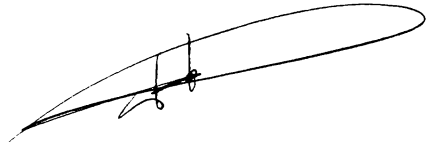


**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**DAYANA DE CARVALHO UHDRE**

**REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO: UMA POSSÍVEL  
COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PREOCUPAÇÕES SETORIAIS E  
CONCORRENCIAIS**

*De acordo 16/12/07*  


**CURITIBA  
2007**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**DAYANA DE CARVALHO UHDRE**

**REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO: UMA POSSÍVEL  
COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE PREOCUPAÇÕES SETORIAIS E  
CONCORRENCIAIS**

Monografia apresentada como pré-requisito à obtenção do título de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortinano Jr.

Co-orientador: Egon Bockmann Moreira

**CURITIBA  
2007**

## RESUMO

O assunto inerente a taxas de juros financeiras está a todo o momento em destaque nos mais diversos meios de comunicação. Em quase todos os casos critica-se ferrenhamente a atuação do Banco Central, culpando-a pelo elevado preço do crédito bancário no país. Preconiza-se a tutela antitruste como panacéia de todos os males da atividade financeira.

Muito “se disse” e “se desdisse” acerca da necessária interpenetração entre regulação e defesa da concorrência (regulação antitruste), no setor bancário – quase sempre defendendo-a. Contudo, é chegado o momento de se dar um passo além: é preciso que se discuta as formas de fazê-la. Até porque estão em trâmite dois projetos de lei que versam, especificamente, sobre compatibilização de competências entre as autoridades setorial e antitruste.

Busca-se, no presente trabalho, exatamente isso: trazer à discussão as possíveis formas de realizá-la. Para tanto, é preciso entender do que se está a falar (regulação e concorrência), noticiar, por seu relevo histórico, o conflito de competências entre BACEN *versus* CADE; e, por fim, discutir quando, e de que forma, concorrência e regulação terão espaço no setor bancário.

Em termos gerais, pode-se afirmar ser regulação e concorrência institutos antagônicos: um tem espaço exatamente na insuficiência do outro. Realmente, a lógica de mercado capitalista, em que inseridos, sustenta-se no primado da livre iniciativa privada e no regime concorrencial. Entende-se que deixando a cabo dos particulares o exercício das atividades econômicas, atinge-se o resultado mais eficaz: os bens necessários são satisfeitos pelo menor preço possível. Contudo, deixar todo o direcionamento econômico nas mãos privadas leva a desvirtuamentos econômico-sociais (abuso do poder econômico, desrespeito ambiental, condições de trabalho indignas), tal como nos apresenta a história recente. São as falhas de mercado.

A ingerência estatal se faz, portanto, necessária quando a “mão invisível” é incapaz de suprir bens e serviços eficientemente, ou seja, intervenção estatal enquanto resposta às falhas mercadológicas. Tanto a regulação setorial quanto a regulação antitruste seriam manifestações da “mão visível” do Estado.

No entanto, nem toda ingerência estatal, tendo em vista a supressão de falhas, será legítima e justificável. Adentra-se ao campo dos limites jurídico-constitucionais. Tanto a regulação geral quanto a bancária se justificam na própria Constituição (art. 173, § 4º, e art.192). Já no que tange à legitimidade, ambas as atividades têm de ser controladas concretamente, sob o viés do princípio da proporcionalidade.

Superado esse ponto, emerge a questão da compatibilização entre uma e outra forma regulatória. Todavia, pressuposto a isso é visualizá-las bidimensionalmente (isto é, a presença de regulação setorial não elimina a concomitante incidência da regulação antitruste).Tendo isso em conta, além das *expertises* dos agentes reguladores antitruste e setorial, da experiência alienígena, e da tradição brasileira em matéria de coordenação entre órgãos, conclui-se pela competência do Banco Central tanto em matéria regulatória setorial quanto em controle de atos de concentração bancários. Em contrapartida, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tutelaria a concorrência repressivamente. Teria, ainda, participação opinativa na análise dos atos de concentração.

Palavras-chave: BACEN. CADE. Compatibilização. Concorrência. Direito.  
Regulação. Setor Bancário.

## ABSTRACT

The issue about financial interest rates is put in discussion at every time in current media. In almost everywhere the Central Bank acts are criticized as it is blamed by the high cost of banking credit. The antitrust acts are affirmed as the universal cure for all the financial system diseases.

Many things were said and reformulated after about the necessary interaction between regulation and competition defense (antitrust regulation) in banking sector, almost defending it most of times. Beside that, it is time to step forward: it is needed to discuss the forms that can make that possible. That's important because there are two law projects whose articles regulates specifically the interaction of competences between the sectorial authority and the antitrust one.

This is what the present work seek: discuss the possible forms of doing that. To achieve that, it is needed to understand what are we talking about (regulation and competition), notice the competence conflict between BACEN and CADE for its historical value and discuss when and in what conditions competition and regulation will have act in banking sector.

In general guidelines, can be affirmed that regulation and competition are two different institutes: one acts in other's absence. Indeed, the logic of capitalist market, in where they are inserted, sustain itself in free trade and in the competition regime. It is believed that in private hands the market would achieve its maximum efficiency: the needed goods are satisfied at the lowest cost possible. Though, leaving all the economy direction in private hands que leave that to economical anomalies, such as economical abuse, environmental disrespect, not healthy working conditions, as it is shown in recent history. They are the market failures.

The State management it is needed when the market's invisible hand cannot supply goods and services efficiently: State response to market failures. The sectorial regulation and the antitrust regulation are demonstrations of the State's invisible hand

Meanwhile, not every governmental management is justifiable or genuine. There are the juridical limits to it. Both forms of regulation are justified in the Constitution (art. 173, § 4º, e art.192). About legitimacy, both activities should be controlled materially, under the principle of proportionality.

Passing by this point, that is the issue about the interaction between the two regulatory forms. Before that, we must see them in two dimensions: one regulatory form does not discard the other. By this fact, beyond the experience of the regulatory agents, the external experience and the brazilian tradition about coordination sectors, concludes for the Central Bank's competence in banking regulation and control of banking mergers. Meanwhile, the competition regulator (CADE) controls the competition mechanisms. Beyond, it has advisory competence in banking mergers.

Key-words: BACEN, CADE, Interaction. Competition. Law. Regulation. Banking sector.

Aos meus pais por todo carinho, compreensão e suporte necessários à finalização de mais um desafio.

Ao Fernando por todo amor, companheirismo e principalmente por todo o auxílio, imprescindíveis na elaboração deste trabalho.

Ao Edegar pela amizade e pelo suporte gentilmente oferecido..

Aos professores Eroulth Cortiano Jr., Egon Bockmann Moreira, Paulo Todescan Lessa Mattos e Celso Fernandes Campilongo pelo incentivo, pelas idéias e principalmente pelo exemplo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>CAPÍTULO 1 - DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO</b>	13
1.1. ATIVIDADE SEGUNDO A DOCTRINA JURÍDICA	13
1.2. ATIVIDADE PRIVATIVA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA	15
1.2.1 Entendimento doutrinário	16
1.2.1.1 Reflexão operacional	16
1.2.1.2 Reflexão institucional	19
1.2.2 Entendimento legal pátrio	20
<b>CAPÍTULO 2 - REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO</b>	25
2.1 CONCEITO DE REGULAÇÃO	25
2.1.1 Do “Estado Liberal” ao “Estado-Regulador”	25
2.1.2 Conceitos doutrinários de regulação	28
2.2 JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAÇÃO	32
2.3 JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO	37
<b>CAPÍTULO 3 - CONSIDERAÇÕES CONCORRENCIAIS NO SETOR BANCÁRIO</b>	41
3.1 NOÇÃO DE CONCORRÊNCIA	41
3.1.1 Noção de concorrência	41
3.1.2 Liberalismo clássico e concorrência	42
3.1.3 O tratamento jurídico da concorrência, e sua exceção: limites à regulação estatal.	45
3.2 O conflito de competência entre CADE e BACEN	53
3.2.1 Breve reflexão sobre o cenário do setor financeiro (1994-2000)	54
3.2.2 Breve histórico do conflito	58
<b>CAPÍTULO 4 - COMO COMPATIBILIZAR CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO</b>	63
4.1 LIMITES DA CONCORRÊNCIA E DA REGULAÇÃO	63
4.1.1 A idéia de risco. Uma breve incursão ao pensamento de Niklas Luhmann	64

4.1.2 Conceito de Risco Sistêmico. As idéias de De Bandt e Hartmann	65
4.1.3 Por que os bancos são vulneráveis ao risco sistêmico?	67
4.1.4 Mecanismos de transmissão	69
4.1.5 Considerações finais sobre risco sistêmico	70
4.1.6 Regulação Prudencial e Sistêmica versus Concorrência	71
4.2 COMPATIBILIZAÇÃO INSTITUCIONAL	76
4.3 COMPATIBILIZAÇÃO E OS PROJETOS DE LEIS (412/2003 E 333/2004)	82
4.3.1 Projeto de Lei n. 344/2002	83
4.3.2 Projeto de Lei n. 412/2003	85
4.4 COMPATIBILIZAÇÃO INSTITUCIONAL: UMA NOVA PROPOSTA	91
<b>CONCLUSÃO</b>	99
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	102

## INTRODUÇÃO

O setor bancário representa uma atividade econômica crucial para a manutenção de qualquer economia capitalista: a intermediação financeira. A economia de um país simplesmente não consegue se desenvolver sem um sistema bancário seguro e que inspire confiança nos investidores e consumidores. Mesmo que as demais atividades econômicas tenham condições para prosperar, haverá sempre um momento em que não será mais possível a obtenção de recursos, voltados ao desenvolvimento, sem que se recorra a um sistema bancário forte, que viabilize a movimentação de capital. Em suma, os recursos financeiros são vitais à continuidade e prosperidade da maioria das atividades econômicas, de modo que um sistema bancário fraco e inseguro acaba por comprometer toda a economia de um país.

É inegável, portanto, que o setor bancário exerce uma forte influência no (senão condiciona mesmo o) comportamento da economia. Isto porque as instituições financeiras controlam praticamente todos os meios de facilitação de crédito disponíveis no mercado (ex.: financiamento imobiliário, empréstimos pessoais, etc.), de maneira que o comportamento adotado por essas pode impactar positiva ou negativamente no consumo e investimentos realizados pelas pessoas físicas e jurídicas.<sup>1</sup> Sendo assim, a manutenção da solidez financeira e da confiança dos usuários representam pilares de sustentação da própria economia, uma vez que não permitem a deflagração de crises sistêmicas (e, conseqüentemente, econômicas).

Prevenir ameaças à higidez do sistema bancário, bem como manter sua integridade são pautas que não podem deixar de estar na agenda estatal. Contudo, para além disso, é preciso que se atente, igualmente, ao fator eficiência. Sim porque ter um sistema bancário forte, imune a crises, mas de elevado custo final

---

<sup>1</sup> Esse tema tem sido amplamente debatido pelos especialistas brasileiros. Ao mesmo tempo em que o sistema bancário assume papel central na economia brasileira, também gera uma possibilidade de acumulação de poder que, caso não controlado, gera um sistema que desrespeita os princípios da ordem econômica e não promove o desenvolvimento nacional. Acerca disso podem ser vistos comentários em CINTRA, M. Cartel, juros e "spreads" bancários. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de Agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B2, ou, ainda, BATISTA JR. P. N. O poder dos bancos no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B2.

(taxas de empréstimos muito altas) de nada adianta, pois não cumpre o papel social que lhe foi imputado (alimentar o desenvolvimento econômico). Nesse contexto, a discussão da proteção concorrencial no setor bancário ganha espaço, enquanto fator que permite a adoção de contínuas novas soluções e melhorias na disponibilização dos recursos<sup>2</sup>.

Ilustram tal fato as correntes matérias que criticam os rumos tomados pelo setor financeiro. Alegam a existência de um protecionismo exacerbado, por parte do órgão regulador, que redundava em crescente concentração bancária<sup>3</sup> e em aumento do “spread”<sup>4</sup>. Tais críticas denunciam a necessidade de uma melhor disciplina da atividade bancária, que leve em conta considerações pró-concorrenciais, a fim de se evitar a formação de anomalias de mercado (cartéis e trustes) e uma possível ameaça ao sistema<sup>5</sup>.

Em meio a esses fatores, observados no dia-a-dia da atividade bancária, é que será desenvolvido o presente trabalho. Em um primeiro momento, delimita-se o campo de estudo, centra-se o estudo na atividade bancária típica. Tal corte epistemológico faz-se necessário tendo em vista a gama de atividades a cargo, atualmente, das instituições financeiras, mormente após a criação de bancos múltiplos.

Superado isso, adentra-se ao estudo da regulação no setor bancário. Caracteriza-se o instituto em exame, e se buscam as justificativas que o fazem aplicável ao setor bancário. A terceira parte do trabalho, em contraposição aos questionamentos antecedentes, volta-se a preocupações de natureza concorrencial no segmento financeiro. Por fim, tecem-se considerações sobre a possibilidade de

---

<sup>2</sup> Como exemplo da preocupação estatal acerca da manutenção e estímulo à concorrência bancária, podemos observar a adoção de algumas medidas nos últimos anos, para que isso aconteça. Isso pode ser visto em GOVERNO estuda criar ‘DOC reverso’ para tentar estimular concorrência bancária. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B3.

<sup>3</sup> CONCENTRAÇÃO avança no setor bancário. **Folha de São Paulo**, 26 de maio de 2006, Seção “dinheiro”, pág. B3.

<sup>4</sup> “Spread” bancário representa a diferença entre a taxa de juros pela qual o banco capta recursos no mercado e a taxa praticada pelos bancos ao disponibilizarem esses mesmo recursos aos clientes.

<sup>5</sup> Como o sistema bancário representa um pilar fundamental para a saúde da economia, é corrente a preocupação da sociedade civil com o direcionamento dado pelo Executivo ao tema. Isso pode ser visto em MEDIDAS do governo deverão incluir incentivo à redução de ‘spread bancário’. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág B2.

compatibilizar a defesa concorrencial e a regulação no setor bancário, demonstrando os limites de um e outro instituto, assim como a compatibilidade institucional entre os entes governamentais responsáveis pelo controle da regulação bancária (Banco Central do Brasil, doravante BACEN) e da concorrência (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “presentado”, para os fins deste trabalho, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, doravante CADE).

## CAPÍTULO 1 - DELIMITAÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO

O presente trabalho tem por objeto trazer à baila a discussão acerca das possíveis formas de coordenar a incidência do regime concorrencial e do regime regulatório no Setor Bancário. Tendo por pano de fundo o debate suscitado na polêmica CADE *versus* BACEN, busca-se, mais precisamente, tentar conciliar ambas as competências na análise de atos de concentração (palco da divergência), e residualmente, na fiscalização de condutas anticoncorrenciais.

Contudo, pressuposto da correta compreensão do que se propõe é a delimitação do campo de estudo. Vale dizer, o setor bancário compreende uma parcela do Sistema Financeiro Nacional – os outros dois setores seriam o de câmbio e títulos, e o de seguros –, parcela esta que precisa ser caracterizada. O caminho escolhido reside em diferenciar o setor bancário dos demais setores econômicos (inclusive dos dois ramos do Sistema Financeiro) por meio das atividades que lhes são típicas. Verificar-se-á, neste primeiro momento, o que seria atividade privativa de instituição financeira.

Para tanto, analisa-se o conceito de “atividade” e de “atividade privativa de instituição bancária” dado pela doutrina. Posteriormente, recorre-se ao conceito legal de atividade privativa, cuidando-se de sua interpretação.

### 1.1 ATIVIDADE SEGUNDO A DOUTRINA JURÍDICA

O cuidado com a qualificação jurídica de atividade encontrou terreno fértil no chamado direito comercial (mercantil). De fato, a conceituação de “atividade” tornou-se necessária a partir do momento em que esta se erigiu em centro da caracterização do empresário, e, conseqüentemente, da incidência do regime jurídico comercial<sup>6</sup>. Nesse sentido, o grande marco foi o Código Civil Italiano de

---

<sup>6</sup> Anteriormente, o estudo doutrinário voltava-se à caracterização dos chamados *atos do comércio*<sup>6</sup> - era a prática destes que caracterizava o chamado Direito Empresarial. Foi essa a tradição que influenciou o Código Comercial Brasileiro de 1850. Com a evolução doutrinária, passou-se a interpretar a prática de mercancia enquanto reiteração dos atos de comércio – entendimento esse já próximo ao de atividade. Cf. SALOMÃO NETO, E. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005, p.12-13.

1942, mais especificamente seu art. 2.082: “è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”<sup>7</sup>.

Conforme o artigo acima transcrito, a atividade, para ser considerada empresarial, deverá agregar economicidade, organização e profissionalidade. Portanto, a análise do presente tópico verter-se-á obrigatoriamente à caracterização desses quatro elementos conceituais: *atividade, economicidade, profissionalidade e organização*.

Segundo TULLIO ASCARELLI, *atividade* pode ser entendida como “seqüência de atos coordenados em vista de um fim comum”<sup>8</sup>. Entretanto, o autor italiano pontua que a atividade de pessoa jurídica e de pessoa física é caracterizada em momentos distintos. Vale dizer, a atividade de pessoa física tem de contar com a realização concreta de atos, ou seja, real exercício de atos – na linguagem do autor, com um “*affare*”<sup>9</sup>. Já a atividade de pessoa jurídica (ou de coletividade organizada) se realiza com o simples escopo de exercê-la, declarado no objeto social, independentemente de serem exercidas tais atividades. Nessa direção as exigências legais de registro das sociedades – e de seus objetos sociais - em órgãos oficiais (em regra, Juntas Comerciais. Caso o objeto social seja típico de instituição financeira, o registro será no BACEN)<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> ASCARELLI, Tullio. **Lezioni di diritto commerciale. Introduzione**, 2. ed. Milano: Doot. Antonino Giuffrè, 1955, p.101.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 102. No original: “*Attività non significa atto, ma una serie di atti tra loro coordinabili in relazione ad una comune finalità*”.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> Leciona Ascarelli que “*mentre erò nelle persone fisiche l’attività non potrà essere imputata se non in seguito all’effettivo compimento degli atti attraverso i quali si esplica (..), nelle persone giuridiche sarà sufficiente lo scopo di compierla (...), anche indipendentemente dal suo effettivo svolgimento essendo, in dette ipotesi, lo scopo l’elemento al quale si deve innanzi tutto far capo (..) per la qualificazione del soggetto (...)*” (destacou-se). *Ibid.*, p.106.

*Economicidade*, pontua ASCARELLI, refere-se à atividade criadora de riqueza, e, por isso, de bens, e/ou de serviços patrimonialmente valoráveis<sup>11</sup>. Tal atividade há de ser dirigida ao mercado, uma vez que se destina à produção e/ou à troca de bens ou serviços, bem como marcada pelo intuito de lucro. Nesse ponto, convém destacar que o lucro poderá ser o *meio* e não o *fim* da atividade econômica. Por exemplo, uma entidade religiosa poderá prestar serviços educacionais sem visar especificamente ao lucro (difusão de valores religiosos), contudo, a *manutenção* de tal atividade prescindirá, sim, deste.

*Organização* abrange a *ordenação, articulação dos fatores de produção* (mão-de-obra, insumos, tecnologia e capital). Os trabalhadores autônomos (abarcados aqueles que exercem trabalho intelectual) não são considerados empresários exatamente pela falta de tal característica<sup>12</sup>.

*Profissionalidade* é associada, na doutrina, a considerações de três ordens: habitualidade, pessoalidade e monopólio das informações. A habitualidade seria inerente à noção de não esporadicidade<sup>13</sup> da atividade econômica. Já a pessoalidade diz respeito ao exercício profissional em nome próprio, ou seja, o empresário realiza a atividade em seu nome, ao passo que os empregados a realizam em nome do empregador. Por fim, monopólio das informações refere-se ao inteiro conhecimento do empresário acerca dos produtos e/ou serviços objetos de sua empresa.

Em suma, a atividade empresarial pode ser entendida como conjunto de atos coordenados para um mesmo fim, caracterizados pela economicidade, profissionalidade e organização.

## 1.2. ATIVIDADE PRIVATIVA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

---

<sup>11</sup> No original, "*Con economica ci si riferisce ad una attività creatrice di ricchezza e perciò di beni (...) od anche , come risulta dallo stesso articolo, di servizi patrimonialmente valutabili*". *Ibid.*, p.110.

<sup>12</sup> No original, "*La classificazione legale degli esercenti professioni intellettuali tra i lavatori autonomi induce spesso a ritrovare (...) nella mancanza di organizzazione la ragione dell'oro esclusione dall'ambito degli imprenditori*". *Ibid*, p.115.

<sup>13</sup> Como bem assevera Ascarelli, habitualidade nada tem a ver com continuidade (poderá haver atividades sazonais), ou exclusividade da atividade empresarial. Cf. ASCARRELLI, Tullio. **Lezioni di diritto commerciale. Introduzione**, 2. ed. Milano: Doot. Antonino Giuffrè, 1955, p.127.

É certo que as instituições bancárias são empresas, de modo a desempenharem atividades empresariais da maneira como exposta acima. Contudo é necessário, agora, delimitar o objeto típico dos bancos, ou seja, estabelecer o arquétipo do conteúdo típico de uma instituição bancária, que a diferencia de outras instituições comerciais/empresariais.

#### 1.2.1. Entendimento doutrinário

Nesse item analisa-se a opinião doutrinária acerca da caracterização da atividade privativa de instituição bancária. Ter-se-á por base o entendimento de CARLOS BAPTISTA LÔBO, que subdividiu o estudo acerca do objeto típico de bancos em duas “partes”: reflexão operacional e reflexão institucional.

A bipolarização da análise é justificada, segundo o citado autor, pela expansão das atividades típicas e nucleares dos bancos, e conseqüentes tendências surgidas dessa expansão. Tradicionalmente, o *“Banco seria a empresa cujo objectivo é a captação de recursos, isto é, de dinheiro, recebido de terceiros, e a aplicação dos recursos captados e de recursos próprios através de empréstimos”*<sup>14</sup>. Contudo, a tal atividade intermediadora, acresceram-se outras relacionadas com o recente enquadramento financeiro (a vida financeira, de início regida pela simplicidade, desdobrou-se em inúmeras operações tecnicamente mais sofisticadas) e com a guarda de valores. De tal enquadramento, duas tendências surgiram: os bancos continuaram, em alguns países, a exercerem a atividade típica de intermediação monetária, financeira e de capitais, embora ampliadas – residindo aqui a análise operacional; em outros, foram perdendo certas funções, que passaram a ser desempenhadas por outras entidades – eis aqui a necessidade de análise institucional.

##### 1.2.1.1. Reflexão operacional

---

<sup>14</sup> PITTA e CUNHA, P. **“Banco”** In.: Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Vol. 1, Verbo, Lisboa/São Paulo, 1983. *Apud.*: LOBO, C. B. **Concorrência Bancária?** Coimbra: Almedina, 2001, p. 24.

Tal reflexão é assentada nos dados nucleares de um *ato* ou *negócio* jurídico tipicamente bancário. CARLOS BAPTISTA LÔBO propõe, como características fundamentais de ato jurídico bancário, a *personalização*, a *normalização*, a *descorporização* e a *unilateralidade*.

Personalização é baseada, essencialmente, na relação de *risco* (e conseqüentes garantias) que envolve os atos bancários. Considerando-se os constantes riscos a que a atividade bancária está exposta (risco de inadimplemento de obrigação em favor do banco, risco de o cliente ser afetado pela insolvência do banco, ou de ter seu nome e patrimônio expostos, etc.), os atos jurídicos inerentes a esta se caracterizam por serem personalíssimos. Em poucas palavras, os atos bancários são eivados de mútua confiança entre a instituição e o cliente. Vale dizer, o

Normalização está atrelada à noção de atividade de massa em que se enquadra a atividade bancária: “a oferta de produtos bancários deverá evoluir segundo modelos uniformes, essenciais para a prossecução da eficiência, eficácia e economicidade na profissão”<sup>15</sup>. Exemplo claro de tal tendência é verificadoverifica-se na proliferação dos chamados contratos de adesão.

Descorporização se manifesta-se através da desmaterialização – os atos bancários cada vez mais se realizam em ambientes digitais – e da desformalização – atos bancários surgem sem especiais formalidades, como exemplificam a assinatura digital, e a digitalização de números pessoais (senhas, etc.).

Por fim, a unilateralidade se liga-se ao fato de os atos bancários hodiernos completarem-se unilateralmente, apenas com simples cartas ou ordens via computador, dispensando-se, pois, os clássicos institutos da proposta e aceitação.

Com tais caracteres em mente, e a fim de uma melhor sistematização, é possível classificar as atividades privativas, isto é, as operações bancárias típicas. Vários são os critérios passíveis de uso para classificação dos atos bancários. Sem

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 26.

ingressar no mérito de outras classificações<sup>16</sup>, observar-se-á aquela proposta pelo autor, e que tem por norte as funções da atividade bancária no tráfego comercial.

Nesses termos, a principal função das instituições bancárias é a intermediação financeira. Por subfunções (ou funções acessórias) têm-se a gestão de informação e a gestão do risco (risco este que pode ser ativo ou passivo). Em relação à função principal (intermediação financeira) poderíamos desmembrá-la da seguinte forma: (1) intermediação no mercado de crédito (operações ativas e passivas); (2) intermediação no mercado de meios de pagamento (que teria instrumentos simples – cheques, ordens de transferência – e cartões); (3) operações cambiais; (4) operações sobre títulos; (5) categoria residual (operação de locação financeira, sobre pedras preciosas, etc.). Já no que toca às subfunções, teríamos a (1) gestão informacional, em que estariam abarcadas as operações de consultoria, gestão, administração de títulos, prestação de informações comerciais, etc.; e (2) gestão do risco, que poderá ser passivo (locação de cofres, guarda-volumes, guarda de bens em geral), ou ativo (transações ativas).

Merece um tratamento um pouco mais detido a questão das operações ativas e passivas na intermediação no mercado de crédito. As operações seriam ativas, quando, na intermediação, a instituição assume posição de credora (posição ativa). Nesses casos, poderá a instituição realizar operações de empréstimo, em que há gestão direta do risco (Ex.: Abertura de Crédito), ou operações derivadas, em que há gestão indireta do risco (Ex.: Fiança, Aval, etc). Seriam passivas as operações em que a intermediação fosse alicerçada na gestão do risco em sentido passivo, ou seja, quando as instituições financeiras assumem, a figura de devedor (quando recebem depósitos ou outros fundos reembolsáveis).

Uma classificação de tal ordem fundamenta-se, como é perceptível, em aspectos financeiros, econômicos e jurídicos. Tal qualidade possui a vantagem da mobilidade, vale dizer, facilmente adaptável à realidade bancária, que se encontra em permanente evolução.

---

<sup>16</sup> Poder-se-ia, por exemplo, ter por critério os aspectos gerais ou técnicos das operações bancárias (operações principais/típicas e operações acessórias), ou ainda as operações a efetuar (operações de depósito, de crédito, de investimento, etc.). Cf. LOBO, C. B. **Concorrência Bancária?** Coimbra: Almedina, 2001, p. 28-31.

Em linhas gerais, as atividades bancárias estarão abrangidas nas categorias acima elencadas, contudo, nem todas as instituições que desempenhem uma ou mais dessas atividades serão consideradas financeiras. Necessário, portanto, prosseguir com a análise institucional.

#### 1.2.1.2. Reflexão institucional

Neste ponto, CARLOS BAPTISTA LÔBO se baseia-se na Primeira Diretiva de Coordenação Bancária<sup>17</sup>. Este diploma estabelece dois requisitos cumulativos para caracterização de instituição bancária: (1) receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis (operações passivas); (2) aplicação desses fundos por conta própria mediante a concessão de crédito (operações ativas). Tal conceituação, um tanto ampla, levada *ipsis literis*, abrangeria situações que, mesmo pelo entendimento comum, não poderiam ser consideradas atividades financeiras. Daí a existência de conteúdos delimitativos negativos.

No que tange ao primeiro elemento, excluem-se da atividade bancária os fundos obtidos mediante a emissão de obrigações ou pela emissão de papel comercial. Do contrário, a definição torna-se inoperacional. Já no que toca ao segundo, não se qualificam como concessão de crédito, porque se caracterizam como situações acessórias e restritas: (a) os empréstimos e os adiantamentos entre uma sociedade, e seus sócios; (b) os empréstimos concedidos pelas empresas a seus trabalhadores por razões de ordem social; (c) as dilações ou antecipações de pagamentos acordadas nos contratos de aquisição de bens ou serviços; e (d) as

---

<sup>17</sup> Tal Directiva foi um marco no sentido de fixação das linhas mestras, linhas de orientação comuns aos Estados-Membros da Comunidade Européia. Em outras palavras, a harmonização do setor bancário a nível europeu colocou problemas de dimensão considerável seja jurídica ou politicamente. Sendo esse setor extremamente regulamentado pelos países membros, o estabelecimento da livre circulação de serviços e da liberdade de estabelecimento no setor bancário não era suficiente para a instituição de um mercado comum: as divergências regulamentares entre os países o impediam. A Primeira Directiva, de 1977, consagrou as linhas de orientação comuns a dispositivos normativos (legais e administrativos) ordenadores do comércio e das instituições bancárias. Contudo, ante a necessidade de múltipla autorização para instituição de sucursais em Estados-Membros, tal Directiva não atingiu seu intento: constituição de um mercado bancário unificado a nível comunitário. Para maiores esclarecimentos, leia LOBO, Carlos Baptista. **Concorrência Bancária?** Coimbra: Almedina, 2001, p. 41-51.

operações de tesouraria entre sociedades que se encontrem em situação de domínio ou de grupo.

Ainda, tomando os dois requisitos conjuntamente (*aplicação por conta própria dos fundos obtidos junto ao público*), percebe-se que a enunciação exclui do conceito, dentre outras, sociedades gestoras de fundos de investimento, corretoras e gestoras de patrimônios, visto que elas se limitam a gerir *ativos de terceiros*.

Para além daquele núcleo típico de atividade bancária (recebimento de fundos reembolsáveis com conseqüente aplicação deles em nome próprio), o legislador comunitário adotou a figura do "*banco universal*". Uma instituição será considerada bancária, caso desempenhe atividades típicas e realize outras funções de natureza acessória, instrumental. Diante de tal indeterminação de conteúdo (que atividades acessórias, instrumentais?), ganha espaço a reflexão operacional acima desenvolvida. Ora, é obvio que as atividades ditas acessórias, ou instrumentais desempenhadas, para além da atividade principal, típica, não poder-se-ão afastar daquele rol acima exposto: intermediação, gestão da informação e gestão do risco. Se, eventualmente, a atividade desempenhada estiver fora daquele elenco, não poderá ser qualificada como bancária.

Em linhas gerais, percebe-se que a delimitação de instituição financeira prescinde da inter-relação de reflexões operacionais e institucionais. Convém, agora, examinar o tratamento pátrio (da legislação pátria) dado à matéria.

### 1.2.2. Entendimento legal pátrio

Não versará o presente tópico acerca da criação e desenvolvimento histórico dos Bancos, ou ainda de sua evolução legislativa no Brasil<sup>18</sup>. Limitar-se-á ao exame da definição legal, dada pela Lei n.º 4.595/64, e a sua interpretação.

Reza o artigo 17 da Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964:

---

<sup>18</sup> Cf. MENDONÇA, J. X. C. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed., v. 6, t. 3. São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 27-39.

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.  
Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam quaisquer das atividades referidas neste artigo de forma permanente ou eventual.”

Tal redação é excessivamente ampla<sup>19</sup>, abarcando, se literalmente interpretada, praticamente todas as atividades econômicas. Ora, as empresas captam junto ao público investidor recursos, através da emissão de debêntures ou ações; ou ainda, administradoras de imóveis recolhem os valores dos aluguéis dos imóveis que administra e os repassa aos proprietários (intermediando, pois, valores). Contudo, obviamente, ambas as atividades não se caracterizam bancárias, apesar de abarcadas pelo enunciado do aludido artigo 17. É preciso, portanto, delimitar tal interpretação (o que quer dizer a lei quando fragmenta, isola as atividades de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros?; ou quando aduz que podem tais recursos serem próprios ou de terceiros?). Para tanto, parece aconselhável, num primeiro momento, uma interpretação sistemática e teleológica<sup>20</sup>.

Sistemática pressupõe um olhar panorâmico, global de todos os elementos envolvidos. Assim, ao se falar em “coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros”, deixa a lei margem a uma restrição interpretativa. De fato, é impossível, a rigor, a coleta de recursos próprios, a não ser no sentido de que recursos obtidos por operações de captação tornem-se próprios quando recebidos (mútuo financeiro). De outro lado, a coleta de recursos de terceiros ocorre quando do recebimento desses valores em caráter fiduciário. Percebe-se, pois, que a

---

<sup>19</sup>Críticas nesse sentido já eram feitas por COELHO, W. do E. Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos. Interpretação teleológica do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Curitiba, ano 2, v. 2, p. 341-346, set./dez. 1970.

<sup>20</sup>Ter-se-á por textos bases, SALOMÃO NETO, E. **Direito Bancário**. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.14-30, e COELHO, W. do E. Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos. Interpretação teleológica do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Curitiba, ano 2, v. 2, p. 341-346, set./dez. 1970.

aplicação dos recursos está sempre condicionada à prévia coleta . Ora, prévia coleta com conseguinte aplicação caracteriza intermediação financeira. Daí a conclusão de Wilson Egito Coelho de que os três elementos interligados (coleta, aplicação, e intermediação) formam “uma *unidade conceitual*”: “*a aplicação de recursos financeiros, próprios ou de terceiros, em moedas, só será atividade privativa das instituições financeiras, quando ficar caracterizada a intermediação ou coleta anterior dos mesmos recursos*”<sup>21</sup>.

Interpretação teleológica é aquela que privilegia o fim da norma (muito útil quando a interpretação literal leva a absurdos, como é o caso em comento). Conforme assevera KARL ENGLISH, “*o jurista moderno, (...), prefere em certa medida o chamado ‘método teleológico’ de interpretação, o qual procura o fim, a ‘ratio’, o ‘pensamento fundamental’ do preceito legal, e a partir dele determina o seu ‘sentido’. Aqui, portanto, o ‘sentido’ é o fim visado pela lei*”<sup>22</sup>.

Três fins, em relação à atividade privativa de instituição financeira e sua regulamentação, poderiam ser aventados num primeiro momento: repressão à usura; proteção da economia popular; e regulamentação do crédito e de seu efeito multiplicador monetário<sup>23</sup>.

Admitir a primeira hipótese como o real fim visado pela legislação presente levaria à necessidade de se isolar a operação de repasse. Ora, o usuário o é independentemente de usar recursos próprios ou de terceiros, prescindindo da captação – o que acaba por ignorar a imprescindível atividade de coleta. Ademais, hodiernamente, a usura é instituto regulado em dispositivo específico: arts. 406 e 591 do Código Civil de 2002. Assim, não deve ser admitida como a *ratio* da Lei n.º 4.595/64.

---

<sup>21</sup> COELHO, W. do E. Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos. Interpretação teleológica do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Curitiba, ano 2, v. 2, set./dez. 1970, p. 346.

<sup>22</sup> ENGLISH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.133.

<sup>23</sup> SALOMÃO NETO, E. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 17.

A segunda hipótese (“proteção à economia popular”) é, sem dúvida, um dos objetivos por detrás da fixação do conceito de atividade privativa. Prescinde-se da coleta junto ao público, e de posterior aplicação temerária dos recursos assim obtidos, para a configuração de ofensa à economia popular. Contudo, tal objetivo não pode ser tomado como “a finalidade” dos dispositivos da Lei 4.565/64. Explica-se: as captações junto ao público abrangem aquelas realizadas fora do mercado financeiro, ou de capitais (títulos ou contratos de investimento coletivo, como as parcerias pecuniárias, por exemplo).

Por fim, a terceira hipótese se refere a colocar sob a égide da fiscalização governamental as instituições que, por sua atividade, multiplicam o meio circulante (ao disponibilizar recursos concomitantemente aos depositantes e a terceiros que os emprestam), e que, por isso, podem impactar na economia (de forma que seu controle serve de instrumento de política econômica governamental). Este efeito multiplicador só se verifica se presente a intermediação (coleta e aplicação subsequente). Parece ser esse o intuito da legislação pátria, de modo a ser reforçado o entendimento da necessidade de captação e repasse cumulativos de recursos, obtidos no mercado financeiro, para que se caracterize a atividade privativa de instituição bancária.

Ainda que a título de lembrança, vale destacar que o intento de lucro há de estar presente para a configuração de atividade privativa. Até porque o intuito de lucro é uma das características necessárias à delimitação de atividade empresarial, comercial, da qual a bancária é espécie. A noção de lucro deverá ser a mais abrangente possível, de modo a ser possível a inclusão de cooperativas na noção de bancos.

Merece, ainda, análise a questão da habitualidade do exercício da atividade privativa. Aduz o art. 17 em análise que as pessoas jurídicas que exerçam as atividades privativas em caráter principal ou acessório, e as pessoas físicas que as exerçam ainda que eventualmente, caracterizam-se enquanto instituições bancárias. Ora, como dito na primeira parte desse capítulo, a atividade empresarial (de que a bancária é espécie), seja ela desempenhada por pessoa jurídica ou física, tem, dentre seus elementos configuradores, a habitualidade. Sendo assim, o caráter acessório exposto na lei não pode ser interpretado enquanto freqüência, mas, sim, como *relação* com a coisa principal: intermediação isolada de recursos não pode ser

enquadrada como atividade privativa de instituição financeira. Nessa direção, ainda, deve ser entendida a menção à “eventualidade”. Ora, uma atividade habitual pode, sim, ser eventual, veja-se o caso de atividades desempenhadas sazonalmente (em época de “temporada de férias”). Portanto, a contradição entre habitualidade, acessoriedade e eventualidade não é mais que aparente.

Por todo o exposto, Eduardo Salomão Neto sintetiza atividade privativa como sendo “(i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operações de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida de repasse se realize em caráter habitual”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 27

## CAPÍTULO 2 - REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO

### 2.1. CONCEITO DE REGULAÇÃO

“(...) tratando-se de expressão polissêmica por excelência, diversas definições de regulação são admissíveis. Para os presentes fins, basta que se chegue a um consenso sobre as palavras, dentro de uma visão pragmática da linguagem, ou seja, basta atribuir às palavras um sentido não só para o ter como ponto de referência mas (sic) também para se remeter a um conjunto de regras coerentes (o regime jurídico), o que torna a definição eficaz, sem que com isso se pretenda expressa as coisas em si mesmas, em disputas ontológicas tão sem fim quanto se poderia tentar encontrar definições incontestáveis.”<sup>25</sup>

Pressuposto ao entendimento do conceito de regulação, a ser adotado no presente trabalho, é a modificação do papel do Estado nas atividades econômicas ocorrida no final do século passado. Trata-se da passagem do “Estado-Providência” para o “Estado-Regulador”. Portanto, mister se faz, ainda que brevemente, uma prévia análise de tal contexto sócio-político.

#### 2.1.1. Do “Estado Liberal” ao “Estado-Regulador”

*The End of laissez-faire.* O nome não poderia ser mais sugestivo. Trata-se da publicação, em 1926, de uma conferência proferida por JOHN MAYNARD KEYNES, em que anunciava a derrocada do regime econômico liberal, característico do século XVIII. Fora o fim da I Guerra Mundial, em sua opinião, que marcara o sepultamento do abstencionismo estatal na ordem econômica.

Na verdade, porém, como bem afirmado por VITAL MOREIRA, “ataques à ordem liberal da economia vinham de trás”<sup>26</sup>. Está a se referir à criação, em 1887, do *Interstate Commerce Commission*, e às promulgações, em 1897, dos *Clayton* e do

---

<sup>25</sup> FRISON-ROCHE, M. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 9, 2005, p. 207-208.

<sup>26</sup> MOREIRA, V. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 17.

*Sherman Acts*. No entanto e, ainda, na esteira do citado autor, foram os acontecimentos do pós-guerra que deflagraram a intervenção estatal na economia, seja para regular o funcionamento da economia, seja para garantir objetivos sociais à coletividade.

Trata-se da Revolução Russa (1917), que instituiu o regime socialista, baseado na propriedade coletiva dos meios de produção e substituto do modelo de produção capitalista. Cita-se, ainda, a Constituição de Weimar (1919), que, ao prever em seus ditames economia, alça-a à condição de preocupação estatal. Não obstante, é a crise de 1929, principiada nos Estados Unidos, que, definitivamente, obriga todos os países a se preocuparem com economia.

Convergentemente a isto, KEYNES, em 1936, publica "*General Theory of Employment, Interest and Money*". Obra que representa o alicerce teórico necessário à justificação da intervenção estatal enquanto principal controlador da estabilidade econômica e fomentador de melhorias sociais. É o nascimento do Estado de Bem-Estar Social: o Estado enquanto modelador da vida social, seja na prestação de serviços, seja como agente econômico.

Note-se, porém, que, o Estado-Providência, ao ser caracterizado pela atuação estatal direta na economia, não extingue sua função regulatória sobre atividades econômicas privadas. Em outras palavras, a intervenção estatal direta se justificava na medida em que perquiria a realização de valores sociais (prestação de serviços públicos, por exemplo). Ora, é certo que, em algumas atividades econômicas, exatamente por não redundarem na realização de valores fundamentais, não existiria razão para a presença estatal. Nestas áreas, verificava-se um arcabouço estatal normativo. Nas palavras de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "*ou o Estado assumia a produção de bens e serviços diretamente, interditando a exploração destas atividades aos particulares, ou se limitava a regradar, normatizar, a atividade destes particulares nos demais setores da ordem econômica*"<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> MARQUES NETO, F. A. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 228, 2002, p. 15.

Conforme MARÇAL JUSTEN FILHO, “O resultado [da implementação de um Estado de Bem-Estar social] foi extraordinariamente positivo; espantoso, poderia até dizer-se. As condições de vida elevaram-se a níveis nunca anteriormente experimentados. A expectativa de vida média da população elevou-se radicalmente. Nunca anteriormente os seres humanos experimentaram tamanho conforto e tão grande quantidade de benefícios. Mais do que isto, nunca na História se ofertaram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos, formal)”<sup>28</sup>.

Contudo, foi justamente o êxito<sup>29</sup> de tal modelo intervencionista estatal a causa de sua derrocada. O Estado-Providência trouxe benefícios que acarretaram o aumento populacional, contudo, isto não foi acompanhado de incremento proporcional de receitas estatais. Resultado: inviabilidade de cumprir as obrigações assumidas (inclusive as mais básicas), e suspensão de novos, e mais ambiciosos, projetos. Este fenômeno, conhecido como crise fiscal, incentivou a instauração de novos modelos políticos, inclusive do modelo regulatório estatal (Estado-Regulador).

De fato, a crise fiscal põe em xeque o papel do Estado enquanto agente propiciador de bem-estar sócio-econômico. Concepções “neo-liberais”, defensoras da retirada estatal do domínio econômico, ganham voz na década de oitenta. Neste sentido, VITAL MOREIRA: “desde o final dos anos setenta, começou a manifestar-se um movimento, com origem nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, de redução do papel do Estado na economia e da revalorização do papel do mercado e da concorrência”<sup>30</sup>. Trata-se do movimento de “desregulação” estatal, abarcante das práticas de privatização de empresas públicas, liberalização de setores antes reservados à iniciativa pública, e desregulação propriamente dita (eliminação do controle público sobre alguns setores econômicos).

---

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 18.

<sup>29</sup> Conforme muito bem pontuado por MARÇAL JUSTEN FILHO, falar-se em resultado positivo do modelo de “Estado-Providência” não quer significar “o atendimento integral e satisfatório das necessidades básicas de todo indivíduo”; quer significar, sim, o atingimento de patamar social mais elevado. *Id.*

<sup>30</sup> MOREIRA, V. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 43.

“Desregulação” não quer, porém, significar erradicação da regulação estatal, uma espécie de volta à égide do *laissez-faire*. Muito do contrário. “Desregulação”, por vezes, significou densificação regulatória:

“Privatizar ou liberalização não significa necessariamente desregular; muito pelo contrário, quando, em áreas de manifesto interesse geral da comunidade, como o mercado de capitais, a iniciativa privada se substitui ao Estado ou à ação dos agentes econômicos deixa de ficar dependente de prévia autorização administrativa, é natural (e, as mais das vezes [...] imperativo) que a regulamentação se adense, como única forma que neste caso se dispõe para assegurar os interesses gerais (...)”<sup>31</sup>

Na verdade, o que se vislumbra é a permanência do ideário proposto pelo Estado de Bem-Estar Social: a realização de valores sociais fundamentais pelo Estado. O que se modifica, contudo, são os instrumentos para a realização destes. Ao invés de o Estado atuar como agente econômico (intervenção direta) passa a regular as atividades privadas (intervenção estatal indireta).

Portanto, é preciso ter em mente que é no cerne do atual modelo de Estado (Estado-Regulador) que os conceitos doutrinários de regulação são apresentados.

### 2.1.2 Conceitos doutrinários de regulação

Etimologicamente, o conceito de regulação abarca duas idéias principais: a de estabelecimento e implementação de regras; e a de manutenção ou restabelecimento do funcionamento equilibrado de um sistema. Tais idéias, segundo VITAL MOREIRA, seriam suficientes para definir regulação. Propõe, então, como conceito de regulação o “*estabelecimento e implementação de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos*”<sup>32</sup>.

Contudo, segundo o referido autor, o conceito de regulação não é unânime entre os doutrinadores. Assevera que, quanto à amplitude da definição, as posições defendidas podem ser catalogadas em três “concepções de regulação”: (a) uma em

---

<sup>31</sup> *Ibid*, p.44.

<sup>32</sup> *Ibid*, p. 34.

sentido amplo; (b) outra em sentido menos abrangente; (c) por fim, uma em sentido estrito.

Em sentido amplo, regulação pode ser entendida como toda forma de intervenção estatal na economia, incluindo tanto o exercício direto de atividades empresariais pelo Estado, quanto a coordenação e a disciplina de atividades econômicas privadas. Em sentido menos abrangente, seria a intervenção estatal indireta na economia, vale dizer, o condicionamento da atividade econômica privada, excluída, portanto, a participação direta do Estado na economia. Por último, a regulação em sentido estrito representaria mera intervenção normativa estatal na atividade econômica privada.

Não obstante o primeiro<sup>33</sup> e o terceiro<sup>34</sup> sentidos terem seus adeptos, é o segundo que detém a maior parte de aceitação na doutrina, até porque é a aceção mais condizente com o modelo estatal hodierno (Estado-Regulador). Sendo assim, é nesta segunda concepção que o estudo será desenvolvido. Necessário, então, melhor explicitar o que seria “regulação” neste sentido.

São duas as premissas de que partem os defensores da regulação em sentido "menos abrangente". Por um lado, têm em mente a distinção entre a participação (intervenção direta) e a orientação (regulação: intervenção indireta)

---

<sup>33</sup> Dentre aqueles que atribuem ao termo "regulação" sentido amplo, merecem menção Calixto Salomão e Floriano Neto. Para o primeiro, regulação *"Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço ou o exercício de poder de polícia"*. SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, p. 15. Já o segundo, tem por regulação *"a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas"*. MARQUES NETO, F. A. A nova regulação dos serviços públicos. In.: **Revista de Direito Administrativo**. n. 228. abr./jun. 2002, p. 13-30.

<sup>34</sup> Maria Manuel Leitão Marques, João Paulo Simões de Almeida e André Matos Forte utilizam o termo "regulação" neste sentido restrito, ao diferenciá-lo do conceito de supervisão: *"regulação é 'a definição pelas autoridades competentes de normas ou orientações gerais aplicadas a todas as entidades ou a alguns dos tipos de entidades sujeitas a sua jurisdição'". São normas juridicamente vinculantes (regulamentos) ou instrumentos genéricos, tais como recomendações, standarts, e orientações gerais. Por seu turno a supervisão é uma intervenção dirigida a um caso concreto, concretizada na prática de actos administrativos (...)"*. In.: MARQUES, M. M. L.; ALMEIDA, J. P. S. de; FORTE, A. M. Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial). **Direito Público e Regulação 6**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 153-154.

estatal na economia. Por outro, e já na seara do modo de coordenação da economia, percebem que é irrelevante diferenciar, em legislativo e administrativo, os instrumentos da ação estatal. Ora, em princípio, toda forma de ingerência estatal na economia privada há de estar previamente normatizada (decorrência do princípio da legalidade); ademais, são as medidas administrativas executivas daquela norma que lhe dá a concretude necessária.

Neste sentido, a lição de VITAL MOREIRA:

"Deste modo, o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de actividade económica, revistam, ou não forma normativa. (...) O essencial do conceito de regulação é alterar o comportamento dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras de mercado."<sup>35</sup>

Com base em tais premissas, afirma o citado autor que a atividade regulatória abrangeria, pois, três etapas: (1) aprovação das normas pertinentes (leis, regulamentos, etc); (2) implementação concreta das referidas regras (por meio de atos administrativos, isto é, licenças, autorizações, concessões, etc); (3) fiscalização do cumprimento e punição das infrações. Conclui-se, portanto, que o conceito operacional de regulação anteriormente proposto, ao se referir a "estabelecimento e implementação de regras", há de abarcar as três etapas acima referidas. Daí afirmar que a atividade regulatória abarca três poderes: poder normativo, poder executivo e poder parajudicial.

Uma última observação se faz pertinente. Leciona VITAL MOREIRA que o conceito de regulação analisado tem de ser elástico. Vale dizer, a noção tradicional de regulação refere-se à regulação pública da economia privada. No entanto tal conceito exclui a incidência da regulação sobre as empresas públicas, que, por vezes, estão no mercado em pé de igualdade com as empresas privadas. Sendo assim, não se pode excluir as empresas públicas do conceito de regulação.

Entendimentos semelhantes ao do referido autor luso são apresentados por ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES:

---

<sup>35</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 36.

"A regulação pública da economia consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis."<sup>36</sup>

No mesmo sentido, e partindo das lições de VITAL MOREIRA, é o entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*"(...) definimos a regulação econômica como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade privada pelo Estado, com a finalidade de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado."*<sup>37</sup>

Ainda, MARÇAL JUSTEN FILHO conceitua regulação desta forma:

"Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito."<sup>38</sup>

Em suma, pode-se entender regulação<sup>39</sup> enquanto **conjunto de medidas legislativas, administrativas e parajudiciais, por meio das quais o Estado (ou**

---

<sup>36</sup> SANTOS, A. C. dos; GONÇALVES, M. E.; e LEITÃO MARQUES, M. M. **Direito Econômico**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 191.

<sup>37</sup> DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 205.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

<sup>39</sup> A discussão sobre regulação econômica e regulação social foge ao âmbito do presente trabalho. Contudo, pode-se adiantar que a idéia de regulação proposta adequar-se-ia à ambiência de "regulação social": a intervenção estatal tem em vista a estabilidade do mercado não enquanto um fim em si mesmo (regulação econômica), e, sim, como condição necessária à consecução de objetivos sociais (regulação social). Para maiores esclarecimentos, consultar JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

***aqueles que lhe façam as vezes) busca alterar o comportamento dos agentes econômicos a fim de garantir o funcionamento equilibrado do mercado, de acordo com determinadas políticas públicas***<sup>40</sup>.

## 2.2. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAÇÃO

Afirmou-se, no tópico antecedente, que a regulação, enquanto conjunto de medidas legislativas, administrativas e parajudiciais, tem por escopo último **garantir o funcionamento equilibrado do mercado**. Neste sentido, pode-se dizer que a **justificativa para a existência de regulação é a supressão das deficiências e insuficiências**<sup>41</sup> do mercado.

Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>42</sup>, as situações de deficiência e insuficiência poderiam ser sintetizadas em cinco: deficiência na concorrência; bens coletivos; externalidades; assimetrias de informação; desemprego, inflação e desequilíbrio.

**Deficiência na concorrência** caracteriza-se pela ausência, no mercado, de disputa suficiente e equilibrada, indispensável (a disputa) à produção das benesses oriundas da lei de oferta e procura. Caso típico é a verificação de situação monopolística<sup>43</sup>: o agente detém tal situação de predomínio que seus produtos tornam-se os únicos disponíveis aos consumidores. Tal situação permite que o

<sup>40</sup> No transcorrer do trabalho, os termos “regulação estatal” e “intervenção estatal” serão utilizados como sinônimos.

<sup>41</sup> Tal entendimento (de insuficiência do mercado) é exteriorizado por Calixto Salomão, ao dizer que “A regulação não visa eliminar falhas do mercado, mas sim estabelecer uma **pluralidade de escolhas e um amplo acesso ao conhecimento econômico, que jamais existirá em um mercado livre**” (Grifou-se) In.: SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 201, p. 42.

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32 e ss.

<sup>43</sup> Perceba-se que nem todo monopólio é maléfico. O monopólio natural, ocorrente nas situações em que a natureza da atividade a ser desempenhada obsta economicamente a multiplicação de estruturas empresariais, envolve benefícios ao consumidor. Não obstante ser o monopólio natural indesejável, sob a ótica concorrencial, traz retornos crescentes de escala (aumento do número de consumidores acarreta em benefícios crescentes). Cf.: JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 33.

agente econômico monopolista imponha preços e condições no mercado, aumentando, pois, absurdamente seu lucro, bem como reduzindo a eficiência do sistema econômico.

Situação inversa, mas de efeitos semelhantes, é o monopólio. Trata-se da circunstância em que há tão só um agente em condições de adquirir produtos no mercado: há grande possibilidade de impor, aos fornecedores, condições e preços.

Ainda, podem aqui ser abarcadas situações intermediárias, em que se verifiquem comportamentos lesivos à concorrência. Em todos os casos, a atuação estatal (ou de ente que lhe "presenta") será no sentido de impor, aos agentes do mercado, comportamentos (ações ou omissões) necessários à obtenção de resultados mais eficientes.

**Bens Coletivos** seriam aqueles necessários a todos os membros da sociedade, sem possibilidade, portanto, de apropriação privada. É o caso da saúde, da educação, previdência, etc. Submeter o acesso a estes bens exclusivamente aos mecanismos de mercado condenaria grande parcela da população a se ver privada da utilização deles, o que traria prejuízos a toda a coletividade.

Ademais, um comportamento socialmente adequado por vezes só é atingido através da ingerência externa, de um agente regulador externo. Seria, nas palavras de CASS R. SUNSTEIN o enfrentamento do "dilema do prisioneiro", em que a ação conjunta e cooperada de todos os envolvidos é a mais benéfica a todos:

"No dilema do prisioneiro, dois prisioneiros suspeitos de um crime são interrogados pelo Promotor Público que diz a cada um, separadamente: 'Se você confessar o crime, e se o outro prisioneiro não confessar, você será testemunha de acusação e será libertado; porém, se você confessar e o outro prisioneiro também confessar, você será condenado pelo crime e receberá uma pena de cinco anos. Se você não confessar, e se o outro prisioneiro também não confessar, ambos serão condenados por um crime menor e receberão uma pena de um ano, o que é factível. Porém, se você não confessar; e, o outro prisioneiro confessar o crime, você receberá a pena máxima de dez anos.'"<sup>44</sup>

Atuando individualmente, a melhor estratégia é confessar. Contudo, se atuarem em conjunto, o resultado mais benéfico a ambos seria não confessar: sofreriam penas de um ano. O problema se põe porque, mesmo que pudessem se

---

<sup>44</sup> SUNSTEIN, C. R. As funções das Normas Reguladoras. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 3, 2003, p.36.

comunicar, e acordassem não confessar, os prisioneiros tenderiam a confessar, para tentar sua própria liberdade. O dilema só teria fim com a garantia de que os prisioneiros cumpririam o acordo, isto é, com a existência de mecanismos coercitivos.

Assim ocorre no mercado: apesar de todos, enquanto membros da sociedade, concordarem com a privação de alguns comportamentos seus pelo bem-comum (não emissão de poluição, por exemplo), a tendência individualística ("*free ride*") de cada um é mais forte. Necessário, pois, a intervenção regulatória estatal.

**Externalidades**, na proposta de MARÇAL JUSTEN FILHO, "*indica[m] a característica do processo econômico, consistente na tendência dos agentes econômicos de excluir a própria responsabilidade por determinados custos necessários à sua atuação operacional e de apropriar-se de vantagens propiciadas pelas circunstâncias alheias à sua atividade*"<sup>45</sup>.

Tal conceito abrange duas acepções distintas de externalidades: as chamadas externalidades positiva e negativa. Em sua concepção negativa, traz a idéia de transferência indevida, para terceiros, de custos de uma determinada atividade econômica. Exemplo clássico é a poluição: o industrial não contempla, no preço de seu produto, os custos de recomposição do meio ambiente (dejetos de sua fábrica lançados no rio, por exemplo). Esta conta terá de ser paga por alguém alheio à produção industrial; e, este alguém, em regra, é a sociedade.

Externalidade pode ainda ser compreendida em seu aspecto positivo (sentido menos comum). Quando um agente econômico é beneficiado por circunstâncias estranhas ao processo econômico produtivo em que inserido. Contudo, é a externalidade negativa que traz os problemas a serem enfrentados pela regulação.

Necessário ainda pontuar que alguns autores tratam as externalidades como **custos indiretos**. BREYER, por exemplo, ao tratar das justificativas da regulação, traz a questão dos "*spillovers*", ou "externalidades". Segundo o citado autor, seriam os benefícios ou malefícios indiretos que acarretariam um acréscimo ou decréscimo

---

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35.

ao “custo social” total de um produto<sup>46</sup>. Por exemplo, uma fábrica de lajotas, comercializa seu produto à \$ 2 (considerados apenas os custos de produção – custos diretos); contudo, produz rejeitos industriais que custam à sociedade \$ 5 adicionais para tratamento e acomodação destes – seriam os chamados custos indiretos. A regulação, neste caso, teria o objetivo de transferir aos causadores, os custos sociais de determinada atividade. Contudo, como bem pontuado por BREYER, o regulador deve ponderar se o aumento do preço de um produto, decorrente da transferência do custo indireto ao produtor, é suportável pelo mercado (leia-se, consumidores).

**Assimetrias de Informação** se referem à diferença de graus de informações entre os agentes participantes do processo econômico. Isto é, alguns (a minoria) dispõem de conhecimento fundamental à tomada de decisões, outros (a grande maioria) não detêm gama equivalente de informações, de forma a influir negativamente em suas decisões (decisões imperfeitas, inadequadas).

Em regra, os agentes diretamente envolvidos no processo produtivo são os que possuem maior conhecimento do mercado em que atuam – até porque organizados profissionalmente. Seriam, então, os consumidores o lado mais fraco da relação: acabam adquirindo, por exemplo, produtos nocivos à saúde sem saber que os são.

A racionalidade natural do mercado (aqueles detentores de informações significantes se esforçariam para não as divulgar) redundaria em vantagens indevidas aos possuidores de maior conhecimento. Daí a necessária intervenção estatal, compelindo a difusão de informações essenciais.

**Desequilíbrio de mercado** seria um processo inerente ao funcionamento deste. Vale dizer, o processo de acumulação de riquezas, próprio do capitalismo, ocasiona ciclos de desequilíbrio do mercado, que acarreta, dentre outros efeitos, desemprego e inflação. Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, assim se deflagra a crise:

*“Em tese, a evolução empresarial produz a tendência a que certos sujeitos obtenham êxito, o que é traduzido numa apropriação privada de parcelas da*

---

<sup>46</sup> BREYER, S. **Regulation and its reforms**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 23.

riqueza. A retirada da riqueza do processo produtivo deriva desse fenômeno, o que se reflete em tendência à redução do ritmo de crescimento. A ampliação do desemprego é produzida também pelo acesso permanente de novos sujeitos ao mercado. O risco da inflação deriva de fatores relacionados à incapacidade de um certo sistema econômico manter um certo nível de equilíbrio entre oferta e procura, o que acaba se traduzindo numa ampliação do ritmo da circulação da moeda, o que acarreta inflação.”<sup>47</sup>

O objetivo da regulação é interromper a contínua sucessão de períodos mais favoráveis e períodos de crise, seja atacando as causas do desequilíbrio, seja promovendo o desenvolvimento econômico.

Exposto isto, percebe-se que a regulação tem papel bastante relevante na continuidade do mercado. Pode-se mesmo dizer que a regulação é imprescindível à própria existência dele (o que não significa afirmar que a manutenção do mercado seja o fim em si mesmo da regulação: ora, a regulação, como visto, objetiva também a proteção de outros valores sociais). Não obstante, a opção por regular traz em seu bojo inúmeros encargos que, por vezes, não compensariam a subsistência do aparato regulatório.

Nesta direção, BREYER elenca inúmeras justificativas para não regular. Seriam os altos custos do aparato regulatório; ineficiência das regras impostas (isto é, baixo custo benefício da regulação em face das falhas de mercado); regulação injusta, complexa e muitas vezes atrasada, não sujeita a controle democrático, e de resultados imprevisíveis<sup>48</sup>.

Somente reconhece a alternativa regulatória quando, apesar dos custos desta, traz panorama de mercado mais benéfico do que aquele carente de qualquer regulação. Ou seja, a ausência de qualquer espécie de regulação traria custos

---

<sup>47</sup> JUSTEN FILHO, M. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 37.

<sup>48</sup> No original: “*The criticisms – high cost; ineffectiveness and wast; procedural unfairness, complexity, and delay; unresponsiveness to the democratic control; and inherent unpredictability of the end result – do not apply to every regulatory program nor to every instance regulation.*”.In.: BREYER, S. **Regulation and its reforms**. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 4.

sociais altíssimos. É exatamente este o caso do setor bancário, o que será melhor explorado no tópico seguinte.

Em apertada síntese, a regulação, para os fins do presente trabalho, tem sua razão de ser em suprir as deficiências e insuficiências do mercado. Regular, porém, acarreta inúmeros encargos (tais como custo do próprio aparato regulatório, ineficiência das regras impostas, etc.). Portanto, é preciso ponderar as vantagens oriundas da regulação, e os custos que ela acarreta. No caso do setor bancário, diante de sua importância na vida econômica de um país, a regulação se faz, sim, necessária.

Resta, ainda, entender as especificidades do setor bancário, que tornam a regulação imprescindível. Será este o objeto do próximo tópico.

### 2.3. JUSTIFICATIVAS PARA A REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO

**"Os bancos são diferentes não só por sua importância na economia como guardiães da poupança da sociedade, multiplicadores da moeda, e emprestadores capazes de gerar mais consumo, produção e investimentos em todos os demais setores, mas por sua vulnerabilidade a corrida dos depositantes a partir do momento em que se disseminam simples boatos sobre as dificuldades de uma instituição (...)"<sup>49</sup>**

Ao se falar em regulação no setor bancário, invariavelmente, pensa-se em risco sistêmico. O setor financeiro é fundamental à economia de um país, assim, **manter a higidez do sistema financeiro é manter a saúde econômica deste** – a insolvência de um banco traz perdas de riquezas para correntistas, acionistas e demais credores, e, conseqüentemente, perdas de riqueza para a economia.

Contudo, as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras possuem fragilidades, riscos que lhes são inerentes e comuns, possibilitando, pois, a deflagração de crises sistêmicas. É neste contexto que a regulação se torna imprescindível.

---

<sup>49</sup> TROSTER, R. L. Os Bancos são Diferentes? In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 287. (Grifou-se)

Portanto, **a razão de ser da regulação bancária é a necessidade de se prevenir a eclosão de crises sistêmicas**, e, em caso de suas deflagrações, minimizar os potenciais danos à economia como um todo. Em poucas palavras, a regulação bancária tem em vista, necessariamente, a minimização do risco de insolvência das instituições financeiras.

Explicação mais completa do que venha a ser "risco sistêmico" será fornecida no quarto capítulo do presente trabalho, momento em que considerações acerca do "risco" influem decisivamente na arquitetura regulatória do setor.

Entretanto, por ora convém notar que são três<sup>50</sup> os fatores (peculiares à atividade financeira) que ampliam o risco de deflagração de crises sistêmicas no setor bancário, e que, portanto, devem ser observados quando estabelecidas as regras regulatórias. Seriam eles: a vulnerabilidade a corridas bancárias, a assimetria de informações e os mercados incompletos.

**Vulnerabilidade a corridas bancárias.** Explica-se tal característica tendo em conta o balanço patrimonial das instituições de crédito. Os ativos são constituídos de empréstimos concedidos aos clientes, a serem pagos em determinado prazo e com acréscimo dos juros contratados. Já os passivos compõem-se pelos depósitos à vista, contas correntes, ou contas remuneradas com determinado tempo de carência.

Note-se que os passivos são caracterizados pelo fato de os depositantes poderem resgatar a qualquer tempo os valores confiados. Os ativos, ao contrário, só podem ser exigidos no prazo inicialmente acordado. O que torna a atividade arriscada é o fato de grande parte dos empréstimos concedidos ser financiada pelo dinheiro dos depósitos.

Assim, diante de uma corrida bancária, em que cada depositante busca retirar seus depósitos antes que os outros o façam, as instituições deverão atender a todas as demandas. No entanto os bancos não mantêm, em dinheiro, todo o ativo necessário a cobrir tais saques. Na falta de liquidez<sup>51</sup> no banco e no mercado

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>51</sup> Nas palavras de TROSTER, "liquidez é a qualidade de um ativo transformar-se rapidamente em moeda, sem custos". *In.*: TROSTER, Roberto Luis. Os Bancos são Diferentes?. *In.*: CAMPILONGO,

interbancário<sup>52</sup>, bem como de prestador de última instância, as instituições se vêem obrigadas a vender rapidamente seus ativos. Tais vendas rápidas redundam em substancial perda de capital, levando, em muitos casos, à insolvência de instituições bancárias (embora aparentemente sadias, caso não existisse a corrida).

**Assimetrias de Informação.** Tratam-se de falhas informacionais acerca da situação financeira dos bancos; isto é, os clientes não detêm conhecimento acerca da real situação de solvência de um banco. Diante de tal desconhecimento, pautam suas ações por sinais – muitas vezes inconsistentes.

Em outras palavras, se os depositantes desconfiarem da saúde das instituições de crédito, poderão dar início a uma corrida bancária, a fim de "testarem" a solvência de seus bancos. Contudo, tal desconfiança pode advir (e, muitas vezes, advém) de meros boatos infundados.

O problema da crise de desconfiança é que em última instância pode vir a concretizar uma crise bancária: crises de desconfiança redundam em corridas bancárias, que, a seu turno, podem ocasionar crise bancária.

**Mercados Incompletos.** Refere-se ao fato de não existir um mercado secundário desenvolvido para os ativos bancários. É dizer, os ativos que os bancos têm não são facilmente negociáveis (trata-se da característica de iliquidez dos ativos).

A idéia defendida é que na hipótese de haver um mercado secundário desenvolvido para os ativos bancários, não haveria perda de capital expressiva nas vendas motivadas por corridas bancárias.

Enfim, a regulação bancária ganha importância em face da vulnerabilidade do setor bancário à deflagração de crises sistêmicas; ou seja, a regulação tem por

---

Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Veiga da.; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 288.

<sup>52</sup> "O mercado interbancário funciona como um mecanismo de seguro entre os bancos, na medida em que uns financiam a necessidade de liquidez dos outros, de forma a diluir os riscos de liquidez de cada instituição. Assim, caso um banco tenha problemas momentâneos de liquidez, pode ele socorrer-se no mercado interbancário para financiar suas necessidades (...)". In.: CORTEZ, T. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In.: CAMPILONGO, C.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, P. T. L. (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 322.

escopo diminuir o risco (de crise) inerente à atividade dos bancos – especificamente, a regulação tem em vista a assimetria informacional e o risco de externalidades negativas (risco sistêmico). Para tanto, barreiras de entrada (capital mínimo), condições de permanência (reserva de capital mínima, qualidades dos ativos, etc.), possibilidades de intervenção estatal são impostas aos agentes econômicos do setor.

Contudo tais intervenções não excluem preocupações de ordem concorrencial. A questão, porém, é se discutir quando e de que forma tais preocupações terão espaço. Será este o objeto do último capítulo, ainda que tal preocupação seja centrada na discussão do julgamento de atos de concentração e fusões. Mas antes é necessário entender o que seria a concorrência, bem como perpassar o caso CADE vs BACEN, em que se iniciou a discussão da incidência ou não das regras concorrenciais.

## CAPÍTULO 3 - CONSIDERAÇÕES CONCORRENCIAIS NO SETOR BANCÁRIO

"(...) a **regulação estatal** embora, como demonstrei, esteja expressamente admitida na Constituição, constitui **circunstância excepcional, excludente da regra matriz de liberdade de iniciativa**. Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa"<sup>53</sup>

### 3.1 NOÇÃO DE CONCORRÊNCIA

No capítulo antecedente, afirmou-se a necessidade de ingerência estatal na economia enquanto garantidora do adequado funcionamento mercadológico, isto é, **regulação enquanto supressora das deficiências e insuficiências do mercado**. Contrariamente, principia-se este tópico asseverando o livre funcionamento do mercado por meio da **concorrência** entre os agentes econômicos.

Em suma, o que se quer deixar bastante claro desde agora é a oposição entre os institutos “regulação” e “concorrência”, não obstante a interligação que os caracteriza. Nas palavras de CARLOS BAPTISTA LÔBO, é importante *“delimitar conceptualmente as duas áreas que se interligam mutuamente, mas que mantêm a sua identidade bem definida, sobretudo porque são áreas com fundamentos tendencialmente contraditórios, ou seja: **concorrência-liberdade; regulação proteccionismo**”*<sup>54</sup>.

A delimitação conceitual do que seria “regulação” foi dada no capítulo anterior, restando, então, caracterizar o instituto “concorrência”. É esta a tarefa que se propõe desempenhar neste momento.

#### 3.1.1 Conceito de concorrência

O termo “concorrência” traz a mente grande número de significados seja na linguagem popular (convergência de opiniões), seja na linguagem técnica jurídica

---

<sup>53</sup> MARQUES NETO, F. A. Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 01, 2003. p. 78-79.

<sup>54</sup> LOBO, Carlos Baptista. *Concorrência Bancária?* Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

(modalidade de procedimento licitatório). Contudo, o mais comum dos significados, e justamente o que a este trabalho importa, refere-se à concorrência enquanto competição, combate, rivalidade.

Destarte, no âmbito econômico, a concorrência é vista como “*competição mercantil entre produtores ou comerciantes*”<sup>55</sup>. Nesse sentido, FRANCESCHELLI, citado por LEILA CUÉLLAR, define concorrência como a “*situação na qual se encontra, atual ou potencialmente, dois ou mais empresários que, operando no mesmo âmbito de mercado, oferecem bens e serviços suscetíveis de satisfazer, ainda que com meios distintos, a mesma necessidade, e, por conseguinte, encontram-se em uma situação de conflito de interesses em relação à clientela*”<sup>56</sup>. Ainda, LEILA CUÉLLAR, de forma sintética, preceitua ser a concorrência “*a disputa ou competição entre empresas detentoras de bens análogos, pela conquista do mercado*”<sup>57</sup>.

Por ora, pode-se entender concorrência como ***disputa, rivalidade entre os agentes econômicos produtores de bens análogos, pela preferência do mercado***. Uma ressalva se faz necessária: a concorrência, por refletir o constante processo interativo entre as pessoas no espaço do mercado, é tida por um dos corolários do capitalismo; e, exatamente por isso, não encontra espaço (ou encontra menor espaço) em outros modelos em que o Estado direciona os agentes econômicos privados (no socialismo, por exemplo). Assim, melhor entendimento do instituto em exame perpassa, necessariamente, por breve exame do Modelo de Estado Liberal.

### 3.1.2 Liberalismo clássico e concorrência

---

<sup>55</sup> PAGOTTO, L. U. C. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 30.

<sup>56</sup> FRANCESCHELLI, Remo. **Trattato di Diritto Industriale**. Milano: Giuffré, 1973, v. 2. *Apud.*: CUÉLLAR, L.; MOREIRA, E. B. **Estudos de direito de econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33-34.

<sup>57</sup> CUÉLLAR, L.; MOREIRA, E. B. **Estudos de direito de econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 34.

Em verdade, é a concorrência, a competição entre os agentes normativos o centro do pensamento econômico liberal. A lógica deste modelo pressupõe a liberdade individual: os indivíduos, movidos cada qual pelo interesse de satisfação de suas necessidades, vão ao mercado à procura da melhor oferta possível do bem (ou serviço) desejado<sup>58</sup>; os produtores, a seu turno, disputam a preferência do consumidor. Note-se que é para este segundo aspecto (disputa pela preferência do mercado) que vertem os conceitos acima expostos.

Em outras palavras, é o interesse individual razão de todo o bem social (leia-se eficiência econômica): a busca individual de satisfação pessoal redundante, numa visão macro, na melhor organização social possível. Neste sentido, advoga ADAM SMITH, em seu célebre trabalho "*A Riqueza das Nações*", ser desnecessária a intervenção estatal na economia, porquanto, as leis do mercado<sup>59</sup>, *per se*, engendrariam a melhor configuração social possível. Tratar-se-ia da manifestação da "*mão invisível*" do mercado, clara alusão à lei da oferta e da procura. Assim, pode-se afirmar que, nesta ambiência ideológica, a atuação estatal no mercado restringia-se a tutelar a "*manutenção da ordem e segurança públicas das condições de concorrência*"<sup>60</sup>.

Contudo, é importante salientar que tal modelo estatal pressupunha uma ambiência de concorrência perfeita; vale dizer, um mercado caracterizado por (a) um grande número de agentes econômicos, tanto do lado da oferta quanto da procura, (b) homogeneidade de produtos e serviços ofertados, (c) liberdade de iniciativa, (d) transparência, (d) perfeita mobilidade de fatores de produção. Além destes elementos estruturais, a concorrência perfeita é também (senão principalmente) caracterizada por seus efeitos: (a) os preços de um produto ou serviço correspondem ao preço de custo somado a um lucro empresarial suficiente para a

---

<sup>58</sup> "Para Adam Smith, a motivação econômica está centrada no interesse próprio de cada um, a busca individual e competitiva deste interesses é a origem de todo bem público". In.: GALBRAITH, J. K. **O pensamento econômico em perspectiva**. Uma história crítica. São Paulo: Pioneira, 1987, p.58.

<sup>59</sup> Seria a consagração da máxima "*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*".

<sup>60</sup> CUÉLLAR, L.; MOREIRA, E. B. **Estudos de direito de econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.31.

manutenção do investimento no setor, (b) todos os consumidores que queiram adquirir bens ou serviços disponham de recursos para isto<sup>61</sup>.

A realidade concreta diverge, porém, da realidade "teorizada" pelo liberalismo. A maioria desses pressupostos<sup>62</sup> do modelo de concorrência perfeita, inicialmente imaginada pelos economistas clássicos, "*não era, nem é, nem será encontrada no mundo dos fatos*". A própria história revela as distorções (falhas de mercado) que o modelo liberal clássico pode ensejar: exploração dos trabalhadores, diminuição da qualidade de vida, a crise financeira de 1929. Desta forma, percebeu-se que a **participação ativa do Estado na economia** é condição necessária à garantia das mínimas condições de vida, bem-estar e desenvolvimento econômico.

Neste cenário, a par da intervenção estatal na economia, as preocupações de ordem concorrencial não foram deixadas de lado. Pelo contrário, os reconhecidos benefícios sociais advindos de um regime concorrencial fazem da busca de um mercado competitivo (regido pelos princípios da liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência) um dos principais objetivos presentes na agenda estatal<sup>63</sup>.

Essa concorrência, porém, já não é mais vista segundo o modelo liberal (concorrência perfeita), mas sim sob uma ótica de *concorrência imperfeita, praticável, ou eficiente*, isto é, uma competição de acordo à realidade subjacente.

A manutenção da competitividade no mercado é sim perquirida pelo Estado, mas isto não quer dizer que se deixe ao mercado a "regulação" (ordenação) de seu próprio funcionamento, bem como a correção das falhas que eventualmente

---

<sup>61</sup> PAGOTTO, L. U. C. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro**. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 35.

<sup>62</sup> A estrutura do mercado à época contribuía para o erigimento da teoria liberal com tais pressupostos. Nas palavras de RAGAZZO, "*Logo após o ressurgimento do comércio, a estrutura dos mercados de bens e serviços era bastante atomizada, inexistindo por parte dos agentes econômicos, qualquer poder de influenciar preços ou condições de venda (...). Em geral, os mercados eram competitivos. Não havia, portanto, razão para que o Estado interviesse para preservar um ambiente concorrencial saudável*". RAGAZZO, C. E. J. Notas Introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, n.6, 2006, p. 17.

<sup>63</sup> Até porque, de acordo com RUY SANTA CRUZ, a concorrência é benéfica no sentido de exercer uma pressão sobre os agentes econômicos a fim de que reduzam os custos e preços, e que lancem novos e melhores produtos. Cf.: SANTA CRUZ, R. Regulação de Mercados e Defesa da Concorrência: O Caso do Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, P. T. L. (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 301.

manifestasse, tal qual pregava o modelo liberal. Muito pelo contrário, é exatamente nas falhas mercadológicas que a atuação estatal se faz necessária, seja por meio de intervenção direta ou indireta (residindo aqui, portanto, a interligação entre “regulação” e “concorrência” afirmada no início do capítulo).

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a regra geral em relação ao funcionamento mercadológico é a vigência da liberdade concorrencial. Ingerência estatal (seja direta, seja indireta) só ganha relevo diante da incidência de falhas mercadológicas. Uma melhor análise de quando e em que medida a atuação estatal se fará presente tem espaço no próximo tópico.

### 3.1.3. O tratamento jurídico da concorrência, e sua exceção: limites à regulação estatal.

A concorrência, tal qual delineada anteriormente, é fato, dado da realidade dotado de dinamismo. Isto é, não é possível fotografá-la estaticamente, pois, *“o presente, isoladamente considerado, não é concorrência em si, mas apenas um resultado momentâneo dela, útil para informar a estrutura do mercado relevante, mas inútil para avaliar se houve condutas anticoncorrenciais ou se haverá abuso de poder”*<sup>64</sup>.

Mesmo assim, o liberalismo trouxe a concorrência para o Direito, positivando esta prática. Na atual ordem jurídica pátria, os reflexos mais apropriados da concorrência são encontrados nas idéias de livre-iniciativa e de livre-concorrência.

Segundo LEOPOLDO PAGOTTO, livre-iniciativa, naquilo pertinente à concorrência, seria sinônimo de empreendimento. Livre-iniciativa, assim, nada mais seria do que *“livre-emprego”* – **empreendimento desembaraçado de quaisquer atuações estatais**. Em outras palavras, a atividade econômica, inserida no meio de produção capitalista, é voltada para o mercado, para a consecução de seus objetivos específicos (lucro, conquista de clientela, melhorias tecnológicas, etc.). E, para tanto, imprescindível a liberdade de iniciativa. Daí poder se afirmar ser essa uma “liberdade-meio”.

---

<sup>64</sup> PAGOTTO, L. U. C. *Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 45.

Pontue-se que o conceito acima dado é eminentemente liberal. Apresenta o caractere básico da não intromissão do ente estatal na economia. Contudo, como observado no decorrer do tópico antecedente, a evolução política do liberalismo redundou na mitigação do absentismo estatal, verificando-se “invasões” (em menor ou maior escala) do público sobre o privado.

Nas palavras de EROS ROBERTO GRAU, *“no princípio [da livre iniciativa], nem mesmo em sua origem<sup>65</sup>, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas”<sup>66</sup>.*

Sendo assim, percebe-se que a liberdade de iniciativa deve ser emoldurada às diretrizes emanadas pelo ordenamento jurídico estatal<sup>67</sup>. Isto é, a amplitude de liberdade privada varia de ordenamento para ordenamento jurídico. No caso brasileiro, pode-se dizer que a liberdade privada é ampla<sup>68</sup>. O inciso I do art. 1º elege a livre iniciativa como um dos fundamentos da República. O *caput* e o parágrafo único do art. 170 reforçam a noção, reiterando que a livre-iniciativa é fundante da ordem econômica brasileira e que o livre exercício de qualquer atividade independe de autorização prévia de órgãos públicos, exceto quando a lei determinar. Os arts.

---

<sup>65</sup> O autor está se referindo aos primeiros diplomas normativos que primeira e expressamente se referiram ao princípio da livre iniciativa: édito de Turgot (de fevereiro de 1776), decreto d’Allarde (de março de 1791), e Lei Le Chapelier (de junho de 1791).

<sup>66</sup> GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 203.

<sup>67</sup> Em verdade, pode-se afirmar que a liberdade de iniciativa só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal qual definida por ela.

<sup>68</sup> Neste sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *“É na Carta Máxima que se encontra definido se o Estado é o protagonista, o ator principal no cenário econômico ou se é mero coadjuvante neste palco, assistindo-lhe, paralelamente, a importantíssima função de diretor do espetáculo, graças ao poder de traçar as pautas e imprimir as tendências de sua apresentação (...). O Diploma Fundamental consagrou um regime que é, sem dúvida alguma, altamente prestigiador da iniciativa privada e no qual se defere ao Estado participação apenas supletiva na esfera econômica (...).”* MELLO, C. A. B. O Estado e a Ordem Econômica. **Revista de Direito Público**, n. 62, 1982, p.35.

199 e 209 reconhecem, respectivamente, serem a saúde e o ensino livres à iniciativa privada.

Já a livre concorrência, segundo PAGOTTO, visaria proteger a liberdade de ação (entre os agentes econômicos no mercado) no bojo do processo competitivo, a fim de que não ocorressem limitações ou restrições ilícitas ao longo do tempo. Seria diferente, portanto, “da liberdade de iniciativa, na medida em que esta objetiva a proteção da entrada no processo competitivo”.

A Constituição Federal abraça o princípio da livre concorrência em duas passagens principais: art. 170, inc. IV (enquanto princípio da ordem econômica); e, art. 173, § 4º. Segundo EROS ROBERTO GRAU, aquela “afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante”. Instigante, de um lado porque a *concorrência livre* só pode existir na ausência de poder econômico, isto é, numa ambiência de mercado perfeito. No entanto, a própria Constituição reconhece, institucionaliza o poder econômico (até porque tal fato é regra, e não exceção).

E, instigante de outro, porque a livre concorrência (entendida como “*livre jogo das forças de mercado, na disputa pela clientela*”<sup>69</sup>) supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Tal igualdade, todavia, é reiteradamente desprezada no corpo da própria Constituição – observe-se, por exemplo, o art. 170, IX, ou o art. 179.

A solução desta aparente perplexidade, na ótica de EROS ROBERTO GRAU, é entender o princípio da livre concorrência não segundo a ideologia liberal clássica, mas, sim, de acordo com a realidade subjacente (concorrência praticável). É esta, igualmente, a lição de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, inclusive citada por EROS ROBERTO GRAU:

“A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. **É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência.** A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o

---

<sup>69</sup> GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 209.

que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada<sup>70</sup>.

A aceitação do princípio da livre concorrência fez-se a partir da constatação de que **a livre iniciativa não era suficiente, de per se, para garantir o perfeito funcionamento do mercado**. Na teoria liberal clássica, os benefícios da concorrência poderiam ser auferidos, caso não houvesse obstáculos para a entrada nos mercados. Entretanto, o livre funcionamento do mercado demonstrou que, ao invés de conduzir a benefícios, a concorrência os degenerava. Neste contexto, **a livre concorrência surge como princípio orientador de manutenção do jogo do mercado em movimento**.

Em suma, a regra constitucional para a ordem econômica é o regime concorrencial, orientado pelos princípios de liberdade de iniciativa e liberdade de mercado (competitividade). Contudo, como acima delineado, a consecução do comportamento competitivo (benéfico) não é atingido pelo livre funcionamento do mercado. Muito do contrário, deixar a atuação dos agentes econômicos a bel prazer deles desvirtua a concorrência, trazendo conseqüências nefastas (como a história já nos noticiou). Seriam as chamadas falhas de mercado.

A atuação estatal surge, então, como uma resposta aos problemas decorrentes de falhas de mercados<sup>71</sup>, situações em que a “*mão invisível*” é incapaz de suprir bens e serviços eficientemente. Busca-se, enfim, atingir os efeitos do ponto de vista do bem-estar social que seriam produzidos numa ambiência de mercado perfeitamente competitivo. Seria, portanto, a atuação da “*mão visível*” do Estado.

Essa atuação, num primeiro momento, restringe-se à elaboração de legislações antitruste que têm em vista a proteção da liberdade concorrencial,

---

<sup>70</sup> FERRAZ JÚNIOR. T. S. A economia e o controle do Estado. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 04 de junho de 1989.

<sup>71</sup> As falhas de mercado mais comuns seriam: deficiência na concorrência; bens coletivos; externalidades; assimetrias de informação; desequilíbrios de mercado. Todas foram tratadas no capítulo 2, item 2.2.

através da proibição de comportamentos a essa lesivos (Estado-Liberal). Num segundo momento, ganha relevo a intervenção estatal direta: o Estado passa a ser agente econômico principal (senão único) de inúmeros setores da economia (Estado-Interventor). E, num terceiro momento, o Estado estrutura-se enquanto agente orientador, normatizador e fiscalizador de determinadas atividades, e não mais agente econômico (Estado-Regulador). A passagem de um para outro momento já foi explorada no segundo capítulo do trabalho, ao qual se faz remissão. O objetivo aqui é outro: atentar para duas questões que não obstante óbvias, merecem breves considerações.

Primeiramente, percebe-se que mesmo sob a égide do Estado-Regulador, tanto o primeiro quanto o segundo momento verificam-se na prática: ainda se vislumbram setores em que incidem regras eminentemente protetivas da concorrência, bem como segmentos de exploração privativa estatal.

E, mais, note-se ainda que o primeiro momento está abarcado no terceiro, isto é, o Estado enquanto agente orientador, normatizador e fiscalizador das atividades estatais tem também (senão principalmente) em vista a manutenção de uma economia competitiva. Em outras palavras, o conceito de regulação dado no capítulo anterior abrange tanto o primeiro quanto terceiro momento de intervenção estatal na economia; exclui deliberadamente o segundo por não ser este o característico da configuração de Estado atual.

De fato, tanto a elaboração (e conseqüente aplicação) de leis antitrustes (a chamada regulação geral), bem como a disciplina de determinado setor econômico (a chamada regulação setorial) seriam manifestações regulatórias. Diferem tão só quanto ao grau de intervenção estatal necessário. Assevera RUY SANTA CRUZ que conforme a gravidade da falha de mercado variará a profundidade e intensidade da carga regulatória: menor na regulação antitruste (geral), e maior na regulação setorial<sup>72</sup>. Semelhantemente, a lição de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO: "a Constituição atribui ao Estado competência para exercer o papel de agente regulador da economia. Porém, tal competência (...) Variará conforme a combinação dos vetores de regulação setorial (quando houver) com a regulação

---

<sup>72</sup> SANTA CRUZ, R. Regulação de Mercados e Defesa da Concorrência: O Caso do Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, P. T. L. (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 301.

geral (sempre incidente em maior ou menor grau, conforme a relevância econômica do setor e os interesses envolvidos)"<sup>73</sup>.

Entendido isto, ganha espaço a questão dos limites jurídico-constitucionais para o exercício da função estatal de regulação econômica. Ora, tendo em vista ser a incidência regulatória exceção à situação comum (mercado competitivo), é preciso que se tente balizar a área de atuação estatal legítima.

Neste assunto, o pensamento de FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO é bastante claro. Segundo este autor seriam dois os eixos limitantes da intervenção estatal na economia: eixo horizontal e vertical. No eixo horizontal, a indagação insurgente é quanto à abrangência da regulação estatal. A resposta seria dada pelo princípio da subsidiariedade: regulação estatal só deverá incidir se necessária para a efetiva proteção de valores ou interesses públicos. Já no eixo vertical, a questão latente refere-se à existência de restrições à intensidade da regulação estatal. Aqui, a limitação da intensidade concretiza-se no princípio da proporcionalidade: a ingerência estatal deverá se dar na medida do necessário, nem mais, nem menos<sup>74</sup>.

Para os fins do presente trabalho, as duas “espécies” de regulação que interessam seriam a regulação concorrencial (que tem por justificativa as deficiências na concorrência) e a regulação setorial bancária (cujo escopo principal centra-se ao tratamento das externalidades, mais especificamente, o controle do risco e a prevenção de crises sistêmicas).

No que tange à necessidade (princípio da subsidiariedade), conforme notícia FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, tanto uma quanto a outra regulação têm suas incidências legitimadas constitucionalmente. Destarte, segundo noticiado pelo autor a regulação anticoncorrencial justifica-se pelo preceituado no art. 173, 4º, e a regulação setorial bancária, no art. 192<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> MARQUES NETO, F. A. Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 01, 2003, p. 76.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 77 e ss.

<sup>75</sup> MARQUES NETO, F. A. A Regulação Setorial e a Autoridade Antitruste. A importância da independência do regulador. In.: CAMPILONGO, C.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, P. T. L. (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.102.

Já no que se refere à proporcionalidade, a existência de regulação (seja concorrencial, seja setorial) deverá contrabalancear ônus e benefícios, pendendo, obviamente, a favor destes últimos. Ou seja, as benesses sociais advindas daquela forma de regulação têm de ser superiores (ou, ao menos semelhantes) aos ônus sociais originados das limitações de liberdade impostas pelo Estado. Assim, por exemplo, diante de comportamentos anticoncorrenciais por parte de agente econômico detentor de poder de mercado as medidas tem de apenas coibir a continuidade destes abusos, e não obstar a atividade econômica regulada – até porque o exercício livre de atividade econômica é protegida constitucionalmente.

Posto isto, a questão correlata e emergente, e que constitui próprio pressuposto ao desenvolvimento do presente trabalho, refere-se à relação entre regulação geral (anticoncorrencial) e regulação setorial (no caso, bancária). Segundo a doutrina de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, seriam duas as concepções de inter-relacionamento possíveis, uma por ele denominado unidimensional, e outra bidimensional.

Na primeira (visão unidimensional), teríamos a incidência preferencial da regulação setorial, restando à regulação geral preencher os demais espaços da ordem econômica, aqueles pela regulação setorial não ocupados. Em outras palavras, uma vez incidente a regulação setorial, não existiria espaço para a regulação geral “vez que os objetivos desta última seriam assumidos no âmbito da regulação específica para o setor”<sup>76</sup>. Percebe-se, portanto, que uma vez presente a regulação específica num dado setor econômico, a regulação geral não teria espaço: a regulação macro (antitruste) só seria aplicável àqueles setores da economia que não estivessem submetidos a qualquer regulação setorial.

Essa visão unidimensional estaria presente nas duas tendências norte-americanas que tentam compatibilizar a atuação entre regulamentação estatal específica e sistema concorrencial: *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine*. A primeira tendência tem por pressuposto o sistema federativo norte-americano, que, ao atribuir aos Estados-Membros relevante autonomia, deferindo-lhes inclusive competência regulatória, acaba por ensejar colisões desses atos estatais com a regulação antitruste de nível federal. A solução cinge-se, no caso, a

---

<sup>76</sup> *Ibid*, p.99.

determinar a incidência, ou não, das normas antitrustes (federais) ante a existência de atos estaduais. Solidificou-se entendimento no sentido de se caracterizar imunidade antitruste caso concorram duas condições. Primeiramente, que a decisão tomada ou a regulamentação expedida pelo governo estadual claramente expresse a intenção de substituir a competição pela concorrência. E, em segundo lugar, que exista supervisão ativa (*active supervision requirement*) e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

Já a *Pervasive Power Doctrine* trata das hipóteses em que podem chocar-se as competências de duas agências governamentais federais. Não se trata da discussão competência de Estados Federados *versus* competência Federal. Refere-se, isto sim, de se verificar em que hipóteses a atribuição de competências a uma agência federal reguladora afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste. A jurisprudência norte-americana limita essas hipóteses em duas: quando o poder do órgão regulador é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência (isto é, poder conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial), e quando o poder do órgão, apesar de não extenso o suficiente, é profundo o bastante para afastar o regime concorrencial (o poder conferido à agência governamental inclui a competência para aplicação da lei antitruste)<sup>77</sup>.

Na segunda (visão bidimensional), teríamos dois planos distintos (regulação setorial e regulação antitruste) que se entrecruzam num mesmo setor econômico. E, assim é porque “existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em reger o uso de bem escasso, interesses de políticas públicas, em calibrar a competição num dado setor, etc.), [e] há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação voltada a proteger o consumidor e a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômico”<sup>78</sup>. Desta forma, os diversos segmentos econômicos podem, ou não, estar submetidos a uma regulação setorial, porém, estarão necessariamente jungidos à regulação antitruste (geral).

---

<sup>77</sup> Para maiores informações acerca das doutrinas norte-americanas vide SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial: As Estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 210-215.

<sup>78</sup> MARQUES NETO, F. A. A Regulação Setorial e a Autoridade Antitruste. A importância da independência do regulador. In.: CAMPILONGO, C.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, P. T. L. (coord.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.100.

Nesta última ótica, regulação setorial e regulação geral não se confundem, muito menos se excluem. Do contrário, “interpenetram-se e calibram-se, submetendo uma mesma atividade a duas incidências regulatórias, coordenadas e calibradas”<sup>79</sup>. Vale dizer, a tutela antitruste não se esvae ante a incidência de regulação específica a um dado setor. **Opera, isto sim, uma adaptação** na aplicação dos instrumentos de regulação geral.

Parece ser este segundo o melhor entendimento. Assim, as idiossincrasias do setor bancário que justificam o regime regulatório a este específico são os condicionantes da “calibragem” pela qual terá necessariamente de passar a regulação geral. Compreender, portanto, tais especificidades é pressuposto à compatibilização de competências entre autoridade regulatória setorial (BACEN) e autoridade antitruste (CADE). Será precisamente este o objetivo da primeira parte do próximo capítulo. Por ora, porém, convém se analisar o conflito positivo de competências, entre o CADE e o BACEN, ao menos por seu valor histórico na discussão acerca da concorrência e regulação no setor.

### 3.2 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CADE E BACEN

“O conflito entre os órgãos em torno da definição de suas competências técnicas é prejudicial por gerar incertezas adicionais àquelas próprias ao funcionamento do mercado”<sup>80</sup>

Ao se mencionar o conflito de competência entre o CADE e BACEN, vem à mente, sem sombra de dúvidas, o famoso caso Finasa. Contudo, apesar de ser este o “*leading case*”, a origem do conflito remonta a meados da década de 90. À 1995, para ser mais exato.

Neste momento, o Brasil vivenciava dois “*mundos*” aparentemente antagônicos: de um lado colhia os frutos da estabilização monetária, adquirida com a implantação do Plano Real; de outro, o Sistema Financeiro dava sinais de sua

---

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> SALGADO, L. H. Análise da Concentração Bancária sob o prisma da concorrência. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.267.

fragilidade, reclamando reformas estruturais. Diz-se “aparentemente” dicotômicos porque em verdade a crise financeira tem parte de sua gênese na estabilização adquirida com o Plano Real.

O objetivo do presente tópico é resgatar, ainda que em largas passagens, o conflito de competência no âmbito do Governo a respeito de que órgão (CADE e/ou BACEN) responderia pelo controle da concorrência. Antes, porém, é aconselhável que se faça pequena incursão histórica no cenário do setor financeiro contemporânea a esta discussão.

### 3.2.1 Breve reflexão sobre o cenário do setor financeiro (1994-2000)

A estabilização inflacionária advinda com o Plano Real impulsionou a necessidade de significativa reestruturação no setor bancário brasileiro. O debelar do crônico descontrole inflacionário revelou as fragilidades do setor financeiro brasileiro, superdimensionado e mal acostumado com o ganho fácil advindo do *floating*.

A ambiência que se vislumbrou a partir de então foi de constante e potencial deflagração de crise sistêmica. O Governo teve de dar início a uma série de reformas severas (criação do PROER<sup>81</sup>, incentivo à incorporação de bancos insolventes, criação do FGC, aumento do capital mínimo para abertura de novos bancos) a fim de se evitar o pior. Obviamente, tais medidas impulsionaram a redução do número de instituições financeiras, bem como a conseqüente concentração bancária<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Medida Provisória n. 1.179/95).

<sup>82</sup> Neste quesito, uma observação faz-se pertinente, porquanto o fenômeno de concentração bancária é mal compreendido por muitos que se propõem a analisar este processo. Nas palavras de MIGUEL ARCANJO NETO: “(...) tomam por parâmetro de análise o número de instituições que foram adquiridas por outras instituições mais sólidas ou foram liquidadas pelo Banco Central, como se a redução do número de participantes do mercado, por si só, fosse capaz de explicar tal ou qual tendência. Esquecem, por exemplo, de averiguar se, com raríssimas exceções, o crescimento do número de instituições a partir de 1988 não teria relação direta e unívoca com o processo inflacionário e com a desintermediação financeira provocada pela própria dependência financeira do

Entretanto, não se pretende, neste trabalho, questionar, ou criticar o programa de reestruturação bancária comandada pelo BACEN, bem como discutir se houve (ou não) supervalorização do risco sistêmico – até porque, o “*balanço econômico da atuação do Banco Central e do governo é certamente favorável*”. O escopo aqui é outro: analisar os fatores<sup>83</sup> que possibilitaram o movimento de consolidação (reestruturação) bancária.

Até 1995, um marco legal insuficiente e uma supervisão bancária precária permitiram a deterioração financeira de algumas (pequenas) instituições bancárias no Brasil. Tais episódios, porém, só foram possíveis com o fim dos surtos inflacionários. Destarte, o processo inflacionário, até então vigente, impedia um diagnóstico preciso quanto à solidez das firmas bancárias. Além disto, as transferências inflacionárias (*floating*) concediam sobrevida adicional a estas instituições. Segundo dados do IBGE/Andima (1997), a receita inflacionária, que chegou a representar 4% do PIB entre 1990-1993, reduziu-se a 2% do PIB em 1994 e a praticamente zero em 1995. Estimam-se perdas superiores a 8 bilhões de dólares anuais<sup>84</sup>.

Com a estabilização monetária, evidenciou-se a dependência de determinados bancos (como o Nacional e o Econômico) a receitas provenientes de títulos ruins. O BACEN teve de intervir nestas firmas. Estas medidas acabaram por ocasionar insegurança do público quanto à solidez do setor bancário, bem como um aumento, no mercado interbancário, de aversão ao risco, com conseqüente

---

Estado, fatos que por si mesmos se constituíam em incentivo para a criação de bancos de ‘andar’ que outro objetivo não tinham senão buscar o lucro fácil na ‘ciranda financeira’”.

<sup>83</sup> SAMPAIO ROCHA, economista do BACEN, diferencia estes fatores em macro e microeconômicos. Consideram-se macroeconômicos os fatores referentes à evolução da economia brasileira no período e aos processos sistêmicos, que atingiram e influenciaram a estrutura do setor (estabilização inflacionária, problemas bancários sistêmicos, e ingresso de bancos estrangeiros e privatizações). Microeconômicos, os fatores que atuaram diretamente sobre a firma bancária, influenciando e modificando suas estratégias e sua capitalização, no contexto das modificações na regulação prudencial (novas tecnologias, novos produtos, abertura bancária, aprimoramento da regulação prudencial). Tal divisão, contudo, é apenas didática, uma vez que todos os fatores estão interconectados. Para maiores detalhes consultar ROCHA, F. A. S. *Evolução da Concentração Bancária no Brasil (1994-2000)*. **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 11, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/NotasTécnicas/Port/2001nt11concentbancp.pdf>>

<sup>84</sup> Cf. NOVAIS E SILVA, L. **Direito Bancário: regulação e concorrência**, p. 94.

“*empocamento de liquidez*” (bancos deficitários encontrando dificuldades para obter financiamentos)<sup>85</sup>.

Diante de eminente crise sistêmica, o BACEN se viu, ainda, obrigado a adotar severas medidas de caráter preventivo. Dentre elas, destacam-se (a) a criação do PROER (Programa de Incentivo à Reestruturação e Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional) e o incentivo a F&A (Fusões e Aquisições), com bancos insolventes sendo assumidos por outras instituições<sup>86</sup>; (b) a regulamentação do Fundo Garantidor de Crédito, com efeitos retroativos ao início do Plano Real (Resolução 2.211); (c) aumento do capital mínimo para abertura de novas instituições (Resolução 2.212); e (d) ampliação dos poderes do BACEN (Medida Provisória 1.182, transformada em Lei 9.447, de 14/11/1997).

Outras medidas tomadas foram a abertura bancária para o ingresso de bancos estrangeiros, e as privatizações. O governo brasileiro aproveitou, no que diz respeito ao ingresso de bancos estrangeiros, brecha legal existente no parágrafo único do art. 52 do ADCT. O *caput* do aludido artigo impede a participação estrangeira no segmento bancário, no entanto, seu parágrafo único excepciona tal vedação, quando presente “*interesse do governo brasileiro*”. Embora, a abertura brasileira tivesse por escopo aumentar a competitividade no setor, teve larga utilização nas privatizações (todos os editais previam a possibilidade de aquisição dos bancos nacionais pelos estrangeiros). As operações mais representativas foram as aquisições de instituições varejistas, como o Banco Real e o Bandepe pelo ABN Amro e os bancos Noroeste, Geral do Comércio, grupo Meridional e o Banespa pelo Banco Santander Central Hispano (BSCH).

O processo de privatizações do setor ocorreu, basicamente, no âmbito do PROES (Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade

---

<sup>85</sup> ROCHA, F. A. S. **Evolução da Concentração Bancária no Brasil (1994-2000)**, p. 12.

<sup>86</sup>“Embora 104 bancos tenham sofrido diferentes tipos de ajustes após o Plano Real (Bacen, 1999:quadro 3), as maiores e mais importantes operações, aquelas com possíveis efeitos de contágio, foram realizadas com recursos do Proer (...)”. Está-se a referir à compra do Nacional (Unibanco), do Econômico (Banco Excel), do Mercantil (Banco Rural), do Martinelli (Banco Pontual), Banorte (Banco Bandeirantes), Banco United (Banco Antônio Queiroz), Bamerindus (HSBC). ROCHA, F. A. S. **Evolução da Concentração Bancária no Brasil (1994-2000)**. **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 11, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/NotasTécnicas/Port/2001nt11concentbanco.pdf>>

Bancária), isto é, inserido no programa de reestruturação e venda das instituições públicas estaduais. Segundo SAMPAIO ROCHA, aqui se vislumbrou uma reação defensiva dos bancos nacionais (mais fortemente Bradesco e Itaú), que adquiriram parte dos bancos estaduais em um processo de fortalecimento e contraponto à forte presença estrangeira no setor.

Por último, merecem menção um amplo conjunto de medidas, tomadas pelo BACEN, tendo em vista o fortalecimento da regulação prudencial e a efetividade da supervisão bancária. Trata-se de progressiva concretização das diretrizes, e normas do Acordo de Basileia (já incorporado à regulação bancária brasileira pela Resolução 2.099, desde 1994). Neste sentido, em 1997, a exigência de capital mínimo ponderado pelo risco das operações passou de 8% para 10%, e subsequentemente para 11%. Em 1998, através da Resolução 2.554, o BACEN exigiu que todas as instituições apresentassem um programa de implementação de um sistema de controle interno de riscos, compatível com os princípios estabelecidos pelo Acordo. Ainda no mesmo ano, o BACEN passou a exigir a apresentação, por parte de todas as firmas bancárias, de balanços trimestrais, com base em regras contábeis mais próximas a padrões internacionais. Em 2000, o BACEN introduziu um novo sistema de pontuação de risco, também consistente com os princípios estipulados no Acordo<sup>87</sup>.

O BACEN criou ainda um sistema centralizado de risco (Central de Risco de Crédito), que acessa o grau de exposição global do sistema a qualquer operação de empréstimo. Por fim, a reforma do Sistema de Pagamentos impede que as reservas bancárias se tornem negativas ao longo de um dia de operação: o órgão regulador pode monitorar o balanço de transferências inter-bancárias a todo o instante, operação por operação. Esta última possibilidade é inclusive motivo de destaque do sistema brasileiro de pagamentos no cenário internacional.

De todo o exposto, pode-se concluir que o conjunto de medidas preventivas adotado *“foi bem sucedido em evitar o contágio de instituições saudáveis e impedir a deflagração de crise sistêmica, permitindo que a reestruturação ocorresse de forma*

---

<sup>87</sup> Cf. CORREA, P. As concentrações bancárias no Brasil devem ser controladas pelo órgão antitruste? In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.278-280.

*praticamente indolor para os depositantes e com custo fiscal reduzido para o governo, se comparado com a experiência internacional de crises bancárias*<sup>88</sup>. E, é exatamente neste ambiente de reestruturação do setor bancário que tem origem o conflito de competências entre o CADE e o BACEN.

### **3.2.2 Breve histórico do conflito**

A origem do conflito finca raízes em meados dos anos noventa, em uma operação de transferência de controle acionário do Banco Francês e Brasileiro S/A para a AFINCO Américas Finance Company Limited, de propriedade do Banco Itaú S/A.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), numa *atitude de tibieza*, segundo MIGUEL ARCANJO NETO, “informa à Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça (SDE), com base no art. 54, § 10, da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, haver recebido [...] comunicado dando conta da transferência do controle acionário da empresa aberta Banco Francês e Brasileiro S/A, sendo adquirente a AFINCO Américas Finance Company Limited, empresa do Banco Itaú S/A”<sup>89</sup>. Contudo, sete dias após, a CVM volta atrás indagando sobre a necessidade, ou não, de proceder a comunicações desta natureza, se envolvidas instituições financeiras, em face da competência do BACEN para autorizá-las (art. 255 da Lei nº 6.404/76).

A conclusão da SDE foi no sentido de não caber à esta obstaculizar a concretização de operações envolvendo agentes econômicos regulados por legislação específica. Contudo, esta Secretaria ressalva que embora incompetente para opinar, as instituições financeiras envolvidas, a CVM e o Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT) deveriam cumprir a determinação contida no § 10 do art. 54 da Lei n. 8.884/1994, comunicando-a a respeito de modificações no controle acionário de companhias abertas e de registros de fusões.

---

<sup>88</sup> ROCHA, F. A. S. **Evolução da Concentração Bancária no Brasil (1994-2000)**, p. 13

<sup>89</sup> ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: uma proposta de atribuições**. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 10.

Em recurso de ofício ao CADE (ato de concentração nº 08000.023802/95-80), tal entendimento não é acatado. Solicita-se, então, posicionamento da Procuradoria daquela autarquia acerca do tema, “*matéria de alta indagação, a ser analisada com cuidado [...]*”<sup>90</sup>. A Procuradoria do CADE esboça entendimento dúbio e cauteloso. Reconhece, por um lado, a natureza especial da Lei 4.595/64, e a existência, neste diploma, de normas protetoras da concorrência, seja em seu caráter preventivo (art. 10, IX e X, alíneas “c” e “g”), seja em seu viés repressivo (art. 18, § 2º). Deste modo, diante da legislação específica regente do sistema financeiro, “**poderia** estar excluído do âmbito da competência do CADE o controle dos atos e contrato, (...), bem como das condutas abusivas, (...), ressalvando-se, todavia, a possibilidade de que a **regulamentação do Banco Central para a matéria viesse a contemplar a participação do CADE dada a sua especialidade técnica**”.

O emprego do verbo “poder” no futuro do pretérito do indicativo (“poderia”), acima destacado, está adequado, uma vez que a Procuradoria do CADE esboça um outro entendimento, com base na especialidade da Lei 8.884/94. Isto mesmo! Além da Lei 4.594/64, a Procuradoria entende ser também especial a Lei 8.884/94, por concretizar princípio constitucional insculpido no art. 173, § 4º da Constituição Federal. Daí porque julga imperioso provocar o BACEN no sentido de que seja verificada a existência de regulamentação acerca da matéria (e que contemple participação do CADE), bem como o posicionamento daquela autarquia sobre o tema.

O Plenário do CADE acolheu esta postura cautelosa de sua Procuradoria, inclusive encaminhando ofício, com cópia de inteiro teor do processo da AFINCO, ao BACEN a fim de que analisasse o caso e fornecesse subsídios àquela autarquia para apreciação da matéria.

No BACEN, a matéria foi objeto de análise dos órgãos técnicos e de sua Procuradoria, concluindo-se que o Sistema Financeiro Nacional, por força do disposto a Lei 4.595/64 e no art. 192 da Constituição Federal, encontra-se sujeito, no aspecto concorrencial, apenas a este (BACEN). Isto, porém, não impedia o estabelecimento de “algum intercâmbio oficial, no sentido do entrosamento

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 11.

preconizado pela Procuradoria-Geral do CADE, com relação às concentrações no setor financeiro, e no que se refere às práticas abusivas”<sup>91</sup>.

De resultado prático, oriundo deste primeiro embate de idéias, apenas a celebração do “Convênio de Cooperação Técnica”, de 8 de maio de 1997, entre BACEN e CADE. Trata-se do início do solicitado “entrosamento oficial”, em que foram fixadas diretrizes visando à prestação de consultoria, a realização de estudos setoriais e seminários, publicação de textos, compartilhamento de acervos de estudo e a troca de informações e de conhecimento técnico.

Este ambiente de cooperativismo se modifica completamente no final da década de 90. Diante da edição da Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, que subordinava os atos de concentração envolvendo instituições financeiras à análise do CADE, bem como a concretização de tal preceito, com efetivas decisões que destes atos (aquisição do Consórcio Rodobens pela Daimler-Crysler, e o aumento de participação do BNY International Financing Corporation no capital do Banco Credibanco), o BACEN reagiu, formulando consulta ao Advogado-Geral da União. Trata-se da instauração do conflito positivo de competência entre o BACEN e o CADE, mudando de vez o rumo amigável, até então vigente, do debate.

A provocação, note-se, referiu-se tão somente à análise de atos de concentração. Contudo, a AGU, extrapolando<sup>92</sup> o que provocado, conclui que “À luz da legislação vigente, **a competência para analisar e apreciar os atos de concentração** das instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional, **bem como de regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, é exclusiva do Banco Central do Brasil**, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE”<sup>93</sup>. A adoção de outro modelo “dependeria de

---

<sup>91</sup> *Ibid*, p. 13.

<sup>92</sup> Extrapolou porque, de um lado, o BACEN posicionou-se no sentido de ser sua a competência concorrencial preventiva, mas nada falou acerca da concorrência repressiva. O CADE, a seu turno, defende estar sob sua alçada tanto a competência concorrencial *ex ante* quanto a *ex post*.

<sup>93</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. GM-020**. Processo nº 00001.006908/2000-25. Conflito Positivo de Competência entre Banco Central do Brasil e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Grifou-se).

modificação dos dispositivos da Lei nº 4.595/64, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar<sup>94</sup>. Tal decisão contou com a ratificação presidencial, de modo que a priori o conflito restaria solucionado, diante de sua vinculação (a da decisão) a toda a Administração Pública Federal (Art. 40, § 1º da Lei Complementar n. 73/1993).

Neste contexto, porém, foi submetido ao CADE ato de concentração envolvendo instituição financeira (o famoso caso FINASA). No exame deste Ato de Concentração (de nº 08012.006762/2000-09), quando já de conhecimento público a decisão do Presidente conferindo primazia ao BACEN para analisar as questões concorrenciais no sistema financeiro, a conselheira-relatora, Hebe Teixeira Romano, reconheceu que o conflito positivo de competência suscitado pelo BACEN havia sido dirimido, motivo pelo qual conclui pela remessa deste e de todos os atos de concentração em poder do CADE para aquela autarquia. Na conclusão, porém, de seu voto, deixa a Relatora a seguinte provocação: “Reafirmo, ainda, que entendo que conflito de competência ou de concorrência suscitado não pode também ser dirimido por Pareceres ou Resoluções que podem ser alteradas de acordo com a conveniência administrativa”.

Tal provocação serviu de ponte para que a grande maioria dos conselheiros do CADE extravasasse a opinião da autarquia a respeito do poder vinculante do parecer da AGU. Realmente, a maioria dos conselheiros, na esteira do voto do conselheiro Celso Fernandes Campilongo, decidiram ignorar ou contestar a força vinculante do parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, julgando o caso em exame.

Percebe-se, desta forma, que somente com alterações legais (tanto na Lei 4.595/64, quanto na Lei 8.884/94) o debate seria definitivamente solucionado. Não obstante, a insurreição *interna corporis* do CADE teve o mérito de elevar o nível do debate e de contribuir para uma reflexão profunda da questão concorrencial num segmento econômico que, mercê de reunir singularidades capazes de distingui-lo dos demais setores econômicos, não pode ser colocado no pedestal da imunização antitruste.

---

<sup>94</sup> AGU. PARECER N. GM-020. Processo nº 00001.006908/2000-25. Conflito Positivo de Competência entre Banco Central do Brasil e Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Umas das críticas mais veementes, porém, a tudo o que foi dito no julgamento do caso FINASA, foi que os argumentos se pautaram quase que exclusivamente a discussões legalistas. Ora, o setor financeiro é segmento peculiar, além de crucial à vida econômica de um país. Discutir atribuição de competências tem, por óbvio, implicações sociais, políticas e econômicas. Logo, qualquer análise deste assunto deve ter em mente estes fatores. O objetivo do próximo capítulo será exatamente este: discutir qual o melhor arranjo entre regulação e concorrência no setor bancário, tendo em conta suas idiossincrasias.

## CAPÍTULO 4 - COMO COMPATIBILIZAR CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO

Analisada a ambiência em que iniciada a controvérsia, bem como a decisão tomada na época, ganha relevo discutir a forma de compatibilizar regulação e concorrência. Percebeu-se que a regulação no setor bancário tem por objetivo a minimização do risco sistêmico (risco de crise no setor). Percebeu-se, também, que, apesar das idiosincrasias próprias do setor, este não poderia ser vislumbrado separadamente dos fins constitucionais da ordem econômica (livre iniciativa, repressão a atos lesivos à concorrência).

De toda discussão doutrinária originada no conflito de competência entre CADE e BACEN resta a lição de que, apesar de necessária, a incidência do regime antitruste, no setor bancário, reclama maiores cuidados, em virtude mesmo das especificidades a ele inerentes.

Neste sentido, o objetivo deste capítulo (consubstanciando o objetivo mesmo do trabalho) é delinear o limite de atuação de uma e outra autoridade. É dizer, tendo em conta as fragilidades próprias do setor em estudo, estabelecer quando uma ou outra autoridade terá competência privativa.

### 4.1 LIMITES DA CONCORRÊNCIA E DA REGULAÇÃO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RISCO SISTÊMICO

**“A expressão risco sistêmico utilizada cotidianamente não tem um significado muito preciso, mas é geralmente empregada para referir-se sobre o receio de que vários bancos venham a quebrar em razão de algum acontecimento específico.”<sup>95</sup>**

O setor bancário detém características que justificam seu tratamento específico. Está-se a referir ao famigerado **risco sistêmico**. Assim, compreender os papéis de uma ou outra autoridade pública (BACEN e CADE) necessariamente perpassa pela análise do que vem a ser risco sistêmico.

---

<sup>95</sup> CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 315. (Grifou-se)

Entretanto, ao contrário do que se afirmou (e se destacou) na citação inicial do presente tópico, tentar-se-á precisar o conceito de risco sistêmico. Será utilizado para tanto o estudo de DE BANDT e HARTMANN. Contudo, antes de se analisar o que seria risco sistêmico propriamente dito, necessário entender a que se refere o termo "**risco**". Para tal análise, utiliza-se os ensinamentos de LUHMANN.

#### 4.1.1 A idéia de risco. Uma breve incursão ao pensamento de Niklas Luhmann<sup>96</sup>

Utilizar o arcabouço teórico de LUHMANN, no presente tópico, não tem por fim realizar uma análise sociológica sobre o risco sistêmico. O único objetivo aqui é tentar aclarar o significado de risco, o que poderá ser útil a uma melhor compreensão do conceito de risco sistêmico. Tal tentativa será pautada em algumas observações feitas pelo citado autor em sua obra *Risk: A Sociological Theory*.

Uma primeira observação<sup>97</sup>, feita por LUHMANN, refere-se à incerteza que sempre paira sobre as decisões que envolvam riscos: seja no momento em que se decide, seja depois que seus resultados tenham sido constatados. Explica-se: quando alguém toma uma decisão que envolve riscos, não sabe, nem tem como saber, o resultado dessa decisão. Ainda, depois de verificado o resultado daquela decisão tomada, não há como saber se aquela foi a melhor decisão: nunca se saberá o resultado, se outra decisão fosse tomada.

Em outra observação<sup>98</sup>, o citado autor assinala a antinomia entre os conceitos de segurança e risco. No atual estágio de desenvolvimento social, é certo que segurança é uma noção vazia de significado: nada pode ser considerado absolutamente seguro. Por exclusão, todo atuar social envolve riscos. No âmbito do mercado financeiro, tal constatação é ainda mais clara, pois nem mesmo os investimentos menos arriscados são totalmente seguros, livres de riscos. Risco, portanto, está sempre presente, ao passo que a segurança é ilusória.

---

<sup>96</sup> Tópico estruturado com base nos apontamentos de Thiago Cortez em: CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 310-333.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 313.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 314.

Da constatação da perenidade do risco no setor bancário decorrem duas conseqüências. Por um lado, como todas as decisões envolvem riscos, a única diferença possível é quanto a serem os riscos maiores ou menores. O risco passa a ser quantificado por meio de cálculos estatísticos. Por outro lado, tendo por pressuposto tais cálculos de risco, passa-se a ter uma base objetiva para a determinação de riscos aceitáveis e/ou inaceitáveis (não obstante tal aceitabilidade ser determinada subjetivamente, isto é, **politicamente**). Diante de tal realidade, a distinção entre risco e segurança não tem muito sentido, devendo ser substituída por risco aceitável e risco inaceitável<sup>99</sup>.

Por fim, convém uma última diferenciação, proposta por FRANK KNIGHT, e citada por THIAGO MACHADO CORTEZ<sup>100</sup>: risco e incerteza. Incerteza teria lugar naqueles casos em que, apesar de se saber que há perigos futuros, não há como calcular as probabilidades dele ocorrer (não há dados disponíveis sobre eventos passados).

#### 4.1.2 Conceito de risco sistêmico. As idéias de De Bandt e Hartmann

Como anteriormente afirmado, o presente tópico se baseará nos apontamentos de DE BANDT e HARTMANN<sup>101</sup>. Segundo estes autores, risco sistêmico seria *"o risco de que ocorram eventos sistêmicos em sentido forte"*<sup>102</sup>. Evento sistêmico seria tanto um acontecimento em que a divulgação de informações sobre uma instituição bancária, ou mesmo a quebra desta, traz efeitos adversos

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> DE BANDT, O.; HARTMANN, P. Systemic Risk: a Survey. **European Central Bank Working Paper Series**, Frankfurt, n. 35, nov.. 2000. Disponível em: <<http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp035.pdf>>. Acessado em 23/05/2007.

<sup>102</sup>No original: *"(...) a systemic crisis (in the narrow and broad case) can be defined as a systemic event that affects a considerable number of financial institutions or markets in a strong sense, (...)"*. DE BANDT, O.; HARTMANN, P. Systemic Risk: a Survey. **European Central Bank Working Paper Series**, Frankfurt, n. 35, nov.. 2000. Disponível em: <<http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp035.pdf>>. Acessado em 23/05/2007.

sobre uma ou mais instituições financeiras (fala-se aqui em evento sistêmico singular); quanto um evento em que se verificarem vários fatos que tenham efeitos negativos sobre uma ou mais instituições financeiras (neste caso, fala-se em evento sistêmico amplo). Ou seja, um evento sistêmico pode ser causado por um fato isolado, inicialmente conexo a uma única instituição bancária, ou por acontecimento externo ao sistema que influi negativa e concomitantemente sobre várias instituições financeiras (por exemplo, significativas e abruptas mudanças macroeconômicas).

Contudo, não é só: evento sistêmico, para além de acontecimentos, é também conseqüências. Isto é, evento sistêmico é conceito que pode ser decomposto em dois elementos: choque e meios de propagação. Choque seria o acontecimento primeiro que gera o evento sistêmico (por exemplo: divulgação de informações, no caso de evento singular; ou desvalorização da moeda, se evento amplo). Meios de propagação seriam os mecanismos pelos quais o choque se propaga de uma instituição a outra. Obviamente que, para ser evento sistêmico é necessária uma relação de causalidade entre o choque e os acontecimentos que lhes sejam posteriores. Observa-se, portanto, muito claramente, que risco sistêmico nada mais é do que uma externalidade negativa.

O evento sistêmico pode ter dois resultados possíveis: os impactos perpetrados pelo choque inicial poderão ser absorvidos pelas instituições financeiras (é o chamado evento sistêmico em sentido fraco); ou as instituições atingidas tornar-se-ão insolventes (quebram), sendo que se encontravam financeiramente sadias antes de iniciado o evento (evento sistêmico em sentido forte). Evento sistêmico em sentido forte seria, portanto, o resultado "desestabilização do setor atingido" do choque inicial.

Segundo THIAGO MACHADO CORTEZ, é importante que o conceito de risco sistêmico, para não se tornar banal, refira-se tão só a evento sistêmico em **sentido forte**, isto é, à real possibilidade de quebra de instituição bancária em razão de fatos a ela independentes (tal qual defendido por BANDT E HARTMANN). Justifica tal apontamento em face da crescente capacidade dos bancos em absorver

choques (através de modernas técnicas de controle de risco, por exemplo), comuns à volatilidade da economia<sup>103</sup>.

Por todo o exposto, pode-se concluir, com THIAGO CORTEZ MACHADO, que **"a idéia de risco sistêmico, ao menos no que se refere ao setor bancário, se baseia em três elementos: choques, contágio (ou mecanismos de transmissão) e resultados que incluam a possibilidade de quebra de outras instituições financeiras"**<sup>104</sup>.

Esclarecido este ponto, duas questões ganham relevo: o porquê de os bancos serem vulneráveis a riscos sistêmicos; as formas de transmissão do choque no sistema bancário.

#### 4.1.3 Por que os bancos são vulneráveis ao risco sistêmico?

Para que se entenda o porquê de o setor bancário ser estruturalmente mais vulnerável ao risco sistêmico, basta observar a composição dos balanços patrimoniais das instituições financeiras. Os ativos são constituídos de empréstimos concedidos aos clientes, a serem pagos em determinado prazo e com acréscimo dos juros contratados. Já os passivos, pelos depósitos à vista, contas correntes, ou contas remuneradas com determinado tempo de carência.

Note-se que os passivos são caracterizados pelo fato de os depositantes poderem resgatar a qualquer tempo os valores depositados. Os passivos, ao contrário, só podem ser exigidos no prazo inicialmente acordado. O que torna a atividade arriscada é o fato de grande parte dos empréstimos concedidos serem financiados pelo dinheiro dos depósitos.

---

<sup>103</sup>Cf. CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.317-318. Idéia contrária é defendida por Julia Black, para quem meras dificuldades generalizadas caracterizariam risco sistêmico. BLACK, J. Perspectives on Derivates Regulation. HUDSON, A. (ed). **Modern Financial Techniques, Derivates and Law**. Londres: Kluwer Law, 2000. *Apud.*: CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 317.

<sup>104</sup>*Ibid.*, p. 318.

Mais especificamente, tal característica do balanço de patrimônio torna as instituições bancárias mais vulneráveis a crises de confiança. Essas crises podem acarretar (e normalmente acarretam) corridas bancárias (depositantes "correm" aos bancos para sacar as quantias depositadas, por temerem que os bancos não terão capacidade para honrar seus compromissos), que, por sua vez, podem redundar na insolvência da instituição bancária. Insolvência porque os bancos não mantêm, em dinheiro, todo o passivo necessário a cobrir tais saques, bem como seus ativos não detêm um mercado secundário eficiente, de modo que seus ativos serão vendidos por um preço abaixo de sua face.

Percebe-se, pois, que **é a própria natureza da atividade bancária** (captação de recursos do público, e seus empréstimos a terceiros) **a responsável por sua fragilidade**. A vulnerabilidade ao risco sistêmico é, portanto, inerente ao exercício da atividade de intermediação financeira<sup>105</sup>, realizada pelos bancos.

Contudo, quando se diz "natureza da atividade bancária" quer-se referir mais especificamente a três caracteres a ela inerentes e que aumentam as fragilidades do setor ao risco sistêmico: corridas bancárias, falhas de informação, mercado incompleto.

As corridas bancárias seriam a própria deflagração de uma crise: diante de um evento sistêmico (seja mera crise de desconfiança infundada, sejam mudanças abruptas na macroeconomia), a lógica de pensamento dos clientes é retirar seu capital, antes que os bancos quebrem. Isto porque apenas parte dos depósitos é conservada como encaixe pelos bancos, de modo que somente os primeiros a sacarem recebem integralmente o valor de seus depósitos (*first come, first served*).

Já as falhas de informação (desconhecimento, por parte dos clientes, da saúde financeira de um banco) aumentam o risco sistêmico em virtude da possibilidade de causarem **infundada** crise de confiança.

Por fim, a não existência de um mercado secundário eficiente representa grande perda de capital em vendas de ativos motivadas por corridas bancárias. Ou seja, se os ativos bancários fossem líquidos (contassem com um mercado

---

<sup>105</sup> Em verdade, os bancos desempenham a função de provedor de liquidez ao sistema econômico. Está-se a falar da "criação contábil de disponibilidades": apenas uma parte do total de depósitos recebidos é mantida nos cofres, a fim de responder a saques; o restante instrumenta concessões de crédito.

completo), suas vendas (facilitadas e sem expressivas perdas) poderiam evitar a concretização de crises no sistema.

A par dos motivos que tornam os bancos instituições mais vulneráveis a crises sistêmicas – bancos correm constantes riscos de liquidez, em virtude **da própria natureza de suas operações**, pela existência de falhas de informação, de corridas bancárias, e de mercado secundário ineficiente –convém entender os mecanismos de transmissão responsáveis pelo contágio de uma instituição solvente por fatos (eventos) a ela estranhos.

#### 4.1.4 Mecanismos de transmissão

Existem dois modos de propagação de choques no sistema bancário: (a) o informacional, e (b) aquele que se dá pelas exposições reais pelos bancos.

A) *Informacional*: mecanismo de transmissão explicado pela assimetria informacional existente entre as instituições financeiras e seus depositantes. Isto é, o desconhecimento, por parte do cliente bancário, da situação patrimonial de seu banco, faz com que, mesmo diante de boatos infundados (causados, por exemplo, pela quebra de uma instituição insolvente), desconfiem (crises de confiança), e dêem início a corridas bancárias. Vale notar que, para que se configure o mecanismo de transmissão informacional, é necessário que exista uma **falsa presunção** por parte dos depositantes em relação à situação patrimonial dos bancos, decorrente da incapacidade de obter informações fidedignas sobre a real saúde financeira das instituições.

Eliminar a propagação de crises sistêmicas por mecanismos informacionais está na pauta de discussões do Novo Acordo de Basileia. Propõe-se a disponibilização do maior número de informações possíveis no mercado. Objetiva-se, com isso, a auto-regulação pelo mercado; e a diminuição da assimetria informacional.

B) *Exposições reais dos bancos*: as relações entre os bancos se dão em dois ambientes distintos: mercado interbancário e sistema de pagamentos.

O mercado interbancário funciona como verdadeiro seguro entre os bancos: uns financiam as necessidades de liquidez dos outros, visando a diminuição de riscos de liquidez de cada instituição. Contudo casos podem ocorrer em que a demanda por liquidez é muito grande, de modo que a liquidez agregada do sistema bancário se torna insuficiente para fazer frente a tal procura. Aqui reside a necessidade de o Banco Central cumprir seu papel de tomador final, injetando liquidez no sistema; do contrário, prenuncia-se uma crise sistêmica.

No sistema de pagamentos ocorrem as compensações interbancárias: ao final do expediente, os bancos somam os créditos (deduzidos, obviamente, os débitos) que têm em relação aos demais bancos, oriundos de pagamentos e/ou transferências realizadas por seus clientes. Neste cenário, pode ocorrer de um banco não ter capacidade de quitar seus débitos em relação a outro, que, por sua vez, e em decorrência daquele inadimplemento, pode ter dificuldade para quitar seus débitos com outros bancos, e assim, sucessivamente, podendo desencadear-se em crise sistêmica.

#### 4.1.5 Considerações finais sobre risco sistêmico

O risco sistêmico é questão a ser seriamente levada em conta quando da regulação do sistema bancário, uma vez que, ocorrendo uma crise bancária, os custos dela derivados serão arcados pela sociedade.

Contudo, mesmo dispondo de um avançado repertório de técnicas de controle, a doutrina especializada ainda não consegue prever quando um risco sistêmico efetivamente ocorrerá. Neste sentido, verifica-se que a idéia de crise sistêmica está mais conexa ao conceito de incerteza de KNIGHT.

O mesmo já não se pode dizer dos riscos assumidos por cada instituição bancária isoladamente. Não obstante ser incerta a eclosão de corridas bancárias, os riscos envolvidos nas operações bancárias cotidianas são riscos propriamente ditos, porque calculados e controlados. É precisamente aqui, no controle e cálculo dos riscos assumidos diariamente pelas instituições financeiras, que ganha importância a distinção de LUHMANN entre **risco aceitável e inaceitável**.

A regulação, no setor bancário, tem em vista garantir a higidez de seu sistema, o equilíbrio em seu funcionamento. E solidez do sistema bancário, como parece óbvio, pressupõe a assunção, por parte de seus agentes, de **riscos aceitáveis**. Mas determinar o que seriam **riscos aceitáveis** é tarefa eminentemente política, a ser desempenhada por autoridade competente (no caso, a Autoridade Monetária).

Enfim, nas palavras de THIAGO MACHADO CORTEZ, a questão a ser formulada é *"qual é o nível de riscos que a sociedade aceita que sejam assumidos pelo sistema bancário?"*. Perceba-se que a resposta a esta questão (resposta esta política e concretizada pelo regime regulatório aplicável aos bancos) é condicionante do papel que a concorrência poderá ter no mercado bancário. Sendo assim, **definir o espaço a ser dado à concorrência pressupõe necessariamente uma análise da higidez, ou não, do sistema financeiro**. Garantir um mercado sólido (isto é, um mercado em que presente riscos aceitáveis) é a preocupação central da regulação bancária. Regulação bancária tanto em seu viés prudencial quanto sistêmico.

#### 4.1.6 Regulação prudencial e sistêmica versus concorrência

Assunto bastante tratado na doutrina, a classificação da regulação bancária em prudencial e sistêmica é útil para estabelecer quando preocupações de ordem concorrencial deverão ter espaço.

Regulação prudencial seria, nas palavras de ISABEZ VAZ, *"o conjunto de normas destinado a assegurar a presença das características e predicados intrínsecos ao sistema financeiro e que se mostram capazes de gangrear [sic] fiança da Sociedade e dos investidores nacionais e internacionais"*<sup>106</sup>. Tem por escopo a proteção dos consumidores, protegendo-se a higidez de cada instituição financeira. Justifica-se pela existência, no mercado, de assimetria informacional em desfavor dos clientes bancários. Na lição de AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO, Conselheiro do CADE:

---

<sup>106</sup>VAZ, I. Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 205.

“[A] regulação prudencial visa proteger os clientes das instituições financeiras que, devido aos incentivos perversos ao comportamento oportunista (‘free riding’) presentes nas atividades de coleta de informação, estão supostamente mal informados para aferir os riscos a que as instituições submetem seus ativos financeiros.”<sup>107</sup>

As regras inerentes a esta espécie de regulação podem ser catalogados em controles de acesso e permanência<sup>108</sup>. O acesso ao mercado financeiro é condicionado, pela exigência de um capital mínimo, pela qualidade dos ativos, pela idoneidade dos administradores, etc. Já a permanência neste segmento depende, entre outras coisas, da manutenção do capital mínimo exigido, bem como da comunicação de eventuais alterações societárias.

Já a regulação sistêmica, ainda no entendimento de MELLO FRANCO NETO, é aquela “que visa proteger o sistema financeiro como um todo dos efeitos em cadeia que a falência de uma instituição possa disparar sobre as outras, inicialmente sãs”<sup>109</sup>. Justifica-se em ser o custo social maior que o custo privado, em caso de crise sistêmica. Ou seja, na hipótese de quebra de uma instituição, com conseqüente deflagração de crise sistêmica, “os custos dela [crise] decorrentes não serão suportados apenas pelos acionistas, credores e depositantes da instituição, mas, em casos limite, por toda a sociedade”<sup>110</sup>.

Neste tipo de regulação, são dois os instrumentos clássicos utilizados: seguro de depósitos, e prestador de última instância. Seguro de depósito seria a garantia dada ao pequeno poupador de que receberá determinada quantia ante a

---

<sup>107</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 2001. Parte do Voto Vogal proferido pelo Conselheiro Afonso Arinos Mello Franco no julgamento do Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09.

<sup>108</sup>Daí CALIXTO SALOMÃO FILHO referir-se ao setor bancário enquanto mercado de acesso e permanência controlados. In.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica. Princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, p. 15

<sup>109</sup>BRASIL. *Op. Cit.*.

<sup>110</sup>CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 325.

insolvência da instituição financeira. Emprestador de última instância, papel desempenhado pelo BACEN, seria a injeção de capital público no mercado financeiro quando iminente uma quebra generalizada. Entra em cena, pois, quando falta liquidez no mercado interbancário. Pontue-se que não é adequado o uso indiscriminado destes instrumentos, porquanto podem dar azo ao *moral hazard*, isto é, à "possibilidade de que os agentes econômicos façam suas decisões de investimento sem considerar todos os riscos envolvidos"<sup>111</sup>.

Por fim, note-se que existe uma complementaridade entre ambas as espécies regulatórias: a regulação prudencial tem um viés preventivo, ao passo que a sistemática tem características *ex post*. Destarte, regulação prudencial está pautada em regras técnicas que visam **limitar os riscos incorridos por cada banco**. Já a regulação sistemática visa **evitar a propagação do choque inicial**, tendo atuação, pois, quando já iniciado o evento sistêmico.

Em suma, percebe-se que a regulação prudencial está mais afeta a situações normais, do dia-a-dia bancário. Ao contrário, a regulação sistêmica ganha espaço em situações anormais, de deflagração de crise. Será a partir da caracterização de uma ou outra situação que se poderão estabelecer os momentos em que preocupações clássicas da regulação bancária ganham (ou não) maior importância ante às da defesa da concorrência, ou os momentos em que ambas as preocupações convergem.

A regulação prudencial, como se disse, tem por fim proteger os clientes bancários, isto é, limitar os efeitos dos riscos assumidos pelos bancos diuturnamente sobre a solvência deles. **Dentro desta lógica há grande espaço para a defesa da concorrência**. Os objetivos de salvaguarda dos consumidores bancários e de eficiência econômica coadunam-se com os objetivos da defesa da concorrência. **Dentro de um limite mínimo de segurança**, a concorrência deverá, pois, ser incentivada.

Já a regulação sistêmica visa proteger a estabilidade do setor financeiro ante uma ambiência de generalizada incerteza, em que paira a possibilidade de deflagração de uma crise sistêmica. Em última análise, intenta-se evitar a propagação do choque inicial, o que criaria uma situação de equilíbrio anormal.

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 326

**Está-se, portanto, diante de uma situação excepcional: a proteção da estabilidade financeira é o objetivo a ser atingido pelas autoridades financeiras, mesmo que para isto seja preciso restringir o nível de concorrência do mercado.** Neste cenário, é possível, inclusive, o afastamento de preocupações concorrenciais (apesar de não ser o adequado).

Entendimento semelhante é esboçado por GESNER DE OLIVEIRA. Em estudo desenvolvido no Núcleo de Pesquisas e Publicações da FGV, o autor citado, ao tratar da discussão *concentração bancária versus diminuição do risco sistêmico*, e *concentração versus abuso do poder econômico*, conclui que:

**"(...) a discussão acima sugere a necessidade de evolução seqüencial na qual em uma primeira fase, procura-se obter ambiente estável e competitivo para o que a ação da autoridade monetária é crucial. Tratar-se-ia, (...), de uma fase em que prevaleceria a isenção antitruste (Modelo 1). Estabelecido um marco regulatório satisfatório, sua proteção e preservação deveria envolver a interação crescente com a autoridade de defesa da concorrência nos moldes do modelo de competências complementares (Modelo 3)."**<sup>112</sup>

**Assim, questionamentos de ordem concorrencial só deverão incidir quando configurado um ambiente estável, hígido, de riscos controlados.** Se diante de ambiência excepcional, em que a deflagração de uma crise sistêmica é iminente, ou em que a instabilidade do sistema é óbvia, pode-se falar em "afastamento"<sup>113</sup> de regulação antitruste.

Trata-se, na verdade, de definir os limites horizontais e verticais da atividade regulatória estatal. Como afirmado no terceiro capítulo deste trabalho, o regime "comum" seria o concorrencial, contemplador da livre iniciativa. A regulação é que seria exceção, e, exatamente por ser exceção, sua incidência deveria ser limitada horizontal e verticalmente.

<sup>112</sup> OLIVEIRA, G. **Defesa da Concorrência e Regulação: o caso do Setor Bancário.** EAESP/ FGV/ NPP. Relatório de Pesquisa n. 49/2001, 2001, p. 52.

<sup>113</sup> Utiliza-se o termo "afastamento", ao invés de "isenção antitruste", utilizado por GESNER DE OLIVEIRA, porque, como afirmado no terceiro capítulo, entende-se, conjuntamente a FLORIANO MARQUES DE AZEVEDO NETO, que não há incompatibilidade entre regulação setorial e geral (antitruste). O que há é tão só uma adaptação da regulação geral ante as peculiaridades do setor que reclamou regulação específica. Contudo, diante de uma situação excepcional, em que presente sérios riscos à ordem econômica, como é o caso de eminente deflagração de crise bancária, justifica-se o temporário afastamento de preocupações eminentemente concorrenciais, ganhando relevo medidas protetivas do setor.

Como anteriormente dito<sup>114</sup>, os limites horizontais estão regidos pelo princípio da subsidiariedade: regulação estatal só deverá incidir se necessária para a efetiva proteção de valores ou interesses públicos. Já os limites verticais se concretizam por meio do princípio da proporcionalidade: a ingerência estatal deverá se dar na medida do necessário, nem mais, nem menos. A necessidade de regulação do setor bancário já foi bastante discutida: é imperiosa, sim, a intervenção estatal neste setor econômico. A questão, portanto, é saber em que intensidade a regulação incorrerá.

Em casos excepcionais, em que a eclosão de uma crise sistêmica é latente, medidas impositivas de concentrações bancárias podem ser justificadas, como liquidação de instituições em insolvência pelo órgão regulador, desde que proporcional aos benefícios sociais realizados. Em outras palavras, a autoridade monetária, no exercício da regulação sistêmica, **poderá se utilizar de ações anticoncorrenciais**<sup>115</sup> (ex.: a imposição de fusões entre bancos), desde que sejam as únicas capazes de impedir a deflagração da crise. Existindo medidas menos lesivas à concorrência, e de iguais efeitos àquelas anticoncorrenciais, estas últimas não se justificam. É isso que, se pode depreender da Lei 9447/1997 que em seu artigo 5º defere ao Banco Central medidas excepcionais (tais como capitalizar, determinar fusões, cisões e transferência de controle acionário de instituições financeiras) apenas em situações anômalas (as descritas no art. 2º e 15 da Lei 6024/64<sup>116</sup>, e art. 1º do Decreto Lei 2321/87<sup>117</sup>) e a fim de resguardar os interesses dos depositantes.

---

<sup>114</sup>Cf. capítulo 3.

<sup>115</sup>Nos Estados Unidos, por exemplo, preocupações concorrenciais ganham terreno inclusive na regulação sistêmica. *Segundo Ruy Santa Cruz, mesmo em caso de operações de concentrações envolvendo instituições em estado falimentar, a análise antitruste é realizada nos Estados Unidos.* Cf.: SANTA CRUZ, R. Regulação de Mercados e Defesa da Concorrência: O Caso do Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 306.

<sup>116</sup>Art . 2º *Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição:*

*I - a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;*  
*II - forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;*

Art . 15. *Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:*

*I - ex officio :*

Diferentemente, estando-se diante de uma ambiência normal, em que os riscos estão controlados, a intervenção estatal setorial justifica-se somente na medida indispensável à manutenção de tal normalidade. A ingerência estatal deve se limitar ao necessário à obtenção contínua de um ambiente saudável, hígido. Para além disso, preocupações concorrenciais devem ganhar maior destaque.

Entendidos os limites em que legítima a regulação estatal, a questão que surge é saber qual a autoridade competente para aplicar o regime antitruste: a autoridade regulatória (BACEN) ou a autoridade concorrencial (SBDC)? Será este o objetivo dos próximos tópicos.

## 4.2. COMPATIBILIZAÇÃO INSTITUCIONAL

---

*a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;*

*b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;*

*c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;*

*d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores;*

*II - a requerimento dos administradores da instituição - se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência - ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida.*

*III - na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.*

<sup>117</sup> Art. 1º O Banco Central do Brasil poderá decretar regime de administração especial temporária, na forma regulada por este decreto-lei, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, autorizadas a funcionar nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, quando nelas verificar:

*a) prática reiterada de operações contrárias às diretrizes de política econômica ou financeira traçadas em lei federal;*

*b) existência de passivo a descoberto;*

*c) descumprimento das normas referentes à conta de Reservas Bancárias mantida no Banco Central do Brasil;*

*d) gestão temerária ou fraudulenta de seus administradores;*

*e) ocorrência de qualquer das situações descritas no artigo 2º da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.*

“ (...) a multiplicidade de arranjos institucionais possíveis entre agências de regulação setorial e autoridade de defesa da concorrência é uma realidade, **a depender não só das especificidades** dos diferentes segmentos econômicos como, também, do **estágio de desenvolvimento de cada país**”<sup>118</sup>

GESNER DE OLIVEIRA realizou um trabalho de pesquisa bastante fecundo para o escopo do presente tópico. Está a se falar do relatório de pesquisa n.º 49/2001 EAESP/FGV/NPP, intitulado “*Defesa da Concorrência e Regulação: O caso do Setor Bancário*”.

Neste trabalho, e baseado em um estudo realizado pelo Secretariado da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o **autor propugna cinco modelos possíveis de interação entre a autoridade de defesa da concorrência e o órgão regulador**: isenção antitruste; competências concorrentes; competências complementares; regulação antitruste; desregulação.

A configuração destes modelos tem por pressuposto o exercício de três funções distintas: regulação técnica (RT), regulação econômica (RE) e lei de concorrência (LC). Nas palavras do autor, regulação técnica (RT) seria o “*estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado*”; já regulação econômica (RE), o “*estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bem e/ou serviços regulados*”; e lei de concorrência (LC), a “*principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência*”<sup>119</sup>.

Pois bem. A conformação a um ou outro modelo de interação depende da distribuição dessas três funções entre as autoridades envolvidas (autoridade antitruste, no caso, o CADE, e autoridade reguladora, que seria o BACEN). Nesta perspectiva, assim se caracterizam cada um dos cinco modelos acima referidos:

---

<sup>118</sup> ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro**: uma proposta de atribuições. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

<sup>119</sup> OLIVEIRA, G. **Defesa da Concorrência e Regulação**: o caso do Setor Bancário. EAESP/ FGV/ NPP. Relatório de Pesquisa n. 49/2001, 2001. p. 10.

*Isenção antitruste* (doravante M1): a agência reguladora assume, com exclusividade, o exercício das três funções, sem deixar espaço à autoridade antitruste. Ainda, possível conceber hipóteses em que, por expressa determinação do órgão regulador, seria afastada qualquer incidência da lei antitruste.

*Competências concorrentes* (doravante M2): tanto a autoridade de defesa da concorrência quanto a autoridade antitruste têm competência para aplicar a lei antitruste e a regulação econômica. A regulação técnica ficaria a cargo da agência reguladora.

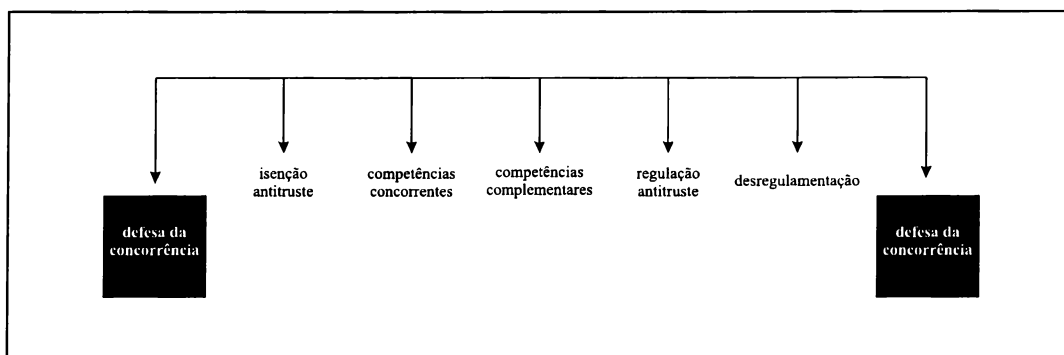
*Competências complementares* (doravante M3): não há qualquer sobreposição de competências, cabendo à autoridade regulatória a regulação técnica e econômica, ao passo que à autoridade antitruste a aplicação da defesa da concorrência.

*Regulação antitruste* (doravante M4): todas as funções (regulação técnica, regulação econômica, lei antitruste) ficam sob a responsabilidade da autoridade antitruste. Trata-se de modelo simétrico ao M1.

*Desregulamentação* (M4): modelo em que ausentes a regulação técnica e a econômica, restaria apenas a atuação da autoridade antitruste.

Observa-se que as possibilidades de compatibilização acima esboçadas, podem ser alinhadas em ordem crescente de importância nos mecanismos de mercado na normatização do setor bancário. Realmente, a isenção antitruste (M1) dá prevalência ao regime de regulação setorial, isto é, preocupações de ordem concorrenciais podem ser “distanciadas”, se assim estiver determinado pelo agente regulador. Contrariamente, em pólo oposto, o modelo de desregulamentação (M4) “afasta” a incidência de regime regulatório setorial, dando maior ênfase aos instrumentos de defesa da concorrência, a fim de salvaguardar o auto-funcionamento do mercado. No intermédio, partindo-se do M2 ao M4, percebem-se decrescentes atribuições de funções ao regulador setorial. Visualmente, assim se configuraria o *continuum de configurações institucionais*:

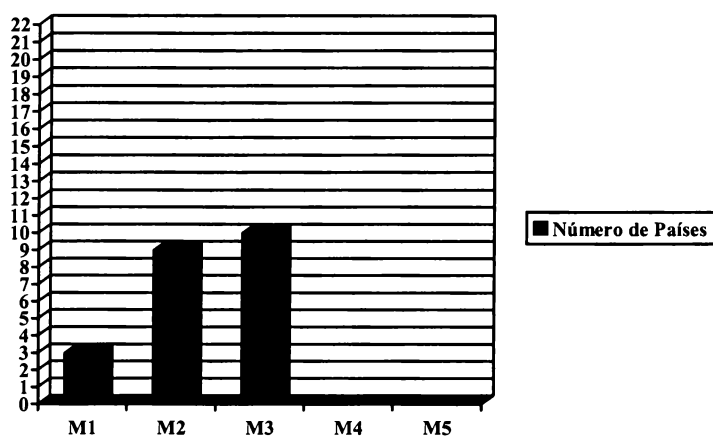
#### **Quadro 1 - Continuum de configurações institucionais**



Ainda, no mesmo trabalho, GESNER DE OLIVEIRA levanta a realidade de vinte e dois países (incluído nestes a União Européia), em termos de aplicação das regras antitrustes no setor financeiro, a fim de enquadrá-las em cada um dos cinco modelos acima propostos. A experiência internacional serviria, por um lado, de comparativo ao desenho institucional vigente no país, e, por outro, de inspiração ao surgimento de um modelo de interação ótimo à realidade brasileira.

Desta análise, percebeu-se que aproximadamente 46% dos países pesquisados adotavam o modelo de Competências Complementares (seriam eles a Austrália, República Tcheca, Finlândia, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Inglaterra, União Européia e República Eslováquia). Em torno de 41% aplicavam o modelo de Competências Concorrentes (quais sejam: Áustria, Canadá, França, Itália, Japão, México, Noruega, Suíça e Estados Unidos). E apenas perto de 13% das nações encampavam o modelo de Isenção Antitruste (Alemanha, Espanha e Turquia). Nenhum país adotava os modelos de Regulação Antitruste ou de Desregulamentação. Graficamente:

**Quadro 2 - Configurações Institucional: Amostra de 22 países**



**M1** – Alemanha, Espanha, Turquia  
**M2** – Áustria, Canadá, França, Itália, Japão, México, Noruega, Suíça, Estados Unidos  
**M3** – Austrália, República Tcheca, Finlândia, Grécia, Hungria, Polónia, Suécia, Inglaterra, União Européia, República Eslováquia

À luz de tais dados, convém analisar o modelo em que inserido o desenho institucional brasileiro. Para tanto, ainda se terá como base principal o trabalho “*Defesa da Concorrência e Regulação: O caso do Setor Bancário*”, de autoria de GESNER DE OLIVEIRA.

Quanto à função regulatória (tanto técnica, quanto prudencial, e sistêmica, obviamente), a competência do BACEN é indubitável. O SBDC jamais teve a pretensão de interferir na determinação e/ou aplicação de normas desse viés<sup>120</sup>. Neste sentido, manifestou-se Celso Fernandes Campilongo no Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09:

“A este Plenário compete ‘zelar pela observância’ da Lei n. 8.884/94, interpretando e aplicando os seus dispositivos, e, não dirimir supostos conflitos de competência entre órgãos de administração pública federal. A **função de regulação** econômica prudencial do setor financeiro, exercida pelo Banco Central, não se confunde, em nenhuma hipótese, no entendimento já registrado por este Plenário, com a **função de adjudicação** exercida pelo CADE na prevenção e na repressão ao abuso do poder econômico”<sup>121</sup>

Em verdade, a **formulação** das políticas para o setor cabe ao Conselho Monetário Nacional. Ao BACEN competiria, em regra, apenas a **execução** dessas

<sup>120</sup>Cf. VAZ, I. Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 189-210. p. 203.

<sup>121</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 2001.

políticas<sup>122</sup>. Nas palavras de EDUARDO SALOMÃO NETO, “enquanto o primeiro [CMN] normalmente emite normas reguladoras, o segundo [BACEN] executa as referidas normas mediante atos fiscalizatórios e sancionatórios”<sup>123</sup>.

Já no que tange à função de defesa concorrencial – ponto nodal do conflito de competência entre CADE e BACEN –, argumenta GESNER DE OLIVEIRA, em suma, que não haveria verdadeiro conflito de competência, porquanto as Leis n.º 4.595/64 e n.º 8.884/94 deteriam convivência pacífica no ordenamento jurídico brasileiro: tratariam da defesa da concorrência de modo geral, e específico. Sendo assim, a conclusão esboçada é de que a adjudicação da defesa da concorrência caberia única e exclusivamente ao CADE, não obstante a instrução de processos punitivos, e a emissão de parecer técnico em processos de autorização de concentrações bancárias competirem ao BACEN<sup>124</sup>.

Desta forma, e segundo o autor supracitado, o modelo em que inserido o desenho institucional brasileiro seria o de **Competências Complementares**: a função regulatória estaria sob a égide da autoridade reguladora (BACEN), já a defesa da concorrência seria incumbência da autoridade antitruste (CADE).

Não obstante a maestria da argumentação de GESNER DE OLIVEIRA (consubstanciando mesmo a opinião esboçada por muitos dos Conselheiros do CADE no julgamento do caso FINASA S/A), o legislador, a fim de dirimir de uma vez por todas o conflito de competências entre BACEN e CADE, propõe modelo de **Competências Complementares** distinto. É o que se verifica a seguir, em breve análise dos projetos de leis tratantes do assunto.

---

<sup>122</sup>É o que dispõe a Lei 4.595/64. Para os fins do presente trabalho, os artigos mais relevantes seriam o 4º, VIII, o 9º, e o 10, IX:

“Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

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

IX - “Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;”

<sup>123</sup>SALOMÃO NETO. E. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 97.

<sup>124</sup>Cf.: OLIVEIRA, G. **Defesa da Concorrência e Regulação**: o caso do Setor Bancário. EAESP/ FGV/ NPP. Relatório de Pesquisa n. 49/2001, 2001, p. 47 e ss.

#### 4.3. COMPATIBILIZAÇÃO E OS PROJETOS DE LEIS (412/2003 E 333/2004)

“Entende-se necessário o aprimoramento do modelo regulatório e de defesa da concorrência no setor financeiro, redefinindo **as funções hoje exercidas pelas autoridades responsáveis pela defesa da concorrência e pelo Banco Central.**

A estrutura legal atual não nos parece a que mais convém aos interesses da sociedade brasileira, sendo de todo recomendável a aplicação dos instrumentos e dos princípios contidos na Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste).”<sup>125</sup>

“Os bancos no Brasil têm baixa eficiência, são pouco competitivos e funcionam como um oligopólio em que poucas instituições controlam o mercado’ esta é a conclusão de recente estudo realizado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) (...).

**Apesar dessa constatação (...) a sociedade brasileira não tem observado ações satisfatórias do Banco Central do Brasil, órgão responsável pela supervisão do Sistema Financeiro Nacional (SFN), para sanar os males causados por essa falta de competição e tão importante segmento econômico”**<sup>126</sup>

Ambos os fragmentos foram retirados das justificativas dos Projetos de Leis Complementares n.º 344/2002 (de iniciativa do Presidente da República) e n.º 412/2003 (proposto pelo então Senador Antônio Carlos Magalhães). Notória, desde sua justificativa, a inclinação do segundo projeto por deferir ao CADE competência absoluta no que tange à defesa concorrencial. Tanto é assim que, em sua redação original, e ignorando o projeto n.º 344/2002 à época já em trâmite na Câmara, submetia qualquer transformação, fusão, incorporação ou alteração do controle acionário das instituições financeiras à **prévia apreciação e autorização do CADE**. Diz-se “**ignorando**” o projeto n.º 344/2002 porque este (em seu art. 1º), opostamente ao projeto do então Senador Antônio Carlos Magalhães, determinava

---

<sup>125</sup>BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 344/2002. Altera a Lei n.º 4.594, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=97368](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=97368)>. Acesso em 10/07/2007

<sup>126</sup>BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 412/2003. Estabelece a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência no Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 09 out. 2003. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/10/08102003/30736.pdf>>. Acesso em 10/07/2007.

**prévio exame pelo BACEN** de eventuais atos de concentração que afetassem a higidez do sistema financeiro.

Enfim, a par de interesses políticos e econômicos, o que se pretende no presente tópico não é julgar se um ou outro projeto é mais adequado à realidade brasileira. O escopo aqui perseguido é outro: analisar o modelo de compatibilização institucional que se estabelecerá com a aprovação de ambos os projetos.

Contudo, antes de se passar ao exame dos projetos de lei, é necessário explicar que a **defesa concorrencial é subdividida em duas vertentes**: estrutural e de condutas. A defesa estrutural volta-se ao controle dos atos de concentração (transformações, fusões, incorporações de empresas); já a tutela de condutas visa reprimir atos (o agir) anti-concorrenciais<sup>127</sup>. Note-se que tal explanação constitui mesmo pressuposto ao melhor entendimento da configuração institucional proposta pelos projetos.

#### 4.3.1. Projeto de Lei n.º 344/2002

Proposto em novembro de 2002 pelo chefe do Poder Executivo Federal, o Projeto de Lei n.º 344/2002 tem por fim modificar a Lei n.º 4.595/64, estabelecendo a competência do BACEN para decidir sobre os **atos de concentração** entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro.

O projeto prevê duas alterações na Lei 4.595/64: (a) a inclusão de um inciso e de um parágrafo ao art. 10 desta lei (artigo este que dispõe acerca das competências privativas do Banco Central); e (b) a revogação do § 2º do art. 18 (em que está prevista a competência do Banco Central para regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras). *In verbis*:

“O CONGRESSO NACIONAL, decreta:

**Art. 1º** O art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 10.** .....

---

<sup>127</sup> Cf.: AGUILLAR, F. H. Competência e especialização de funções em matéria concorrencial. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91.

**XIII - decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro.**

.....  
.....

**§ 3º** No exercício da competência a que se refere o inciso XIII deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência." (NR)

**Art. 2º** Compete ao Banco Central do Brasil o exame dos atos de concentração e a punição das condutas lesivas à concorrência praticados por instituições financeiras anteriormente à vigência desta Lei Complementar.

**Art. 3º** Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 4º** Fica revogado o § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964."

De acordo com esse projeto, a **defesa estrutural** da concorrência competiria, em regra, ao CADE. Apenas quando presente riscos à segurança do sistema financeiro, o controle dos atos de concentração caberia ao BACEN. Prova disso é a previsão do encaminhamento da matéria (ato de concentração) às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência, quando a Autoridade Monetária concluir que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro.

O controle de condutas anti-concorrenciais, a seu turno, estaria a cargo das autoridades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), haja vista a expressa revogação do § 2º do art. 18 da Lei n.º 4.595/64. Foi exatamente esse o objetivo perseguido por essa supressão, de acordo com o estabelecido na própria exposição de motivos do projeto de lei:

**"Às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência competirá, ademais, a repressão a condutas que configurem infração à ordem econômica praticadas no âmbito do sistema financeiro. Para a implementação desse desenho, basta a revogação do § 2º do art. 18 da Lei n.º 4.595, de 1964, uma vez que, excluída a competência do Banco Central para a defesa da concorrência no sistema financeiro nacional, passa a ser aplicável a lei ordinária que regula a matéria, ou seja, a Lei n.º 8.884, de 1994, ressalvada a hipótese dos atos de concentração que possam afetar a higidez do referido sistema".**

Portanto, de acordo com o Projeto de Lei n.º 334/2002<sup>128</sup>, o modelo configurado é o de Competências Complementares: caberá, em regra, ao SBDC a tutela da concorrência tanto em seu viés repressivo, quanto preventivo. Exceção a este regime ocorre apenas no controle preventivo (de estruturas): quando presentes riscos à higidez do sistema financeiro. A competência regulatória é, sem qualquer divergência, da Autoridade Monetária Nacional (CMN e BACEN)

#### 4.3.2. Projeto de Lei n.º 412/2003

O projeto de Lei n.º 412/2003, de autoria do então Senador Antônio Carlos Magalhães, foi apresentado ao Senado em outubro de 2003, quase um ano após à apresentação do projeto anteriormente analisado. Como afirmado na introdução deste tópico, cristalina a tendência desse projeto em atribuir ao CADE **competência absoluta** no que tange a defesa concorrencial. De fato, tal inclinação transparece quer em sua ementa, quer em seus artigos originais (que previam a submissão de qualquer transformação, fusão, incorporação ou alteração do controle acionário das instituições financeiras à **prévia apreciação e autorização do CADE**):

**“PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 412 , de 2003 - Complementar**  
*Estabelece a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência no Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências.*

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**Art. 1º** A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 45-A:

**“Art. 45-A. Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência** no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.”

**§ 1º** As atribuições delegadas pela Lei nº 8.884, de 1994, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda se aplicam às operações e às instituições do Sistema Financeiro Nacional.

**Art. 2º** O art. 10, X, c, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

**“Art. 10.** .....

X -

<sup>128</sup> O projeto está pronto, e com requerimento de urgência, para apreciação do Plenário. Isso desde 21 set. 2005.

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas, ou ter alterado seu controle acionário, desde que a operação tenha **sido previamente aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica; (NR)**"

**Art. 3º** Esta Lei Complementar entrará em vigor noventa dias após a sua publicação.

**Art. 4º** Fica revogado o § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595, de 1964.<sup>129</sup>

Segundo este projeto, **tanto a defesa da concorrência estrutural quanto a de condutas estariam a cargo do SBDC. Não haveria qualquer exceção.** Estar-se-ia, pois, diante de uma "antinomia pré-legal": dois projetos de leis tratantes de assuntos semelhantes, mas com previsões conflitantes.

Entretanto o projeto de lei passou por profundas alterações (desde sua ementa até o teor de seus artigos), quando de sua apreciação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Parece mesmo que o objetivo das seis emendas propostas por tal Comissão foi o de adequar o projeto àquele em trâmite na Câmara (apesar de nada ter sido afirmado nesse sentido). Justifica-se esta tese no fato de duas destas emendas abarcarem *ipsis litteris* o previsto no projeto n.º 344/2002, e terem participação direta dos órgãos interessados (CADE e BACEN). Este último fato noticiado no próprio relatório aprovado pela Comissão (de autoria do Senador César Borges):

"É importante ressaltar que a quinta e a sexta emendas decorrem de sugestões que foram apresentadas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, com a aquiescência da Liderança do Governo".

Eis, de modo consolidado, as seis emendas reformadoras do projeto em trâmite no Senado:

EMENDAS	PROJETO - REDAÇÃO CCJ
<b>EMENDA N. 1</b>	"Altera a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, para definir, como competência do Conselho Administrativo de Defesa

<sup>129</sup>BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 412/2003.** Estabelece a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência no Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências.

	Econômica (CADE), a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional”
<b>EMENDA N. 2</b>	<p><b>Art. 1º</b> A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 46-A:</p> <p>“Art. 46-A. <b>Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), observado o disposto no parágrafo 3º do artigo 10, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica</b> no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994”</p>
<b>EMENDA N. 3</b>	<p><b>Art. 2º</b> A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>“Art. 7º</p> <p>.....</p> <p>Parágrafo único. Compete, também, ao Plenário do CADE zelar pela defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. (NR)</p> <p>Art. 14.</p> <p>.....</p> <p>Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo se aplicam às operações e instituições do Sistema Financeiro Nacional. (NR)</p> <p>Art. 38.</p> <p>.....</p> <p>Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo se aplicam às operações e instituições do Sistema Financeiro Nacional. (NR)”</p>
<b>EMENDA N. 4</b>	<p><b>Art.3º</b> As alíneas c e g do inciso X do art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passam a vigorar com a redação abaixo:</p> <p>“Art. 10.</p> <p>.....</p> <p>X - .....</p>

	<p>c) ser transformadas, fundidas, incorporadas, ou ter alterado, por alienação ou transferência a qualquer título, seu controle acionário, respeitado o exercício de competência do CADE;</p> <p>g) alienar, ou, por qualquer outra forma, transferir o sei controle acionário, respeitado o exercício da competência do CADE; (NR)”</p>
<b>EMENDA N. 5</b>	<p><b>Art. 4º</b> O art. 10 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescido do inciso XIV e do § 3º, com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 10. ....</p> <p>X - decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema Financeiro Nacional.</p> <p>§ 3º No exercício da competência a que se refere o inciso XIII deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.”</p>
<b>EMENDA N. 6</b>	<p><b>Art. 5º</b> A lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 46 –B:</p> <p>“Art. 46-B. Compete ao Banco Central do Brasil o exame dos atos de concentração e punição das condutas lesivas à concorrência praticadas por instituições financeiras anteriormente à vigência desta Lei Complementar”<sup>130</sup></p>

As modificações, como perceptível, incidem, em regra, na Lei n.º 4.595/64. Contudo esta versão da CCJ do Senado Federal é a primeira (e, única, por enquanto) que prevê alterações também na Lei 8.884/94. Em virtude disto, esta

<sup>130</sup>Redação semelhante à do art. 2º do Projeto de Lei.

redação é a que se mostra mais completa e coerente sob a ótica de técnica legislativa, uma vez que busca evitar eventuais lacunas normativas. Reitere-se, ademais, que estas modificações abarcaram todo o conteúdo preceituado no Projeto de Lei n.º 344/2002 (mais especificamente a quinta e a sexta emendas do Projeto n.º 412/2003), dando indícios de ser este projeto do Senado a versão final da reestruturação institucional de competências que se pretende no Sistema Financeiro Nacional<sup>131</sup>.

Mais uma vez, está-se diante de um modelo de Competências Complementares: regulação técnica e prudencial (além da sistêmica) é encargo do BACEN; já **a defesa da concorrência, tanto em seu viés repressivo, quanto preventivo, recairia sobre SBDC. Exceção a este regime ocorre apenas no controle preventivo (de estruturas): quando presentes riscos a higidez do sistema financeiro.**

As propostas de emendas não findaram, porém, nestas seis. O projeto n.º 412/2003 foi também objeto de análise da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), ocasião em que recebeu mais uma proposta de emenda. Apesar desta sétima emenda não influir no objeto do presente tópico (modelo de compatibilização institucional), convém, ainda que a título de conhecimento, mencioná-la:

**“EMENDA N° 07 – CAE**

Acrescente-se ao Projeto de Lei do Senado n° 412, de 2003 – Complementar o art. 6° abaixo, renumerando-se os artigos subsequentes:

‘Art. 6° A Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 53:

Art. 53. Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por esta lei.

§ 1º. Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I – a especificação das obrigações do representado no sentido de fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando cabível.

§ 2º. Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do art. 21,

---

<sup>131</sup>Indícios estes fortalecidos diante da paralisação de quase dois anos do trâmite do Projeto n.º 344/2003, e, da relativa eficiência na tramitação do Projeto n.º 412/2003 (incluído na Pauta de 1º ago. 2007, cf. consulta, em 27 jul. 2007, ao sítio do Senado).

entre as obrigações a que se refere o inciso I do §1º figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23.

§ 3º. A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o início da sessão de julgamento do processo administrativo relativo à prática investigada.

§ 4º. O termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.

§ 5º. O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 6º. A suspensão do processo administrativo a que se refere o parágrafo anterior dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 7º. Declarando o descumprimento do compromisso, o CADE aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 8º. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 9º. O CADE definirá, em resolução, normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração do termo de compromisso de cessação.(NR)”

Em suma, tanto o Projeto de Lei iniciado na Câmara, quanto o de autoria do então Senador Antônio Carlos Magalhães, esboçam modelos de Competências Complementares: a defesa concorrencial, tanto em seu viés repressivo quanto preventivo, ficaria a cargo do SBDC; ao passo que a função regulatória seria de incumbência do BACEN. Divergiam, inicialmente, ambas as propostas na questão de excepcionar (Projeto de Lei n.º 344/2002), ou não (Projeto de Lei n. 412/2003), a atribuição da defesa concorrencial preventiva, quando estivessem em jogo atos atentatórios à higidez do sistema bancário. Contudo, como acima explicitado, esta dicotomia foi superada com as seis emendas propostas pela CCJ do Senado, de modo que é possível afirmar que o projeto de lei do Senado acabou por “abarcá-lo” o projeto em trâmite na Câmara.

Discorda-se, entretanto, parcialmente, do entendimento esboçado nesses projetos de lei. Entende-se, conjuntamente a MIGUEL ARCANJO NETO, ser necessária uma análise mais pormenorizada dos dados trazidos por GESNER DE OLIVEIRA, em seu trabalho de pesquisa “*Defesa da Concorrência e Regulação: O caso do Setor Bancário*”, a fim de que se estruture um modelo mais condizente às especificidades do setor bancário. Será este o escopo do próximo (e último) tópico.

#### 4.4 COMPATIBILIZAÇÃO INSTITUCIONAL: UMA NOVA PROPOSTA

“E, por fim, este Plenário [CADE] não tem a competência para definir um modelo de articulação de competências entre órgãos administrativos que exerçam funções complementares (como é o caso do BACEN e o CADE). Tal competência é, única e exclusivamente, do **Poder Legislativo**”<sup>132</sup>

É certo que compete ao Legislativo, e só a ele, definir um modelo de articulação de competências entre o CADE e o BACEN. É correto ainda que o Poder Legislativo, no exercício de sua competência, já elegeu esse modelo: modelo de competências complementares, nos moldes acima delineados. Contudo o fato dessa escolha já ter sido exercida pelo Legislativo não impede o exame, e crítica, dessa opção: em verdade, a crítica é pressuposto do aperfeiçoamento. É este o objetivo deste último tópico: criticar a fim de se erigir um modelo mais consentâneo à realidade brasileira.

A principal questão a ser aqui enfrentada é referente à defesa, por parte dos doutrinadores (e acatado pelo legislador brasileiro), do reinado praticamente absoluto da autoridade antitruste no controle concorrencial, tanto em seu aspecto repressivo quanto preventivo. Argumenta-se ser esta a configuração presente nos países desenvolvidos e de tradição na aplicação do direito concorrencial. Neste sentido, por exemplo, a lição de LEANDRO NOVAIS E SILVA:

“A existência de interação entre o órgão regulador (geralmente Bancos Centrais) e a autoridade antitruste é freqüente, num modelo de competências complementares, destinando-se normalmente a última palavra sobre as concentrações bancárias e o controle de condutas ao órgão de concorrência.”<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup>BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 2001. Voto Vista do Conselheiro Celso Campilongo.

<sup>133</sup>NOVAIS E SILVA, L. **Direito Bancário: regulação e concorrência**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 217. (Grifou-se)

Contudo, uma análise mais pormenorizada da realidade dos países europeus<sup>134</sup>, trazida sistematicamente por GESNER DE OLIVEIRA em estudo já anteriormente mencionado, derruba tal tese. Ademais, é preciso ter em mente, na formulação de um modelo mais adequado ao segmento bancário, a especificidade e fragilidade deste setor, bem como a realidade cultural brasileira em matéria de cooperação administrativa.

Ressalte-se, de antemão, porém, que o *“grande diferencial do modelo que será proposto consistente na **análise pontual** da repartição de atribuições olhando, **per se**, as atividades **preventivas** (atos de concentração) e **repressivas** (condutas anticompetitivas) – ponto central das discussões doutrinárias –, com vistas a iluminar os ensinamentos trazidos pelas legislações alienígenas”*<sup>135</sup>.

Por razões didáticas, deixar-se-á de abordar cada um dos modelos adotados pelos países pesquisados por GESNER DE OLIVEIRA. Opta-se por tão-só destacar os dados relevantes ao escopo do trabalho: vislumbrar a competência em matéria concorrencial preventiva e repressiva, separadamente.

Neste sentido, percebe-se que em apenas 43% (quarenta e três por cento) da amostra de países-membros da OCDE analisados, é a autoridade antitruste quem adjudica atos de concentração<sup>136</sup>. Em 57% (cinquenta e sete por cento) dos casos, portanto, a decisão sobre aquisições, fusões, incorporações bancárias compete à autoridade regulatória<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Merece também menção estudo desenvolvido por Elena Carletti e Philipp Hartmann, em que analisam, dentre outras coisas, as estruturas institucionais de análise de atos de concentração, no setor bancário, dos países membros do G-7. CARLETTI, E.; HARTMANN, P. Competition and Stability: what's special about banking? **European Central Bank Working Paper Series**, Frankfurt, n. 146, mai. 2002. Disponível em: <[www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp146.pdf](http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp146.pdf)>. Acesso em 20/06/2007.

<sup>135</sup> ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: uma proposta de atribuições**. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 77.

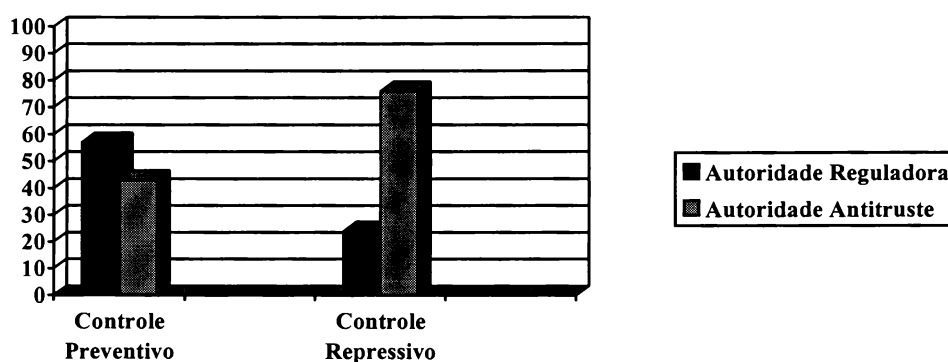
<sup>136</sup> Quais sejam: Austrália, República Tcheca, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Suíça, Reino Unido, e Eslováquia. O regime Suíço prevê uma exceção: quando se tratar de aquisição de instituição em estado de insolvência, caberá o exame do ato ao órgão regulatório.

<sup>137</sup> A saber: Áustria, Canadá, Finlândia, França, Alemanha, Itália, Japão, México, Noruega, Espanha, Suíça, Turquia, Estados Unidos. A Suíça é aqui computada no caso de ser a análise de aquisição de instituições insolventes.

Contrariamente, quando se trata de controle de condutas anticoncorrenciais, a predileção pela autoridade antitruste é notória: em 76% (setenta e seis por cento) dos modelos estudados, decidir acerca de condutas lesivas à livre concorrência é incumbência do órgão antitruste<sup>138</sup>. Por via de exclusão, em apenas 24% dos casos é a autoridade reguladora quem responde pelo controle de condutas anticoncorrenciais.

Graficamente, é esta, pois, a realidade vigente nos países-membros da OCDE<sup>139</sup>.

**Quadro 3 - Divisão de Competências Concorrenciais (Repressiva e Preventiva) entre as Autoridades Antitruste e Reguladora nos Países Membros da OCDE:**



Sob a ótica dos atos de concentração, portanto, a preferência é pela adjudicação do órgão regulador. Observe-se que, na configuração deste número, despreza-se qualquer valoração de complexidade, dimensão, expressividade do sistema financeiro e do nível de desenvolvimento dos países. Contudo, nas palavras de MIGUEL ARCANJO NETO, é sintomático *“a primazia da autoridade encarregada da regulação do sistema financeiro naqueles países cujo sistema financeiro apresenta estrutura complexa – número de instituições, grau de desenvolvimento econômico, e nível de penetração internacional dos agentes –, a exemplo da Alemanha, da Espanha, dos Estados Unidos, cuja independência das agências*

<sup>138</sup> Austrália, Áustria, Canadá, República Tcheca, Finlândia, França, Grécia, Hungria, México, Polônia, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos da América, e Eslováquia.

<sup>139</sup> Para fins do cálculo apresentado, a União Européia não foi computada, em virtude de não ser um país, tecnicamente falando.

*reguladoras é enaltecida em prosa e verso, depois que o FED<sup>140</sup> arbitra só o Poder Judiciário poderá rever”<sup>141</sup>.*

Já sob o **aspecto repressivo, a autoridade antitruste praticamente domina o controle concorrencial**, o que vem a confirmar a dinamicidade dessa atividade, ensejando sua delegação a órgão externo ao campo de atuação da autoridade reguladora.

Parece, aliás, prevalecer entendimento no sentido de ser necessária a concentração de esforços das autoridades antitrustes na repressão a condutas lesivas à concorrência. Neste sentido, a Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias defende uma simplificação processual na apreciação dos poucos atos de concentração que interessariam ao controle concorrencial, bem como um aprofundamento na atuação repressiva:

“O objectivo de uma política de concorrência pró-activa consiste em apoiar o processo concorrencial no mercado interno e **incentivar as empresas a adoptarem um comportamento concorrencial** e dinâmico que reforce a sua eficácia. (...) Os instrumentos da política de concorrência proíbem, penalizam e impedem as **práticas anti-concorrenciais**, como os cartéis de repartição de mercados, e contribuem para suprimir os obstáculos à concorrência.

(...)

O **principal objectivo das regras** em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e posições dominantes consiste em garantir que as empresas concorram entre si e **não adoptem comportamentos colusórios**.

(...)o **controlo das concentrações centra-se no pequeno número de operações que impede a manutenção da concorrência efectiva**, prevendo as medidas de correcção necessárias para salvaguardar o processo concorrencial”<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Trata-se do Federal Reserve System, autoridade reguladora do setor bancário nos Estados Unidos.

<sup>141</sup> ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: uma proposta de atribuições**. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 80.

<sup>142</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Uma política de concorrência pró-activa para uma Europa Competitiva**. Bruxelas. Comunicação da Comissão das comunidades europeias COM(2004) 293 final, 24 abr. 2004, p. 5. Disponível em: < <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/proactive/pt.pdf> >.

Opinião semelhante é apresentada em relatório da OCDE/BID<sup>143</sup>, recomendando-se a **redução do esforço** despendido por parte dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) **“na apreciação de concentrações inócuas em termos de concorrência e concentrassem mais atenção e recursos em outras áreas, incluindo o combate a cartéis e condutas anticoncorrenciais de firmas recém-privatizadas em indústrias de rede, bem como a análise de restrições à concorrência impostas pelos governos municipais e estaduais”**<sup>144</sup>

Tais recomendações da OCDE/BID chamam a atenção para o atuar descompassado da estrutura de defesa da concorrência: dados presentes no Relatório acima citado revelam que, **entre 2000 e 2004, o CADE decidiu apenas 172 casos de comportamentos anticoncorrenciais**<sup>145</sup>. Diz-se apenas porque **no mesmo período foram analisados nada menos do que 2.672 atos de concentração**<sup>146</sup>. Estes fatos corroboram, assim, a necessidade de o SBDC redirecionar seu foco de atuação a fim de dar maior efetividade à política antitruste.

Pretende-se, com esses dados, chamar a atenção para o fato de não ser a atividade preventiva (atos de concentração) a característica fundamental da política de defesa da concorrência. Muito pelo contrário, *“interessa para a política de defesa*

---

<sup>143</sup>Em verdade, a opinião da OCDE/BID foi externada em ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). Competition Law and Policy Developments in Brazil. **OECD Journal of Competition Law and Policy**, v. 2, nº. 3, out. 2000. Contudo, tal informação foi obtida a partir de: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). **Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma Revisão pelos Pares**. Brasil, 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/internacional/Relatorio-Peer-Review-Portugues.pdf>> Acessado em 27/04/2007.

<sup>144</sup>ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). **Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma Revisão pelos Pares**. Brasil, 2005, p.7. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/internacional/Relatorio-Peer-Review-Portugues.pdf>> Acessado em 27/04/2007. (Grifou-se)

<sup>145</sup>*Ibid.*, p.21. (Grifou-se)

<sup>146</sup>*Ibid.*,p. 32. (Grifou-se)

da concorrência agir sobre o fato consumado, a conduta lesiva à ordem econômica"<sup>147</sup>, isto é, agir preponderantemente em seu viés repressivo.

Tendo isso em mente, bem como a frequência modal extraída da reinterpretação do trabalho de GESNER DE OLIVEIRA (que revela a prevalência da atuação da autoridade reguladora no controle dos atos de concentração), propõe-se, juntamente com MIGUEL ARCANJO NETO, a seguinte divisão da competência em matéria concorrencial:

"a) o Banco Central responderia, exclusiva e privativamente, pela política de concorrência centrada nos atos de concentração, tal qual previsto no art. 10, incisos IX e X, alíneas 'c' e 'g';"<sup>148</sup>

b) os órgãos do SBDC assumiriam a adjudicação das funções atinentes às condutas lesivas à ordem econômica, em face da dinamicidade que lhe são próprias."<sup>149</sup>

Esta proposta de divisão da competência não coincide totalmente com as diretrizes contidas tanto no Projeto de Lei n.º 344/2002, quanto no Projeto de Lei n.º 412/2003. Nestes projetos, como acima afirmado, o controle de atos de concentração ficaria a cargo do CADE, contudo subordinado a uma prévia análise do BACEN no quesito *risco sistêmico*. Já o controle de condutas ficaria a cargo do SBDC, tal qual na proposta, fugindo, portanto, do escopo do presente tópico.

Deixar o controle dos atos de concentração a cargo do SBDC, **ainda que subordinado à prévia decisão do BACEN** sobre inexistência de risco sistêmico, é,

---

<sup>147</sup> ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: uma proposta de atribuições**. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 82.

<sup>148</sup> O autor se refere, obviamente, à Lei n.º 4.595/64:

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

IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

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

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

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

<sup>149</sup> ARCANJO NETO, Miguel. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: Uma proposta de atribuições**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Brasília: UnB, 2006, p. 83.

no mínimo, incoerente. Pode-se afirmar que este fator de incerteza seria uma possível "*fonte de alimentação de disputas e desconfianças*" entre os órgãos controladores, sem qualquer benefício à defesa concorrencial.

Uma análise superficial da tradição brasileira em termos de cooperação e coordenação entre órgãos governamentais revela desencontros decisórios, atuações contraditórias, além de condutas egoístas, voltadas à promoção pessoal, ganhos políticos, heroísmos individuais. Exemplo disto é o recente conflito, suscitado pela TELESP, entre as Resoluções n. 402/05 e n. 437/06 da ANATEL (órgão regulador do setor de telecomunicações) e os TCC's (Termo de Compromisso de Cessação), firmados pela TELESP com o CADE.

Inegável, ainda, a *expertise* do BACEN em matéria de sistema financeiro nacional, "afora o fato de que, constitucional e legalmente, cabe-lhe, com exclusividade, a competência para autorizar qualquer ato que envolva instituições financeiras e [de que] somente ele sabe quais as atividades que as instituições estão autorizadas a exercer porque é ele mesmo quem faz a concessão."<sup>150</sup>

Por tudo isto, melhor seria deixar o exame dos atos de concentração a cargo do BACEN, tal qual defendido por MIGUEL ARCANJO NETO. Uma ressalva, porém, é necessária: não parece ser prudente deixar a análise concorrencial preventiva "*exclusiva e privativamente*" sob a incumbência do órgão regulador.

A um porque a especialidade tanto técnica quanto orgânica do SBDC em questões concorrenciais é inquestionável, detendo, portanto, uma melhor análise dos impactos que a aprovação daqueles atos terá sobre a concorrência; a dois porquanto, na maioria (mais especificamente, 76%) dos países da OCDE que deferem à autoridade reguladora a adjudicação da análise dos atos de concentração, há participação da autoridade concorrencial nesta apreciação.

Assim, é de todo aconselhável que seja apresentado pelo SBDC parecer técnico a fim de instrumentar a apreciação pelo BACEN das fusões, incorporações,

---

<sup>150</sup> *Id.*, p. 83.

encampações, etc. Contudo a **decisão final** (passível apenas de revisão judicial) **deverá ser da autoridade regulatória**<sup>151</sup>.

Ao encontro desta última afirmação vem a própria estrutura orgânica do BACEN. Destarte, esta autarquia possui em seu organismo Consultoria especializada para detalhada análise dos atos de concentração (trata-se do CONIF<sup>152</sup>). Além do que, os procedimentos utilizados para tais exames já estão normatizados, e disponíveis no *site* do BACEN<sup>153</sup>.

Em suma, tendo em vista as especificidades do setor financeiro, as *expertises* tanto do agente regulador quanto do órgão antitruste, a experiência alienígena, e, também, a tradição brasileira em matéria de coordenação entre órgãos, entende-se mais coerente a seguinte distribuição de competências:

a) o Banco Central responderia tanto pela regulação (prudencial, técnica e sistêmica) quanto pelo controle concorrencial preventivo (atos de concentração);

b) ao Sistema Brasileiro de Defesa Concorrencial caberia a tutela concorrencial repressiva. Teria, ainda, participação opinativa (parecer técnico) na análise dos atos de concentração.

---

<sup>151</sup>Miguel Arcanjo Neto bem pontuou que o modelo de apreciação e decisão dos atos de concentração no Brasil se revela mais consistente e democrático do que em outros países, "*na medida em que as decisões do Banco Central podem ser revistas, não pelo Ministro das Finanças isoladamente como revela a amostra, mas pelo Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado composto pelos Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento e pelo presidente do próprio Banco Central*". Cf.: ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro: uma proposta de atribuições**. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 80-81.

<sup>152</sup>Trata-se da CONSULTORIA DE ESTUDOS E PEQUISAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. Este corpo técnico está integrado no Departamento de Organização do Sistema Financeiro – DEORF.

<sup>153</sup>Disponível em: < <http://www.bcb.gov.br/?SFNACESSO>>, acessado em 15/08/2007.

## CONCLUSÃO

1. Como dito, a regra constitucional para a ordem economia é o regime concorrencial, orientado pelos princípios de liberdade de iniciativa e liberdade de mercado, e levado a cabo pelos particulares. Contudo, deixar todo o direcionamento econômico nas mãos privadas leva a desvirtuamentos econômico-sociais (abuso do poder econômico, desrespeito ambiental, condições de trabalho indignas), tal como nos apresentou a história recente. Seriam as falhas de mercado.

2. A ingerência estatal faz-se, portanto, necessária quando a “mão invisível” é incapaz de suprir bens e serviços eficientemente, ou seja, intervenção estatal enquanto resposta às falhas mercadológicas. No entanto, nem toda ingerência estatal, tendo em vista a solução da falha mercadológica, será legítima e justificável. Muito do contrário, exatamente por ser exceção ao regime concorrencial, a regulação só se justifica na medida e enquanto necessário. Seriam, na lição de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, os limites verticais e horizontais à intervenção estatal.

2.1 Horizontalmente, a atividade estatal está jungida ao princípio da subsidiariedade. Isto é, a regulação estatal só deverá incidir se realmente necessária. Trata-se da justificativa para regular. Nas palavras de FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO, toda e qualquer intervenção estatal tem de estar justificada, seja na Constituição, seja na legislação infra que a determinar. Como parece óbvio, a regulação estatal pode ter em vista inúmeros objetivos, os quais, não obstante, podem ser reunidos, de acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, em cinco: deficiência na concorrência; bens coletivos; externalidades; assimetrias de informação; desemprego, inflação e desequilíbrio no mercado.

2.2 Verticalmente, a ingerência estatal está limitada pelo princípio da proporcionalidade. Vale dizer, a intervenção estatal deverá se dar na medida do necessário, nem mais, nem menos. Seriam, em poucas palavras, a questão da intensidade da regulação estatal.

2.3. Para os fins do presente trabalho, as duas “espécies” de regulação que interessam seriam a regulação concorrencial (que tem por justificativa as deficiências na concorrência) e a regulação setorial bancária (cujo escopo principal

centra-se ao tratamento das externalidades, mais especificamente, o controle do risco e a prevenção de crises sistêmicas).

2.4 No que tange à necessidade (princípio da subsidiariedade), conforme notícia FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, tanto uma quanto a outra regulação tem suas justificativas presentes no corpo do texto constitucional. De fato, segundo o citado autor a regulação anticoncorrencial justifica-se no disposto no art. 173, § 4º, e a regulação setorial bancária; no art. 192<sup>154</sup>

2.5 Já no que se refere à proporcionalidade, a existência de regulação concorrencial e/ou setorial há de estar pautada numa lógica de ônus *versus* benefícios. Ou seja, as benesses sociais advindas daquela forma de regulação têm de ser superiores (ou, ao menos semelhantes) aos ônus sociais originados das limitações de liberdade impostas pelo Estado. Assim, por exemplo, diante de comportamentos anticoncorrecionais por parte de agente econômico detentor de poder de mercado as medidas tem de apenas coibir a continuidade destes abusos, e não obstar a atividade econômica regulada – até porque o exercício livre de atividade econômica é protegida constitucionalmente.

3. Posto isto, a questão emergente, e que foi objeto principal do presente ensaio, refere-se à compatibilidade de atribuições entre regulação geral (concorrencial) e setorial no setor bancário. Diz-se emergente porque como pôde ser percebido no decorrer do trabalho, tanto a regulação geral quanto a concorrencial são necessárias à normalidade<sup>155</sup> da atuação dos agentes neste segmento.

4. Neste quesito, de acordo com a doutrina de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, duas são as possibilidades de visualizar espacialmente o convívio entre uma e outra modalidade de regulação: uni ou bidimensionalmente.

4.1. Na concepção unidimensional, haveria apenas um plano de regulação, aplicável sobre toda a ordem econômica (a chamada regulação geral), o qual

---

<sup>154</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e a Autoridade Antitruste. A importância da independência do regulador. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 89-94, p.102.

<sup>155</sup>Diante de uma situação anormal, em que a deflagração de crise sistêmica é iminente, as medidas regulatórias setoriais necessitam ser mais enérgicas, de maneira a, por vezes, não levarem em consideração a proteção da concorrência. Seria, portanto, um caso limite em que a regulação concorrencial nenhuma (ou muito pouca) importância teria.

poderia ser derogado pela incidência da regulação específica setorial. Assim, a regulação setorial elidiria a incidência da regulação geral (antitruste)

4.2. Já na visão bidimensional, a regulação geral e setorial seriam dois planos de regulação distintos, passíveis de incidência num mesmo segmento econômico. Estes dois planos se interpenetrariam, portanto, num mesmo ramo econômico. O único senão se referiria à calibragem necessária para harmonizar ambas as competências: a regulação geral, quando defronte à regulação setorial teria de ter em mente as especificidades desta, adequando-se, pois, a elas.

4.3. Entende-se, conjuntamente a FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, que o melhor entendimento encontra-se na arquitetura bidimensional. Sendo assim, diante das especificidades do setor regulado, a regulação geral teria de ser temperada. E, tal fato justifica-se à luz exatamente destas idiosincrasias setoriais que reclamam um cuidado especial. Este é o caso do setor bancário. Ora, se as fragilidades inerentes ao setor bancário são tais a ponto de reclamar a incidência de regulação especial (prudencial), muito mais justificável as ter em mente quando da incidência da proteção antitruste, geral a todos os segmentos econômicos.

5. Em sendo assim, e, tendo em monta as *expertises*, dos agentes reguladores antitruste e setorial, além da experiência alienígena, bem como a tradição brasileira em matéria de coordenação entre órgãos, todos estes pormenores acima tratados, conclui-se que a divisão mais coerente de atribuições entre os órgãos regulador e antitruste é a seguinte:

a) o Banco Central responderia tanto pela regulação (prudencial, técnica e sistêmica) quanto pelo controle concorrencial preventivo (atos de concentração);

b) ao Sistema Brasileiro de Defesa Concorrencial caberia a tutela concorrencial repressiva. Teria, ainda, participação opinativa (parecer técnico) na análise dos atos de concentração.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, F. H. Competência e especialização de funções em matéria concorrencial. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 89-93.

ARCANJO NETO, M. **Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro**: uma proposta de atribuições. 94 fls. Monografia de Pós-Graduação em Direito Econômico da Regulação Financeira. Setor de Ciências Sociais da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

ASCARRELI, Tullio. **Lezioni di diritto commerciale. Introduzione**, 2. ed. Milano: Doot. Antonino Giufrè, 1955.

BATISTA JR. P. N. O poder dos bancos no Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B2.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n. GM-020**. Processo n. 00001.006908/2000-25. Conflito Positivo de Competência entre Banco Central do Brasil e Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 2001.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 344/2002. Altera a Lei n.º 4.594, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=97368](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=97368)>. Acesso em 10/07/2007.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar n. 412/2003. Estabelece a competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência no Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 09 out. 2003. Disponível em

<<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/10/08102003/30736.pdf>>. Acesso em 10/07/2007.

BREYER, S. **Regulation and its reforms**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

BUENO, C. S. Quatro variações sobre o tema: regulação e concorrência no setor bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 49-69.

CINTRA, M. Cartel, juros e “spreads” bancários. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 de Agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B2.

CARLETTI, E.; HARTMANN, P. Competition and Stability: what's special about banking? **European Central Bank Working Paper Series**, Frankfurt, n. 146, mai. 2002. Disponível em: <[www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp146.pdf](http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp146.pdf)>. Acesso em 20/06/2007.

COELHO, W. do E. Empréstimo de dinheiro por particulares: quando se caracteriza operação privativa dos bancos. Interpretação teleológica do art. 17 da Lei n.º 4.595, de 1964. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Curitiba, ano 2, v. 2, p. 341-346, set./dez. 1970.

COMPARATO, F. K. O Indispensável Direito Econômico. In.: \_\_\_\_\_, **Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. XX-XXX

CONCENTRAÇÃO avança no setor bancário. **Folha de São Paulo**, 26 de maio de 2006, Seção “dinheiro”, pág. B3.

CORREA, P. As concentrações bancárias no Brasil devem ser controladas pelo órgão antitruste? In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.277-289.

CORTEZ, T. Regulação prudencial e defesa da concorrência no Sistema Financeiro. CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.).

**Concorrência e regulação no sistema financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 310-333.

COUTINHO, D. R. Comentários aos anteprojetos de lei sobre agências reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.2, n.6, p. 27-43, 2004.

COUTINHO, Paulo C.; OLIVEIRA, André R. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 29, p.77-99, 1999.

CUÉLLAR, L.; MOREIRA, E. B. **Estudos de direito de econômico.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

DE BANDT, O.; HARTMANN, P. Systemic Risk: a Survey. **European Central Bank Working Paper Series**, Frankfurt, n. 35, nov.. 2000. Disponível em: <<http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp035.pdf>>. Acessado em 23/05/2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ENGLISH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FAGUNDES, J. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência:** eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2003, pp. 161 – 223.

FERRAZ JÚNIOR. T. S. A economia e o controle do Estado. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 04 de junho de 1989.

FIANI, R. **Teoria da regulação econômica:** estado atual e perspectivas futuras, *mimeo.*

FRISON-ROCHE, M. Definição do direito da regulação econômica. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 9, p. 207-217, 2005.

\_\_\_\_\_. Os novos campos da regulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte. 10, p. 191-204, 2005.

GALBRAITH, J. K. **O pensamento econômico em perspectiva. Uma história crítica.** São Paulo: Pioneira, 1987.

GASPARINI, M. F. A proteção e regulamentação da concorrência. Análise do caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 158, p. 163-170, 2003.

GOVERNO estuda criar 'DOC reverso' para tentar estimular concorrência bancária. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág. B3.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

GRAU, E. R.; FORGIONI, P. A. **CADE v. BACEN: conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União.** **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 8, p. 51-77, 2004.

JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LEMBO, C. Capitalismo e Sistema Financeiro. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, n. 26, p.40-53, 1997.

LOBO, C. B. **Concorrência Bancária?** Coimbra: Almedina, 2001, p. 24.

MAGALHÃES, A. **Concentração e concorrência no sistema financeiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

MARQUES, M. M. L.; ALMEIDA, J. P. S. de; FORTE, A. M. Regulação sectorial e concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 09, p.187-205, 2005.

---

Concorrência e Regulação (A relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial). **Direito Público e Regulação 6.** Coimbra: Coimbra, 2005.

MARQUES NETO, F. A. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 228, p. 13-30, 2002.

\_\_\_\_\_. Articulação entre regulação setorial e regulação antitruste. **Regulação Brasil – ABAR**, Porto Alegre, n. 1, pp. 69 -87, 2005.

\_\_\_\_\_. Limites à abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 01, p. 69-93, 2003.

\_\_\_\_\_. Regulação Setorial e a Autoridade Antitruste. A importância da independência do regulador. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 89-94.

MATEUS, A. Regulação da Moeda e dos Mercados Financeiros. In.: Conferências ERSE. **A Regulação em Portugal**. Lisboa: Entidade Reguladora do Sector Elétrico, 2000, p.107-125.

MATTOS, P. T. L. A atuação do CADE nos setores regulados. **Valor Econômico**, São Paulo, 24 de jan. de 2007, Legislação e Tributos, p.

\_\_\_\_\_. Um estudo dos mecanismos de *accountability* da regulação do setor de telecomunicações no Brasil após as privatizações. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 4, p. 153-213, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Novo Estado Regulador no Brasil: Eficiência e Legitimidade**. São Paulo: Editora Singular, 2006.

MEDAUAR, O. Concorrência no setor financeiro. Conflito de competência entre CADE e BACEN? In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 119-126.

MEDIDAS do governo deverão incluir incentivo à redução de 'spread bancário'. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 17 de agosto de 2006, Seção Dinheiro, pág B2.

MELLO, C. A. B. de. O Estado e a ordem econômica. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 62, p.34-46, 1982.

MENDONÇA, J. X. C. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. , v. 6, t. 3. São Paulo: Freitas Bastos, 1961.

MOREIRA, V. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Coimbra, 1997.

MOTTA, P. R. F. **A Regulação como instituto jurídico**. *Revista de Direito Público da Economia*, n. 1, p. 183-209, 2003.

NOVAIS E SILVA, L. **Direito Bancário: regulação e concorrência**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Regulação, concorrência e o setor bancário. Reflexões**. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, p. 171-193, 2003.

NUSDEO, A. M. de O. **A Regulação e o Direito da Concorrência. Agências Reguladoras e Concorrência**. In: SUNDFIELD, C. A. **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p.159-189.

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

\_\_\_\_\_. **Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_ et al. **Análise da reforma da concorrência no setor bancário**. São Paulo, out. 2006. Estudo oferecido pela Tendências Consultoria Integrada à Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). **Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma Revisão pelos Pares**. Brasil, 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/internacional/Relatorio-Peer-Review-Portugues.pdf>> Acessado em 27/04/2007.

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

POSNER, R. A., Teorias da Regulação Econômica. In.: Mattos, P. T. L. **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 49-80.

RAGAZZO, C. E. J. Notas Introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. In.: **Revista de Direito da Concorrência**, São Paulo, n.6, p. 13-26, 2006.

ROCHA, F. A. S. Evolução da Concentração Bancária no Brasil (1994-2000). **Notas Técnicas do Banco Central do Brasil**, n. 11, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/NotasTecnicas/Port/2001nt11concentbanpc.pdf>>.

SALGADO, L. H. Análise da Concentração Bancária sob o prisma da concorrência. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 267-276.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial. As Estruturas**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129-147.

\_\_\_\_\_. **Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO NETO, E. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTA CRUZ, R. Regulação de Mercados e Defesa da Concorrência: O Caso do Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 297-309.

SANTOS, A. C. dos; GONÇALVES, M. E.; e LEITÃO MARQUES, M. M. **Direito Econômico**, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SIQUEIRA, F. J. de. Instituições Financeiras: Regimes Especiais no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 12, p.44-71, 2001.

SZTAJN, R. Regulação e concorrência no setor financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 233-254.

SUNDFELD, C. A. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 29-47.

SUNSTEIN, C. R. As funções das Normas Reguladoras. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 3, p. 33-65, 2003.

TROSTER, R. L. Os Bancos são Diferentes? In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 287-295.

UNIÃO EUROPÉIA. **Uma política de concorrência pró-ativa para uma Europa Competitiva**. Bruxelas. Comunicação da Comissão das comunidades europeias COM(2004) 293 final, 24 abr. 2004. Disponível em: < <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/proactive/pt.pdf> >.

VASCONCELOS, J. O Estado Regulador: Principais características e perspectivas de evolução. In.: Conferências ERSE. **A Regulação em Portugal..** Lisboa: Entidade Reguladora do Sector Elétrico, 2000, p.159-192.

VAZ, I. Fundamentos Constitucionais da Livre Concorrência no Setor Bancário. In.: CAMPILONGO, C. F.; ROCHA, J. P. V.; MATTOS, Paulo T. L. (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 189-210.