*argentarium*”, que originou o italiano *argento*, ou seja, prata, dinheiro), surge como desdobramento natural do enriquecimento proporcionado pelas conquistas militares.

5.1.2. Idade Média

Durante a Idade Média, a partir do século XII, a atividade bancária estava nas mãos de templários, judeus e lombardos, esparsos por toda a Europa, que se especializaram em negócios monetários. Os templários, por exemplo, chegaram a possuir uma organização semelhante à de um banco internacional, com sede em Jerusalém, manipulando, no tempo das cruzadas, somas consideráveis.

Com o florescimento do comércio, graças às feiras das cidades italianas, surgiram os “cambiatores”, que praticavam a troca manual de moedas que, com o tempo, passaram a ser conhecidos por banqueiros³⁰, denominação essa que surgiu no século XII.

Os bancos surgiram e prosperaram em Veneza, durante os séculos XIV, XV e XVI, pela iniciativa de banqueiros italianos, que disseminaram pelas grandes feiras comerciais da época as letras de câmbio.

Segundo registros históricos, o primeiro banco que se formou com fisionomia clássica foi o Banco de Veneza em 1171, seguindo-se o de Barcelona, fundado em 1349 – para alguns, em 1401 –, a Casa di San Giorgio, em 1407, a primeira sociedade anônima conhecida, o Delia Pietá, em Nápoles, em 1539, e, mais tarde, o de Amsterdã (1609), o de Hamburgo (1619), o de Nuremberg, em 1621, e o de Roterdã (1635).

5.1.3. Idade Moderna

A descoberta de novas terras pelas expedições marítimas, o incremento das atividades mercantis, a multiplicação das feiras, a abundância de metais preciosos e o aumento da procura ao crédito pelos Estados, fizeram com que, aos poucos, fosse alterada a função dos bancos, cujas atividades, além da mera cobrança, pagamento e troca manual de moedas, evoluíram para a intermediação de crédito. Chega-se, assim, ao banco moderno, que atua essencialmente na captação de fundos junto a poupadores, para emprestá-los aos seus clientes, mediante a cobrança de juros.

Com a evolução dos negócios, essas casas passaram a receber maior volume de depósitos metálicos, emitindo, em contrapartida, recibos, certificados de depósito e letras de câmbio. E nos séculos XVII e, sobretudo, XVIII, as atividades dessas instituições intensificaram-se ainda mais, em decorrência do emprego generalizado de metais preciosos com fins monetários.

³⁰ O termo banco, de que decorreu banqueiro, para a maioria dos autores, proveio do hábito lombardo de se utilizar, à época, nos mercados, de um banco (assento) para a troca de moedas. Alguns economistas, porém,

O advento da Revolução Industrial consolidou o capitalismo liberal, fazendo com que os bancos atingissem pleno desenvolvimento no século XIX, marcado pelo aparecimento de grandes banqueiros e a extensão de seus serviços a nível internacional.

Em sua longa trajetória evolutiva, no tocante aos negócios, os bancos experimentaram diversos tipos de organização. Modernamente, alguns optaram por operar num ramo específico de negócios, investimentos, por exemplo, preferindo a maioria deles, no entanto, ampliar o seu “portifólio” de negócios, constituindo o que modernamente chamamos “bancos múltiplos”.

5.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Como já se discorreu nesta monografia, durante todo o período colonial, nosso país esteve submetido à política mercantilista, cujas diretrizes, aplicadas à risca por Portugal, fizeram com que fossem sufocadas todas as iniciativas que pudessem conduzir ao nosso desenvolvimento. Em um cenário como esse, não seria lógico que fosse dado à colônia brasileira possuir bancos, que serão introduzidos em nosso país a partir de 1808, como veremos a seguir.

Desde então, salvo por alguns percalços sobretudo em sua fase inicial, o setor bancário brasileiro vem experimentando constante evolução, e hoje já é um dos mais avançados do mundo, apresentando em muitos aspectos – a informatização é um deles – padrão elevadíssimo, que o distingue internacionalmente.

Nessa evolução, para a grande maioria dos autores, inclusive para Lopes e Rossetti (1983, p. 270/301), a quem principalmente recorreremos no desenvolvimento deste capítulo, com ligeiras variações, podem ser identificadas quatro fases distintas.

A primeira é inaugurada com o fim do período colonial, estendendo-se aos primeiros anos da República, passando pelo Império. A segunda abrange o período colocado entre as duas guerras mundiais, passando pela Grande Depressão. A terceira, com início em 1945, avança até o advento das importantes reformas institucionais introduzidas no sistema financeiro brasileiro nos anos de 1964 e 1965. E a quarta e última, iniciada com as aludidas reformas, perdura até os dias atuais.

5.2.1. Do Império aos primeiros anos da República

A atividade bancária brasileira surge em 1808, com a fundação, por Dom João VI, do Banco do Brasil, e é decorrência direta das diversas transformações experimentadas por nossa economia, já relatadas nesta monografia, a partir da vinda da família real portuguesa para o Brasil, naquele mesmo ano.

acreditam que a palavra se originar etimologicamente do vocábulo alemão “banck”, convertido para o italiano “banca”.

O Banco do Brasil, inicialmente, operava com o desconto de letras de câmbio, depósito de ouro, prata, diamantes ou dinheiro, cobranças etc., funcionando, ainda, como banco de emissão de notas bancárias (moedas de curso legal), operações de câmbio, captação de depósitos a prazo, detendo, ainda, o monopólio da venda de diamantes, pau-brasil e marfim e o direito exclusivo de realizar as operações financeiras do governo.

Dom João VI retorna a Portugal em 1821 e, ao fazê-lo, recambia para aquele país boa parte do lastro metálico depositado no banco, que se enfraquece a tal ponto que sua liquidação é decretada em 1829, ficando o país, temporariamente, sem uma única instituição financeira.

Em 1831 é criada a primeira caixa econômica, com sede no Rio de Janeiro que, no entanto, não obtém êxito.

Em 1833, quatro anos após o fechamento do primeiro, foi aprovada a criação de um segundo Banco do Brasil. Este, no entanto, sequer chega a funcionar, uma vez que não se consegue obter a integralização do capital mínimo exigido para sua instalação, decorrência ainda do trauma que se abatera sobre os investidores com o insucesso da experiência anterior.

Passados os difíceis anos que se seguiram à Independência e às guerras do sul do país, a economia brasileira atravessaria uma fase de prosperidade, motivada pelo sucesso da atividade cafeeira, criando-se as condições ideais para nova tentativa de implantação da atividade bancária no Brasil.

Assim, em 1836, foi estabelecido o primeiro banco comercial privado do país, o Banco do Ceará, cujas atividades, no entanto, se encerrariam em 1839.

Em 1838, um grupo privado criou e estabeleceu o Banco Comercial do Rio de Janeiro, cuja solidez e crescimento motivaram o surgimento, em outras praças, do Banco da Bahia, em 1845, do Banco do Maranhão, em 1847, e, finalmente, do Banco Comercial de Pernambuco, já em 1851.

No ano de 1851, ainda, é criado o Banco do Brasil, de controle privado, o segundo a operar efetivamente com esse nome, por iniciativa de Irineu Evangelista de Souza, o Visconde de Mauá.

Dois anos depois, em 1853, ocorreria no país a primeira experiência de fusão bancária, unindo-se, na oportunidade, o Banco Comercial do Rio de Janeiro e o Banco do Brasil, mantendo-se a denominação deste último. Era o quarto estabelecimento bancário fundado no país sob essa denominação, embora fosse o terceiro a funcionar efetivamente.

A partir de 1853, ainda durante o Império, consolida-se a estrutura do sistema financeiro do Brasil. O Banco do Brasil expandiu-se, inicialmente, para o Rio Grande do Sul (1854) e São Paulo (1855) e, posteriormente para Ouro Preto, Bahia, Pernambuco, Maranhão e Pará, localidades onde instalou filiais ou absorveu a estrutura de outros bancos ali já existente.

Em 1863, a atividade bancária no país seria ampliada com a chegada de dois bancos estrangeiros, o “London & Brazilian Bank” e o “The Brazilian and Portuguese Bank”³¹, ambos sediados no Rio de Janeiro, o

³¹ A denominação desse banco foi alterada em 1866 para “English Bank” of Rio de Janeiro, em face do fechamento de sua filial em Portugal.

primeiro, com filiais em Recife e no Rio Grande do Sul e, o segundo, com filial na cidade portuguesa do Porto. À mesma época, capitalistas alemães fundaram no Brasil o “Deutsche Brasilianische Bank” que, no entanto, encerrou rapidamente suas atividades no Brasil.

No final da década de 1870, o Brasil já possuía dezessete bancos, todos eles essencialmente ligados às atividades do setor cafeeiro ou à implantação de projetos no setor de infra-estrutura.

Nos últimos anos do Império e durante a Primeira República, ao lado de uma fase de crescimento não disciplinado, a atividade bancária brasileira se ressentiu do impacto sobre a economia da libertação dos escravos em 1888, fato que aniquilou fortunas rurais, motivou perdas de até 50% das colheitas, provocou escassez e inflação, modificando a ordem econômico-financeira então estabelecida no país.

No período de 1889 a 1906, o sistema bancário brasileiro seria objeto de significativas mudanças, posto que os bancos, em face da crise econômica instalada, passaram a enfrentar dificuldades operacionais, o que resultou em inúmeras fusões bancárias, notadamente nos cinco primeiros anos do século XX.

O próprio Banco do Brasil passaria por duas fusões, a primeira, em 1892 e, a segunda, em 1905, até que definitivamente se firmasse a partir do ano seguinte. O atual Banco do Brasil é continuidade da fase iniciada em 1906, ano a partir do qual a atividade bancária do país volta gradativamente à normalidade.

Durante esse período histórico, embora já convivendo com algumas crises, ao que parece, a atividade bancária não foi motivo de maior preocupação para o Estado brasileiro, como o demonstra a menção a ela feita em apenas dois artigos do Código Comercial promulgado em 1850, enquanto, por exemplo, 65 eram dedicados à questão do seguro marítimo e, ainda, o fato de não se cogitar, nessa fase, da criação de órgãos estatais dedicados a regular o nosso incipiente sistema financeiro.

Ao final desta fase, em 1914, o Brasil já possuía 21 bancos comerciais, sendo cinco estrangeiros e dezesseis nacionais.

5.2.2. O período das guerras e da Grande Depressão

Durante os anos de 1914-45, a atividade bancária se desenvolveu com relativa segurança, ampliando o seu raio de ação e dando sustentação às mudanças que começaram a ser operadas na estrutura de produção do país.

Nos últimos anos desta fase, o número de estabelecimentos bancários do país já se elevava, entre matrizes e agências, a 2.074, sendo 2.035 nacionais e 39 estrangeiros, nada obstante o fechamento de expressivo número de bancos estrangeiros aqui radicados, que não se adaptaram como os bancos brasileiros à crise econômica de proporções mundiais ocorrida no período³².

³² Para isso também concorreu a tendência ao fechamento da economia ao capital estrangeiro, iniciada desde a década de 30 do século XX, valendo o registro de que a Constituição de 1934 estabelecia a progressiva nacionalização dos bancos.

Essa expansão da rede bancária seria ainda acompanhada pela criação de organismos incumbidos de fiscalizar os bancos, disciplinando sua instalação e funcionamento, inaugurando uma fase de contínua e persistente regulação estatal do setor bancário.

Com efeito, em 1920 é criada a Inspetoria Geral dos Bancos, subordinada ao Ministério da Fazenda, substituída, em 1942, pela Caixa de Mobilização e Fiscalização Bancária. De igual sorte, são iniciados estudos com vistas à criação de um Banco Central no país.

Em 1921 o Banco do Brasil implanta a Carteira de Redescontos e instala, no Rio de Janeiro, a Câmara de Compensação, iniciativas que trouxeram amplos benefícios ao sistema bancário brasileiro, à medida em que deram maior consistência ao processo de intermediação financeira. Em 1932 é instalada a Câmara de Compensação de São Paulo.

5.2.3. Período do pós-guerra às reformas de 1964-1965

O terceiro período, que se estende de 1945 a 1964, é considerado como de transição para a complexa estrutura de intermediação financeira que seria montada a partir das reformas institucionais de 1964-65.

Nesse intervalo de vinte anos, ao lado das mudanças que continuaram a ser implantadas na estrutura econômica do país, nosso sistema financeiro foi objeto de profundas transformações, podendo ser mencionadas, pelo seu grau de importância, a penetração da rede bancária no espaço geográfico brasileiro, a elevação do número de agências bancárias, aliadas à implantação, em 1945, de um órgão normativo, de assessoria, controle e fiscalização do sistema financeiro, a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, o primeiro passo para a efetiva criação de um banco central no país.

O país, que contava em 1951 com 4.038 estabelecimentos bancários, assiste em 1952 à criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE³³, que atuaria como instituição de fomento, fornecendo recursos de longo prazo para projetos de infra-estrutura, além do Banco do Nordeste do Brasil – BNB e do Banco de Crédito da Amazônia³⁴, os dois últimos integrados à política de redução dos desníveis regionais de desenvolvimento econômico.

No último ano desse período histórico, ou seja, em 1964, a rede bancária já contava com 6.826 estabelecimentos, um crescimento absoluto médio anual da ordem de 214 unidades, em que pese o grande número de processos de fusão e de incorporação bancária ocorridos também nessa fase, como o demonstra o acentuado declínio no número de matrizes bancárias que, apenas no período de 1951/1964, caiu de 404 para 336 unidades.

³³ Através do Decreto-lei nº 1.940, de 26.05.82, o BNDE teve sua denominação alterada para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

³⁴ Através da Lei nº 5.122, de 28.09.66, o Banco de Crédito da Amazônia teve sua denominação alterada para Banco da Amazônia S.A. – BASA.

5.2.4. Período pós-reformas de 1964-1965

A última fase da evolução da atividade bancária no Brasil inicia-se no biênio 1964-65 com a promulgação de três leis que introduziram profundas alterações na estrutura do sistema financeiro nacional:

1. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, criou o Banco Nacional de Habitação – BNH e institucionalizou o Sistema Financeiro da Habitação – SFH³⁵;
2. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que foi a base de uma verdadeira reforma bancária, reestruturando o Sistema Financeiro Nacional, definindo as características e as áreas específicas de atuação das instituições financeiras e transformando a SUMOC e seu Conselho, respectivamente, no Banco Central do Brasil e no Conselho Monetário Nacional; e,
3. Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplinou o mercado de capitais e estabeleceu medidas para seu desenvolvimento.

A partir da profunda reforma introduzida pelos referidos diplomas, o sistema financeiro brasileiro experimentou uma fase de grande crescimento na demanda por financiamentos, especialmente para os destinados ao consumo, por força da maior facilidade de acesso ao crédito, o que Lopes e Rossetti (1983, p. 284) atribuem, dentre outros fatores, à progressiva influência que os intermediários financeiros não bancários, no caso, as financeiras, passaram a exercer no sistema. Seu número de matrizes, em pouco tempo, chega a superar ao de bancos comerciais no país.

Cinco anos após a implantação dessas reformas, segundo os mesmos autores (1983, p. 284), o número de estabelecimentos de intermediação financeira no país já era de 10.047, com expansão não só da rede bancária (7.861 unidades, contra 6.826 de 1964), como especialmente da rede não bancária, que já contava com 2.186 estabelecimentos.

A partir de 1990, graças a um conjunto de medidas implementadas pelo Governo Federal com o objetivo de adequar os padrões técnicos do mercado bancário brasileiro às exigências de investidores e organismos internacionais, inicia-se uma fase de “internacionalização” do nosso sistema financeiro, marcada pela gradual expansão da participação do capital estrangeiro nessa área. Com isso, reverte-se³⁶ a tendência em sentido oposto iniciada nos anos 30 do século XX, convindo ainda ressaltar, ademais, que o capital estrangeiro passa também a atuar em um novo contexto, o mercado de varejo, segmento que até então, com raríssimas exceções, não fora privilegiado pelos bancos estrangeiros.

Com a estabilização dos preços e a contenção do processo inflacionário brasileiro, a partir do Plano Real (1994), estancada a possibilidade da manutenção, pelos bancos, dos elevados níveis de ganho

³⁵ O Decreto nº 2.291/86 extinguiu o BNH, sucedido pela CEF. O CMN assumiu a função normativa do SFH.

³⁶ Pelos dados do Banco Central, apenas no período 1988/2001, a participação do capital estrangeiro no setor bancário evoluiu de 9,62% para 33,11%, do total de ativos do sistema bancário brasileiro.

historicamente obtidos com as receitas financeiras, o sistema bancário brasileiro seria submetido, ainda, a um processo de depuração, induzido pelo Governo brasileiro, que antevendo dificuldades para a sobrevivência de algumas instituições financeiras no novo contexto, lança mão de dois programas³⁷ que, a um custo relativamente baixo para os padrões internacionais, foram capazes de manter a higidez do nosso sistema bancário.

No mais, manteve-se no período histórico ora em curso a progressiva tendência às fusões e incorporações observada desde o pós-guerra, como o revela, exceção feita ao período 1989/2004, o persistente declínio no número de matrizes no sistema bancário brasileiro.

Com efeito, em breve retrospectiva, esse número, que era de 178, em 1970; 107, em 1978; 104, em 1988; volta a crescer e alcança 244 unidades ao final de 1994, a partir da entrada em vigor da Resolução BACEN nº 1524, de 21.09.1988, que passa a admitir a existência de bancos múltiplos³⁸ no sistema. Com o Plano Real, implantado no segundo semestre de 1994, pelas razões já expostas, é retomada a tendência à progressiva redução do setor e o número de bancos no país cai para 164, em junho/2003.

Aliás, discorrendo sobre a concentração bancária ocorrida no período pós-Plano Real, sustenta Rocha (2001, p. 30), entre outras considerações, que os atuais níveis de concentração bancária no Brasil não são elevados quando comparados com padrões internacionais, existindo, assim, espaço para a continuidade desse processo no setor bancário.

Outros fatos marcantes do atual período histórico:

- 1966: nascem os bancos de investimento, instituídos pela Resolução nº 18, de 18.02.66, do CMN, à luz do artigo 29 da Lei nº 4.728, de 14.07.65;
- 1969: surge o Sistema Integrado Regional de Compensação (SIRC), que permitiu a integração de praças localizadas em uma mesma região;
- 1970: é criada a Caixa Econômica Federal, sob a forma de empresa pública, o que se dá através do Decreto-lei nº 66.303, de 06.03.70;
- 1974: nascem as sociedades de arrendamento mercantil, através da Resolução nº 351, de 17.11.95, do CMN;
- 1976: é criada a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, através da Lei nº 6.385, de 07.12.76, que regulamentou o mercado de valores mobiliários;

³⁷ Falamos aqui do PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional e do PROES – Programa de Incentivo à Redução da Presença do Setor Público Estadual na Atividade Bancária, o primeiro direcionado aos bancos privados e, o segundo, aos bancos estaduais, ambos consistindo em programas de ajuda e saneamento a bancos, seguidos de sua liquidação ou venda a outras instituições financeiras, reestruturação essa que levou, como não poderia deixar de ser, a um gigantesco processo de concentração bancária no Brasil.

³⁸ A configuração do Sistema Financeiro Nacional – SFN, desenhada a partir da Lei nº 4.595/64, sofreu profunda mudança de enfoque com a edição da Resolução 1524, de 21.09.88. Antes formado, por força da legislação, por instituições financeiras especializadas, que atuavam numa faixa restrita de operações, o referido sistema passou a admitir as chamadas "instituições universais" ou "bancos múltiplos", que poderiam operar com todos os serviços financeiros.

- 1979: surge o Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, que passa a realizar a custódia e a liquidação financeira das operações envolvendo títulos públicos (Letras do Tesouro Nacional – LTN e Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN) e que elimina o uso de cheques para a liquidação de operações dos referidos títulos públicos, conferindo maior segurança às transações realizadas;
- 1983: nasce a Compensação Nacional, que interligou todo o País;
- 1986: é instituída a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos – CETIP, empresa de liquidação financeira que se constitui em um mercado de balcão organizado para registro e negociação de valores mobiliários de renda fixa. Sua criação permitiu a introdução dos Depósitos Interfinanceiros (DI ou CDI), instituídos pela Resolução nº 1.102, de 28.02.86, do CMN e elimina o uso de cheques para a liquidação de operações com títulos privados;
- 1988: surge a Compensação Eletrônica e os bancos múltiplos, os últimos, instituídos pela Resolução nº 1.524, de 21.09.88, do CMN;
- 1997: é criado o Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, através da Lei nº 9.514, de 20.11.97; e,
- 2002: é instituído o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), regulamentado pela Lei nº 10.214, de 27.03.2001.

5.3. CONTROLE DO SISTEMA FINANCEIRO PELO ESTADO

5.3.1. Bancos Centrais: um pouco de história

A instituição dos Bancos Centrais data do início do século XIX, quando os poderes públicos passaram a limitar e a regulamentar a emissão de moeda fiduciária, delegando-a a uma única instituição bancária de caráter oficial.

Sua criação, no entanto, resulta de longa trajetória, que exporemos abaixo, louvando-nos na preciosa lição de Rossetti (1984, p. 183/187).

No início de sua evolução, os bancos eram casas de custódia, a quem os comerciantes e as pessoas ricas da época, por razões de segurança, confiavam a guarda de grandes somas e o que mais possuíssem de valor.

Nessas casas de custódia, o depositante deixava em depósito ouro, jóias, moedas, pedras e metais preciosos, etc, e recebia do depositário, normalmente um ourives, um certificado de depósito, detalhando o que lhes fora entregue.

Mais tarde o depositante apresentava esse certificado, pagava uma pequena taxa pela guarda e recebia de volta o que havia depositado, no caso, exatamente as mesmas peças e valores que, anteriormente, havia entregue à casa de custódia.

Com o correr dos tempos, essa forma operacional evoluiu. Primeiro, para a não discriminação dos depósitos, de modo que por ocasião da reconversão, o depositante passou a não mais receber necessariamente as mesmas peças que havia depositado. Em seguida, as casas de custódia também eliminariam a forma nominativa dos certificados, passando a emití-los como uma espécie de título ao portador.

A partir desse estágio, a própria coletividade, de forma generalizada, passaria a se utilizar dos certificados de depósito, então convertidos em moeda papel, como meios de pagamento, prática que simplificava a realização de pagamentos, substituindo com vantagens a utilização em espécie de peças metálicas. E, além disso, não tinham as pessoas da época porque não confiar no novo sistema, pois sabiam que poderiam, a qualquer tempo, solicitar a reconversão dos certificados em moedas de ouro e prata, já que para cada um deles em circulação, havia em custódia o correspondente lastro metálico.

Vivendo em meio a moedas, pedras, jóias e metais preciosos, no dia a dia de suas atividades, não custou a que os responsáveis pelas casas de custódia observassem que os seus certificados, na maioria das vezes, circulavam de mão em mão por longos períodos, até que seus portadores os procurassem para a retirada dos valores depositados.

E mais, que para atender a essa demanda não precisariam necessariamente manter estoques metálicos significativos, até porque os eventuais saques sempre eram compensados por novos depósitos, restando sempre, portanto, uma parcela de metais ociosa.

Concluíram, por fim, que dentro de certos limites, poderiam emitir notas bancárias e utilizá-las na concessão de créditos a terceiros, auferindo lucros através da cobrança de juros, idéia que, mostrando-se atrativa tanto para ofertantes como para tomadores de crédito, rapidamente foi implementada pelas casas de custódias, agora transformadas em verdadeiros bancos.

Não tardou, porém, a que os governantes da época viessem a enxergar na nova prática, logo disseminada, consideráveis riscos, uma vez que o valor das notas bancárias em circulação, emitidas sem qualquer controle, em pouco tempo excedera o lastro metálico que garantia a paridade e a conversibilidade do sistema. Assim, este poderia desmoronar a qualquer momento, por exemplo, se os portadores das mencionadas notas, de repente, em massa, por desconfiança generalizada, viessem a reclamar a sua reconversão em metais.

No final do século XVIII, aliás, passaram a ser registrados casos de bancos arruinados em razão de exigências instantâneas sobre suas reservas em ouro. Quando isto ocorria, os portadores de notas bancárias passavam a ter em mãos meras tiras de papel, destituídas de qualquer valor.

Para fazer frente a tal situação, ao final de um longo processo evolutivo, o direito à emissão de notas bancárias, em cada país, seria confiado a uma única instituição financeira oficial, evidentemente controlada pelo Estado.

Inaugurando uma fase de contínua e persistente regulação estatal do setor bancário, surgiriam, assim, no início do século XIX, os Bancos Centrais, sendo que os primeiros de que se tem notícia foram os da Holanda (1814), Noruega (1816), Áustria (1816), Dinamarca (1818), Bank of England (1844) e o Banque de France (1848).

O monopólio e o controle das emissões foram, assim, as motivações básicas para a criação dos Bancos Centrais, às quais, gradativamente, seriam adicionadas outras funções, como a responsabilidade por regular a base monetária, em face da influência que esta exerce sobre os níveis de liquidez da economia, mantendo, no entanto, ainda hoje, essas instituições, o papel de vigiar e fiscalizar os bancos, para evitar a ocorrência de quebras, fraudes e outros fatos que possam repercutir negativamente sobre a economia.

Entre nós, como já declinado neste trabalho, a intervenção estatal sobre a atuação dos bancos data de 1920, ano em que foi criada a Inspetoria Geral dos Bancos, subordinada ao Ministério da Fazenda, substituída, em 1942, pela Caixa de Mobilização e Fiscalização Bancária. Em 1945, é criada a SUMOC, que se mantém até o início de vigência da Lei nº 4.595/64, que reformulando a estrutura do Sistema Financeiro Nacional, a substituiu nas suas funções pelo Conselho Monetário Nacional – CMN e o Banco Central do Brasil – BACEN.

O Conselho Monetário Nacional, órgão de cúpula do sistema, formula e o Banco Central executa a política monetária e creditícia do país, atuando sobre o Sistema Financeiro Nacional por meio de resoluções, circulares, instruções e atos declaratórios, direta ou indiretamente decorrentes de decisões do CMN.

Considerando os objetivos propostos por este trabalho monográfico, discorreremos abaixo apenas quanto ao BACEN.

5.3.2. O Banco Central do Brasil

O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, criada através da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, integrando o Sistema Financeiro Nacional, onde atua como órgão executivo central do sistema financeiro do país, cabendo-lhe cumprir e fazer cumprir as disposições que regulam o funcionamento desse sistema e as normas expedidas pelo CMN. É, ainda, o órgão fiscalizador das instituições do Sistema Financeiro Nacional.

O controle dos recolhimentos compulsórios, as autorizações para operações de redesconto e de “open market”, exclusivamente junto a instituições financeiras, são de sua privativa competência, evidentemente dentro das normas e parâmetros fixados pelo organismo normativo do sistema.

Ao executar as operações que regularão o suprimento monetário da economia e ao canalizar os recursos destinados às operações de redesconto, o Banco Central do Brasil está exercendo todo um conjunto de funções típicas que, historicamente, caracterizam os Bancos Centrais, ou seja, atuar como “banco dos bancos”.

Antes de sua criação, o papel de autoridade monetária era compartilhado pelo Banco do Brasil, pelo Tesouro Nacional e, com maior destaque, pela Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC.

O Banco do Brasil desempenhava as funções de banco do governo, mediante o controle das operações de comércio exterior, o recebimento dos depósitos compulsórios e voluntários dos bancos comerciais e a execução de operações de câmbio em nome de empresas públicas e do Tesouro Nacional, de acordo com as normas estabelecidas pela SUMOC.

O Tesouro Nacional era o órgão emissor de papel-moeda.

A SUMOC, criada em 1945 com a finalidade de exercer o controle monetário e preparar a organização de um banco central, tinha a responsabilidade de fixar os percentuais de reservas obrigatórias dos bancos comerciais, as taxas do redesconto e da assistência financeira de liquidez, bem como os juros sobre depósitos bancários. Além disso, supervisionava a atuação dos bancos comerciais, orientava a política cambial e representava o País junto a organismos internacionais.

A criação da SUMOC, no entanto, preencheu apenas parcialmente a lacuna da não existência de um “banco dos bancos” no país, tendo em vista que o elenco de suas atribuições não abrangia todas as operações típicas de um banco central clássico, deficiência que só foi superada com a promulgação da Lei nº 4.595/64, diploma que, representando um avanço efetivo no processo de coordenação das políticas monetária e creditícia brasileiras, reformulou a estrutura do Sistema Financeiro Nacional e, em especial, o papel de nossas autoridades monetárias.

Uma vez criado o BACEN, buscou-se dotar a instituição de mecanismos voltados para o desempenho do papel de “bancos dos bancos”.

Assim, em 1985 foi promovido o reordenamento financeiro governamental com a separação das contas e das funções do BACEN, Banco do Brasil e Tesouro Nacional.

Em 1986 foi extinta a conta movimento e o fornecimento de recursos do BACEN ao Banco do Brasil passou a ser claramente identificado nos orçamentos das duas instituições, eliminando-se os suprimentos automáticos que prejudicavam a atuação do primeiro.

Referido processo de reordenamento se estendeu até 1988, quando as funções de autoridade monetária foram transferidas progressivamente do Banco do Brasil para o BACEN, enquanto as atividades atípicas exercidas por esse último, como as relacionadas ao fomento e à administração da dívida pública federal, foram transferidas para o Tesouro Nacional.

Escolhidos pelo presidente da República, o presidente e os diretores do Banco Central, por força de norma constitucional, antes de empossados nos respectivos cargos, devem ser sabatinados pelo Senado Federal.

O Banco Central não experimentou apenas sucessos ao longo de sua existência.

Com efeito, durante muito tempo, a falta de independência política, aliada à impressionante sucessão de seus presidentes, sempre representaram um sério obstáculo à continuidade de suas políticas, concorrendo para sua pouca credibilidade.

A reversão dessa tendência, tentada sem sucesso pelo governo Collor (1990-1992), ocorreu definitivamente com a gestão de Fernando Henrique Cardoso à frente do Ministério da Fazenda, quando o Banco Central iniciou um período de bem sucedida defesa da moeda brasileira, o que rendeu à instituição reconhecimento público.

A partir desse período, o Banco Central também passou a gerir o sistema financeiro de maneira a torná-lo mais competitivo e aberto. Nesse sentido, a Autarquia esteve à frente da condução do PROER e do PROES, programas de ajuda a bancos que, após o Plano Real, passaram a enfrentar dificuldades com a perda de receitas financeiras motivada pela queda da inflação, seguida de sua liquidação ou venda a outras instituições financeiras, o que também resultou em frutos favoráveis à imagem da instituição.

Recentemente, também com o objetivo conferir maior confiança e transparência ao setor bancário, o Banco Central implementou o Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB, sistema integrado que tem por base legal a Lei nº 10.214/2001, e que permite às instituições financeiras liquidarem suas posições em tempo real e não em momento posterior como até então ocorria, minimizando, com isso, o risco da ocorrência de crises sistêmicas que possam se abater sobre o mercado bancário brasileiro.

A Constituição de 1988 prevê, em seu artigo 192, a elaboração de Lei Complementar que deverá substituir a Lei 4.595/64 e redefinir as atribuições e estrutura do Banco Central do Brasil.

5.3.2.1. As atribuições do Banco Central do Brasil

A Lei nº 4.595/64 defere ao Banco Central do Brasil, privativamente, inúmeras atribuições, podendo-se dizer em face delas, em breve resumo, que aquela Autarquia exerce no contexto econômico brasileiro os papéis de “banco dos bancos”, “executor da política monetária”, “banco emissor”, “banqueiro do governo” e “superintendente do sistema financeiro nacional”, cabendo-lhe o/a: **a.** formulação, execução e acompanhamento da política monetária; **b.** controle das operações de crédito em todas as suas formas, no âmbito do sistema financeiro; **c.** formulação, execução e acompanhamento da política cambial e relações financeiras com o exterior; **d.** emissão de papel-moeda, moeda metálica e execução dos serviços do meio circulante; e, **e.** organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional e ordenamento do mercado financeiro.

Dentre essas atribuições, considerando os objetivos propostos pelo presente trabalho monográfico, dar-se-á doravante destaque àquelas objeto dos artigos 10, inciso X, alínea “c”; 11, inciso VII; e 18, § 2º³⁹, do referido diploma legal.

³⁹ Segue abaixo a transcrição dos referidos dispositivos:

[...]

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

[...]

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

-
- a) funcionar no País;
 - b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
 - c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
 - d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
 - e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
 - f) alterar seus estatutos.
 - g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

[...]

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

[...]

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;

[...]

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

[...]

§ 2º O Banco Central da Republica 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.

6. REGULACÃO PRUDENCIAL E CONCORRENCIAL NO SETOR BANCÁRIO⁴⁰

⁴⁰ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos/estudos/obras:

ALVES, S. D. S. Avaliação de Fusões de Bancos. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 6, nº 19, p. 13-18, janeiro-março, 2002.

CALICH, I. G.; OLIVEIRA, A. R. O novo Sistema de Pagamentos Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 59-61, julho-setembro, 2002.

CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CARVALHO, F. J. C. Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia. Disponível em: <http://www.funenseg.org.br/eventos/downloads/inovacao_financieira_e_regulacao.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2004.

CORTEZ, T. M. O conceito de “risco sistêmico” e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

COUTINHO, P. C. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULACÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO. Anais. Brasília: Asbace/Cade, 1999. 422 p.

COUTINHO, P. C.; OLIVEIRA, A. R. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. **Revista de Direito Econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 29**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 18 jul. 2004.

GOLDBERG, D. K. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 7, nº 23, p. 33-52, janeiro-março, 2004.

MELLO, M. T. L. Regulação e Defesa da concorrência: interação, conflitos e critérios de solução. Disponível em: <<http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/sep/eventos/enc2002/m13-mello.doc>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

NEVES, L. B. S. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Conflito de Atribuições entre o Banco Central e o Cade. In: FONSECA, A. (Org.). **Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

LIMA, G. T. A Evolução recente da regulação bancária no Brasil. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/sain/download/economia_texto3.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2004.

OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do setor bancário. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00053_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

ORSI, R. V. A transformação do papel do Estado frente às crises bancárias no Brasil. Uma perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 2, nº 5, p. 43-85, abril-junho, 1999.

ROSSETTI, J. P. **Introdução à economia**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

VAZ, I. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

WALD, A. O Direito da Regulação Monetária e Bancária. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 20-28, julho-setembro, 2002.

6.1. INTRODUÇÃO

No capítulo anterior vimos, com base na lição de Rossetti, que os bancos, por volta do século XIX, por imposição legal, foram impedidos de continuar emitindo papel-moeda, função que foi assumida com exclusividade por instituições oficiais e subordinadas ao Estado, os Bancos Centrais.

Esse fato, todavia, como também informa o referido autor (1984, p. 187/188), não conduziu ao desaparecimento dos bancos. Com efeito, impedidos de utilizar o papel-moeda como fonte de recursos para a realização de empréstimos a juros, os bancos foram buscar no exercício de outras funções a receita necessária à sua manutenção e sobrevivência.

Num primeiro momento, dedicaram-se à arrecadação e custódia de valores por conta de terceiros ou, como mandatários, incumbiam-se de efetuar pagamentos locais, regionais ou mesmo internacionais, cobrando pequenas comissões pela prestação de tais serviços.

Mais tarde, reconquistando a confiança do público, e passando a manter a manter em depósito parcelas cada vez maiores do papel-moeda em circulação, os bancos vieram a readquirir até mesmo a capacidade de criar moeda, faculdade que lhes foi delegada, em parte, com o surgimento da moeda escritural⁴¹, o que permitiu, mais uma vez, que criassem depósitos em montante muito superior ao de suas reservas em moeda legal.

De fato, recebendo a moeda escritural (depósitos à vista), e tendo a garantia, advinda de sua experiência anterior, que dos depósitos existentes, apenas uma pequena fração estaria sendo provavelmente resgatada, os bancos, através do processo conhecido como multiplicador bancário⁴², alavancariam grande

⁴¹ Leciona Rossetti (1984, p. 188) que, com o aumento dos depósitos de papel-moeda nos bancos, foi desenvolvido um novo instrumento monetário, a “moeda escritural” ou “moeda bancária”, que consistia, na verdade, na substituição da utilização e manejo do papel-moeda por simples e mais seguras operações escriturais, como exemplifica o autor: “Se a empresa A precisasse realizar um pagamento à empresa B, desde que ambas mantivessem contas de depósito na mesma casa bancária, bastaria que A autorizasse uma transferência dos depósitos escriturados em sua conta para a conta da empresa B. Assim, uma simples operação de débito-e-crédito teria funcionado como meio de pagamento. De outra forma, mesmo que os dois agentes envolvidos não mantivessem contas de depósito na mesma casa bancária, o pagamento ainda poderia ser feito escrituralmente, através do usual instrumento de manejo da moeda escritural — o cheque. Nesse caso, a empresa A emitiria um cheque em favor de B. E esta procederia ao saque do valor correspondente ou simplesmente depositaria o próprio cheque junto à casa bancária em que mantivesse conta de depósito, encarregando-a automaticamente da cobrança, através da câmara de compensação — uma instituição em que os estabelecimentos bancários de dado sistema realizam o balanceamento diário dos cheques emitidos contra cada um, procedendo às correspondentes escriturações e pagamentos dos saldos eventuais.”

⁴² Rossetti (1984, p. 196) explica que a moeda escritural, além de sua facilidade de manejo e de sua segurança, possui uma característica especial, no caso, o seu efeito multiplicador, através do qual determinada emissão de papel-moeda, injetada na economia e canalizada para o sistema bancário, tende a gerar um volume de moeda escritural bem maior do que o seu valor inicial. E isto ocorre, segundo o autor, porque ao emprestar a rede bancária os novos recursos, que recebeu sob a forma de depósitos à vista, apenas uma pequena parcela do valor dos empréstimos será efetivamente retida pelos mutuários ou pelo público, sob a forma de moeda manual, retornando, na verdade, a maior parte, à própria rede bancária, através de novos depósitos. Destes, já então sob efeito multiplicador, uma pequena parte será esterilizada pelos encaixes técnicos e recolhimentos compulsórios, enquanto a parcela restante, significativamente maior, será utilizada para a concessão de novos empréstimos que, por sua vez, gerarão novos depósitos e, a seguir, outros empréstimos, e assim sucessivamente, até que seja finalmente amortecido o efeito multiplicador inicial.

volume de recursos que, emprestados a juros, em breve lhes proporcionariam, além da expansão de seus negócios, enormes receitas.

Com a crescente importância dos bancos em todos os países, em razão principalmente do relevante papel que passaram a exercer como agentes de desenvolvimento econômico, logo se tornariam eles um segmento de elevado interesse público, o que levou a que, aos poucos, suas atividades começassem a ser reguladas pelas autoridades monetárias, em especial pelos Bancos Centrais, tendo contribuído para isso, ainda, o maior controle monetário da economia⁴³, que passou a ser exercido pelo Estado, sobretudo a partir da criação da moeda escritural.

Procuraremos, nas linhas a seguir, abordar a questão da “regulação” estatal, em especial da que incide sobre o setor bancário.

Mello (2001, p. 2) apud Fiani (1998), refere-se à regulação como qualquer intervenção estatal na atividade econômica realizada com o objetivo de induzir os agentes privados a um comportamento gerador de eficiências, substituindo ou limitando, sob diferentes formas, a decisão privada que seria tomada apenas com base nas “forças de mercado”. A regulação, para a mesma autora, operando-se mediante a imposição de regras (obrigações de fazer ou não fazer), em sentido amplo, abarcaria diversos tipos de ação estatal, inclusive a defesa da concorrência.

Wald (2002, p. 21), por sua vez, leciona que a regulação não deve ser confundida com a regulamentação, pois o órgão regulador não regulamenta a lei, mas estabelece normas para o funcionamento dos serviços que estão sob a sua jurisdição, não havendo, segundo o autor, por que pretender equiparar as normas de regulação aos chamados regulamentos independentes baixados pelo Poder Executivo.

No tocante aos bancos, além daquelas mencionadas há pouco, inúmeras outras razões levariam os governos a regular as atividades bancárias. Vaz (2002, p. 203), por exemplo, lembra que

[...] o sistema financeiro lida com o crédito e com a moeda, uma das mais acentuadas expressões da soberania de um país. Lida com a economia popular, com as poupanças, os capitais produtivos, os meios de pagamento de uma nação e outros valores e serviços financeiros que a especialização tecnológica e as comunicações permitem aos bancos oferecer à sociedade.

Entre as abordagens possíveis da regulação bancária, é admitida pela doutrina uma que as distingue em “prudencial”, ligada à segurança, higidez e estabilidade do sistema financeiro, e “concorrencial”, que, “grosso modo”, toma os bancos como uma empresa qualquer do mercado, sujeita, portanto, à disciplina da concorrência, modalidades de que nos ocuparemos a seguir.

Desse modo, ao término da propagação do efeito multiplicador, referidos meios de pagamento resultarão em um valor maior do que aquele originalmente emitido e canalizado para o sistema bancário.

⁴³ Na verdade, como informa Wald (2002, p. 23), com a utilização dos depósitos à vista como forma de moeda escritural, os governos não mais tiveram como conduzir sua política econômica sem o efetivo acompanhamento e fiscalização das operações bancárias, especialmente daquelas realizadas pelos bancos comerciais.

6.2. REGULAÇÃO PRUDENCIAL

A regulação prudencial bancária tem por objetivo promover práticas bancárias seguras e sólidas, proteger depositantes, investidores e a poupança popular, além de pugnar pela higidez, eficiência e estabilidade do sistema financeiro⁴⁴.

Exigindo rapidez de decisão e transparência, a regulação prudencial bancária, em todos os países, tem sido confiada às autoridades monetárias, o mesmo ocorrendo no Brasil, onde tal competência, por força do disposto nos artigos 10, inciso X, 11, inciso VII, e 18, § 2º⁴⁵, da Lei 4.595/64, está a cargo, em especial,

⁴⁴ A busca pela higidez, eficiência e estabilidade do sistema financeiro, segundo Coutinho (1999, p. 90), por representar a preocupação do Estado em evitar falências de bancos, que são capazes, como trataremos oportunamente, de conduzir ao colapso do sistema financeiro e da própria economia como um todo, seria o principal objetivo da regulação prudencial.

⁴⁵ Segue abaixo, novamente, a transcrição dos referidos dispositivos:

[...]

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

[...]

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

- a) funcionar no País;
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
- e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
- f) alterar seus estatutos.
- g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

[...]

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

[...]

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;

[...]

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

[...]

§ 2º O Banco Central da Republica 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.

do Banco Central do Brasil, instituição que, agindo segundo critérios internacionalmente aceitos, também tem priorizado⁴⁶ o objetivo, já mencionado, de prevenir riscos sistêmicos capazes de comprometer a segurança do Sistema Financeiro Nacional – SFN e a dos demais setores da economia nacional.

Mais recentemente, através da Lei 9.447, de 14.03.1997, artigos 5º e 6º⁴⁷, os poderes do Banco Central na condução de crises bancárias foram ampliados, permitido que foi à Autarquia determinar, em certos casos, a "transferência do controle acionário" da instituição em dificuldades ou a sua "reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão" (art. 5º, incisos II e III). Da mesma forma, nos termos do art. 6º da mesma Lei, o Banco Central, no curso dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, poderá autorizar a transferência "para outras sociedades" de "bens, direitos e obrigações" da instituição financeira, bem como a "constituição ou reorganização de sociedades ou sociedades para as quais sejam transferidos, no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da instituição" sob regime especial.

Como veremos adiante, ao tratarmos do fenômeno do "risco sistêmico", descartada a possibilidade de se restringir ao âmbito de um banco, as dificuldades financeiras porque esteja passando, a regulação prudencial tem sido centrada nas próprias instituições financeiras, induzindo-as a que se exponham o mínimo

⁴⁶ Segundo Alves (2002, p. 15), a priorização da busca da higidez e do fortalecimento dos bancos no Brasil tem fundamento histórico, pois desde a quebra da Casa Bancária J. A. Souto & Cia., do Visconde de Souto, em 1864, que acarretou uma reação em cadeia, lançando à falência muitas outras empresas, causando pânico em geral, sabe-se das desastrosas conseqüências sistêmicas sobre a economia e dos elevados custos sociais de crises no sistema financeiro.

⁴⁷ Segue abaixo, novamente, a transcrição dos referidos dispositivos:

[...]

Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

I - capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II - transferência do controle acionário;

III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.

Art. 6º No resguardo da economia pública e dos interesses dos depositantes e investidores, o interventor, o liquidante ou o conselho diretor da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, quando prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, poderá:

I - transferir para outra ou outras sociedades, isoladamente ou em conjunto, bens, direitos e obrigações da empresa ou de seus estabelecimentos;

II - alienar ou ceder bens e direitos a terceiros e acordar a assunção de obrigações por outra sociedade;

III - proceder à constituição ou reorganização de sociedade ou sociedades para as quais sejam transferidos, no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da instituição sob intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, objetivando a continuação geral ou parcial de seu negócio ou atividade.

[...]

possível a riscos que venham a comprometer efetivamente sua existência, porque se sabe que se isto ocorrer, na verdade, todo o sistema financeiro e a própria economia estarão ameaçados.

6.2.1. Risco Sistêmico

A doutrina econômica costuma referir-se ao “risco sistêmico” como à possibilidade de que um choque, inicialmente centrado em um ou alguns bancos, venha a se transmitir ao sistema financeiro como um todo, podendo, eventualmente, conduzir ao colapso a própria economia de um país.

Peculiaridade que distingue o sistema financeiro de outros setores da economia, o fenômeno, ainda objeto de estudos, segundo Carvalho (2004, p. 2), encontraria explicação, em especial, no papel que o fator “confiança”⁴⁸ exerce no funcionamento do setor bancário.

Com efeito, informa o autor (2004, p. 8), naquele segmento de mercado, a falência de um banco participante acarreta a perda ou o abalo da confiança do público bancário em geral em relação à higidez de todo o sistema bancário, o que acaba induzindo as pessoas e empresas, como medida de precaução⁴⁹, temendo que o mesmo vá ocorrer com a instituição com a qual opere, a testar a capacidade de honrar os depósitos, procurando resgatar rapidamente os créditos que mantém com ela. É deflagrada verdadeira “corrida bancária”⁵⁰, comportamento esse, em cadeia, em verdade, é que acaba por efetivamente levá-la à ruína.

⁴⁸ Segundo Orsi (1999, p. 47), a doutrina econômica aponta, ainda, as seguintes razões: **1.** à dificuldade de se conhecer o valor dos empréstimos bancários; **2.** ao fato de que uma redução do valor dos ativos de um banco não implica numa redução simultânea de seus passivos; **3.** ao fato de que os depositantes são pagos segundo a regra do “primeiro a chegar, primeiro a ser servido”; e, **4.** ao custo relativamente baixo de se fazer saques bancários, em comparação com o custo provável da perda do valor do capital dos depósitos. Os bancos, ainda, lembra o mesmo autor, são depositários da liquidez imediata da economia; situam-se no coração da estrutura do sistema de pagamentos; os prazos de seus ativos e de seus passivos estão, por natureza, em desarmonia, características essas que os tornam particularmente vulneráveis ao “risco sistêmico”.

⁴⁹ Segundo Orsi (1999, p. 5) apud Enoch e Green (1997), também discorrendo sobre o assunto, isto ocorreria porque o público, em regra, não tem acesso a dados precisos sobre a real situação econômico-financeira dos bancos, o que leva a que toda sugestão de que um banco não está em condições de cumprir suas obrigações possa provocar saques precipitados.

⁵⁰ Referida “corrida bancária” será estimulada por uma circunstância especial do setor bancário, no caso, a de que os primeiros depositantes a solicitar o resgate de seus depósitos muito provavelmente conseguirão fazê-lo integralmente, o mesmo não devendo ocorrer com aqueles que estiverem no final da fila, que certamente nada receberão, exauridas que estarão as reservas de papel-moeda do banco ameaçado, pois como já se expôs neste trabalho, os bancos, em geral, estarão aptos a honrar apenas uma pequena parcela dos depósitos à vista (papel-moeda) cuja custódia lhes foi confiada.

Desse modo, na prática, um banco sadio, contabilmente falando, ou mesmo que tenha se cercado de todas as cautelas para manter a solidez de suas operações, pode acabar também arcando com o fracasso de um concorrente imprudente⁵¹.

Já a possibilidade de “contágio”, ou seja, de propagação do fenômeno do “risco sistêmico” para o restante da economia, segundo Carvalho (2004, p. 4), dar-se-ia por, pelo menos, duas razões.

A primeira, pelo papel que o sistema bancário inegavelmente desempenha em relação à criação e fornecimento do crédito, um insumo essencial para o desenvolvimento das atividades produtivas da economia.

A segunda, é que pelo referido sistema transitam os valores de praticamente todas as operações relevantes praticadas pelos agentes econômicos que, em sua maior parte, são liquidadas mediante a transferência de depósitos à vista mantidos nos bancos comerciais.

Nesse último caso, a transmissão da crise para o restante da economia se dá, segundo o mesmo autor, em razão do fato de que praticamente nenhuma operação, a menos que de pequeno valor, poderia, hoje em dia, ser liquidada mediante a entrega de papel-moeda, em espécie. A paralisação do sistema bancário brasileiro nos primeiros meses do Plano Collor, em 1990, e aquela ocorrida mais recentemente na Argentina, em 2001, com o episódio do “corralito”, serviriam, de acordo com o autor, para demonstrar os nefastos efeitos que o eventual bloqueio do sistema de pagamentos representado pelos depósitos à vista pode acarretar sobre o nível da atividade econômica.

Segundo Coutinho (1999, p. 214), as medidas adotadas sob a ótica prudencial, com vistas a controlar o grau de exposição e vulnerabilidade dos bancos, garantindo a estabilidade do sistema, para com isso evitar a possibilidade de ocorrência do “risco sistêmico”, caminhariam em três direções, assim delineadas pelo autor:

A primeira é a de estabelecer um prestador de última instância, geralmente o banco central do país, que tem a incumbência de fornecer a liquidez em momentos de crise, tanto a bancos individuais quanto ao sistema como um todo. A segunda é a de criar esquemas de garantia de depósitos. Tipicamente, depósitos de valores mais baixos são cobertos por um seguro, total ou parcial, o que diminui as chances de corridas aos bancos na eventualidade de eles perderem a confiança de seus clientes. O problema com essa rede de segurança é que ela incentiva os bancos a assumirem riscos maiores, o que é chamado de perigo moral (*moral hazard*⁵²). As medidas na terceira direção são aquelas que

⁵¹ Conforme menciona Lima (2003, p. 5), as instituições bancárias operam com alto grau de alavancagem marcada por assincronias – isto é, dependem consideravelmente de recursos de terceiros, a maioria dos quais sob a forma de depósitos sacáveis à vista – e operam com ativos (empréstimos) que têm baixa liquidez, ou seja, não podem ser liquidados de imediato sem que a instituição em dificuldades venha a arcar com perdas, quase sempre excessivas, decorrentes do deságio de seus recebíveis. Assim, segundo o mesmo autor, súbitas retrações da liquidez, motivadas por substanciais retiradas de depósitos, como a que se observa por ocasião das corridas bancárias, podem se transformar rapidamente em problemas de solvência e conduzir a falências injustificadas em termos de fundamentos de ativos.

⁵² A doutrina econômica, [veja-se Cortez (2002, p. 326), por exemplo], refere-se ao “moral hazard” como a possibilidade de que os agentes econômicos, no caso, os bancos, formulem suas decisões de investimentos sem considerar todos os riscos envolvidos ou de que venham a assumi-los de modo irresponsável, encorajados pela existência de mecanismos que funcionam como verdadeiras apólices de seguro contra eventuais prejuízos. Trata-se no caso do presente estudo, portanto, de um efeito perverso criado com a introdução do “seguro de liquidez” ofertado pelo Banco Central.

procuram resolver esse problema. São elas regulação e supervisão. Uma das regras mais importantes criadas pelos reguladores é a exigência de que os bancos adotem certos padrões de adequação de capital. Com isso os bancos são obrigados a fazer provisões de capital para proteger seus depositantes e credores na eventualidade de seus ativos perderem valor.

Nesse passo, a criação do Fundo Garantidor de Créditos – FGC, uma espécie de garantia propiciada aos correntistas dos bancos de que os seus depósitos, inicialmente até o valor de R\$20 mil, serão honrados; e o lançamento do PROER e do PROES, programas de saneamento do sistema financeiro a que já se fez referência nesta monografia, através dos quais o BACEN, induzindo a concentração bancária no setor bancário, estimulou que bancos saudáveis adquirissem ativos ou assumissem passivos de instituições financeiras em dificuldades financeiras, desde que sem o comprometimento de sua própria liquidez, são exemplos de medidas de natureza prudencial adotadas no Brasil após o Plano Real, visando manter a confiança das pessoas no sistema financeiro, afastando a possibilidade da ocorrência do “risco sistêmico”.

6.3. REGULAÇÃO CONCORRENCIAL

Segundo Goldberg (2004, p. 33) e Coutinho (1999, p. 78), em sentido amplo, o objetivo fundamental da concorrência e, por conseguinte, da regulação concorrencial, é a eficiência econômica, entendida esta como uma situação em que a soma de tudo o que for produzido numa economia em dado momento, equivalha às necessidades e preferências de todos os consumidores que nela se achem inseridos, tudo isso acompanhado da prática de preços justos. A geração de empregos e a diluição do poder econômico seriam para o segundo autor (1999, p. 78/79), ainda, exemplos de outros objetivos sociais e políticos que também podem ser perseguidos por uma política de defesa da concorrência.

Relativamente ao setor bancário, entendendo que também os bancos estão sujeitos a regras de defesa da concorrência, e que não gozariam de imunidade antitruste, nos termos do art. 54, *caput*⁵³, da Lei nº 8.884/94, o objetivo da regulação concorrencial, confiada ao CADE, é assegurar que a eficiência, a competitividade, os ganhos de produtividade obtidos pelos bancos sejam compartilhados com a coletividade.

Nesse sentido, logo se vê, a regulação concorrencial bancária difere em muito da regulação prudencial aplicada aos bancos, podendo mesmo, às vezes, existir verdadeira contradição entre os seus respectivos princípios. É o que nos ensina Coutinho (1999, p. 79).

⁵³ Prevê o art. 54 da Lei nº 8.884/94, *caput*:

[...]

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

[...]

Lembra o autor que a regulação prudencial bancária, buscando se precaver contra a possibilidade da ocorrência de “risco sistêmico”, pode impor barreiras legais à entrada de novos participantes, estabelecendo condições mínimas a serem observadas pelos interessados, como à guisa de exemplo, a exigência de capital mínimo a ser integralizado pelo novo banco.

A imposição de uma barreira como a mencionada, no entanto, se de um lado concorre para garantir a solidez das instituições financeiras que estejam atuando no mercado, que venham elas a gerir de maneira responsável o patrimônio alheio que lhes é confiado, ou mesmo que estejam em condições de arcar com os eventuais prejuízos que possam vir a sofrer, de outro, pondera o autor (1999, p. 79), tornam o mercado mais rígido, com inegáveis prejuízos para os objetivos perseguidos pela regulação concorrencial.

Com efeito, prossegue argumentando, ao diminuir a quantidade de participantes no mercado e, mais que isso, fortalecendo a posição das instituições que ali já atuam que, não se sentindo ameaçadas, se preocuparão menos com o desenvolvimento de seus serviços, a imposição de barreiras à entrada de novos bancos no mercado prejudica a concorrência, razão pela qual referida medida é pouco assimilada sob a ótica da regulação concorrencial.

Um outro exemplo que se poderia aqui mencionar.

A regulação prudencial bancária brasileira, em passado recente, estimulou a concentração no setor financeiro, no caso, a absorção de bancos mais fracos pelos mais sólidos, mais uma vez como forma de prevenir a ocorrência de “risco sistêmico”.

Tal medida, no entanto, embora reconhecidamente tenha se revelado eficaz para o atingimento daquele objetivo, será sempre vista com reservas pela regulação concorrencial que, via de regra, toma as concentrações em geral como potencialmente nocivas ao mercado, porque tende a dar origem a grupos econômicos com expressivo poder econômico, em última análise, o primeiro passo para que venham a existir práticas de abuso da posição dominante, como o domínio de mercados, a eliminação total ou parcial da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Não se quis dizer acima que todo ato de concentração bancária levado à apreciação do CADE será sempre reprovado, até porque, historicamente, o Conselho tem aprovado a maioria dos atos de concentração que lhe são submetidos.

O CADE, na verdade, avaliará o caso concreto que lhe for colocado, e aplicando a “Regra da Razão”, objeto do art. 54, §§ 1º e 2º⁵⁴, da Lei nº 8.884, de 11.6.1994, já tratada neste trabalho, poderá mesmo

⁵⁴ Segue abaixo a transcrição dos referidos dispositivos:

[...]

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

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

aprovar a concentração, ainda que potencialmente nociva ao mercado, se ficar demonstrado que os eventuais prejuízos, em contrapartida, podem ser compensados por benefícios aos consumidores ou pela contribuição à eficiência do mercado.

6.4. POSSÍVEIS MODELOS DE CONVIVÊNCIA ENTRE OS ÓRGÃOS DE REGULAÇÃO CONCORRENCIAL E PRUDENCIAL NO SETOR BANCÁRIO

Oliveira (2000, p. 8/17), a quem recorremos no desenvolvimento deste tópico, em seu estudo denominado “Defesa da Concorrência e Regulação: O caso do setor bancário”, onde analisa a questão da aparente superposição de competências entre o CADE e o Banco Central na defesa da concorrência no setor financeiro, discorrendo sobre os possíveis arranjos, num mesmo contexto, entre órgãos de regulação prudencial e concorrencial bancária que, segundo o autor, variam de país para país, de acordo com os seus respectivos níveis de desenvolvimento, afirma ser possível a existência de cinco modelos de interação entre eles, os quais, em resumo, assim descritos pelo autor:

- i. “Isenção antitruste”: a autoridade reguladora prudencial, no nosso caso, o BACEN, aplica tanto a regulação prudencial como a legislação de defesa da concorrência, enfatizando sempre a primeira, não deixando espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência. Segundo o autor, ainda, pode-se mesmo conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica por determinação expressa. O termo “isenção”, no caso, tem sua razão de ser na total ausência de poderes decisórios pela autoridade reguladora concorrencial;
- ii. “Competências Concorrentes”: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto aquelas de regulação prudencial têm competência para aplicar o direito antitruste;

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. [...]

- iii. “Competências Complementares”: há divisão de trabalho entre as duas autoridades, cujas atribuições não se sobrepõem. A autoridade reguladora prudencial cuida exclusivamente das tarefas de regulação prudencial, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste. Referido modelo é adotado no Brasil no setor de telecomunicações;
- iv. “Regulação Antitruste”: a autoridade de defesa da concorrência, no caso brasileiro, o CADE, aplica tanto a lei antitruste quanto a regulação prudencial, com ênfase maior sobre a primeira, modelo esse em oposição ao de “isenção antitruste”; e,
- v. “Desregulamentação”: competência exclusiva recai sobre a autoridade antitruste, eliminando-se, inclusive, a regulação prudencial.

6.5. INTERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE REGULAÇÃO PRUDENCIAL NO SETOR BANCÁRIO: A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Também neste tópico recorreremos a Oliveira (2000, p. 19/33), cujo estudo acima mencionado, após ter estabelecido cinco possíveis modelos de interação entre os órgãos de regulação prudencial e concorrencial bancária, num mesmo contexto, demonstra a configuração institucional adotada por 22 (vinte e dois) Estados, amostra essa que julgamos significativa, considerando a representatividade dos países onde as informações foram colhidas dentro do contexto econômico internacional, e os fins desta monografia.

Os principais dados levantados, a título de informação, e de forma resumida, reproduzimos neste trabalho:

6.5.1. Austrália

O país possui dois órgãos com competências específicas no tocante à regulação prudencial do setor bancário, *Reserve Bank* e *Australian Prudential Regulation Authority*, incumbindo ao primeiro formular e ao segundo fiscalizar o

cumprimento da regulação prudencial bancária no país. A uma terceira instituição, a *Australian Competition and Consumer Commission – ACCC*, compete aplicar as regras da legislação concorrencial no setor bancário australiano.

A experiência australiana caracterizaria, assim, o modelo de “competências complementares” entre os órgãos de regulação prudencial e concorrencial.

6.5.2. Áustria

Nesse país, por força da legislação, a regulação prudencial é confiada ao Ministério das Finanças, auxiliado, através da elaboração de pareceres, pelo *Austrian National Bank*.

A aplicação da legislação concorrencial ao sistema bancário é confiada ao Ministério das Finanças e à *Austrian Cartel Court*, ambos com competência decisória plena, o primeiro, no tocante às fusões e incorporações e, a segunda, em relação ao controle de condutas.

O modelo australiano, assim, no que respeita às questões concorrenciais, aproxima-se do modelo “competências concorrentes”, já que tanto a autoridade reguladora prudencial como a concorrencial possuem poder de decisão. Vale o registro de que em relação à regulação prudencial, não há espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência.

6.5.3. Canadá

No Canadá, três autoridades cuidam da regulação prudencial bancária, no caso, o *Department of Finance*, o *Bank of Canada* e o *Office of the Superintendent of Financial Institutions – OSFI*.

As autoridades de defesa da concorrência – *Competition Bureau e Competition Tribunal* – não possuem poder para discutir questões de regulação prudencial, mas estão investidas da responsabilidade pela análise das fusões e aquisições no setor

bancário, cabendo ao primeiro elaborar pareceres técnicos que são submetidos ao segundo para a decisão do caso.

A apresentação de pareceres técnicos quanto a aspectos anticoncorrenciais perante o *Competition Tribunal* também poderá ser feita pelo *Office of the Superintendent of Financial Institutions*, uma das autoridades reguladoras prudenciais daquele país.

Em qualquer situação, porém, ao Ministro das Finanças cabe a decisão final, que tem caráter definitivo no âmbito administrativo.

Diante do acima exposto, também se adota no Canadá modelo que muito se assemelha ao de “competências concorrentes”, podendo tanto a autoridade antitruste como a prudencial opinar sobre questões concorrentiais, cabendo a decisão final ao Ministro das Finanças. No que respeita à regulação prudencial, porém, também não há espaço naquele país para a atuação da autoridade de defesa da concorrência.

6.5.4. República Tcheca

Entre os tchecos, o *Czech National Bank – CNB* realiza a supervisão dos bancos, editando regulamentação específica para o setor e impondo sanções nos casos de desobediência às normas, exercendo, portanto, a regulação prudencial. Já a aplicação do direito antitruste no setor bancário está a cargo do *Office for the Protection of Economic Competition*, que atua com independência.

Desse modo, configura-se naquele país o modelo de “competências complementares” dos órgãos reguladores prudenciais e concorrentiais, não se confundindo as respectivas esferas de atuação.

6.5.5. Finlândia

O modelo adotado pelo ordenamento finlandês aproxima-se ao de “competências complementares”, ou seja, as autoridades prudenciais e concorrentiais possuem competências distintas.

A regulação prudencial está a cargo do Banco da Finlândia e ao Ministério das Finanças, sob a supervisão do *Financial Supervision Authority*, ao passo que, no âmbito do direito antitruste, as questões concorrenciais são analisadas tanto pelo *Financial Supervision Authority* como pelo *Office of Free Competition*, cabendo o poder decisório, no entanto, à autoridade antitruste, o *Competition Council*, entidade com um perfil semelhante a de um Tribunal de Recursos.

6.5.6. França

Na França, o modelo vigente assemelha-se ao “de competências concorrentes”, uma vez que tanto o *Conseil de la Concurrence*, autoridade reguladora concorrencial, como o *Banque de France* e a *Commission Bancaire*, órgãos reguladores prudenciais, têm poder de decisão nas questões concorrenciais. A regulação prudencial, porém, está a cargo apenas dos dois últimos.

6.5.7. Alemanha

O modelo alemão aproxima-se do modelo de “isenção antitruste”, posto que as autoridades reguladoras prudenciais do país, o *Deutsche Bundesbank* e o *Federal Banking Supervisory Office*, possuem poder tanto para regular o mercado como para aplicar a legislação antitruste. Na Alemanha, a agência de defesa da concorrência não atua no setor bancário.

6.5.8. Grécia

Entre os gregos, o modelo adotado é o de “competências complementares”, cabendo a aplicação da legislação antitruste e das regras de regulação prudencial a entidades distintas, que atuam com independência.

6.5.9. Hungria

Na Hungria, o *Hungarian Banking – HB* e o *Capital Market Supervision – CMS* são responsáveis pela aplicação das normas referentes à regulação prudencial, sob a supervisão do *State Banking Supervision*, cabendo a análise das questões concorrenciais exclusivamente ao *Office of Economic Competition*.

A experiência húngara, portanto, corresponde ao modelo de “competências complementares”, assumindo as autoridades reguladoras prudenciais e concorrenciais papéis distintos e independentes.

6.5.10. Itália

A autoridade competente para efetuar a regulação prudencial é o Banco da Itália.

A legislação antitruste se aplica ao setor bancário, porém, à *Italian Competition Authority* incumbe apenas emitir pareceres não vinculativos sobre as questões de concorrência, cabendo o poder decisório ao Banco da Itália.

O modelo italiano assemelha-se ao de “competências concorrentes” das autoridades de regulação concorrencial e prudencial, prevalecendo, todavia, a posição da última na aplicação do direito antitruste. Cabe esclarecer que a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para a análise de questões prudenciais.

6.5.11. Japão

A regulação prudencial é realizada pelo *Bank of Japan*, sob o controle do Ministério das Finanças.

A legislação antitruste se aplica também ao setor bancário, sendo os pareceres técnicos formulados pela *Fair Trade Commission*, cabendo, porém, a decisão final cabe ao Ministro das Finanças.

O modelo japonês assemelha-se ao de “competências concorrentes”, prevalecendo, entretanto, também naquele país, a decisão tomada pelo órgão regulador prudencial. Também ali, a autoridade de defesa da concorrência não possui competência no âmbito da regulação prudencial.

6.5.12. México

A regulação prudencial cabe ao *Banco de México* e ao *National Banking*, sob a supervisão do Ministério das Finanças.

Está a cargo da *Federal Competition Commission* a aplicação da legislação concorrencial ao setor bancário, detendo o órgão no desempenho desse papel, no que diz respeito ao controle de condutas, competência decisória plena. Em relação ao controle de estruturas, porém, prevalece a decisão final do Ministro das Finanças.

O modelo mexicano assemelha-se ao de “competências concorrentes”, valendo o registro de que o órgão regulador concorrencial, também naquele país, não possui competência no tocante à regulação prudencial.

6.5.13. Noruega

O *Norwegian Banking, Insurance and Securities Commission – NBISC* é o responsável pela disciplina e aplicação da regulação prudencial, possuindo ainda competência para as questões concorrenciais do setor bancário, agindo em ambos os casos sempre sob a supervisão do Ministro das Finanças.

Também a *Norwegian Competition Authority*, a agência antitruste norueguesa, exerce jurisdição sobre o setor bancário, no seu caso, estando subordinada ao Ministério do Trabalho e da Administração.

Possuindo a agência reguladora prudencial e a concorrencial competência plena em matéria concorrencial sobre o setor bancário, em caso de divergência entre elas a decisão final será firmada em conjunto pelos ministros a que ambas se acham subordinadas.

O caso norueguês muito se aproxima ao modelo de “competências concorrentes”, sendo de se registrar que a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para tratar de questões prudenciais.

6.5.14. Polônia

A regulação prudencial é realizada pelo *National Bank of Poland*, sob a supervisão da *Commission of Banking Supervision*.

A autoridade antitruste responsável pela aplicação da lei de defesa da concorrência e pela apreciação das fusões e aquisições é a *Office for Competition and Consumer Protection*, cuja decisão pode ser revista pelo *Antimonopoly Court*, cumprindo ressaltar que as autoridades de regulação prudencial também auxiliam a instrução dos processos envolvendo questões concorrenciais.

O modelo polonês, apesar de apresentar “competências concorrentes”, uma vez que as autoridades de regulação prudencial também opinam sobre questões de defesa da concorrência, assemelha-se ao de “competências complementares”, pois a decisão concorrenciais é tomada de forma independente pela agência antitruste, o *Antimonopoly Court*.

6.5.15. Espanha

O setor bancário deve também observar a legislação antitruste, mas a decisão é tomada pela autoridade reguladora prudencial, o *Banco de España*, a quem é confiada, ainda, a regulação prudencial naquele segmento.

Assim, o modelo espanhol assemelha-se ao de “isenção antitruste”, detendo a autoridade reguladora prudencial poder tanto para regular o mercado como para aplicar a legislação antitruste.

6.5.16. Suécia

No caso do setor bancário, a regulação prudencial é confiada ao *Swedish Central Bank*, sob a supervisão do *Finansinspektionen – Financial Supervisory Authority*, ao passo que a aplicação do direito concorrencial está a cargo exclusivamente da *Swedish Competition Authority*.

A experiência sueca adota, portanto, o modelo de “competências complementares”, exercendo a autoridade reguladora prudencial e a concorrencial, competências exclusivas.

6.5.17. Suíça

A regulação prudencial é confiada ao *Swiss National Bank* e ao *Federal Banking Commission*, enquanto a aplicação do direito concorrencial está a cargo da *Federal Competition Commission*, agência que atua de forma independente, com uma única exceção, no caso, a hipótese específica da aquisição de banco em estado de insolvência, quando a competência para a análise e aprovação não cabe a ela, mas ao *Federal Banking Commission*.

A experiência suíça, portanto, embora priorize o modelo de “concorrências complementares”, também adota o de “competências concorrentes”.

6.5.18. Turquia

A regulação prudencial é confiada ao *Council of Ministers* e ao *Undersecretariat of the Treasury*, ambos subordinados ao Primeiro Ministro turco.

A *Competition Protection Board* está investida de competência para a aplicação do direito concorrencial no setor bancário, mas nos casos de processos envolvendo fusões e aquisições, a decisão final cabe ao Primeiro Ministro.

Pode-se concluir, assim, que a experiência turca observa o modelo de “isenção antitruste”, já que a autoridade reguladora concorrencial não participa da regulação prudencial, tampouco tem autonomia para aplicar o direito antitruste.

6.5.19. Reino Unido

A regulação prudencial do sistema financeiro do país compete ao *Financial Services Authority* e ao *Bank of England*.

Já a aplicação do direito concorrencial é conduzida pelo *Secretary of State for Trade and Industry*, após instrução conduzida pela *Office of Fair Trading* e decisão da *Monopolies and Mergers Commission*, isto em relação a matérias relativas a concentrações, já que no caso das condutas, a *Restrictive Practices Court* está incumbida das decisões, após instrução do processo pela *Office of Fair Trading*.

O modelo inglês, assim, aproxima-se do modelo de “competências complementares”, embora a ação da autoridade antitruste tenha seu escopo limitado.

6.5.20. Estados Unidos

A regulação prudencial é conduzida pelas seguintes autoridades: *Federal Reserve Board*, *Office of Comptroller of the Currency*, *Federal Deposit Insurance Corporation* e *Office of Thrift Supervision*.

A *Federal Trade Commission - FTC*, que aplica a legislação antitruste aos diversos setores da economia, não possui competência sobre o setor financeiro, onde a análise das fusões e aquisições está a cargo do *Department of Justice* dos Estados Unidos, sendo de se destacar que também o *Federal Reserve Board* e o *Office of Comptroller of the Currency* possuem poderes para apreciar as questões concorrenciais.

O *Federal Reserve Board - FED* possui poder para aprovar ou não as fusões e aquisições propostas. Caso decida por não autorizar a operação, esta decisão adquire caráter de definitividade no âmbito do Poder Executivo. Na hipótese, porém, de o *FED* aprovar a operação, poderá o *Department of Justice*, no prazo de 30 dias, propor ação judicial visando anular a decisão do *FED*, quando vier a discordar da aprovação efetivada pelas agências reguladoras do sistema financeiro.

O modelo norte-americano assemelha-se ao de “competências concorrentes”, possuindo as autoridades reguladoras prudenciais e concorrenciais, ambas, poderes para apreciar questões do direito antitruste.

6.5.21. União Européia

O caso da Comissão Européia insere-se no modelo de “competências complementares”. A autoridade antitruste, *EU Commission's Competition Services* possui competência exclusiva⁵⁵ para aplicar a legislação de defesa da concorrência no setor bancário.

6.5.22. Eslováquia

A experiência da Eslováquia insere-se no modelo de “competências complementares”. A regulação prudencial está a cargo do *National Bank of Slovakia*, ao passo que a defesa da concorrência está a cargo do *Antimonopoly Office of the Slovak Republic*.

6.5.23. Resumo da amostragem

Rápida análise das informações acima permite-nos fazer algumas observações:

- a. o modelo de “regulação antitruste”, onde a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto a regulação prudencial, e o de “desregulamentação”, em que há competência exclusiva da autoridade antitruste, não é adotado por nenhum dos países pesquisados;

⁵⁵ NEVES (2001, p. 262), informa que de acordo com os artigos 1º, 4º, 8º, 21 e 22 do Regulamento (CE) n° 4064/89, do Conselho de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controle das operações de concentrações entre empresas (JO L 257, de 21.09.1990, p. 13), a União Européia, através da Direção Geral da Concorrência (*Merger Task Force*), tem atribuição exclusiva para analisar concentrações de empresas de dimensão comunitária (princípio do balcão único ou interlocutor único). Os Estados-membros da União Européia, desse modo, não podem aplicar suas respectivas legislações às operações de dimensão comunitária, salvo em casos específicos, previstos no regulamento.

- b. três países, no caso, Alemanha, Espanha e Turquia, respondendo por 14% do total da amostra, adotam o modelo de “isenção antitruste”, aquele onde a autoridade reguladora prudencial, no caso brasileiro, o BACEN, aplicaria tanto a regulação prudencial como a legislação de defesa da concorrência;
- c. os modelos de “competências complementares”, caracterizado pela nítida divisão de trabalho entre as duas autoridades já mencionadas, e o de “competências concorrentes”, em que ambas têm competência para aplicar o direito antitruste são os de maior incidência, respondendo por 86% do total da amostra. Nesse percentual, a participação do primeiro modelo, de “competências complementares”, adotado por Austrália, República Tcheca, Finlândia, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Inglaterra, União Européia e República Eslováquia, portanto, por 10 (dez) países, é de 45%; ao passo que é de 41% a parcela correspondente ao modelo de “competências concorrentes”, utilizado por Áustria, Canadá, França, Itália, Japão, México, Noruega, Suíça e Estados Unidos, ou seja, por 9 (nove) países.

7. CADE vs. BACEN: O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NA DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL⁵⁶

⁵⁶ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos/estudos/obras/pareceres:

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

ALVES, S. D. S. Avaliação de Fusões de Bancos. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 6, nº 19, p. 13-18, janeiro-março, 2002.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Procuradoria-Geral. Parecer 2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18.10.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Banco Central do Brasil: Autarquia: Regime Jurídico do seu pessoal. Lei 8.112, de 1990, Art. 251: Inconstitucionalidade. ADIN nº 449-2/DF. Ministro Relator: Carlos Veloso. Brasília, DF, 15.11.1996. DJ de 22.11.1996. In: OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do setor bancário. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00053_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

CADE. Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S.A.; Brasmetal Indústria S.A.; e Zurich Participações e Representações Ltda. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CADE. Procuradoria do Cade. Parecer nº 876/2000, de 13.12.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CASTRO, F. O. S. Comentários à Lei nº 8.884/94: Arts. 7º a 9º. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CHRISTÓVAO, D. Fusão do Bradesco está livre de multa do Cade. **Valor Econômico (23.07.2003)**. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/html/noticias/2003/bancos_privados/fusao_do_bradesco_.htm>. Acesso em: 09 mar. 2004.

FONSECA, R. G. Regulação do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 7, nº 24, p. 92-122, abril-junho, 2004.

GOLDBERG, D. K. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 7, nº 23, p. 33-52, janeiro-março, 2004.

LOYOLA, G. J. L. A defesa da concorrência no mercado financeiro. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAZZUCATO, P. Z. Do Conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista do Ibrac**, São Paulo, SP, volume 8, número 2, p. 7-25, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Consultoria Jurídica. Parecer CJ nº 213/2000, de 18.12.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

NEVES, L. B. S. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Conflito de Atribuições entre o Banco Central e o Cade. In: FONSECA, A. (Org.). **Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

7.1. INTRODUÇÃO

No capítulo anterior, vimos que a atividade bancária está sujeita a duas formas de regulação, a prudencial e a concorrencial, cada qual com diferentes objetivos.

A regulação prudencial, como expusemos, visa garantir a higidez e a estabilidade do sistema financeiro, para com isso reduzir a possibilidade da ocorrência de crises de confiança no mercado e de seu desdobramento natural, o “risco sistêmico”, fenômeno econômico capaz de acarretar efeitos desastrosos sobre toda a economia.

A regulação concorrencial, por seu turno, dentro da qual se destaca o controle dos atos de concentração, como também já mencionamos, tem por objetivo principal evitar o abuso do poder econômico, caracterizado principalmente pela eliminação da concorrência, pela dominação dos mercados e pelo aumento arbitrário dos lucros.

Com base em estudo do Dr. Gésner Oliveira, expusemos ainda no capítulo anterior, uma resenha dos possíveis modelos de convivência entre os respectivos órgãos responsáveis pela regulação prudencial e concorrencial do setor bancário, dentro de um mesmo contexto, e da configuração institucional adotada por 22 (vinte e dois) diferentes países.

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.piquetcarneiroadvogados.com.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do setor bancário. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00053_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer PGFN/CAJ nº 491/2001, de 19.03.2001. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SADDI, J. Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 4, nº 5, p. 86-99, abril-junho, 1999.

SADDI, J. Concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 26**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 18 jul. 2004.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SOFIA, J. Cade deve analisar fusão de bancos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 07 jul. 2004. Folha Dinheiro, Caderno B-2, p. 3.

VAZ, I. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

WALD, A. O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor nas operações financeiras. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 3, nº 10, p. 13-34, outubro-dezembro, 2000.

WALD, A.; HAGSTRÖM, C. A. A defesa da concorrência e o Sistema Financeiro: A indivisibilidade do poder monetário. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito**

Agora, ocupar-nos-emos da questão central deste trabalho: tentar definir a quem cabe, no Brasil, analisar e autorizar os processos de fusão, incorporação e aquisição no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Se o CADE, o BACEN, ou ambos, de forma compartilhada.

Uma primeira observação que aqui repisamos, posto que já a mencionamos anteriormente, é que se tem como pacífica em nosso país a consideração de que a regulação prudencial do setor bancário brasileiro está confiada exclusivamente ao Banco Central, sempre atuando, no caso, sob as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – CMN.

A questão que passaremos a abordar é se, com o advento da Lei nº 8.884/94, ainda estaria a cargo do BACEN, como antes, também a regulação concorrencial do setor bancário, aí compreendida a atribuição de analisar e autorizar os processos de fusão, incorporação e aquisição envolvendo instituições financeiras, ou se esta atribuição lhe teria sido subtraída, parcial ou totalmente, em favor do CADE, em face dos comandos do referido diploma.

Vamos à discussão.

7.2. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA

Desde a reforma bancária do biênio 1964/66 sempre se entendeu que toda a regulação do Sistema Financeiro Nacional – SFN, seja ela prudencial ou concorrencial, estava confiada, de maneira exclusiva, às autoridades monetárias brasileiras, em especial, ao BACEN, conforme delegação feita pela Lei nº 4.595/64.

Esse entendimento, entretanto, pacífico até meados da última década, com a promulgação da Lei nº 8.884/94, tornou-se controvertido, pois muitos operadores do direito, economistas e autoridades governamentais, ligados ao assunto, passaram a entender que, em face das novas regras introduzidas no ordenamento por essa última lei, a referida competência do BACEN, no que diz respeito à regulação concorrencial do setor bancário, não mais existiria ou, quando muito, teria se tornado complementar àquelas atribuídas pela nova lei ao CADE.

A razão é que a nova lei, como veremos adiante, segundo a interpretação conjugada de seus artigos 15 e 54, § 3º, aparentemente derogando dispositivos da Lei nº 4.595/64, teria atribuído total ou parcialmente ao CADE referida competência, aí incluída, mesmo, a atribuição para analisar e autorizar os atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, subtraindo-a ao BACEN.

Aos poucos, reagindo o BACEN à posição institucional do CADE que, entendendo revogada a competência do primeiro, passou efetivamente a decidir atos de concentração no âmbito do SFN, veio a se instalar um verdadeiro conflito positivo de atribuições entre as duas autarquias, cada qual, com argumentos igualmente relevantes, reivindicando para si a referida competência.

E passados alguns anos, o embate subsiste, ainda hoje se discutindo se a mencionada competência pertenceria ao CADE, ao BACEN, ou se deve ser partilhada por ambos os órgãos, não logrando até aqui as duas autarquias superar suas divergências, malgrado os muitos questionamentos suscitados tanto no plano administrativo como judicial.

Procuraremos demonstrar, a seguir, onde reside a aparente antinomia jurídica entre as leis nº 4.595/64 e 8.884/94, que deu ensejo ao conflito de atribuições entre os dois referidos órgãos da administração pública brasileira.

Iniciando a análise pela Lei nº 8.884/94, pela redação de seu artigo 15, percebe-se, desde logo, o extenso âmbito de aplicação dessa lei, onde parece ter deixado claro o legislador a sua intenção de sujeitar às regras do aludido diploma quaisquer participantes do mercado, sem qualquer exceção. Confira-se a redação do referido dispositivo:

[...]

Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoais, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

[...]

O mesmo ocorreria com o artigo 54 e seu parágrafo 3º, do mesmo diploma, dispositivos que, sujeitando à apreciação do CADE “*os atos de concentração, sob qualquer forma manifestados*” (grifos nossos), se preenchidos os requisitos objetivos mencionados no referido parágrafo, ao que parece, também demonstraria a intenção do legislador em não admitir qualquer exceção. Veja-se:

[...]

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

[...]

§3º. Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

[...]

Da leitura e interpretação conjugada dos referidos dispositivos, fácil é concluir que, a partir da Lei nº 8.884/94, quaisquer entes participantes do mercado que queiram de qualquer modo unir-se mediante atos de concentração, se presentes os critérios objetivos estabelecidos no § 3º do art. 54 – concentração que resulte em participação igual ou superior a 20% do mercado relevante ou, que as empresas participantes do ato,

individualmente, tenham auferido faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões –, deverão submeter a operação à apreciação do CADE. E tal obrigação alcançaria as instituições financeiras, pois, como visto, a Lei nº 8.884/94 não teria admitido qualquer exceção.

Ora, mas a se admitir tal entendimento, ou seja, de que também as instituições financeiras devem submeter à apreciação do CADE os seus atos de concentração, como pondera Saddi (1999, p. 95), teríamos forçosamente que reconhecer que a Lei nº 8.884/94 teria derogado algumas disposições da Lei 4.595/64, em especial, a dos artigos 10, inciso X, “c” e “g”, 11, inciso VII, e 18, *caput*, c.c. § 2º, que abaixo transcrevemos, que há muito vinham conferindo praticamente idênticas atribuições ao Banco Central do Brasil. Confira-se:

[...]

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

[...]

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

[...]

c. ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

[...]

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

[...]

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

[...]

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;

[...]

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

[...]

§ 2º O Banco Central da Republica 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.

[...]

A questão que se coloca é a seguinte: teria a Lei nº 8.884/94 derogado os dispositivos acima?

Parece-nos, em princípio, que não, embora seja esta uma questão que será melhor tratada oportunamente nesta monografia.

O problema é que, caso venhamos a admitir, ainda que para fins de argumentação, que a Lei nº 8.884/94 não teria derogado os artigos 10, inciso X, “c” e “g”, 11, inciso VII, e 18, *caput*, c.c. § 2º, da Lei nº 4.595/64, encontrar-nos-íamos diante de um aparente conflito de normas, caracterizado, no caso, pela existência de duas leis brasileiras conferindo, em tese, praticamente idênticas atribuições ao CADE e ao BACEN no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Repetimos a indagação que fizemos há pouco: teria a Lei nº 8.884/94 derogado as referidas disposições da Lei nº 4.595/64?

Poderíamos lançar, ainda, alguns outros questionamentos.

Teria o nosso ordenamento, com a edição da Lei nº 8.884/94, subtraído ao BACEN a regulação concorrencial do Sistema Financeiro Nacional, delegando-a ao CADE, que já exerce essa atribuição nos demais setores da economia?

Se não houve a derrogação dos aludidos dispositivos da Lei nº 4.595/64, como se perquiriu há pouco, quem teria hoje a competência para aprovar uma operação de concentração entre instituições financeiras? Ou melhor, um banco que pretenda unir-se a outro deverá submeter a operação a qual dos dois órgãos?

Em caso de aprovação de um ato de concentração seja pelo BACEN ou pelo CADE, teria o outro órgão poderes para desconstituir ou mesmo impor condições à operação autorizada? Ou devem CADE e BACEN analisar um ato de concentração em conjunto, de maneira compartilhada, consoante o modelo de “competências complementares” delineado por Gésner Oliveira?

Essas e outras questões, pretendemos procurar esclarecer doravante, expondo a argumentação das partes envolvidas na discussão, o posicionamento da doutrina e, ao final, também o nosso entendimento a respeito.

Antes, porém, a partir das lições de Wald e Hagström (2002, p. 16/17) e, principalmente, de Campilongo, Rocha e Mattos (2002, p. 19/26), apresentamos a evolução dessa controvérsia nos últimos anos.

O conflito de atribuições envolvendo o CADE e o BACEN ganhou contornos práticos e notoriedade pela primeira vez em 1995, ano em que se deu a transferência do controle acionário do antigo Banco Francês e Brasileiro para o *American Finance Company Limited* - AFINCO, pertencente ao Banco Itaú S.A..

Naquela oportunidade, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, entendendo que a análise do negócio caberia ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, submeteu-o à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, órgão integrante do aludido sistema.

A SDE, entretanto, ao apreciar o ato de concentração, que ali tomou o nº 87/96, embora ressalvando que não via, à luz da Lei nº 8.884/94, impedimentos a que o negócio também fosse comunicado ao SBDC, entendeu que a competência para apreciá-lo, na verdade, seria do Banco Central.

Devendo a Secretaria recorrer de ofício desta sua decisão, como já mencionamos em tópico anterior deste trabalho, o caso foi levado à apreciação do CADE, cuja Procuradoria, após analisar o assunto, recomendou o encaminhamento do feito ao Banco Central para sua manifestação.

O CADE, no entanto, entendeu de maneira diversa, e ao julgar o recurso da SDE, não acatou a decisão recorrida, pelo contrário, por unanimidade, deu-se por competente para analisar o ato de concentração submetido ao SBDC.

Já o Banco Central, a quem o caso fora submetido pela Procuradoria do CADE, por sua vez, concluiu, por sua competência própria, por força do disposto na Lei nº 4595/64.

O segundo precedente foi o Ato de Concentração nº 08012.005424/99-00, em que figuraram como requerentes Daimlerchrysler Administradora de Consórcios S.C. Ltda., Starexport Trading S/A e Cim-Comercial e Importadora Ltda.

O ato tratava da aquisição, pelas duas últimas empresas, de parte do capital social da Dinâmica Administradora de Consórcios Ltda., que viriam a constituir, concluída a operação, a primeira empresa mencionada. Naquela oportunidade, o Plenário do CADE, por maioria, aprovou a operação.

Esses dois primeiros casos levaram o Banco Central a suscitar o conflito perante a Advocacia Geral da União – AGU.

O Ato de Concentração nº 08012.000765/00-41, em que figuraram como requerentes Banco Credibanco S.A., Credibanco S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários, Marcep S.A. Consultoria, Estudos e Planejamento, Creditrading Fomento Comercial Ltda., *Marcep Overseas Trust Limited*, *Marcep International Trade Finance Limited* e *BNY International Financing Corporation*, foi o terceiro precedente relacionado ao conflito de atribuições entre as duas autarquias, trazendo sua apreciação, como novidade, a discussão quanto à competência do Colegiado para analisar atos de concentração envolvendo instituições financeiras com o perfil específico como o do caso em exame, em que as requerentes operavam no ramo de financiamento de importações e exportações. Referido ato, porém, foi conhecido e aprovado sem restrições pelo Plenário do CADE.

O quarto precedente, objeto do Ato de Concentração nº 08012.007435/00-02, refere-se à operação de aquisição, pelo Banco Santander Central Hispano S.A., de substancial participação acionária da *Patagon.com International, Inc.* e daquelas que esta mantinha em outras empresas, ato que também foi aprovado sem restrições pelo CADE.

Discutiu-se no julgamento desse caso, dentre outras, a questão da recepção, como complementar, da Lei nº 4.595/64, firmando-se na oportunidade, ainda, o entendimento de que a função de guardião do sistema financeiro atribuída ao Banco Central, não se confundia com aquela do CADE, como órgão de defesa da concorrência.

No Ministério da Justiça, paralelamente, o Parecer CS/MS nº 213/2000, de 18.12.2000, sustentou também a tese de que Banco Central e CADE exerceriam “competências complementares” e, coerente com essa linha de raciocínio, concluiu pela inexistência de conflito entre as Leis nº 4.595/64 e 8.884/94.

Já o Parecer 2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18.10.2000, da Procuradoria-Geral do Banco Central, analisando a questão, adotando os critérios da superioridade hierárquica e da especialidade da Lei nº 4595/64 em relação à Lei nº 8884/94, sustentou a tese da competência exclusiva do Banco Central para a aprovação de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

O Parecer PGFN/CAJ nº 491/2001, de 19.03.2001, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, por sua vez, ao também apreciar o assunto, desenvolvendo a análise jurídica em dois níveis, o infraconstitucional e o constitucional, concluiu que no primeiro, o infraconstitucional, o entendimento jurídico correto era o do CADE, ao passo que no segundo, o constitucional, a interpretação do art. 192 da Constituição Federal daria respaldo à tese do BACEN, o que importaria em dar à Lei nº 8884/94 uma interpretação “conforme a Constituição”, subtraindo do CADE, com isso, as competências relativas ao Sistema Financeiro Nacional. O Parecer da PGFN, todavia, sugeriu, ao final, que a melhor solução para o caso não seria uma interpretação conclusiva e vinculante da AGU, mas sim uma mudança legislativa urgente que definisse claramente as competências das duas autarquias.

Em 25 de abril de 2001, o Diário Oficial da União publicou o Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001, adotado pelo Advogado-Geral da União através do Parecer nº GM – 20, de 05.04.2001, e aprovado pelo Sr. Presidente da República em despacho da mesma data, documento onde a Advocacia Geral da União, após analisar os argumentos das respectivas procuradorias do CADE e do BACEN e os mencionados em estudo do Dr. Gésner Oliveira, ex-presidente do CADE e, ainda, aqueles da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, que também se manifestara a respeito, concluiu

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

De inegável importância no contexto da controvérsia, esperava-se que o referido parecer pudesse dirimir de vez o conflito de atribuições entre as duas autarquias, já que nos termos do art. 40, § 1º⁵⁷, da Lei Complementar nº 73/93, a aprovação e a publicação de um parecer da AGU pelo Presidente da República, o que ocorrera, o tornaria vinculante para a Administração Federal.

Tal não ocorreu, entretanto, posto que o CADE, divergindo do posicionamento de sua Procuradoria, que se manifestara pelo acatamento do aludido parecer, ao julgar outro processo envolvendo instituições financeiras, o caso *Finasa Seguradora*, objeto do Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, e que tinha como requerentes Banco Finasa de Investimento S.A., Brasmetal Industrial Ltda. e Zurich Participações e

⁵⁷ Prevê o referido dispositivo:

[...]

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

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

[...]

Representações Ltda., aprovando a operação, firmou, pelo voto da maioria de seus membros, o entendimento de que o Colegiado não se achava vinculado às conclusões do parecer da AGU, ou seja, de que a despeito dele, o órgão mantinha autonomia para continuar analisando e decidindo atos de concentração no setor financeiro.

O fato é que mesmo depois desse episódio, o conflito de atribuições envolvendo o CADE e o BACEN continuou sem solução, como o demonstra a relativa frequência com que a questão é ventilada nos meios de comunicação, muito embora, desde a publicação do referido parecer AGU, como informa o diário “Folha de São Paulo”, de 07.07.2004, em reportagem sob o título “Cade deve analisar fusão de bancos”⁵⁸, não estejam as instituições financeiras submetendo seus atos de concentração àquele Colegiado.

No âmbito do Poder Judiciário, instância onde o conflito foi suscitado apenas de forma indireta, o entendimento tem variado.

Lembra Alves (2002, p. 15) que, dentre as decisões favoráveis ao Banco Central, destaca-se decisão liminar proferida em 21.11.2001 pelo juiz da 14ª Vara Federal de Brasília (DF), em mandado de segurança impetrado pelo Bradesco S.A., contra acórdão prolatado pelo CADE que, mesmo depois de a operação ter sido aprovada pelo Banco Central em 1998, aplicou ao banco multa de cerca de R\$ 180 mil por não ter o Bradesco submetido ao Conselho o ato pelo qual adquirira o controle acionário Banco de Crédito Nacional S.A. – BCN. O magistrado, na ocasião, fundamentou sua decisão afirmando que em face do parecer da AGU, antes mencionado, era o BACEN o único órgão competente para a apreciação de atos de concentração no sistema financeiro.

Por outro lado, em entrevista ao jornal “Valor Econômico”, edição de 23.07.2003, na reportagem que teve o título “Fusão do Bradesco está livre da multa do Cade”, Maria Paula Dallari Bucci, procuradora da Autarquia, lembrava que em recente caso envolvendo instituições financeiras, o Brascan, a Justiça do Distrito Federal havia se manifestado favoravelmente à tese defendida pelo CADE.

Também entre os doutrinadores, como veremos, não há consenso. Há quem diga que apenas o Banco Central teria competência para apreciar atos de concentração do setor financeiro. Outros, que deve ser o CADE o órgão responsável pela análise de tais operações. Há, ainda, a posição intermédia, que sustenta que ambas as autarquias devem partilhar tal atribuição.

A tal polêmica, finalmente, adicionou-se mais um ponto de discussão, qual seja, o de se estaria o CADE vinculado ao parecer da Advocacia Geral da União, que concluiu pela competência exclusiva do Banco Central do Brasil para a análise dos atos de concentração no âmbito do setor bancário.

É o que pretendemos abordar a seguir.

⁵⁸ Entrevistada na mesma reportagem, a economista Elizabeth Farina, indicada pelo Governo e aprovada em sabatina do Senado Federal para ocupar a presidência do CADE no próximo mandato, defendeu o seu posicionamento de que os atos de concentração entre instituições financeiras devam passar pelo crivo daquele tribunal administrativo, fato que bem evidencia a atualidade da discussão.

7.3. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES

Após a exposição de síntese do conflito de atribuições protagonizado por CADE e BACEN, para maior compreensão da divergência, passaremos agora, de maneira sumária, ao registro dos principais argumentos jurídicos das partes envolvidas na controvérsia, no caso, além das duas autarquias já mencionadas, também a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN e a Advocacia-Geral da União – AGU.

7.3.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Consubstanciados nos pareceres nº 876/2000 e CJ nº 213/2000, de 13 e 18.12.2000, da Procuradoria do CADE e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, respectivamente, e no estudo denominado "Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário", de autoria do ex-Presidente daquele Conselho, Dr. Gésner Oliveira, a que já fizemos referência nesta monografia, os argumentos do CADE, em resumo, são os seguintes:

1. é possível, à luz das leis nº 4.595/64 e 8.884/94, dividir a questão, distinguindo o controle *preventivo* dos atos de concentração envolvendo instituições financeiras daquele *repressivo* de infrações que venham elas a praticar contra a ordem econômica. No primeiro caso, ou seja, no exercício do controle preventivo, seriam *complementares* as competências do CADE e do BACEN, ao passo que, no segundo – controle repressivo –, a competência seria exclusiva do CADE. Não haveria, portanto, um conflito de normas, tampouco de atribuições entre as duas autarquias;
2. a competência do CADE para apreciar atos de concentração envolvendo instituições financeiras não pode ser afastada, posto que a Lei nº 8.884/94, ao deferi-la, não estabeleceu nenhuma exceção;
3. embora recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988, a Lei nº 4.595/64 conteria dispositivos que teriam sido recebidos com caráter de lei ordinária. Um exemplo é o art. 52⁵⁹ da precitada lei, que trata do quadro de servidores do Banco Central, que em acórdão⁶⁰ do

⁵⁹ Segue, abaixo, a redação do referido dispositivo:

[...]

Art. 52. O quadro de pessoal do Banco Central da República do Brasil será constituído de:

I - Pessoal próprio, admitido mediante concurso público de provas ou de títulos e provas, sujeita á pena de nulidade a admissão que se processar com inobservância destas exigências;

II - Pessoal requisitado ao Banco do Brasil S. A. e a outras instituições financeiras federais, de comum acordo com as respectivas administrações;

III - Pessoal requisitado a outras instituições e que venham prestando serviços à Superintendência da Moeda e do Crédito há mais de 1 (um) ano, contado da data da publicação desta lei.

Supremo Tribunal Federal – STF, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449/DF, relatada pelo eminente Ministro Carlos Veloso, que estendeu aos servidores do Banco Central o regime jurídico único estabelecido pela Lei nº 8.112/90, teve a sua aplicação afastada em face dessa última lei, sob o fundamento de que teria o referido artigo sido recepcionado com o status de lei ordinária;

4. (a) cabe à lei complementar regular as matérias para as quais o texto constitucional expressamente tenha previsto essa espécie normativa. (b) Do mesmo modo, e com base na doutrina de José Cretella Júnior, somente as leis e dispositivos que regulem matéria para a qual a Constituição Federal expressamente previra lei complementar é que como tal foram recepcionados. (c) Portanto, somente os dispositivos da Lei nº 4.595/64, que guardem relação com o rol taxativo do art. 192⁶¹ da

§ 1º O Banco Central da República do Brasil baixará dentro de 90 (noventa) dias da vigência desta lei, o Estatuto de seus funcionários e servidores, no qual serão garantidos os direitos legalmente atribuídos a seus atuais servidores e mantidos deveres e obrigações que lhes são inerentes.

§ 2º Aos funcionários e servidores requisitados, na forma deste artigo as instituições de origem lhes assegurarão os direitos e vantagens que lhes cabem ou lhes venham a ser atribuídos, como se em efetivo exercício nelas estivessem.

§ 3º Correrão por conta do Banco Central da República do Brasil todas as despesas decorrentes do cumprimento do disposto no parágrafo anterior, inclusive as de aposentadoria e pensão que sejam de responsabilidade das instituições de origem ali mencionadas, estas últimas rateadas proporcionalmente em função dos prazos de vigência da requisição.

§ 4º Os funcionários do quadro de pessoal próprio permanecerão com seus direitos e garantias regidos pela legislação de proteção ao trabalho e de previdência social, incluídos na categoria profissional de bancários.

§ 5º Durante o prazo de 10 (dez) anos, cotados da data da vigência desta lei, é facultado aos funcionários de que tratam os incisos II e III deste artigo, manifestarem opção para transferência para o Quadro do pessoal próprio do Banco Central da República do Brasil, desde que:

- a) tenham sido admitidos nas respectivas instituições de origem, consoante determina o inciso I, deste artigo;
- b) estejam em exercício (Vetado) há mais de dois anos;
- c) seja a opção aceita pela Diretoria do Banco Central da República do Brasil, que sobre ela deverá pronunciar-se conclusivamente no prazo máximo de três meses, contados da entrega do respectivo requerimento.

[...]

⁶⁰ Abaixo, a ementa do aludido acórdão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL: AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. Lei 8.112, de 1990, art. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.

I – O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II – *As normas da Lei 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no artigo 192, IV, da Constituição.* (sem grifos no original)

III – O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV – ADIn julgada procedente.” (ADIN nº 449-2/DF, Ministro Relator Carlos Veloso, publicada no DJ de 22.11.1996)

⁶¹ Esta era a redação do art. 192 da Constituição Federal à época da elaboração dos pareceres sob comento:

Constituição Federal é que teriam sido recepcionados com o status de lei complementar, o mesmo não ocorrendo com os demais dispositivos da mesma lei que não atendam tal condição. (d) Por outro lado, a leitura do aludido art. 192 da nossa Lei Maior demonstra que ali não se dispôs sobre a competência do Banco Central em matéria concorrencial. (e) É possível concluir, assim, que o art.

[...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador."

III - as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais;

IV - a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V - os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI - a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII - os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII - o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.

§ 1º - A autorização a que se referem os incisos I e II será inegociável e intransferível, permitida a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, e concedida sem ônus, na forma da lei do sistema financeiro nacional, a pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e que comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

§ 2º - Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados.

§ 3º - As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

[...]

Com a edição da Emenda Constitucional nº 40, de 29.05.2003, foram revogados todos os incisos do artigo, passando o *caput* a vigorar com 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.

[...]

18, § 2º, da Lei nº 4.595/64⁶², que atribui a regulação concorrencial ao BACEN, teria sido recepcionado com o status de lei ordinária, inclusive por força do disposto no art. 173, § 4º⁶³, da Magna Carta, que não prevê que a regulação da concorrência seja disciplinada por lei complementar, mas, sim, por lei ordinária. (f) Não admiti-lo importaria em contrariar aquele dispositivo constitucional. (g) Assim, recebido com o caráter de lei ordinária, o art. 18, § 2º teria sido derogado pela Lei nº 8.884/94, também lei ordinária, mas que foi editada posteriormente Lei nº 4.595/64;

5. a prevalecer a competência do Banco Central em matéria concorrencial, não teria essa Autarquia como punir infrações à ordem econômica, por falta de previsão específica da Lei nº 4.595/64, ou de dispositivo nesse diploma que delegue ao BACEN competência aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.884/94;
6. é possível a harmonização sistêmica entre as normas concorrenciais da Lei nº 4.595/64 e da Lei nº 8.884/94, cujos conteúdos normativos, tratando da defesa da concorrência, de forma específica e geral, respectivamente, e não incompatíveis entre si, devem ser interpretados de forma a se extrair deles competências tanto para o CADE quanto para o BACEN. Um modelo que propiciaria a convivência pacífica de ambos os dispositivos no ordenamento jurídico, sugere-se, seria um em que ao Banco Central caberia o papel de instruir processos administrativos que visem à apuração de conduta infrativa à ordem econômica, bem como o de emitir parecer acerca dos efeitos de determinado ato de concentração sobre a defesa da concorrência. Ao CADE, por sua vez, caberia apreciar e decidir, como tribunal administrativo, os processos de infração à ordem econômica instaurados pelo BACEN, bem como os atos de concentração, ambos relacionados a instituições financeiras e previamente instruídos por essa última autarquia; e

⁶² Segue abaixo a redação do referido dispositivo:

[...]

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

[...]

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

[...]

⁶³ Segue abaixo a redação do referido dispositivo:

[...]

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

[...]

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

[...]

7. precedente do modelo como acima sugerido no Brasil seria o da atual interação entre o CADE e a ANATEL, no setor de telecomunicações, objeto da Lei nº 9.472/97.

7.3.2. Banco Central do Brasil – BACEN

O Parecer 2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18.10.2000, da Procuradoria-Geral do Banco Central, sustenta a tese da competência exclusiva do Banco Central para a aprovação de atos de concentração envolvendo instituições financeiras, em resumo, com fundamento nos seguintes argumentos:

1. por força do art. 192 da Constituição Federal, a Lei nº 4.595/64 foi recepcionada como lei complementar, não podendo ser modificada ou revogada por lei hierarquicamente inferior, como é o caso da Lei nº 8.884/94, cujo status é de lei ordinária;
2. dispondo especificamente sobre a regulação das instituições financeiras, inclusive em seu aspecto concorrencial, a Lei nº 4.595/64 é especial, devendo prevalecer sobre a Lei nº 8.884/94, cuja natureza é geral;
3. os critérios da superioridade hierárquica e da especialidade da Lei nº 4595/64 em relação à Lei nº 8884/94, são utilizados para repelir o argumento do CADE de que essa última lei, ao delegar ao Conselho competência para analisar atos de concentração, não previra nenhuma exceção;
4. o argumento do CADE de que o art. 18, § 2º da Lei nº 4.595/64 teria sido recepcionado com o caráter de lei ordinária, primeiro, porque a competência do BACEN em matéria concorrencial, regulada pelo dispositivo, não foi mencionada no rol do art. 192 da Constituição Federal e, segundo, porque o art. 173, § 4º da Lei Maior, prevê a disciplina dessa matéria por lei ordinária, é combatido com os seguintes contra-argumentos:
 - a. o rol do art. 192 da Constituição Federal é exemplificativo e não taxativo, conclusão que seria autorizada pela utilização do vocábulo "inclusive" no *caput* do art 192⁶⁴ da Constituição Federal. Deste modo, a disciplina da concorrência no Sistema Financeiro Nacional estaria abrangida pela reserva legal complementar, embora não figurando expressamente do referido rol;
 - b. pela redação do art. 192, *caput*, da Lei Maior, combinada com o inciso IV, também as “atribuições” do BACEN serão objeto de regulamentação por lei complementar, o que implica em que até a edição dessa lei, o dispositivo que hoje esteja regulando a matéria tem força de lei complementar, posto que foi recepcionado como tal. Não há como negar que

⁶⁴ O art. 192, *caput*, da Constituição Federal, à época da elaboração dos pareceres sob comento, tinha 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, será regulado em lei complementar, que disporá, *inclusive*, sobre (grifos nossos):

[...]

regular “as condições da concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos” é, sem dúvida alguma, uma dessas atribuições, aliás, essencial dentro do SFN, o que conduz forçosamente à conclusão de que o aludido dispositivo foi efetivamente recebido com o status de lei complementar; e,

- c. tal entendimento não conflitaria, ainda, com o mencionado acórdão do STF, uma vez que não parece adequado admitir que o regime jurídico aplicável aos servidores do Banco Central constitua matéria relacionada ao Sistema Financeiro Nacional; e,
5. a Lei nº 9.447/97, editada posteriormente à Lei nº 8.884/94, em seu art. 5^o⁶⁵, ao conferir ao Banco Central competência para, em circunstâncias especiais, determinar “ex officio” e compulsoriamente, transferências de controle de capital e reorganizações societárias, reforça o argumento de que a intenção do legislador teria sido a de deferir ao BACEN a competência exclusiva pela responsabilidade de apreciar e decidir os atos de concentração envolvendo instituições financeiras também nas situações de normalidade econômica. Indaga-se no aludido parecer: “se, por disposição expressa de lei, o Banco Central pode, ‘ex officio’, determinar atos de concentração, que se dirá de aprová-los mediante provocação dos interessados?”

7.3.3. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN⁶⁶

⁶⁵ Segue, abaixo, a transcrição do referido dispositivo:

[...]

Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

I - capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II - transferência do controle acionário;

III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.

[...]

⁶⁶ A manifestação da PGFN na controvérsia foi necessária em face da vinculação do BACEN à Pasta do Ministério da Fazenda, em cujo âmbito a Procuradoria responde pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico (Lei Complementar nº 73/93, art. 13). A rigor somente após a sua manifestação apontando a caracterização do conflito jurídico-interpretativo é que poderia o BACEN ter suscitado a derradeira manifestação da AGU. Essa etapa, porém, não foi observada pela autarquia, vindo a PGFN a elaborar o seu parecer quando a questão do conflito entre as duas autarquias já era analisado no âmbito da AGU. Esse fato foi registrado no parecer da PGFN, que informa, elencando as razões, que o BACEN teria agido indevida e apressadamente no encaminhamento da questão.

O Parecer PGFN/CAJ nº 491/2001, de 19.03.2001, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, após reconhecer a efetiva existência de um conflito aparente entre as disposições dos arts. 10, IX, “c” e, especialmente, 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 com aquelas da Lei nº 8.884/94, especialmente os arts. 15 e 54, desenvolve a análise jurídica da questão em dois níveis: o infraconstitucional e o constitucional.

Sob o ponto de vista infraconstitucional, e com base nos critérios para solução de conflitos normativos previstos no art. 2º⁶⁷ do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, excetuando os que dizem respeito à “vigência temporária da lei” e “repristinação” (LICC, art. 2º, *caput*, 1ª parte, e art. 2º, § 3º, respectivamente), não aplicáveis ao caso, sustenta o parecer que:

a.i) ambos os diplomas em consideração têm a mesma hierarquia (ambos são leis) – a questão da “lei complementar” somente tem relevância em uma perspectiva constitucional; [...]

a.ii) a Lei nº 8.884/94 é posterior à Lei nº 4.595/64, e portanto milita a favor daquela primeira o critério temporal (LICC, art. 2º, *caput*, 2ª parte);

a.iii) a Lei nº 8.884/94 não revogou expressamente a Lei nº 4.595/64, afastando assim este critério de nossa análise (LICC, art. 2º, § 1º, 1ª parte);

a.iv) a Lei nº 8.884/94 não é direta e frontalmente incompatível com a Lei nº 4.595/64 – pois não previu a exclusividade CADE para tratamento da matéria concorrencial em sede administrativa, conforme se verifica tanto pela ausência de qualquer disposição afirmativa desta exclusividade quanto, a título exemplificativo pelo art. 54, § 10⁶⁸, da própria Lei nº 8.884/94 –, de forma que por este critério a competência atribuída pela primeira não necessariamente excluiria aquela anteriormente atribuída pelo segundo diploma (LICC, art. 2º, § 1º, 2ª parte);

a.v) a Lei nº 8.884/94 regulou inteiramente (no sentido de conjunto sistemático, e não de esgotamento material absoluto, o que, aliás, é praticamente impossível em qualquer área do conhecimento humano) a matéria concorrencial,

⁶⁷ Prevê o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, Lei de Introdução ao Código Civil – LICC:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

[...]

⁶⁸ Segue, abaixo, a transcrição do referido dispositivo:

[...]

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

[...]

§ 10. As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.

[...]

mas não "regulou inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (grifos no original), descaracterizando assim a subsunção do tema à hipótese referida na parte final do § 1º do art. 2º da LICC;

a.vi) dada a não incompatibilidade entre a Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 4.595/64 comentada no item a.iv supra, pode-se seguramente afirmar que o primeiro diploma estabeleceu disposições normativas gerais sobre a matéria concorrencial a par daquelas já anteriormente existentes no segundo diploma (LICC, art. 2º, § 2º) – não se pode considerar nenhuma das duas leis como "especial" por versar mais diretamente uma determinada matéria, pois isto importaria admitir que apenas seria "geral" uma lei que normalizasse várias ou todas as matérias existentes, de forma que a condição de "geral" ou "especial" é relativa e diz com o tema ora em foco: regulação e fiscalização concorrencial –, de forma que assim procedendo a Lei nº 8.884/94 não revogou nem modificou a Lei nº 4.595/64 (LICC, art. 2º, § 3º).

Termina o parecer da PGFN por concluir que, no campo estritamente legal, especialmente pelo exposto nos itens "a.iv", "a.v" e "a.vi", acima, que

[...] assiste razão à conclusão exarada pelo CADE no sentido de proclamar competência comum, haja vista que de um lado a Lei nº 8.884/94 não contempla exceções à competência do CADE mas, de outro, ela também não derogou o art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, mantendo assim a competência do BACEN [...];

Entretanto, sob a ótica constitucional, assevera o parecer da PGFN que o art. 192 dá respaldo à tese sustentada pelo BACEN, ponderando que

[...] a apreciação da matéria concorrencial no âmbito do sistema financeiro nacional, aí compreendidas inclusive as "condutas abusivas" e as medidas à sua prevenção e repressão, pressupõe o exercício das atividades de regulação, autorização e fiscalização a que se refere o art. 192 da Constituição, que exige legislação complementar à sua disciplina – recepcionando, porém, naquilo em que compatível, a Lei nº 4.595/64, e os arts. 10, IX, c, e 18, § 2º inequivocamente atendem aos critérios de compatibilidade inclusive por dar disciplina no particular aos arts. 170, IV, 173, § 4º, e 174, *caput*, da Constituição; [...]

Para concluir, mais adiante, que

Conseqüentemente, não sendo a Lei nº 8.884/94 de hierarquia complementar - e ainda menos voltada à específica disciplina do sistema financeiro nacional, como exigido no art. 192 da Lei Maior - e até a eventual edição da referida legislação complementar a matéria submete-se à disciplina do diploma legal que no particular foi recepcionado pela Constituição de 1988, à vista de sua compatibilidade material com as exigências da Lei Maior: a Lei nº 4.595/64. [...]

[...]

[...] *obviamente, pelo princípio fundamental da hierarquia das fontes jurídicas, prevalecem as condicionantes interpretativas resultantes da Constituição sobre aquelas decorrentes da interpretação infraconstitucional, e assim sendo deve-se reconhecer razão à posição jurídica assumida pelo BACEN* (grifos nossos); [...]

[...] esta conclusão não importa em declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 8.884/94, mas de aplicar-lhe interpretação conforme a Constituição, de forma a precisamente delimitar o seu âmbito de incidência à vista das determinações da Lei Maior, [...]

[...] esta conclusão não importa, igualmente, afastar a exigibilidade da comunicação a que refere art. 54, § 10, da Lei nº 8.884/94, desde que os dados assim coletados não sejam empregados em ações de regulação concorrencial direta do sistema financeiro nacional.

O parecer da PGFN, por fim, recomendou que, em que pesem as conclusões a que chegara, a melhor solução para o caso não seria uma interpretação conclusiva e vinculante da AGU, como proposto pelo BACEN, mas sim uma mudança legislativa urgente que definisse claramente as competências das duas autarquias.

7.3.4. Advocacia-Geral da União – AGU

A AGU, em seu Parecer nº AGU/LA – 01/2001⁶⁹, de 28.03.2001, após analisar os argumentos do CADE, BACEN e PGFN, que acima expusemos de maneira sumária, concluiu, à luz da legislação vigente, pela competência exclusiva do BACEN para a análise e aprovação dos atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, alinhando, na oportunidade, os seguintes argumentos:

1. o estudo do Dr. Gésner Oliveira, em que principalmente se basearam os pareceres nº 876/2000 e CJ nº 213/2000, de 13 e 18.12.2000, da Procuradoria do CADE e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, respectivamente, é de grande amplitude, preocupando-se com questões como, por exemplo, o estabelecimento de um modelo ótimo de convivência entre o CADE e o BACEN, que fogem do âmbito da consulta formulada pelo Banco Central. Deve-se, portanto, afastá-las da discussão, até porque o seu debate caberia, na verdade, à fase pré-legislativa;
2. o conflito entre as respectivas posições do CADE e do BACEN não é aparente, mas real;
3. o rol do art. 192 da Constituição Federal é exemplificativo, e não taxativo, como se deve depreender da utilização da expressão “inclusive” no *caput* do dispositivo. Além disso, o mesmo artigo, ao relacionar exemplificativamente as matérias que deverão ser reguladas por lei complementar, no inciso IV inclui "a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas" (grifos no original). Não pode haver dúvidas quanto ao fato de que os arts. 10, X, alíneas “c” e “g”, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, dizem respeito a atribuições do Banco Central. Portanto, foram eles recepcionados pela Lei Maior como

⁶⁹ Como dissemos anteriormente, referido parecer, adotado pelo Advogado-Geral da União através do Parecer nº GM – 20, de 05.04.2001, e aprovado pelo Sr. Presidente da República em despacho da mesma data, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, tem se entendido, teria se tornaria vinculante para a Administração Federal.

de natureza complementar, só podendo, desse modo, ser alterados ou derogados por lei de igual hierarquia. Assim, correto é o entendimento da Procuradoria-Geral do Banco Central;

4. a referência feita ao art. 52 da Lei nº 4.595/64, que trata do quadro de pessoal do Banco Central, que teria sido recebido com o caráter de norma ordinária e não como lei complementar, conforme decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-DF, além de desnecessária ao deslinde da questão, não tem o condão de legitimar entendimento em contrário, pois, o regime jurídico do servidor do Banco Central nada tem a ver com o disposto no inciso IV do art. 192 da Constituição Federal, tampouco com o Sistema Financeiro Nacional, conforme contra-argumentou o BACEN. Por outro lado, o que a aludida ação realmente decidiu foi que a regra do art. 251⁷⁰, da Lei nº 8.112/90, era inconstitucional, posto que incompatível com o teor do art. 39⁷¹, da Constituição

⁷⁰ Prevê o art. 251 da Lei nº 8.112/90:

[...]

Art. 251. Enquanto não for editada a Lei Complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal, os servidores do Banco Central do Brasil continuarão regidos pela legislação em vigor à data da publicação desta lei.

[...]

⁷¹ Segue, abaixo, a transcrição do dispositivo:

[...]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos."

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

[...]

Federal, sendo que a mesma incompatibilidade, no caso, também ocorre em relação ao artigo 52 da Lei nº 4.595/64.

5. o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, ao permitir que sua regulamentação seja feita por lei ordinária, não teria a força e o sentido que a ele quiseram emprestar os que advogam a causa do CADE, posto que isto não impediria que um outro dispositivo constitucional pudesse prever tratamento específico para determinado setor mediante lei complementar, como o fez, no caso, o art. 192 da Magna Carta;
6. também desnecessária à solução do conflito foi a alusão feita ao relacionamento entre o CADE e a ANATEL, para sinalizar a existência de precedente no Brasil na convivência entre órgãos reguladores prudenciais e concorrenciais, como a sugerir a aplicação desse modelo também para BACEN e CADE. A verdade é que o relacionamento entre CADE e ANATEL é substancialmente diferente daquele existente entre o Conselho e o BACEN, pelas seguintes razões:
 - a. primeiro, porque a interação envolvendo CADE e ANATEL é objeto de matéria de lei ordinária, por força do art. 21, inciso XI⁷², da Constituição Federal, ali não se colocando, como no caso em discussão, o conflito entre lei complementar e lei ordinária; segundo, porque, a lei nº 9.472/97, nos seus artigos 7º, §§ 1º, 2º e 3º e 19, inciso XIX⁷³, deu tratamento específico ao relacionamento CADE e ANATEL;

⁷² Prevê o art. 21, inc. XXI, da Constituição Federal:

[...]

Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

[...]

⁷³ Segue, abaixo, a redação dos referidos dispositivos:

[...]

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

[...]

- b. e tal tratamento constituiu uma discricionariedade do legislador, pois este poderia, se o quisesse, sem qualquer inconstitucionalidade, através da Lei nº 9.472/97, ter deferido tal competência exclusivamente à ANATEL, o que não estaria vedado pelo art. 173, § 4º da Constituição Federal, que não proíbe que a competência para o exame das matérias a que ele se refere seja outorgada a mais de um órgão, o que não ocorreu com a Lei nº 4.595/64, que deu essa competência integralmente ao Banco Central;
7. como acertadamente afirma o Parecer da Procuradoria do Banco Central, a promulgação da Lei nº 9.447/97, lei ordinária posterior à Lei nº 8.884/94, conferindo ao BACEN a atribuição para, “ex-officio”, determinar atos de concentração no setor bancário em circunstâncias especiais, é fato que advoga a favor da tese da exclusividade da competência daquela autarquia para o exercício da mesma prerrogativa nas situações de normalidade;
8. não se pode dizer, como faz o CADE que, a prevalecer a tese da competência exclusiva do BACEN, as eventuais infrações à ordem econômica ocorridas no âmbito do SFN ficariam impunes, por falta de delegação da Lei nº 4.595/64 ou mesmo porque este diploma não sancionaria tais condutas. Pelo contrário, o art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 atribui tal competência ao BACEN que pode, em face da ampla margem de discricionariedade que lhe é deferida pelo dispositivo, editar regras próprias com vistas a aplicar as punições, utilizar-se dos critérios e penas estabelecidos por outras leis, inclusive pela própria Lei nº 8.884/94, ou mesmo valer-se das penalidades previstas no art. 44⁷⁴, da Lei nº 4.595/64, que alcançam até mesmo a hipótese dos abusos de concorrência, nos termos do §2º, alínea “b”, do mesmo artigo; e,

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

[...]

⁷⁴ Prevê o art. 44 da Lei nº 4.595/64:

[...]

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

I - Advertência.

II - Multa pecuniária variável.

III - Suspensão do exercício de cargos.

IV - Inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras.

V - Cassação da autorização de funcionamento das instituições financeiras públicas, exceto as federais, ou privadas.

VI - Detenção, nos termos do § 7º, deste artigo.

9. o parecer da PGFN, ao dar razão ao entendimento do Banco Central sob a ótica constitucional, no mérito, acompanha as conclusões do parecer da AGU.

VII - Reclusão, nos termos dos artigos 34 e 38, desta lei.

§ 1º A pena de advertência será aplicada pela inobservância das disposições constantes da legislação em vigor, ressalvadas as sanções nela previstas, sendo cabível também nos casos de fornecimento de informações inexatas, de escrituração mantida em atraso ou processada em desacordo com as normas expedidas de conformidade com o art. 4º, inciso XII, desta lei.

§ 2º As multas serão aplicadas até 200 (duzentas) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo:

a) advertidas por irregularidades que tenham sido praticadas, deixarem de saná-las no prazo que lhes for assinalado pelo Banco Central da República do Brasil;

b) infringirem as disposições desta lei relativas ao capital, fundos de reserva, encaixe, recolhimentos compulsórios, taxa de fiscalização, serviços e operações, não atendimento ao disposto nos arts. 27 e 33, inclusive as vedadas nos arts. 34 (incisos II a V), 35 a 40 desta lei, e abusos de concorrência (art. 18, § 2º);

c) opuserem embaraço à fiscalização do Banco Central da República do Brasil.

§ 3º As multas cominadas neste artigo serão pagas mediante recolhimento ao Banco Central da República do Brasil, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da respectiva notificação, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo e serão cobradas judicialmente, com o acréscimo da mora de 1% (um por cento) ao mês, contada da data da aplicação da multa, quando não forem liquidadas naquele prazo;

§ 4º As penas referidas nos incisos III e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando dá reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 5º As penas referidas nos incisos II, III e IV deste artigo serão aplicadas pelo Banco Central da República do Brasil admitido recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho Monetário Nacional, interposto dentro de 15 dias, contados do recebimento da notificação.

§ 6º É vedada qualquer participação em multas, as quais serão recolhidas integralmente ao Banco Central da República do Brasil.

§ 7º Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central da República do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.

§ 8º No exercício da fiscalização prevista no art. 10, inciso VIII, desta lei, o Banco Central da República do Brasil poderá exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as referidas no parágrafo anterior, a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis e livros de escrituração, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço à fiscalização sujeito à pena de multa, prevista no § 2º deste artigo, sem prejuízo de outras medidas e sanções cabíveis.

§ 9º A pena de cassação, referida no inciso V, deste artigo, será aplicada pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil, nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com as penas previstas nos incisos III e IV deste artigo.

[...]

7.4. O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA⁷⁵

7.4.1. Gustavo Loyola⁷⁶

No estudo de sua autoria denominado “A defesa da concorrência no mercado financeiro”, discorre Loyola (2002, p. 47/62) sobre o conflito de atribuições envolvendo o CADE e o BACEN. Os principais pontos deste estudo dedicados à controvérsia, de forma resumida, apresentamos a seguir.

O autor, inicialmente, após chamar a atenção para a indesejável insegurança e para os sérios inconvenientes administrativos gerados pelo conflito, manifesta o seu entendimento de que não se deve buscar para o impasse uma solução eminentemente jurídica, ou seja, baseada apenas na interpretação das leis vigentes.

Seria importante, segundo ele, buscar, mediante discussão do problema pelos órgãos envolvidos, aquele que seria o melhor arranjo institucional para a defesa da concorrência no mercado financeiro, para depois se passar à redação das leis que estabelecerão as respectivas competências e responsabilidades.

Seu primeiro posicionamento quanto à controvérsia é que não há como retirar do Banco Central a competência para tratar da defesa da concorrência nos mercados sob sua supervisão. A questão que poderia ser colocada, segundo o autor, é se o BACEN deve ou não compartilhar essa competência com o CADE e, se esse for o caso, em que condições isso deveria ocorrer.

⁷⁵ Poderá estranhar o leitor a razão de não se ter mencionado neste tópico o posicionamento de Gésner Oliveira a respeito do conflito de atribuições envolvendo CADE e BACEN, objeto desta monografia. A omissão, na verdade, foi proposital, isto para que não fôssemos repetitivos. Na verdade, as posições do referido autor a respeito da polêmica se acham reproduzidas no estudo denominado “Defesa da Concorrência e Regulação: O Caso do Setor Bancário”, a que muita referência se fez nesta monografia. Para maiores informações, consultar os itens 6.4., 6.5., 7.3.1., 7.3.4., 7.4.1. e 7.4.2. Vale a lembrança, ainda, de que praticamente toda a argumentação jurídica do CADE no tocante à questão, objeto dos pareceres nº 876/2000 e C J nº 213/2000, de 13 e 18.12.2000, da Procuradoria do CADE e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, respectivamente (v. item 7.3.1., acima), se baseia no referido estudo.

⁷⁶ Gustavo Jorge Laboissière Loyola exerceu a presidência do Banco Central do Brasil por duas vezes: entre novembro de 1992 e março de 1993, e entre junho de 1995 e agosto de 1997. Além disso, foi Diretor de Normas do Mercado Financeiro do BC, entre março de 1990 e novembro de 1992. Como funcionário de carreira do Banco Central exerceu outros cargos naquela instituição, dentre as quais se destaca o de Chefe do Departamento de Normas do Mercado de Capitais.

É Doutor em Economia pela Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, onde também cursou o mestrado em Economia.

Participou de diversas reuniões e seminários internacionais no campo da regulação financeira representando o Brasil, inclusive no FMI e no Comitê de Supervisão Bancária do BIS, na Basiléia.

Na área acadêmica, foi professor de Teoria Monetária e Macroeconômica da FGV, em São Paulo em 1988 e 1989.

Atualmente é sócio da Tendências Consultoria Integrada, empresa de consultoria econômica e política sediada em São Paulo.

Fazendo referência ao estudo do Dr. Gésner Oliveira, já mencionado neste trabalho, que concluiu que o ideal seria o estabelecimento de um modelo de *competências complementares* entre as duas autarquias, onde haveria entre elas uma divisão de tarefas em matéria concorrencial, Loyola afirma que a solução proposta, embora superior ao modelo de *competências concorrentes*, delineado pelo mesmo autor, talvez não o seja em relação a uma estrutura que tivesse o BACEN como o único responsável pela aplicação da legislação antitruste no mercado financeiro.

O problema, segundo Loyola, é que, a par das dificuldades de coordenação que certamente acarretaria entre os dois órgãos, como já há exemplos atualmente na administração pública brasileira, a partir da proliferação das agências reguladoras, no modelo de *competências complementares* proposto por Gésner Oliveira, o Banco Central tenderia a ter um papel subalterno, restrito à instrução de processos e emissão de pareceres, posto que a ótica a prevalecer, na tomada de decisões, seria sempre a antitruste, já que ao CADE caberia a primazia da decisão final. Esta situação, de acordo com o autor, poderia trazer, dentre outros, os seguintes inconvenientes:

- a. o CADE não estaria necessariamente vinculado aos pareceres do BACEN, o órgão regulador prudencial;
- b. no controle de condutas, por ocasião do julgamento dos processos administrativos instaurados pelo BACEN, o CADE teria que eventualmente se manifestar quanto à própria regulação prudencial e sistêmica, que freqüentemente não é neutra sob o ponto de vista concorrencial;
- c. com o decorrer do tempo, em face da menor relevância de seu papel, a própria autoridade do Banco Central no campo da supervisão bancária acabaria fragilizada, criando-se, segundo o autor (2002, p. 59), “um incentivo perverso para que os regulados passem a ‘jogar na dissensão’ entre o CADE e o BACEN”, com o risco, na prática, de o modelo de *competências complementares* converter-se no de *competências concorrentes*, o que seria de todo indesejável; e,
- d. a partilha de competência e autoridade entre os dois órgãos enfraqueceria o poder de intervenção necessário em situações críticas.

Após as considerações acima, e mesmo reconhecendo que o atual sistema legal, organizado em torno da Lei nº 4.595/64, não é satisfatório, cujo envelhecimento, quando comparado ao das modernas leis nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência), segundo o autor, seria a principal razão para os ataques ao CMN e ao BACEN para deles retirar suas funções normativas e de fiscalização nas áreas de defesa do consumidor e antitruste, respectivamente, manifesta-se no sentido de que

[...] parece recomendável, com mais razão, manter-se no Brasil o espírito da Lei nº 4.595/64, que atribuiu exclusivamente ao BC o papel de zelar pela defesa da concorrência no mercado financeiro. É o que fazem países como Alemanha, França, Espanha, Itália e Estados Unidos. Evidentemente, o BC deveria obter a concordância do CADE sempre que um ato de concentração no mercado financeiro trouxesse repercussão sobre a estrutura de competição em outros mercados.

[...]

[...] é indispensável que o BC preserve apenas a competência regulatória sobre as instituições e mercados que sejam fontes de “risco sistêmico”. Vale dizer, o BC se responsabilizaria fundamentalmente pelas instituições bancárias e pelos

sistemas de pagamentos. Outros tipos de intermediários financeiros, como corretoras e distribuidoras de valores, empresas de *factoring* e de *leasing*, administradoras de consórcios e de cartões de crédito, administradores de fundos mútuos e de previdência, seguradoras etc. cairiam na órbita de outras instituições reguladoras.

[...]

Por outro lado, é necessário que o BC incorpore explicitamente na sua rotina a preocupação com os aspectos concorrenciais, passando a aplicar efetivamente os conceitos da lei de defesa da concorrência nos mercados sob sua supervisão.

[...]

Nos demais segmentos do mercado financeiro, não sujeitos ao “risco sistêmico”, não vê o autor óbices a que o CADE atue normalmente, sendo possível implantar-se ali, para ele, o modelo de *competências complementares* recomendado por Gésner Oliveira, ou mesmo restringir a regulação apenas às defesas do consumidor e da concorrência, conclui.

7.4.2. Arnoldo Wald⁷⁷

Arnoldo Wald, em dois estudos a que tivemos acesso, “O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor nas operações Financeiras” e “A defesa da concorrência e o Sistema Financeiro: a indivisibilidade do poder monetário”, o segundo, elaborado em parceria com Carlos Alberto Hagström⁷⁸, também chamando a atenção para a insegurança jurídica que a controvérsia pode trazer a um setor tão sensível quanto o financeiro, baseado na confiança, manifesta o seu entendimento no sentido de que, em matéria concorrencial, a competência é e deve ser exclusiva do BACEN, pelas seguintes razões:

- a. citando alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal e doutrina do professor José Afonso da Silva, assinala que as normas dos arts. 10, X, e 18, § 2º, da lei bancária, têm status de lei complementar, em decorrência do disposto no art. 192, IV, da Constituição Federal, não podendo ser modificada por lei ordinária;
- b. ainda que faltasse a natureza de lei complementar aos referidos dispositivos, o que admite o autor apenas para fins de argumentação, deve-se observar que a Lei nº 4.595/64, pela sua especialidade e especificidade, deve prevalecer sobre a Lei nº 8.884/94, reconhecidamente geral, não podendo, por isso, nos termos do § 2º do art. 2º da LICC (Decreto-lei nº 4.657/42), derrogar as disposições da primeira; e,

⁷⁷ Arnoldo Wald é advogado, sócio fundador de Wald e Associados Advogados, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.

⁷⁸ Carlos Alberto Hagström é advogado, sócio de Wald e Associados Advogados, Procurador aposentado do Banco Central do Brasil.

- c. as normas da Lei n° 9.447/97, posterior à Lei n° 8.884/94, e que também são especiais em relação à dessa última, não apenas confirmam a competência exclusiva do Banco Central, como são incompatíveis com as disposições da lei antitruste, uma vez que estabelecem medidas excepcionais e urgentes, em situações de crise de instituições financeiras.

A par dos aspectos jurídicos da questão, o autor aponta, ainda, outros motivos pelos quais a análise dos atos de concentração do setor bancário deve estar a cargo do Banco Central, dos quais destacamos os abaixo:

- a. em determinados situações, de crise, especialmente, uma operação deve ser aprovada com extrema rapidez, não havendo como dar maior atenção à análise de questões concorrenciais, ou aguardar-se ainda que alguns dias para isso;
- b. é preciso reconhecer as particularidades e especificidades do Sistema Financeiro Nacional, em razão das quais a questão da concorrência tem que ser analisada necessariamente sob uma ótica diferenciada daquela dos demais setores econômicos;
- c. em muitos países – cita Estados Unidos, Itália e Comunidade Européia – em que igualmente há órgãos específicos de controle do abuso do poder econômico e da livre concorrência, a competência para examinar referidos atos de concentração é das autoridades monetárias; e,
- d. o país não tem, hoje, estrutura, experiência ou "cultura" administrativa para adotar o modelo de competências complementares, como propõe o Dr. Gésner Oliveira. As recentes experiências onde o referido modelo foi utilizado, como a divisão de competências entre o CADE e a ANATEL, objeto da Lei n° 9.472/97, ou mesmo entre a última e a ANEEL, para o autor, não permitiriam, ainda, uma avaliação clara das suas conseqüências práticas. E lembra também o autor que, no passado, o que se observou é que, em face das várias e crônicas deficiências de nossa administração pública, “esse ‘compartilhamento’ de competências levou, quase sempre, a divergências e conflitos entre os órgãos envolvidos, quando não à paralisação de ações que deveriam ser conduzidas.” (2002, p. 25)

Conclui Wald afirmando que o seu posicionamento não impede que se venha a admitir que se estabeleça um esquema de cooperação e de intercâmbio de informações técnicas entre o CADE e o BACEN, “observadas, evidentemente, as exigências de sigilo, quando for o caso, e a prevalência da decisão da autoridade monetária.” (2002, p. 27)

7.4.3. Jairo Saddi⁷⁹

⁷⁹ Jairo Saddi é sócio do escritório Campos, Antonioli & Saddi Advogados. É Doutor em Direito Econômico pela USP, Researcher da Harvard Law School (EUA), advogado pela Faculdade de Direito da USP e administrador de empresas pela EAESP/FGV. É, ainda, professor e coordenador do Curso de Direito do Ibmecc e diretor do Centro de Estudos de Direito do Ibmecc – IbmeccLAW.

Jairo Saddi, em pelo menos dois estudos a que tivemos acesso, “Concentração no Sistema Financeiro Nacional” e “Aprovação pelo Banco Central de controle de instituição financeira”, aborda a questão do conflito de atribuições envolvendo o CADE e o BACEN, dos quais destacamos os pontos abaixo:

Após discorrer sobre as peculiaridades próprias do Sistema Financeiro Nacional, demonstrando que sua disciplina exige a adoção de regras particulares e especiais, de ressaltar, a seguir, o importante papel exercido pelo Banco Central no âmbito do referido sistema, o autor, adentrando na questão do conflito entre as duas autarquias, lembra que, ainda que se reconheça a recepção como complementar da Lei nº 4.595/64, não há como negar a existência de um conflito legal entre esta e a Lei nº 8.884/94, ambas conferindo ao BACEN e ao CADE, respectivamente, o poder de autorizar atos de concentração. Propõe, então, 4 (quatro) critérios objetivos para o perfeito enquadramento da questão.

O primeiro deles deve recair sobre a “matéria”, ou seja, se esta diz respeito à atividade monetária ou envolve assuntos ligados ao mercado de consumo.

Se o ato de concentração tiver impacto direto sobre o mercado consumidor – por exemplo, um banco, já detentor de parcela relevante do mercado de cartões de crédito adquire a um outro com o mesmo perfil –, o CADE deve opinar, já que a matéria monetária, aqui, é secundária. Por outro lado, se o assunto for de natureza puramente monetária – por exemplo, a fusão de um banco não traz impacto significativo sobre o mercado –, o julgamento, neste caso, deve ficar adstrito à autoridade monetária.

O segundo critério deve ser relativo ao “público” que sofrerá tais impactos.

De acordo com o autor, o CADE deve, mais uma vez, restringir sua atuação em esferas onde a proteção do consumidor esteja em maior risco, já que os grandes investidores, certamente, terão meios próprios para exercer pressão sobre a autoridade monetária para ver satisfeitos seus objetivos em relação ao ato de concentração que esta esteja analisando.

O terceiro critério relevante deve ser o da “urgência”. O Banco Central não é um órgão colegiado. Assim, suas decisões, se necessário, em situações especiais – para salvar uma instituição bancária e, com isso, evitar uma corrida bancária, por exemplo –, podem ser tomadas em regime de urgência. O mesmo já não ocorreria em relação ao CADE, cuja decisão, por requerer um prévio procedimento processual, em face da demora, poderia colocar em risco, definitivamente, a instituição financeira ameaçada.

Para o autor, o quarto critério diz respeito ao “cumprimento das demais normas do sistema financeiro nacional”, especialmente de acordos internacionais como o de Basiléia, quanto à adequação do capital das instituições financeiras ao nível de risco de seus ativos. Numa fusão, o novo banco terá que cumprir tais critérios que, sendo de ordem objetiva, não teria como o CADE vir a opinar.

Com base em tais critérios, entende o autor que o poder de autorizar atos de concentração no âmbito do setor financeiro deve estar subordinado ao Banco Central que, além de maior especialização na tarefa, tais operações podem ter implicações na política monetária e na ocorrência de riscos sistêmicos. Por outro lado, o CADE, ainda segundo ele, já se encontraria por demais assoberbado com suas atividades próprias, como a

repressão a infrações à ordem econômica e julgamento dos atos de concentração dos demais setores econômicos.

7.4.4. Calixto Salomão Filho⁸⁰

Calixto Salomão Filho, no estudo denominado “Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro” (2002, p. 129/147), também aborda a questão do conflito de atribuições entre CADE e BACEN. Os principais pontos do trabalho destacamos a seguir.

Informa o autor que nos Estados Unidos, país com maior tradição que o Brasil na questão das agências reguladoras, costuma-se utilizar a *Pervasive Power Doctrine* (Teoria do Poder Amplo) para a solução de impasses como o da espécie.

Por essa doutrina, explica o autor, a competência da autoridade antitruste somente deve ser afastada em favor da autoridade reguladora na ocorrência de 2 (duas) situações, descritas resumidamente abaixo:

1. se o poder da autoridade reguladora for *extenso* o bastante para afastar qualquer outra competência regulatória, inclusive a concorrencial; ou,
2. se, embora não extenso àquele ponto, o poder da autoridade reguladora for *profundo* o bastante de forma a englobar a competência para aplicar o direito antitruste.

Nessa segunda situação, ou seja, para que fique caracterizada a *profundidade*, segundo Salomão (2002, p. 144), é preciso verificar a presença de 3 (três) requisitos, cumulativamente:

[...] (a) dispositivos legais e constitucionais regulamentando ao menos o gênero de comportamento ou situação em análise; (b) órgão estatal ou agência regulamentar independente encarregada da fiscalização do setor específico, autorizada a levar em consideração todos os aspectos envolvidos, inclusive os efeitos sobre o mercado; (c) efetiva atuação desse órgão no controle e fiscalização do setor, que demonstre sua consideração dos aspectos mercadológicos.

[...]

Aplicando a referida doutrina ao caso brasileiro, para o autor enquadrado na perspectiva “2”, acima, observa ele que, embora seja de se reconhecer que se acham preenchidos os dois primeiros requisitos, ou seja, (a) e (b), pois temos um órgão regulador, o Banco Central, que dispõe de um arcabouço jurídico – Lei nº 4.595/64, arts. 10, inc. X, letras “c” e “g”, 11, inc. VII e 18, § 2º – que o credencia a fiscalizar e aplicar o direito concorrencial no setor financeiro, falta, no entanto, o cumprimento também do requisito “c”, igualmente fundamental, para que se caracterize o poder do BACEN como *pervasive*, como a seguir

⁸⁰ Calixto Salomão Filho é professor associado da Faculdade de Direito da USP, Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Roma, Livre-Docente em Direito Comercial pela USP e Advogado em São Paulo.

argumenta o estudioso (2002, p. 145/146):

[...] O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica em matéria concorrencial. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência à análise da situação do ponto de vista concorrencial. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (CADE), pelo menos até que ele demonstre efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial. Perfeitamente possível, portanto, nessa esfera, não só a revisão judicial, mas também a revisão administrativa do próprio ato administrativo. O não exercício de uma competência legal em sua plenitude por um determinado órgão e a existência de competência concorrente de outro órgão tornam essa postura necessária.

Em resumo, segundo Salomão, o não exercício pelo BACEN, em sua plenitude, da competência específica que lhe foi outorgada pela Lei nº 4.595/64 para aplicar o direito antitruste no âmbito do setor financeiro, autorizaria o CADE a exercitar, naquele segmento, subsidiariamente, a prerrogativa que lhe foi atribuída pela Lei nº 8.884/94 para a generalidade dos mercados, pelo menos até que venha o primeiro a incumbir-se da referida atribuição.

De acordo com o autor, ainda, outras razões legitimariam o CADE a tanto:

- a. nossa Constituição não prevê, salvo pela hipótese específica de seu art. 174, imunidade antitruste a nenhum setor econômico, ainda que sujeito a monopólio legal;
- b. não há na Constituição incompatibilidade estrutural claramente estabelecida entre a regulamentação e o controle da concorrência e, ainda que houvesse, por conhecida regra de hermenêutica constitucional, caberia ao intérprete extrair de cada norma em conflito uma função útil, de modo que a aplicação de uma não implique na supressão da outra; e,
- c. no setor bancário a higidez financeira dos participantes do mercado tem sido a única e exclusiva preocupação da autoridade reguladora, não existindo no segmento o compromisso com o estabelecimento de um real ambiente competitivo. É preciso, pois, que haja conciliação entre a higidez e a concorrência, objetivos que devem ser igualmente perseguidos, um não prescindindo do outro.

Por fim, conclui o autor (2002, p. 147, afirmando que

Evidentemente, resta estabelecer a extensão e o peso a ser dado ao princípio concorrencial e ao princípio prudencial. Conflitos podem – e devem – surgir nessa definição. Caberá então ao Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, definir o equilíbrio entre os princípios e sua correspondente extensão em vista de posições conflitantes dos órgãos técnicos.

7.4.5. Celso Fernandes Campilongo⁸¹

Talvez um dos maiores estudiosos da questão do conflito de atribuições entre o CADE e o BACEN, nos votos – de vista e seu aditamento – que proferiu nos autos do Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09, em que figuraram como requerentes o Banco Finasa de Investimento S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participações e Representações, fomos buscar os argumentos, aqui apresentados de forma resumida, pelos quais Celso Fernandes Campilongo defende a adoção do modelo de competências complementares entre as duas autarquias:

- a. a Lei nº 8.884/94 se aplica a todos os setores econômicos, eis que os arts. 15 e 54 do referido diploma não estabelecem exceções ao controle a ser exercido pelo CADE;
- b. as competências atribuídas pela Lei nº 4.595/64 ao BACEN não se confundem, sobrepõem ou conflitam com aquelas atribuídas pela Lei nº 8.884/94 ao CADE. Trata-se, na verdade, de competências complementares e distintas. A primeira competência é exercida pelo BACEN com base em aspectos específicos do setor financeiro, ao passo que a segunda, pelo CADE, que enfoca a defesa da concorrência. Não há, portanto, conflito de competências entre o BACEN e o CADE. O que talvez esteja faltando é a identificação dos precisos limites de atuação das duas autarquias;
- c. o art. 18, §2º da Lei nº 4.595/64 deve ser interpretado no sentido de que foi atribuído ao BACEN a tarefa de regular as condições *prévias* de concorrência entre instituições financeiras, privilegiando as questões técnicas prudenciais, ou seja, a busca da proteção da poupança popular, da mitigação do “risco sistêmico” e do aumento da eficiência no setor. Trata-se, portanto, de exercício administrativo prévio, que limita a livre iniciativa dos agentes do mercado em nome dos valores setoriais prestigiados pela Constituição Federal em seu artigo 192. Não há, segundo o autor, porque confundir esta competência com a função de *adjudicação* em matéria concorrencial exercida pelo CADE na prevenção e na repressão ao abuso do poder econômico. O CADE, segundo ele, não estabelece, *a priori*, em que condições dar-se-á a concorrência dos mercados, apenas julga atos concretos à luz

⁸¹ Celso Fernandes Campilongo é professor da Faculdade de Direito da PUC-SP, da Faculdade de Saúde Pública da USP e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP, Livre-Docente pela Faculdade de Direito da PUC-SP, Ex-professor da Faculdade de Direito de Lecce (Itália) e ex-Conselheiro do CADE.

das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Não há, portanto, incompatibilidade alguma entre a regulação prudencial, exercida pelo BACEN, e a concorrencial, de natureza adjudicatória, confiada ao CADE;

- d. pondera o especialista que, em face da distinção de papéis acima, um comportamento de determinada instituição financeira censurado pelas normas prudenciais pode ou não ensejar a reprimenda no campo concorrencial, e vice-versa;
- e. para o autor, do mesmo modo que é uma irresponsabilidade ignorar a possibilidade da ocorrência do “risco sistêmico”, também o seria a utilização do fenômeno como argumento *ad terrorem* de forma a justificar a isenção antitruste do Sistema Financeiro Nacional. Prossegue afirmando que nada deve impedir que, excepcionalmente, venha o Banco Central a atuar, de maneira exclusiva, em situações em que haja a possibilidade da ocorrência do “risco sistêmico”, sacrificando-se, no caso, o valor “concorrência”. Mas esse sacrifício deve ser pontual e se houver, para combater o problema, mais de uma solução, a escolha deverá recair sobre aquela menos onerosa sob a ótica da concorrência, pois não se pode, a pretexto de mitigar o “risco sistêmico”, abolir a defesa da concorrência e os riscos a ela inerentes, de conseqüências não menos nefastas para a comunidade, aliás, o que seria, para o especialista, até inconstitucional;
- f. as ferramentas antitruste disponibilizadas pela Lei nº 4.595/64 não são suficientes para impor um verdadeiro regime concorrencial, já que o diploma, segundo o autor, para a repressão de condutas no setor financeiro, recorre a tipos *fechados*, previamente previstos na Lei nº 4.595/64, à semelhança do Direito Penal. Segundo Campilongo, ainda, a Lei nº 4.595/64 não contempla tampouco tipifica nenhuma infração concorrencial e, quando menciona “abusos de concorrência” (artigo 44, § 2º, “b”, daquele diploma), além de prever penalidades leves para as eventuais condutas, exige-se que as instituições financeiras tenham atuado com negligência ou dolo. Diversamente, prossegue o especialista, a Lei nº 8.884/94, recorrendo à tipologia aberta na exemplificação das condutas anticoncorrenciais, é rigorosa na imposição de penalidades, prescindindo da verificação da existência da negligência ou dolo do agente, aferindo por meio da “regra da razão”, o impacto da conduta em relação à concorrência do mercado;

- g. ainda que se admita que os dispositivos da Lei nº 4.595/64 tenham sido recepcionados com o caráter de norma complementar e que, por isso, devam prevalecer em relação às normas da Lei nº 8.884/94, sua interpretação não pode levar a que seja ignorada a vontade do constituinte em relação à livre concorrência, manifestada nos artigos 170, IV e 173, § 4º, da Constituição Federal;
- h. não há na jurisprudência, literatura jurídica ou na prática bancária, desde 1964, o registro de um único caso em que tenha o BACEN considerado a perspectiva antitruste na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional, ou de que tenha a autarquia exercido o controle de condutas anticoncorrenciais;
- i. o próprio "*site*" do BACEN na Internet, quando arrola os objetivos do órgão, não menciona uma única palavra quanto a eventual controle antitruste exercido pela instituição;
- j. àqueles que sustentam que o CADE não estaria aparelhado de meios e quadros para levar adiante a defesa da concorrência no setor bancário, ou mesmo que alegam que a rapidez e o sigilo decisórios exigidos pelo sistema financeiro seriam incompatíveis com o modelo procedimental do Colegiado, Campilongo, primeiro, registra que tais argumentos não são jurídicos e que, ainda que tais insinuações fossem verdadeiras, nada disso justificaria o descumprimento da Lei nº 8.884/94. Pondera (2002, p. 558):

[...] Ora, se faltassem meios e quadros, bastante seria conferi-los ao CADE. Quanto à rapidez e ao sigilo das análises, além das suficientes disposições em vigor, na Lei e nas Resoluções do CADE, nada impediria, até mesmo por simples edição de nova resolução interna, a elaboração de normas de procedimento e organização de serviços (art. 7º, XIX, da Lei nº 8.884/94) que resolveriam a questão com muita facilidade. [...]

Finalmente, destacamos o seguinte trecho (2002, p. 555) da manifestação de Campilongo em seus votos antes mencionados, que bem reflete o posicionamento do especialista quanto ao tema:

[...] Quando se trata de bancos, as expectativas garantidas pelo direito são de duas ordens: uma em relação ao sistema financeiro; outra, muito diversa, em relação à concorrência. Evitar o "risco sistêmico" é o mesmo que oferecer garantias jurídicas de liquidez, solidez e higidez do sistema financeiro. Não é essa a tarefa do direito antitruste. Assegurar a competição entre os agentes financeiros - com os benefícios daí decorrentes ao consumidor, v. g., serviços com melhores patamares de eficiência, produtividade e qualidade, e, além disso, com preços mais baixos - é função do direito da concorrência. Não existe nada de incompatível na garantia jurídica, ao longo do tempo, dessas duas expectativas distintas e complementares: regulação prudencial e defesa da concorrência. Ambas tutelam o interesse coletivo.

[...]

7.4.6. Isabel Vaz⁸²

Isabel Vaz, no estudo denominado “Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário” (2002, p. 189/210) também discorre acerca do conflito de atribuições envolvendo CADE e BACEN, do qual destacamos os pontos a seguir.

A autora, inicialmente, após breve exposição do conjunto normativo consagrado à defesa da livre concorrência no Brasil – no plano constitucional, os artigos. 170, *caput*, c.c. o inciso IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal, e no plano infraconstitucional, a Lei nº 8.884/94 –, manifesta o seu entendimento de que nenhuma empresa, aí incluídos os bancos, pode estar imune às referidas regras.

Ainda quanto aos bancos, embora reconheça a autora a importância dessas instituições na vida de um país, não deixa de registrar que falta eficiência à atividade bancária brasileira no tratamento que esta dispensa aos usuários de seus serviços.

Com efeito, assinala, o consumidor bancário, não raras vezes, é maltratado, aguarda por horas em filas para ser atendido, tem débitos lançados em sua conta-corrente que não são seus, abusos a que a autora atribui à falta de competitividade no setor. A autora também entende que os bancos brasileiros têm conquistado sua clientela não à custa da excelência de sua atuação, mas porque faltam maiores e melhores opções àqueles que necessitam de seus serviços.

Uma das razões que levariam a esse quadro, segundo a autora, seria o completo desvirtuamento da regulação prudencial brasileira, preocupada unicamente em assegurar a solidez do sistema financeiro, como se isto constituísse um fim em si mesmo, deixando de combater as práticas anticoncorrenciais verificadas no setor, como o revela o fato de o BACEN jamais ter exercido a atribuição que lhe foi confiada pelo § 2º do art. 18 da Lei nº 4.594/64.

A autora lembra que, nesse momento, o Brasil precisa produzir, melhorar a produtividade, obter ganhos de escala, colocar no mercado produtos de qualidade, com alta tecnologia e preços atraentes, para conquistar, num mundo globalizado, os mercados internos e externos, perseguindo o objetivo de gerar novos empregos e alavancar o seu desenvolvimento.

⁸² Isabel Vaz é professora nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Membro da Diretoria do Centro Jurídico Brasileiro – CJB, 2ª Vice-Presidente do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC, Diretora do Departamento de Direito Econômico e Financeiro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Ex-Conselheira do CADE.

E para que esse objetivo seja atingido, prossegue, é fundamental que o setor produtivo disponha de créditos e financiamentos a juros que permitam sejam feitos investimentos na melhoria dos processos de produção.

Esse apoio, no entanto, argumenta a autora, o setor produtivo não tem encontrado junto aos bancos brasileiros, como o indicam, ainda segundo ela, os seguintes dados que apresenta em seu estudo:

- a. o baixo volume de recursos que os bancos têm destinado à realização de empréstimos à produção, quando em comparação com o montante carreado à aquisição de papéis do Governo, sugerindo que os bancos estejam preferindo essa última alternativa a fazer negócios com sua clientela;
- b. a autora faz alusão a estudos que indicam que nos Estados Unidos, enquanto o montante de recursos destinados ao crédito alcança 80% da economia norte-americana, no Brasil, esse percentual, que era de 57% em 1994, baixou para 29%, em 2002;
- c. as altas taxas de juros praticadas e as elevadas tarifas cobradas pelo setor bancário brasileiro; e,
- d. Vaz também faz menção a estudos que demonstram que durante o Governo FHC, o ganho dos trinta maiores bancos brasileiros teria atingido a cifra de R\$ 21 bilhões, com um crescimento de 313% no período, sem paralelo em quaisquer outros setores da economia brasileira.

Tais indicadores, para a autora, evidenciam que o setor bancário simplesmente não estaria cumprindo os objetivos constitucionais que lhe são impostos pelo art. 192, *caput*, da Constituição Federal, que prevê que o Sistema Financeiro Nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade. E nem mesmo aqueles previstos no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que permitiriam ao CADE autorizar atos de concentração de empresas que venham a lhe ser submetidos.

Lembra a propósito a autora, discorrendo sobre esse último dispositivo que, por ele, pode o CADE autorizar fusões e incorporações empresariais que, em princípio são anticompetitivas, quando o ato, em contrapartida, em compensação, trazer benefícios como o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços, ganhos de eficiência, com o compartilhamento, através da redução dos preços praticados, do produto desses benefícios com consumidores ou usuários finais.

No entanto, ressalva, no que respeita aos bancos, em que pese o elevado número de fusões e incorporações bancárias ocorridas nos últimos anos, não se tem notícia de que tal compartilhamento esteja ocorrendo, muito pelo contrário. E um indício eloqüente disso, para a autora, é o fato de o Banco Central divulgar mensalmente uma lista dos estabelecimentos bancários mais criticados pelo mau atendimento e pela cobrança de altas taxas de juros e tarifas elevadas.

Essa atuação dos bancos brasileiros, ainda segundo a autora, caracterizada pela excessiva absorção de renda de seus usuários, estaria contribuindo para o agravamento da já dramática distribuição de renda no Brasil, sendo esse mais um dado que, por si, indica a necessidade de mudanças no comportamento do setor bancário, que não estaria cumprindo sua função social, como determina nossa Magna Carta.

Conclui a autora afirmando que, “sem nenhum tipo de ofensa à livre iniciativa, um compromisso de desempenho, celebrado no momento de autorizar o CADE uma fusão, poderia evitar tais distorções (2002, p. 209)”.

8. DA VINCULAÇÃO DO CADE AO PARECER Nº. AGU/LA-01/2001, DE 28.03.2001⁸³

No capítulo anterior, item 7.2, vimos que a Advocacia-Geral da União, após analisar os argumentos trazidos pelas partes envolvidas na controvérsia de que trata esta monografia, através do Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001, adotado pelo Advogado-Geral da União através do Parecer nº GM – 20, de 05.04.2001, e aprovado pelo Sr. Presidente da República, concluiu pela competência privativa do BACEN

⁸³ Para aprofundamento do assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos/estudos/obras:

CADE. Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S.A.; Brasmetal Indústria S.A.; e Zurich Participações e Representações Ltda. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CASTRO, F. O. S. Comentários à Lei nº 8.884/94: Arts. 7º a 9º. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CORRÊA, D. L. Defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional: âmbito de validade do parecer GM-020 da AGU, regime jurídico em vigor e considerações de ‘lege ferenda’. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MARQUES NETO, F. A. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MESQUITA JÚNIOR, S. R. O CADE, o BACEN e o sistema financeiro. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2789>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

NEVES, L. B. S. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Conflito de Atribuições entre o Banco Central e o Cade. In: FONSECA, A. (Org.). **Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SUNDFELD, C. A. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

VAZ, I. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

para a análise e aprovação dos atos de concentração no âmbito do setor bancário, definindo, ainda, a responsabilidade daquela autarquia pela regulação concorrencial no mesmo setor.

Mencionamos, na oportunidade, que se esperava que, com isso, fosse dirimido de vez o conflito de atribuições protagonizado por CADE e BACEN, já que nos termos do art. 40, § 1º⁸⁴, da Lei Complementar nº 73/93, a aprovação do parecer da AGU pelo Presidente da República, e sua posterior publicação, o que ocorreria, o tornaria vinculante para toda a Administração Pública Federal.

Todavia, como também assinalamos naquele momento, a pacificação do conflito acabou não ocorrendo, posto que o CADE, ao julgar o caso *Finasa Seguradora*, pela maioria dos votos de seus membros, firmou o entendimento de que não estaria vinculado às conclusões do aludido parecer, acirrando ainda mais a polêmica instalada.

Registramos, a seguir, no mesmo tópico que, junto ao Poder Judiciário, o conflito fora suscitado apenas de forma indireta, e naquela instância o entendimento quanto à vinculação ou não do CADE às conclusões do referido parecer da AGU não era uniforme, variando nos dois sentidos.

Finalmente, dissemos que o aludido parecer, de concreto, tivera como consequência o fato de as instituições financeiras terem deixado, a partir de sua aprovação, de submeter ao CADE os seus atos de concentração, não solucionando a divergência instalada entre as duas autarquias, como o demonstra a frequência com que o assunto ainda é ventilado nos meios de comunicação.

Neste capítulo, que precede às conclusões desta monografia, procuraremos demonstrar os principais pontos controvertidos da nova discussão que se estabeleceu em face do referido posicionamento do CADE.

E o faremos iniciando pelas discussões travadas no âmbito do próprio Conselho, quando do exame do caso *Finasa Seguradora*, ocasião em que duas posições se apresentaram: uma, minoritária, entendendo existir a vinculação do CADE às conclusões do referido parecer da AGU e, outra, adotada pela maioria dos conselheiros do Colegiado, que sustentou a autonomia da autarquia e, ainda, a inexistência da referida vinculação.

Ambas as posições, extraídas dos votos de vista proferidos pelos conselheiros do CADE na ocasião e com base em estudo de Sundfeld (2002, p. 31/34), de forma resumida, serão apresentadas a seguir.

A primeira tese, da vinculação do CADE às conclusões do parecer da AGU, à época, foi defendida pelo Presidente João Grandino Rodas e pela Conselheira, relatora do caso *Finasa Seguradora*, Hebe Teixeira Romano.

⁸⁴ Prevê o referido dispositivo:

[...]

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

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

[...]

O entendimento de ambos foi o de que as autarquias, a exemplo do CADE, não possuem total independência em relação ao Poder Executivo, estando submetidas a um controle autárquico, necessário inclusive para garantir a coordenação dos entes estatais.

Com essa argumentação, ambos os conselheiros, em seus votos, manifestaram-se no sentido de que, com o pronunciamento da Advocacia-Geral da União, estabeleceu-se uma solução administrativa para o conflito entre CADE e BACEN, que deveria ser acatada até para não expor o administrado ao julgamento de seus interesses por dois diferentes órgãos e ao risco de que venha a obter deles decisões contraditórias.

A maioria do Conselho, todavia, formada, à época, pelos Conselheiros Celso Fernandes Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Júnior, Roberto Pfeiffer, Thompson Almeida Andrade e Afonso Arinos de Mello Franco Neto, posicionou-se em sentido oposto, sustentando a tese da autonomia do CADE e da inexistência da vinculação do Conselho às conclusões do referido parecer da AGU.

As linhas gerais desse entendimento podem ser encontradas nos votos que então proferiram os Conselheiros Campilongo e Macedo Júnior, que refletem, no geral, o posicionamento dos demais, e cujas principais idéias destacamos a seguir, iniciando pelo que principalmente argumentou o primeiro Conselheiro:

- a. não existem poderes gerais de tutela. A *tutela* ou *controle administrativo* que o Poder Executivo exerce em relação às autarquias tem seus limites fixados na própria lei criadora dessas entidades, o que vale não só para o CADE como para qualquer outra autarquia ou agência independente. E no caso específico do CADE, a Lei nº 8.884/94 não prevê sua subordinação a outros entes ou órgãos da Administração Pública, razão pela qual ele não está submetido às decisões do Poder Executivo;
- b. o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93 deve ser interpretado restritivamente, de modo que o efeito vinculante dos pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República, a que se refere, atinge apenas a Administração Direta e os entes da Administração Indireta cuja autonomia seja limitada pelas próprias leis de criação, o que não ocorre no caso do CADE, como já se mencionou, estando o órgão, portanto, vinculado aos mencionados pareceres apenas no que respeita à sua área-meio, mas não no tocante à sua área-fim;
- c. a prevalecer entendimento em sentido contrário, ou seja, o de que o referido dispositivo se estende às atividades-fim da Administração Indireta, a lei em questão seria inconstitucional já que teria extrapolado seu campo material, restrito à organização da AGU como órgão jurídico do Poder Executivo (CF, art. 131⁸⁵), para tratar indevidamente de organização administrativa; e,

⁸⁵ Prevê o referido dispositivo da Constituição Federal:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

- d. o CADE desempenha uma política de Estado, e não uma política de governo, daí porque não pode estar submetido a ingerências do Poder Executivo.

Por sua vez, o Conselheiro Macedo Júnior, no voto que proferiu na ocasião, apontou, ainda, dentre outras, as seguintes razões pelas quais o CADE é autônomo e absolutamente soberano na interpretação e aplicação da legislação de defesa da concorrência, o que seria decorrência:

- a. dos requisitos subjetivos especiais para investidura dos conselheiros (art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.884/94), dentre eles: notório saber jurídico ou econômico, reputação ilibada, exigência de dedicação exclusiva, nomeação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado;
- b. das garantias conferidas aos Conselheiros como reflexo daquelas institucionais da entidade: embora nomeado pelo Presidente da República, seu mandato é fixo, não podendo ele ser demitido, o que os credenciam a proferir julgamentos imparciais e livres de pressões políticas, econômicas ou mesmo dos próprios interesses governamentais;
- c. da capacidade jurídica e postulatória direta da entidade, que é autarquia com Procuradoria autônoma;
- d. da independência decisória do CADE, cujas decisões, segundo o art. 50 da Lei nº 8.884/94, não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo. Assim, não há recurso hierárquico das decisões do Colegiado, que só podem ser revistas pelo Poder Judiciário;
- e. das funções *quase-judiciais* do CADE; e,
- f. da própria condição de *autarquia* do CADE. As autarquias, segundo a melhor doutrina de Direito Administrativo não estão submetidas a controle hierárquico algum, mantendo tão somente um vínculo atenuado com a Administração Direta, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito.

Fora do âmbito do CADE, junto à doutrina, como veremos a seguir, também não houve consenso entre os que se propuseram a enfrentar a questão.

Há aqueles para quem o referido parecer da AGU não seria vinculante em relação ao CADE, outros opinando que sim e que, em face da força vinculante do pronunciamento da AGU, todas as decisões do CADE, bem como a discussão que se estabeleceu após a publicação do referido documento, na verdade, seria inútil e, ainda, uma posição intermédia, segundo a qual o CADE não estaria vinculado ao parecer da AGU, mas que a SDE e a SEAE, sim, o que na prática acabaria por impedir o Conselho de exercer suas prerrogativas em relação ao SFN.

Sundfeld (2002, p. 36/42), por exemplo, entende que os termos amplos em que vazado o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, são capazes de amparar a idéia de que o CADE esteja vinculado às interpretações da AGU que o Presidente da República venha a aprovar, já que sendo o Colegiado um ente da

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Administração Pública, as interpretações aprovadas na forma desses preceitos seriam vinculantes também para ele.

Lembrando que o que realmente atribui força vinculante aos pareceres da AGU não é o parecer em si desta última, mas a decisão do Chefe do Poder Executivo que os aprova, não vê como seria possível sustentar a inconstitucionalidade de uma norma que atribuísse tal poder ao Presidente da República se ele, pela Constituição Federal, art. 84, inciso II, exerce a direção superior da administração federal. Em resumo, entende o autor que a Lei da AGU podia sim submeter o CADE às orientações jurídicas emanadas da AGU.

Explica, no entanto, a seguir, que a sua dúvida reside em saber se a Lei da AGU efetivamente conferiu à AGU e ao Chefe do Executivo o poder de ditar orientações jurídicas vinculantes também para o CADE.

Após destacar a impropriedade de uma interpretação isolada do art. 40, § 1º⁸⁶, que poderia levar à impressão equivocada de que as entidades da Administração Federal seriam obrigadas a cumprir *qualquer* orientação jurídica contida em parecer da AGU, desde que aprovada pelo Presidente, o autor sustenta que o referido dispositivo deve estar ligado ao do art. 4º, inciso X⁸⁷, que dá ao Advogado Geral o poder de *uniformizar a interpretação normativa* para os diversos órgãos e entidades.

Desse modo, explica (2002, p. 37):

[...] a matéria que pode ser objeto de uma orientação geral vinculante para toda a Administração é aquela a respeito da qual se ponha logicamente a necessidade de uniformização. E qual é? Aquela que envolva a Administração como um todo, não, portanto, aquela vinculada a um ente específico.

Nessa linha de raciocínio, prossegue o autor (2002, p. 37/38), as matérias que estiverem sob a exclusiva e inequívoca competência de um ente específico não podem ser objeto do "poder uniformizador" previsto na LC 73/93, regra que aplicada ao caso em comento, conduz à conclusão, segundo ele (2002, p. 38), de "que todas as matérias que se encontram sob a competência quase-judicial do CADE não estão sujeitas ao 'poder uniformizador' da AGU e da Presidência da República".

⁸⁶ Prevê o referido dispositivo:

[...]

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

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

[...]

⁸⁷ Prevê o referido dispositivo:

[...]

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

[...]

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

O autor (2002, p. 38), por fim, sustenta que a LC 73/93 não conferiu à AGU e ao Chefe do Executivo o poder de ditar orientações vinculantes para o CADE no que concerne às suas atividades-fim, isto é, de adjudicação da concorrência. Nem ao CADE ou a qualquer outro ente da Administração Pública dotado de independência decisória e que tem nessa independência um fator fundamental para o desempenho das respectivas funções, apontando duas razões que concorreriam para o seu entendimento:

- a. a primeira é que, para que a força vinculante das orientações ditas pela AGU e o Presidente da República alcançassem, de maneira uniforme, todos os entes da Administração Pública, a LC nº 73/93 deveria ter sido expressa, inequívoca neste sentido, previsto expressamente inclusive quais os entes que, a despeito da independência de que fossem revestidos, estariam vinculados aos pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República. Porém, argumenta, a LC nº 73/93 é silente quanto a isso, não concordando Sundfeld (2002, p. 38), ademais, que tal vinculação se possa inferir da expressão "Administração Federal" encontrada no art. 40, § 1º, da LC nº 73/93; e,
- b. a segunda é que a própria forma de organização da Administração Pública contemporânea, complexa e descentralizada, impõe a conclusão de que os entes administrativos não se sujeitam de maneira uniforme ou homogênea às orientações da chefia do Poder Executivo.

Conclui o autor (2002, p. 40), argumentando que:

Estas razões levam-me a propugnar por uma interpretação restritiva do significado da expressão "Administração Federal" prevista no art. 40, § 1º, da LC nº 70/93, como o fez a maioria do Plenário do CADE no julgamento do caso em exame. A interpretação adequada desta expressão - "Administração Federal" - no contexto normativo em que se encontra deve ser, quando muito, no sentido de excluir do seu significado os entes da Administração que, tal como o CADE, são dotados de independência decisória e têm nessa independência um fator essencial para o desempenho das respectivas funções; quando menos, no sentido de mitigar a intensidade da vinculação a que estão sujeitos, estendendo-se apenas às suas atividades-meio.

Corrêa (2002, p. 83/87) e Castro (2002, p. 166), por sua vez, entendem que ainda que correta a decisão do CADE de não reconhecer o caráter vinculante do parecer da AGU, sob o argumento de que seria o Colegiado órgão da administração indireta, na prática, esse posicionamento não tem qualquer eficácia. Isto, segundo os referidos autores, porque de acordo com o art. 54, §4º da Lei nº 8.884/94, para julgar os atos de concentração, depende o CADE necessariamente dos pareceres técnicos da SDE e da SEAE, cujas atuações são essenciais na sistemática dos atos de concentração, e sendo as duas secretarias órgãos da administração direta, seus titulares não podem se furtar ao acatamento do aludido parecer da AGU.

Marques (2002, p. 115/118), compara os níveis de autonomia e independência conferidos pelas leis nº 4.595/64 e 8.884/94 respectivamente ao BACEN e ao CADE e conclui que a primeira autarquia é dotada de baixíssima autonomia e nenhuma independência em face do Poder Executivo e do órgão formulador das políticas públicas para o setor, no caso, o Conselho Monetário Nacional, o que não se observa em relação ao CADE, ente segundo o autor dotado de significativa independência e autonomia.

A mesma situação, ainda segundo o autor, verificar-se-ia relativamente aos integrantes de ambas as autarquias, posto que, embora em ambos os casos, a investidura nos cargos seja precedida de indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, não há em relação aos diretores do Banco Central qualquer regra que assegure sua estabilidade ou que lhes atribua mandatos fixos, o que não se observa em relação aos conselheiros do CADE, que têm mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 4º, § 1º, Lei nº 8.884/94), só podendo perdê-lo em virtude de decisão do Senado Federal, no caso de condenação penal irrecorrível (art. 5º da Lei nº 8.884/94) ou de reiteradas ausências às reuniões do Conselho (art. 5º, parágrafo único).

Dáí por que ao autor parece desarrazoado que, diante de uma dificuldade de articulação entre competências regulatórias, tenha o Presidente da República, ao aprovar o aludido parecer da AGU, arbitrado o conflito em favor justamente do órgão menos independente para a função.

Para o autor (2002, p. 116/118), ainda, seria patente a ausência de vinculação do CADE ao já aludido parecer da AGU, mesmo que aprovado pelo Presidente da República, pelas seguintes razões:

- a. a primeira decorre do art. 50 da Lei nº 8.884/94, que estabelece que as decisões do CADE não podem ser objeto de recurso no âmbito do Poder Executivo, argumentando o autor que se não há como qualquer outro órgão ou autoridade administrativa, mesmo em sede recursal, rever *ex post* uma decisão do CADE em questões ligadas à legislação de defesa da concorrência, o lógico é que as suas deliberações também não possam, do mesmo modo, ser condicionadas *ex ante*;
- b. uma segunda razão, segundo o autor, decorre da combinação dos artigos 173, § 4º⁸⁸, da Constituição Federal, com o 7º, inciso I, da Lei nº 8.884/94⁸⁹, que atribui ao CADE a competência para zelar pela observância da lei de proteção da ordem econômica, cuja interpretação impediria a AGU de impor uma interpretação uniformizadora da legislação em matéria antitruste, sob o risco de, alerta o autor (2002, p. 118) de

amanhã ou depois poderíamos ter a AGU emitindo pareceres vinculantes acerca da interpretação e aplicação da legislação monetária e, portanto, aquele órgão de

⁸⁸ Prevê o referido dispositivo da Constituição Federal:

[...]

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

[...]

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

[...]

⁸⁹ Prevê o referido dispositivo:

[...]

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

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

[...]

assessoramento jurídico do Poder Executivo poderia também se arvorar à condição de autoridade monetária, invadindo a seara própria do BACEN.

Neves (2003, p. 309/317), em brilhante monografia em que também aborda o conflito de atribuições entre CADE e BACEN, posiciona-se pela vinculação do primeiro às conclusões do parecer AGU, sob comento, e o faz, inicialmente, valendo-se de um argumento sempre utilizado pelos que advogam da primazia do CADE na questão, qual seja o de que a Lei n° 8.884/94 não comporta exceções. Argumenta, o autor que também a Lei Complementar n° 73/93 não prevê exceções ao estabelecer a força vinculante dos pareceres da AGU aprovados pelo Presidente da República em relação aos órgãos da Administração Federal.

Também não entende correto o autor o acréscimo da palavra "direta" feito pelo Conselheiro Campilongo em seu voto, à letra da lei, quando argumenta que somente os órgãos da "Administração Federal direta", estariam sujeitos aos pareceres da AGU. Segundo Neves, a leitura do § 1° do art. 40, da LC 73/93 mostra que ali não é feita menção ao referido vocábulo, falando o dispositivo tão somente em "Administração Federal", o que mostra a intenção do legislador de vincular toda a Administração Pública, indistintamente.

Com base, em lição de Hely Lopes Meirelles⁹⁰, ainda, argumenta Neves (2003, p. 312) que pode o Poder Executivo exercer um controle das atribuições das autarquias, nos limites da lei que as criou, não quanto à maneira de decidir, mas no tocante a quais questões podem ser por elas decididas pelas autarquias.

Pode (e deve) o Poder Executivo, segundo ele, portanto, decidir a respeito dos eventuais conflitos de competências em que referidos órgãos estejam envolvidos, já que a decisão diz respeito aos limites de atuação de cada órgão a ele subordinado, ainda que indiretamente.

Esta peculiaridade, prossegue Neves (2003, p. 312), não é novidade no mundo jurídico. Cita o autor o caso do Poder Judiciário onde, embora cada órgão mantenha a necessária independência para o exercício da respectiva competência jurisdicional, há instâncias superiores incumbidas de dirimir eventuais conflitos de competência, caso venham eles a ocorrer, sem que ninguém cogite de que esteja com isso anulando a independência com que atuam os órgãos jurisdicionais. E lembra que, os magistrados possuem até mais prerrogativas funcionais que os Conselheiros do CADE.

Manifesta o autor, por fim, o seu entendimento de que no âmbito do Poder Executivo o mesmo sistema deve ser aplicado já que ali, em essência, a questão não difere da forma como se apresenta junto ao Poder Judiciário.

⁹⁰ Abaixo, a lição de Hely Lopes Meirelles, a que faz referência o autor:

"Sendo as autarquias serviços públicos descentralizados, personalizados e autônomos, não se acham integradas na estrutura orgânica do Executivo, nem hierarquizadas a qualquer chefia, mas tão-somente vinculadas à Administração direta, compondo, separadamente, a Administração indireta do Estado com outras entidades autônomas (fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista). Por esse motivo não se sujeitam ao controle hierárquico, mas sim, a um controle diverso, finalístico, atenuado, normalmente de legalidade e excepcionalmente de mérito, visando unicamente a mantê-las dentro de suas finalidades institucionais, enquadradas no plano global da Administração a que se vinculam e fiéis às suas normas regulamentares. É um controle de orientação e correção superiores, só apreciando os atos internos e a conduta funcional de seus dirigentes em condições especialíssimas, autorizadas por lei".

Mesquita (2002, p. 1), por sua vez, sustenta que “Os entes autárquicos têm autonomia, mas esta é relativa, visto que eles são órgãos da Administração Pública (CF, art. 37, inciso XIX). E, mais, são órgãos do Poder Executivo.”

O autor, ainda, apoiando-se em lições de Pietro (2001, p. 318) e Medauar (2002, p. 801), entende que nenhum órgão da Administração está solto no Estado, sendo que a Autarquia está vinculada ao órgão que a criou, sujeitando-se a um poder de tutela, também denominado *controle administrativo* ou *tutela*, exercido pelo Poder Executivo e que é indispensável para assegurar que ela não se desvie dos seus fins institucionais, o que se aplicaria ao caso do CADE, que está vinculado ao Ministério da Justiça (Lei nº 8.884/1994, § 3º).

Lembra o autor, ainda, mencionando os casos do Ministério Público (CF, 127, § 1º⁹¹) e ao Tribunal de Contas da União (art.73, § 3º⁹²), que a Constituição Federal quando dá autonomia institucional a determinados órgãos, o faz expressamente. E isto não ocorreu em relação ao CADE que, repita-se, órgão da Administração, sobre ele deve incidir o Poder Hierárquico, o que, além de restringir sua autonomia, faz emergir para ele o *dever de obediência*, sobretudo às leis, sendo estas o proíbem de contrariar *parecer normativo* editado pela Advocacia-Geral da União. O autor estranha, por isso, a pretensão do CADE de desafiar o pronunciamento da AGU a propósito do conflito que envolve a referida autarquia e o BACEN.

Conclui o autor (2002, p. 4) afirmando que

O parecer normativo faz lei para toda a Administração, o que deve fazer o CADE é cumprir a norma. Discutir se ela é boa ou ruim está fora das suas atribuições, eis que não se pode olvidar da máxima *dura lex, sed lex* (a lei é dura, mas é lei), boa ou ruim, a lei obriga a Autarquia a obedecê-la, podendo ser sancionado todo aquele que a violar.

As razões expostas levam o autor a entender pela inutilidade das discussões e decisões do CADE após a edição do parecer normativo da União.

⁹¹ Prevê o referido dispositivo da Constituição Federal:

[...]

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

[...]

⁹² Prevê o referido dispositivo da Constituição Federal:

[...]

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40."

9. CONCLUSÃO

Concluída a exposição neste trabalho de aspectos jurídicos, econômicos e doutrinários ligados ao conflito de atribuições protagonizado por CADE e BACEN, é chegado o momento de responder ou de, pelo menos, apresentar a nossa singela contribuição para o debate da questão central desta monografia, qual seja, a de a qual dos dois órgãos da Administração Pública brasileira, ou se a ambos, compartilhadamente, cabe

[...]

analisar e autorizar, em nosso país, os processos de fusão, incorporação e aquisição envolvendo instituições financeiras e, em última análise, a responsabilidade pela defesa da concorrência no setor bancário.

Temos a dizer que, após as inúmeras pesquisas e reflexões ao longo deste trabalho, convencemo-nos de que a referida questão deve necessariamente ser apreciada e respondida sob dois enfoques distintos: um, *jurídico* e, outro, *econômico*.

Sob o enfoque eminentemente jurídico, parece-nos não haver dúvidas: o BACEN deve ser o órgão responsável pelas referidas atribuições, tal como o concluiu a Advocacia-Geral da União em seu Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001.

Para nós, portanto, os artigos 10, inciso X, alínea “c”, 11, inciso VII, e 18, § 2º, da Lei nº 4595/64, que atribuem ao BACEN a competência para analisar e autorizar os atos de concentração envolvendo instituições financeiras, bem como para regular as condições de concorrência daquele segmento do mercado, continuam a ter plena vigência, pois, em nosso entendimento, não foram eles revogados pelos artigos 15 e 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, que parecem conferir as mesmas atribuições ao CADE.

E a essa conclusão chegamos, não porque entendamos seja a Lei nº 4.595/64, reconhecidamente recepcionada com o status de lei complementar pela Constituição Federal de 1988, portanto, de hierarquia superior à Lei nº 8.884/94, o que impediria fosse ela revogada por essa última, que é lei ordinária, como sustentam alguns.

Na verdade, quanto à essa questão, em que pesem os respeitáveis entendimentos em sentido contrário, filiamo-nos ao posicionamento doutrinário esposado, dentre outros, por Temer (2001, p. 146/148), Bastos (2001, p. 369) e Araújo e Nunes (1999, p. 280), segundo o qual não existe hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária, já que encontram, ambas, o seu fundamento de validade na Constituição Federal, diferenciando-se elas tão somente quanto ao âmbito material expressamente previsto em nossa Lei Maior para a primeira, e quanto ao *quorum* que cada uma exige para sua aprovação.

Pensamos, na verdade, que os mencionados dispositivos da Lei nº 4.595/64 devem prevalecer em relação àqueles referidos da Lei nº 8.884/94 pela simples razão de que, relativamente ao Sistema Financeiro Nacional, a primeira lei tem natureza especial, razão porque não pode ter os seus dispositivos revogados pela segunda, cuja natureza é geral.

Este é o entendimento que se extrai do disposto no art. 2º, § 2º⁹³, do Decreto-Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil, e o que ensina Diniz (2000, p. 75/79), para quem, em caso de antinomia entre o critério da *especialidade* e o *cronológico*, deve ser adotada a regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ou seja, deve prevalecer, em tal situação, o critério da *especialidade*.

⁹³ Prevê o art. 2º, § 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.1942, Lei de Introdução ao Código Civil – LICC:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

[...]

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

[...]

Com base na mesma argumentação, entendemos, ainda, deva ser descartada, do mesmo modo, a interpretação dos aludidos dispositivos das leis nº 4.595/64 e 8.884/94 que conduza ao entendimento de que estaria o Sistema Financeiro Nacional, no que respeita à análise dos atos de concentração e à regulação concorrencial do mesmo setor, sujeito a um modelo de dupla submissão, tese que, como vimos, alguns defendem ao tratar do conflito entre as duas autarquias.

Por fim, no que respeita à submissão ou não do CADE às conclusões do Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001, abraçamos o posicionamento daqueles para quem a força vinculante do parecer da AGU, se aprovado pelo Presidente da República, se estende àquele Colegiado, entendimento esse que leva em consideração, acima de tudo, que não se pode ignorar as prerrogativas conferidas pelo art. 84 da Constituição Federal ao Chefe do Poder Executivo Federal, dentre elas, a de exercer a direção superior da Administração Federal, bem como dispor quanto à sua organização e funcionamento.

Pensamos, em resumo, que a decisão do Presidente da República que aprovou o já mencionado parecer da AGU que decidiu o conflito de atribuições entre BACEN e CADE em favor do primeiro, vincula tanto a administração direta, como a indireta dentro da qual o CADE se acha incluído, sem que isso signifique qualquer violação à independência daquele Conselho quanto às questões ligadas à defesa da concorrência.

E para esse entendimento, adotamos a argumentação de Neves (2003, p. 312), que lembra que há, no âmbito do Poder Judiciário, uma instância destinada à pacificação de conflitos de competência, análogos ao do que aqui se cuida e, com ela, juízes e tribunais convivem harmoniosamente, embora também desfrutem das mesmas ou até de mais prerrogativas que os conselheiros do CADE.

Uma vez exposto o nosso posicionamento quanto à solução jurídica que entendemos aplicável à questão examinada, passaremos a apreciá-la, agora, sob um novo enfoque, o econômico.

E sob esse último enfoque, a conclusão a que chegamos é que não se pode desprezar a idéia da adoção de um modelo de competências complementares envolvendo as duas autarquias, se não com as características delineadas por Gésner Oliveira, já objeto de exposição nesta monografia, eventualmente nos moldes que viessem CADE e BACEN a definir de comum acordo.

Entendemos que haja espaço para isso, posição que em nós foi sedimentada por algumas observações que fizemos ao longo deste trabalho e com as quais, acreditamos, concorde o eleitor.

A primeira delas, é o fato de que o BACEN, embora dispondo desde 1964 de meios jurídicos e institucionais para tanto, jamais exerceu a regulação concorrencial do setor bancário, ou seja, nunca atuou de modo a combater as práticas anticompetitivas que ali se verificam. A regulação que a autarquia tem exercido no setor bancário se circunscreve à ótica estritamente prudencial, ou seja, voltada exclusivamente para a garantia da higidez e estabilidade do sistema, para com isso evitar a possibilidade da ocorrência do “risco sistêmico”. E isto vale particularmente em relação aos atos de concentração do setor bancário, onde os fundamentos concorrenciais são praticamente ignorados.

Na verdade, a esse respeito, observa-se que o BACEN, historicamente, dentre as medidas de natureza prudencial adotadas no tocante aos atos de concentração, tem estimulado a que bancos mais sólidos

adquiram ou incorporem bancos que estejam em dificuldades financeiras, sendo essa, aliás, uma tradição do setor bancário brasileiro, como já se expôs nesta monografia.

Com essa política concentracionista, no entanto, o BACEN acaba, na prática, concorrendo para a instalação de um ambiente oligopolizado no Sistema Financeiro Nacional, cujas conseqüências, em qualquer ramo de negócios, quase sempre são nefastas, como também já pudemos demonstrar.

Queremos lembrar ao leitor que o Brasil figura entre os países praticantes dos mais elevados *spreads*⁹⁴ e taxas de juros reais do mundo. No tocante aos *spreads*, por exemplo, segundo dados do Banco Central do Brasil, no mês de maio de 2003, enquanto a taxa básica praticada pelo governo (SELIC) era de 26,5% a.a., o *spread* bancário chegava, em média, a 177,6% a. a..

Para se ter uma idéia do tamanho do referido número, basta dizer que nos Estados Unidos a taxa de juros cobrada das pessoas físicas, já incluído o *spread*, quando muito alcança 45% a. a., percentual que pode se reduzir a até 5% a. a., em se tratando de créditos destinados ao financiamento de imóveis e automóveis.

Razão para tamanha divergência, acreditamos, talvez tenha origem na desproporção que há entre os números de bancos que atuam nos dois países. Nos Estados Unidos há cerca de 10.000 bancos, enquanto no Brasil, o seu número não alcança 2% do mencionado número.

A falta de um número maior de bancos em nosso país e, por conseqüência, de concorrência no setor, ao que tudo indica, pode ser uma das causas responsáveis pelas abusivas taxas de juros praticadas pelos bancos brasileiros, que podem estar lançando de práticas oligopolistas, que o BACEN pouco tem feito para combater.

Uma outra observação que fazemos é que, ainda que o quisesse, parece-nos que o Banco Central não estaria aparelhado para efetivamente exercer a regulação concorrencial do Sistema Financeiro Nacional. Pensamos que talvez lhe falte a experiência necessária, ou que a autarquia certamente enfrentaria sérias dificuldades para aplicar, num mesmo contexto e, ao mesmo tempo, princípios e fundamentos da regulação concorrencial e prudencial que, como pudemos demonstrar neste trabalho, por vezes são contraditórios.

Uma terceira e última observação que fazemos é que a experiência em matéria concorrencial que pode eventualmente faltar ao BACEN, sobra ao CADE, cujos técnicos detêm *expertise* própria no assunto, até porque com isso estão mais habituados.

Pergunta-se: não poderiam as duas autarquias somar esforços e, mediante negociação, desenvolver em parceria um trabalho que, sem desprezar os aspectos prudenciais do setor bancário, estivesse também voltado para o aumento da concorrência e da maior eficiência dos bancos, ou que, pelo menos, os induzisse os bancos a compartilhar com a coletividade os elevados ganhos que vêm obtendo no país?

Se faltam meios legais para que se adote uma experiência dessa natureza, nada impede que se venha a criá-los. É talvez o que falte para que o Sistema Financeiro Nacional passe a cumprir seu papel

⁹⁴ Segundo Goldberg (2004, p. 45), *spread* é a diferença entre a taxa de juros paga pelo poupador e aquela cobrada do tomador de empréstimo. Constitui, portanto, segundo o autor, a remuneração pelo serviço de intermediação cobrada pelo banco.

constitucional, como reclama Isabel Vaz, autora cujo posicionamento a respeito do conflito de atribuições entre CADE e BACEN tivemos a oportunidade de expor neste trabalho.

Da necessidade de urgentes mudanças no quadro acima demonstrado parecem estar se convencendo as duas importantes autarquias e demais autoridades brasileiras ligadas ao assunto, tanto que, em setembro de 2002, como resultado de um grupo de trabalho interministerial instituído para formular o projeto de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência – ANC, CADE e BACEN, em conjunto, submeteram ao Governo Federal um projeto de lei complementar, que tramita no Congresso Nacional sob o nº 344/02⁹⁵, visando a revisão das atuais competências para a análise e aprovação de atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

O projeto proposto estabelece que quaisquer processos de fusão, aquisição ou incorporação em que se achem envolvidas instituições financeiras em situação de insolvência capaz de colocar em risco o funcionamento normal do SFN, a critério do BACEN, serão analisados e aprovados somente por essa autarquia, não cabendo nesses casos, portanto, qualquer papel ao órgão antitruste, o CADE, que será tão somente informado da decisão que vier a tomar o BACEN.

Por outro lado, operações que não tragam riscos de prejuízos ao SFN serão submetidos ao CADE, sempre que presentes os requisitos objetivos previstos na Lei nº 8.884/94, ou seja, faturamento de qualquer dos envolvidos no negócio igual ou superior a 400 milhões de reais ou que detenham pelo menos 20% do mercado relevante. O CADE seria incumbido, ainda, de cuidar da repressão às condutas anticoncorrenciais do setor.

Alguns especialistas já sustentam que o encaminhamento proposto pelo projeto envolve questões complexas, posto que o mercado, sempre atento, pode identificar na participação do BACEN à frente de um ato de concentração bancária um sinal de dificuldades financeiras que as instituições financeiras envolvidas estejam atravessando, o que poderia dar origem a uma crise de confiança motivadora do tão temido “risco sistêmico”.

Espera-se que o referido projeto de lei complementar, com as adaptações que se fizerem necessárias, “saia do papel” e que a sua conversão em lei seja precursora de inúmeros benefícios para a coletividade brasileira.

⁹⁵ Em 14 e 27 de agosto último, via “e-mail”, solicitamos ao Deputado Pedro Novais, relator do projeto, maiores informações quanto ao atual estágio de sua tramitação no Congresso Nacional. Não obtivemos resposta até o momento.

10. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, N. **Direito Bancário**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer nº AGU/LA – 01/2001, de 28.03.2001. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

AGÊNCIA JB. BC contesta Cade sobre poder para julgar fusão de bancos. Disponível em: <<http://www.bol.com.br/noticias.economia/2001/11/29/0108.html>>. Acesso em: 16 out. 2003.

ALVES, S. D. S. Avaliação de Fusões de Bancos. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 6, nº 19, p. 13-18, janeiro-março, 2002.

ANDRADE, R. L. S. O Direito Econômico como fator de conciliação entre o Liberalismo e o Socialismo. Disponível em: <http://www.direitojustica.com/filosofia_do_direito/index8.htm>. Acesso em: 04 jan. 2004.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Procuradoria-Geral. Parecer 2000/00762/DEJUR/PRIRE, de 18.10.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

BANCOS BRASILEIROS APÓS A RESOLUÇÃO 1.524, DE 21.09.88. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 17 jul. 2004.

BARROS, N. L. **Moeda, Crédito, Bancos e Ciclos**. São Paulo: Editora Piratininga, 19–.

BASTOS, A. W. (Org.). **Estudos de Direito Econômico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1996.

BASTOS, A. W. Cartéis e Concorrência – Estudo da evolução conceitual da legislação brasileira sobre abuso do poder econômico. In: BASTOS, A. W. (Org.). **Estudos de Direito Econômico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda., 1996.

BASTOS, C. R. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2004.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 04 jul. 2004.

BRASIL. Lei nº 9.447, de 14 de março de 1994. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2004.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2004.

BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 04 jul. 2004.

BRASIL. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 04 jul. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Banco Central do Brasil: Autarquia: Regime Jurídico do seu pessoal. Lei 8.112, de 1990, Art. 251: Inconstitucionalidade. ADIN nº 449-2/DF. Ministro Relator: Carlos Veloso. Brasília, DF, 15.11.1996. DJ de 22.11.1996. In: OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do setor bancário. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00053_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

CADE. Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09. Requerentes: Banco Finasa de Investimento S.A.; Brasmetal Indústria S.A.; e Zurich Participações e Representações Ltda. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CADE. Procuradoria do Cade. Parecer nº 876/2000, de 13.12.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

CADE VS. BANCO CENTRAL: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO. Disponível em: <http://www.noronhaadvogados.com.br/obs69_10.htm>. Acesso em: 16 out. 2003.

- CALICH, I. G.; OLIVEIRA, A. R. O novo Sistema de Pagamentos Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 59-61, julho-setembro, 2002.
- CAMARGO, R. A. L. O perfil do CADE na legislação antitruste. **Revista de Direito Econômico**: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 24. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 09 jan. 2004.
- CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- CAPÍTULO II. SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITO ECONÔMICO. In: AGUILLAR, F. H. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. Disponível em: <http://www.biglieri.org/publicaciones/portugues/publicaciones_portugues/capitulo_2.htm>. Acesso em: 23 jan. 2004.
- CARTILHA DO BANCO CENTRAL. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2004.
- CARTILHA DO CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/cartilhacade.htm>>. Acesso em: 04 jul. 2004.
- CARVALHO, F. J. C. Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia. Disponível em: <http://www.funenseg.org.br/eventos/downloads/inovacao_financeira_e_regulacao.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2004.
- CASTRO, F. O. S. Comentários à Lei nº 8.884/94: Arts. 7º a 9º. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CHRISTÓVAO, D. Fusão do Bradesco está livre de multa do Cade. **Valor Econômico (23.07.2003)**. Disponível em: <http://www.bancariosdf.com.br/html/noticias/2003/bancos_privados/fusao_do_bradesco_.htm>. Acesso em: 09 mar. 2004.
- CONSIDERA, C. M. Uma Breve História da Economia Política da Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n22.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.
- CORRÊA, D. L. Defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional: âmbito de validade do parecer GM-020 da AGU, regime jurídico em vigor e considerações de ‘lege ferenda’. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- CORTEZ, T. M. O conceito de “risco sistêmico” e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- COUTINHO, P. C. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO. Anais. Brasília: Asbace/Cade, 1999. 422 p.
- COUTINHO, P. C.; OLIVEIRA, A. R. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. **Revista de Direito Econômico**: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 29. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 18 jul. 2004.
- DINIZ, M. H. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DIREITO ECONÔMICO. In: SIDOU, J. M. S. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

- ECONOMIA: Cade vence BC – 29.11.2001. Disponível em:
<<http://www.jbonline.terra.com.br/jb/papel/economia/2001/11/28/joreco20011128010.html>>. Acesso em: 16 out. 2003.
- EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ECONÔMICO. Disponível em:
<http://www.univila.br/professores/paulobatista/Evolucao_do_Pensamento_Economico.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2004.
- FERNANDES, S. A Evolução da Economia como Ciência. Disponível em:
<http://www.formosaonline.com.br/geonline/textos/economia/economia_artigos10.htm>. Acesso em: 04 jan. 2004.
- FONSECA, A. (Org.). **Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- FONSECA, R. G. Regulação do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 7, nº 24, p. 92-122, abril-junho, 2004.
- FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- GOLDBERG, D. K. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 7, nº 23, p. 33-52, janeiro-março, 2004.
- GRAU, E. R. Direito Econômico. Conceito. Disponível em:
<<http://www.usp.br/fd/departamentos/economico/>>. Acesso em: 23 jan. 2004.
- HISTÓRIA DA ECONOMIA. Disponível em: <http://www.formosaonline.com.br/geonline/textos/economia/economia_texto13.htm>. Acesso em: 04 jan. 2004.
- HISTÓRIA DO BC. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.
- HISTÓRIA DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (Viagem de 1808 a 2002). Disponível em:
<<http://www.newtonfreitas.com.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.
- HISTÓRICO DOS ÓRGÃOS QUE FORMAM O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA – SBDC. Disponível em:
<<http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrenca/institucional/historico.htm>>. Acesso em: 29 fev. 2004.
- LIMA, G. T. A Evolução recente da regulação bancária no Brasil. Disponível em:
<http://www.fazenda.gov.br/sain/download/economia_texto3.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2004.
- LOPES, J. C.; ROSSETTI, J. P. **Moeda e Bancos uma introdução**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1983.
- LOYOLA, G. J. L. O Banco Central e a Defesa da Concorrência no Mercado Financeiro. **Coleção CIEE**: Centro de Integração Empresa-Escola, São Paulo, SP, nº 65, p. 7-32, 20–.
- LOYOLA, G. J. L. A defesa da concorrência no mercado financeiro. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- LUZ, A. D. **Negócios Jurídicos Bancários**. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- MARQUES NETO, F. A. Regulação setorial e autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.
- MAZZUCATO, P. Z. Do Conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista do Ibrac**, São Paulo, SP, volume 8, número 2, p. 7-25, 2001.
- MELLO, M. T. L. Regulação e Defesa da concorrência: interação, conflitos e critérios de solução. Disponível em: <<http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/sep/eventos/enc2002/m13-mello.doc>>. Acesso em: 09 mar. 2004.
- MELO, A. K. B. O direito econômico no quadro geral da ciência jurídica. Disponível em: <http://www.direitojustica.com/direito_economico/index7.html - 20k>. Acesso em: 23 jan. 2004.

MESQUITA JÚNIOR, S. R. O CADE, o BACEN e o sistema financeiro. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2789>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Consultoria Jurídica. Parecer CJ nº 213/2000, de 18.12.2000. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MONTEIRO, C. D. Sobre Política Antitruste no Brasil e seus Aspectos Críticos. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_n27.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2004.

MONTORO FILHO, A. F., et al. **Manual de Economia**: Equipe de Professores da USP. Organização por Diva Benevides Pinho e Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **RT Informa**, São Paulo, SP, ano 5, nº 30, p. 4-5, março-abril, 2004.

NASCIMENTO, I. W. O. Os Conflitos e o Objeto de Estudo da Ciência Econômica. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/revistaprisma/n0/isaac.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2004.

NEVES, L. B. S. Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro Nacional: Conflito de Atribuições entre o Banco Central e o Cade. In: FONSECA, A. (Org.). **Limites Jurídicos da Regulação e Defesa da Concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E O BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.piquetcarneiroadvogados.com.br>>. Acesso em: 09 mar. 2004.

OLIVEIRA, G. Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do setor bancário. Disponível em: <http://www.fgvsp.br/adm/arquivos_npp/P00053_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

ORSI, R. V. A transformação do papel do Estado frente às crises bancárias no Brasil. Uma perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 2, nº 5, p. 43-85, abril-junho, 1999.

PAULIN, L. A. Evolução do Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 77-89, julho-setembro, 2002.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Parecer PGFN/CAJ nº 491/2001, de 19.03.2001. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

RAPHAEL, M. S. D. A Codificação do Direito Econômico Brasileiro. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br/arquivos/a16-codificacaoDEB.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2004.

RÊGO, W. F. P.; RÊGO, O. L. F. O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico. Disponível em: <http://www.usuarios.skydome.net/baw/direito/cdc_dir_econ.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2004

RELATÓRIO BRASILEIRO SOBRE POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA 2002: Ministério da Fazenda/Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrenca/artigos_pdf>. Acesso em: 09 mar. 2004.

RELATÓRIO SOBRE O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: Câmara Americana de Comércio – AMCHAM Agosto 2003. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2004.

ROCHA, F. A. S. Evolução da concentração bancária no Brasil (1994-2000). **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, nº. 11, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2004.

ROSSETTI, J. P. **Introdução à economia**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

SADDI, J. Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 4, nº 5, p. 86-99, abril-junho, 1999.

SADDI, J. Concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Econômico**: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 26. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 18 jul. 2004.

SALOMÃO FILHO, C. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SCHUARTZ, L. F. Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/docs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.doc>. Acesso em: 04 jan. 2004.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2001.

SOFIA, J. Cade deve analisar fusão de bancos. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 07 jul. 2004. Folha Dinheiro, Caderno B-2, p. 3.

STUBER, W. D.; NOBRE, L. P. A atual atuação do CADE no Brasil. **Revista de Direito Econômico: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nº 26**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/publicações>>. Acesso em: 09 jan. 2004.

SUNDFELD, C. A. Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. In: CAMPILONGO; C. F., ROCHA; J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VAZ, I. **Direito Econômico da Concorrência**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

VAZ, I. Fundamentos constitucionais da livre concorrência no setor bancário. In: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. C. V.; MATTOS, P. T. L. (Org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

WALD, A. O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor nas operações financeiras. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 3, nº 10, p. 13-34, outubro-dezembro, 2000.

WALD, A. O Direito da Regulação Monetária e Bancária. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, SP, ano 5, nº 17, p. 20-28, julho-setembro, 2002.

WALD, A.; HAGSTRÖM, C. A. A defesa da concorrência e o Sistema Financeiro: A indivisibilidade do poder monetário. In: COSTA, M.; MENEZES, P. L.; MARTINS, R. G. S. (Coord.). **Direito Concorrencial: Aspectos jurídicos e econômicos/ Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

11. GLOSSÁRIO – PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS UTILIZADAS

	Consumidor Australiano)
AFINCO	<i>American Finance Company Limited</i>
AGU	Advocacia Geral da União
ANC	Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência
art.	Artigo
arts.	Artigos
BACEN	Banco Central do Brasil
BASA	Banco do Amazônia S.A.
BCN	Banco de Crédito Nacional S.A.
BNB	Banco do Nordeste do Brasil
BNDE	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BNH	Banco Nacional de Habitação
br.	Brasil
CADE	Comissão Administrativa de Defesa Econômica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEE	Comunidade Econômica Européia
CEF	Caixa Econômica Federal
CETIP	Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos
CIEE	Centro de Integração Empresa-Escola
CIP	Conselho Interministerial de preços
CMN	Conselho Monetário Nacional
<i>CMS</i>	<i>Capital Market Supervision</i>
CNB	<i>Czech National Bank</i>
CONEP	Comissão Nacional de Estímulo à Estabilização de Preços
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
d.c.	depois de Cristo
DI ou CDI	Depósitos Interfinanceiros
DNRC/MICT	Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo
doc.	Documento
ed.	Edição
<i>EU</i>	<i>Commission`s Competition Services</i>
<i>FED</i>	<i>Federal Reserve Board</i>
FGC	Fundo Garantidor de Créditos
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FMI	Fundo Monetário Internacional
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Comission</i>
gov.	Governo
HB	<i>Hungarian Banking</i>
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
Ltda.	Limitada
LTN	Letras do Tesouro Nacional
<i>NBISC</i>	<i>Norwegian Banking, Insurance and Securities Commission</i>
Nº	Número
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
<i>OSFI</i>	<i>Office of the Superintendent of Financial Institutions</i>
p.	Página
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PROER	Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional
PROES	Programa de Incentivo à Redução da Presença do Setor Público Estadual na Atividade Bancária
Prof.	Professor
PUC-SP	Pontifícia Universidade Católica – São Paulo
S.C.	Sociedade Civil
S/A	Sociedade Anônima
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
SDE	Secretaria de Direito Econômico

SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SEAP	Secretaria Especial de Abastecimento e Preços
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
SFH	Sistema Financeiro da Habitação
SFI	Sistema de Financiamento Imobiliário
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SIRC	Sistema Integrado Regional de Compensação
SNDE	Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico
SPB	Sistema de Pagamentos Brasileiro
STF	Supremo Tribunal Federal
SUMOC	Superintendência da Moeda e do Crédito
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
Ufir	Unidade Fiscal de Referência
USP	Universidade de São Paulo
vs.	Versus
www	wide web world