

Regulação, concorrência e o setor bancário

Reflexões

Leandro Novais e Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Regulação de mercados de acesso e permanência controlados (Calixto Salomão Filho). 2.1. Regulação prudencial: barreiras de entrada e de exercício. 2.1.1. Condições de acesso. 2.1.2. Condições de exercício. 3. Necessidade de regulação sistêmica (externalidades negativas): passagem pelas idéias de Stephen Breyer. 3.1. Assimetria de informações; 3.2. Risco sistêmico (vulnerabilidade a corridas bancárias). 4. Outra falha de mercado (abuso do poder de mercado). Necessidade da aplicação das regras antitruste. 5. Pequena reflexão sobre o cenário do setor bancário brasileiro. 6. Crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos de concentração bancária. 7. Conclusão: um modelo de interação possível.

1. Introdução

A polêmica discussão travada e que ainda perdura entre o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Banco Central do Brasil¹ para a definição da autoridade competente para analisar e julgar os atos de concentração no setor bancário deixa evidenciar um dos mais interessantes debates acadêmicos pontuados pelo Direito Econômico, especialmente naquilo que envolve o direito da regulação e o direito da concorrência.

É indispensável fazer-se um estudo das características inerentes e especiais do mercado bancário, a fim de se investigar quão

Leandro Novais e Silva é Procurador do Banco Central do Brasil e mestrando em Direito Econômico pela UFMG.

diferente é assim esse setor dos demais setores da economia, as regras próprias que regulam o mercado, as idéias e necessidades da regulação sistêmica e a possível interação do setor com as regras de concorrência. Ou seja, é perguntar-se se é possível uma “regulação concorrencial” no setor bancário.

Importante o estudo porque ultrapassa um debate meramente técnico e positivo, embora relevante, situado tão-somente no eventual conflito de disposições entre a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 8.884/94, açodado ainda pelas disposições da Lei nº 9.447/97. Ora, o conflito legislativo pode até existir, exigindo, assim, uma definição abalizada, com boa hermenêutica, das disposições legais. No entanto, parece-me ainda mais relevante estudar-se o pano de fundo do suposto conflito, é dizer, o real alcance das regras de regulação emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil e sua possível interação com as regras concorrenciais, debatendo as peculiaridades do setor bancário e a importante atuação do CADE.

É ilustrativo e de enorme relevância que tanto a União Européia e seus Estados-Membros e os Estados Unidos, para ficar nas referências mais significativas, adotem uma interação entre o órgão ou os órgãos reguladores e a autoridade antitruste, via de regra de característica complementar, salientando, portanto, a inexistência de imunidade concorrencial do setor bancário, e a necessidade da banca de se submeter ao crivo das regras de competição, ainda que dentro de determinados limites.

Assim, propõe-se este pequeno estudo à análise da interação entre regulação e concorrência no setor bancário, deslindando-se para um possível modelo de atuação complementar do CADE ante as atribuições regulatórias do Banco Central do Brasil. Farse-á, desse modo, no tópico 2, a elaboração teórica de que o setor bancário está sujeito a uma regulação de mercado de acesso e permanência controlados, na lição de Calixto Salomão FILHO (1998; 2001; 2002). Ainda

no tópico 2, desenvolver-se-á um pequeno esboço da regulação prudencial do mercado bancário, naquilo que envolve as condições de acesso (barreiras de entrada) e de exercício.

No tópico seguinte, a razão predominante da regulação bancária, é dizer, a necessidade de controle sobre o risco sistêmico, estreitamente vinculado ao processo de quebra das instituições financeiras, causa maior da externalidade negativa (custo social da falência). Nesse tópico, é significativo conjugar a necessidade de regulação em razão das externalidades negativas com as idéias de Stephen BREYER (1982). O tópico é ainda subdividido em duas justificativas de regulação decorrentes de falhas do mercado: a assimetria de informações entre os clientes bancários e as instituições financeiras e a vulnerabilidade do setor a corridas bancárias.

O tópico 4 exige a discussão de outra falha do mercado, o abuso do poder de mercado. Nesse item, a justificativa teórica para a possibilidade de interação entre o aparato regulatório e as regras antitruste. Ou seja, o raciocínio para a submissão das instituições bancárias às regras de concorrência, empregando-se na análise as teorias norte-americanas do *State action doctrine* (teoria da ação política) e do *Pervasive power* (teoria do poder amplo) para sustentar-se que, embora sujeito a forte regulação, é possível a aplicação das regras antitruste ao setor bancário.

A justificação teórica é também acompanhada de uma reflexão fática, dada a indispensabilidade de adequação do suporte fático (cenário bancário brasileiro) ao esquema teórico que se formula. Desse modo, pontuar-se-á o tópico 5 por uma sucinta abordagem do panorama bancário brasileiro, naquilo que pertine à concorrência, em especial depois do advento das privatizações e da reestruturação bancária iniciada com o Plano Real, em 1994.

Possível será assim, no tópico 6, fazer-se uma abordagem crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos

de concentração bancária, nos argumentos que me revelam a concepção mais ultrapassada na aproximação teórica dos consectários concorrência/regulação.

Por fim, no último tópico, a exposição de um modelo possível de interação entre as autoridades de regulação e de concorrência, levando em consideração os elementos analisados nos itens anteriores.

2. Regulação de mercados de acesso e permanência controlados (Calixto Salomão Filho)

O Estado reconhece que em determinados setores é indispensável uma solução regulatória mais forte, mais freqüente, que garanta higidez (bom estado de saúde econômica), segurança e estabilidade. Quando o setor é a base da economia, por meio da captação e intermediação do crédito, como é o setor bancário, e quando uma falha pode ocasionar um custo social enorme, decorrendo um prejuízo de inúmeros credores bancários e com possíveis efeitos negativos alastrados pela cadeia produtiva, torna-se indispensável uma regulação mais severa.

Ao exemplo do setor bancário junta-se outro setor sujeito também a uma regulação especial, é o caso do setor aéreo. Ora, uma falha em uma aeronave, que decorra de manutenção inadequada, de omissão na fiscalização, de afrouxamento de uma exigência (regulação) de segurança, invariavelmente leva à morte toda a tripulação e passageiros. Por isso a necessidade de uma regulação específica e controlada. Em especial no setor aéreo, naquilo que pertine à segurança e à manutenção das aeronaves, o que leva a afetação direta dos custos e, portanto, do estabelecimento dos preços. Mas ainda aqui não se poderá falar da inviabilidade da interação regulação/concorrência,² quando assumida dentro de critérios compatíveis com as peculiaridades do setor, tal como se verá adiante no caso do mercado bancário.

Na expressão utilizada por Calixto SALOMÃO FILHO (2001, p. 46), compreende-

se que esses setores, em especial o bancário, objeto deste estudo, sujeitam-se a uma regulação de mercados de acesso e permanência controlados. Equivale a dizer, no âmbito do setor bancário, que a entrada no setor é regulada, com o estabelecimento de regras rígidas de acesso, com a definição exata de capital para funcionamento, bem como há uma regulação igualmente severa no que diz respeito ao exercício das instituições, com adequação e direcionamento de capital.

O que ocorre, todavia, é que o aparato regulatório desenvolvido para o setor, tal como estabelecido pelo Banco Central,³ sob o objetivo salutar de segurança bancária, pode atingir a potencialidade de concorrência entre as instituições, permitindo, eventualmente, o abuso de posição dominante ou de práticas colusivas⁴.

Ora, admitindo-se, como se verá, a inexistência de imunidade do setor bancário, sendo possível e mesmo indispensável a interação das regras regulatórias com uma prática concorrencial, no que diz respeito a estrutura e comportamento, o mercado, ainda que sujeito a uma regulação de acesso e permanência controlados, deve-se submeter às regras antitruste. Além do que, somente com uma revisão da regulação, com a manutenção tão-só das regras que realmente são imprescindíveis ao estabelecimento de higidez e segurança ao setor bancário, pode-se modificar a estrutura atual do mercado, favorável às práticas concertadas e abusos, e impedir, no controle de condutas, o comportamento estratégico colusivo.

2.1. Regulação prudencial: barreiras de entrada e de exercício

A regulação prudencial⁵ pode ser circunscrita às regras condizentes com as condições de acesso ao mercado e com as condições de exercício da atividade bancária. Conforme observa Machado CORTEZ (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 325):

“A justificativa econômica da regulação prudencial é a incapacidade dos depositantes de avaliarem e su-

pervisionarem a evolução patrimonial dos bancos. Diante desta situação, o Estado cria uma série de normas a serem observadas pelos bancos nas suas operações diárias, que visam garantir a sua higidez ao impor exigências de capital mínimo, bem como limites à contratação de risco e à exposição a grupos ou a setores específicos da economia. Apesar de objetivar a proteção do consumidor, a regulação prudencial acaba beneficiando também a estabilidade sistêmica ao criar bancos mais sólidos”.

Nesse sentido, tem como escopo primordial a proteção do consumidor bancário em primeiro plano, tendo em vista ainda a assimetria (desigualdade) de informações a que estão sujeitos os clientes na avaliação do sistema bancário e do seu banco em particular (ponto que ainda será melhor salientado), no que se refere à solidez da instituição, a garantia do seu depósito/investimento, ou seja, aquilo que é mais caro ao sistema financeiro, confiança e credibilidade.

Assim, é indispensável uma pequena abordagem sobre as regras prudenciais que estipulam as condições de acesso e de exercício no mercado bancário.

2.1.1. Condições de acesso

O primeiro aspecto como condição de acesso diz respeito ao capital inicial para a abertura de uma instituição financeira.

Antes de esclarecer o âmbito prático de tal regulação bancária, é necessário fazer-se a seguinte ponderação: o capital necessário para abrir uma instituição bancária, embora seja entendido como uma barreira de entrada, e assim o é pela doutrina, deve ser contextualizado. Ora, essa noção de barreira de entrada vincula-se com o próprio conceito de poder econômico, sem ainda predizer um poder de mercado. É indispensável que aquele que tem intenção de entrar no mercado bancário tenha capital condizente com a atividade que irá desenvolver (a intermediação do crédito). Ou seja, é a

manifestação primeira de poder econômico, associado ao espírito capitalista que nos rege, que se torna imprescindível ainda mais quando se fala do setor bancário. Nesse primeiro aspecto, não se confunde o poder econômico como manifestação anticoncorrencial, pelo contrário, é a exigência primeira para que o mercado tenha agentes e funcione concorrencialmente. Assim, pode-se falar num primeiro aspecto que o capital inicial exigido constitui-se uma barreira econômica natural,⁶ embora imposto por meio de regulação⁷.

No âmbito do Banco Central, as disposições mais relevantes sobre as exigências do capital mínimo para a abertura estão na Resolução CMN nº 2.099/94 (modificada pelas Resoluções CMN nºs 2.212/95, 2.301/96 e 2.399/97), inteiramente adaptada às regras prudenciais oriundas do Comitê de Basileia⁸. Assim, para abertura de instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central é exigido, por exemplo, R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) para banco comercial ou carteira comercial de banco múltiplo, R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para banco de investimento, banco de desenvolvimento e sociedade de crédito imobiliário, R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedade de arrendamento mercantil e R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) para sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que administrem fundos de investimentos nas modalidades regulamentadas pelo Banco Central.

Outro aspecto que diz respeito ao acesso é quanto à estrutura do capital, é dizer, a qualidade do investimento inicial e também a honorabilidade e experiência necessárias dos administradores que irão exercer as funções de direção da instituição financeira. Embora não exista mais hoje a famigerada carta-patente, extinta nos anos 80,⁹ de forma a exigir um exame puramente subjetivo do novo agente econômico, que por mais das vezes descambava para o privilégio e

para a troca de favores, inadmissíveis como critérios para admissão no mercado financeiro, é ainda indispensável fazer-se uma análise da qualidade do capital e da credibilidade no mercado dos novos agentes. Assim, pode-se ilustrar tal aspecto por meio da Resolução CMN nº 2.212/95, que estabeleceu a necessidade de comprovação pelos controladores de situação compatível com o empreendimento financeiro sujeito à aprovação, determinando que a situação econômico-financeira dos controladores deve corresponder a, pelo menos, 120% (cento e vinte por cento) do empreendimento, autorizando algumas exceções a essa exigência.

2.1.2. Condições de exercício

Nas condições de exercício, é significativo descrever de pronto a determinação da manutenção do capital mínimo exigido para a abertura da instituição financeira. Ora, pode-se até adotar a terminologia de fundos próprios, tal como faz Baptista LOBO (2001, p. 72), que se insere na expressão da Resolução nº 2.099/94 do Banco Central, incluindo no seu âmbito outras realidades econômicas, mas o que é importante entender é que a instituição financeira deverá permanecer pelo menos com o capital equivalente ao de sua abertura. Ademais, se uma instituição cresce com o tempo, o mínimo que se pode exigir é que aquela garantia de solvência estipulada anteriormente para sua abertura se mantenha. Na verdade, se a instituição cresce, o desejável é que o seu capital de segurança também cresça na mesma proporção. Mais risco pelo crescimento das operações, proporcionalmente mais segurança se exige.

Pode-se falar também no controle da estrutura do capital. Ou seja, esse critério é importante para a abertura da instituição, e também para o seu exercício. Assim, se aquele detentor de 25% do capital da instituição, com direito a voto, passará a deter 40%, resultado de uma alteração contratual, com compra de ações dos demais sócios-administradores, indispensável que tal operação

seja notificada ao Banco Central, de forma a tomar conhecimento da nova estrutura do capital, que de certa forma irá influenciar os novos rumos da instituição financeira. A regra é importante em razão da especialidade da profissão bancária e da necessidade de confiança que a instituição e seus sócios-administradores devem transparecer¹⁰.

Há também que se referir como condição de exercício aos limites para detenção de participação da instituição financeira em outras instituições financeiras e a participação destas em outras organizações comerciais e industriais, ou seja, em outras áreas da economia¹¹. Aqui o que deve imperar é a idéia de restrição para a criação de grandes conglomerados, atuando em diferentes áreas da economia, que possam ser afetados de forma sistêmica desencadeando um processo de quebra generalizada (teoria grande demais para falir “*too big to fail*” adaptada à formação de conglomerados financeiros que ramificam sua atuação). De qualquer forma, é importante salientar, tal como fez Baptista LOBO (2001, p. 77-78), que a interação entre o setor bancário e o setor industrial é estrategicamente muito relevante. Um sistema bancário bem estruturado proporciona crédito e financiamento para o setor produtivo de forma menos custosa e burocrática, alavancando a expansão e solidez do setor, além de novas formas de cooperação. Exemplos de uma interação mais forte, em que se detecta uma integração elevadíssima, são os modelos japonês e germânico, sendo praticamente impossível distinguir-se onde começa o grupo industrial e termina o grupo financeiro. No caso japonês, idealizou-se a constituição do conglomerado denominado “*keiretsu*”, grupos econômicos informais assemelhando-se a “teias de aranha”, com os principais bancos japoneses no centro. Convém registrar também, como contraponto, especialmente no que toca ao modelo japonês, a crise econômica que atingiu o país na década de 90, que até hoje provoca efeitos nefastos, alastrando-se do setor industrial ao setor financeiro.

Por fim, é significativo salientar a constituição de um seguro de depósitos para os correntistas, que no âmbito do Banco Central está regulado pela Resolução CMN nº 2.211/95 (já alterada pela Resolução CMN nº 2.249/96) e pela Circular nº 2.657 (Fundo Garantidor de Créditos – FGC), garantindo até o limite de R\$ 20.000,00 os seguintes créditos: depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio, depósitos de poupança, depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado, letras de câmbio, letras imobiliárias e letras hipotecárias. O FGC, portanto, não protege investimentos financeiros que são justificados e formulados pela existência de risco, como ocorre com os fundos de investimentos e aplicação no mercado de capitais, de renda variável. A idéia é proporcionar uma garantia mínima para o pequeno investidor, protegendo seu direito de crédito (no valor estipulado) em face da atuação desastrosa ou criminosa dos agentes controladores da instituição financeira que a levem ao estado de insolvência. A crítica que se faz a essa regra prudencial é a de que, embora tenha um viés protetivo do pequeno correntista/poupador, o FGC acaba autorizando a instituição financeira a correr maiores riscos em sua atuação no mercado, contando a banca com a garantia mínima de pagamento aos clientes bancários. É o que a doutrina norte-americana denomina de *moral hazard*¹². Mais garantia, mais riscos. O sistema financeiro americano também possui um seguro de depósitos. No entanto, dando ensejo à teoria apresentada acima, o valor de cobertura nos Estados Unidos é de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares). De qualquer forma, compatível com a grandeza do mercado bancário norte-americano.

3. Necessidade de regulação sistêmica (externalidades negativas): passagem pelas idéias de Stephen Breyer

As idéias de Stephen BREYER (1982) são conhecidas pelos pesquisadores do direito

econômico. No seu livro *Regulation and its Reform*, BREYER nos apresenta uma “teoria da regulação”, descrevendo as justificações típicas para a regulação. As razões clássicas são: o controle do poder de monopólio, o controle do excesso de lucros, a compensação por externalidades negativas, a regulação em face das informações inadequadas e a competição excessiva. No entanto, BREYER é extremamente crítico quanto à eficiência da regulação, criticando-a sob os mais diversos argumentos, como os altos custos do aparato de regulação; ineficiência das regras que impõe (baixo custo benefício da regulação em face da falha de mercado); injusta, complexa e freqüentemente atrasada; irresponsável em face do controle democrático, e a inerente imprevisibilidade do resultado final¹³. Somente reconhece a alternativa do modelo de regulação quando este realmente se torna imprescindível ao controle de determinado setor, ou seja, quando se constata que a regulação, mesmo não tão eficiente, traz mais benefícios do que a liberação completa do mercado, sujeita a uma falha que acarreta inúmeros prejuízos. Portanto, o custo social seria altíssimo sem qualquer espécie de regulação. É o que ocorre em alguns casos, na compensação de externalidades negativas¹⁴ e na regulação em face da assimetria de informações¹⁵.

Adequando-se as idéias de Stephen BREYER ao setor bancário, no devido contexto de regulação, ver-se-á que é imprescindível ao sistema financeiro um aparato regulatório de natureza sistêmica, de forma a controlar e prevenir que uma instabilidade localizada não seja a desencadeadora de uma crise bancária generalizada. Isso ocorre de inúmeras maneiras como, por exemplo, na falência de uma instituição financeira ou por boatos que gerem uma corrida bancária. Assim, o contexto regulatório é indispensável ao setor bancário. Embora custoso e ineficiente em algumas situações, o benefício da regulação supera os custos sociais de uma falha sistêmica em um mercado bancário totalmente desregulado.

No entanto, ainda que se faça tal controle regulatório em razão da assimetria de informações e do risco sistêmico (idealizado como uma externalidade negativa), é importante que o conceito de crise sistêmica não seja traduzido como a panacéia do setor bancário, tal como se vê algumas vezes. Ocorre que, como se verá adiante, ao lado da regulação pode coexistir a concorrência, sendo o ambiente concorrencial solução para muitos dos males do sistema financeiro, inclusive no que respeita ao *spread* bancário¹⁶.

Só para finalizar esse ponto, uma vez que tal aspecto será retomado adiante, a grita de algumas instituições financeiras pela imunidade do setor bancário às regras de concorrência, amparando-se na panacéia do risco sistêmico, é resultado, certamente, da situação cômoda do setor, desvinculado da idéia de uma competição mais efetiva, quase que levando à captura do Banco Central (teoria da captura)¹⁷, de forma que o órgão regulador, ao desempenhar seu papel de regulação e fiscalização, o faça para estabelecer e perpetuar a situação favorável em que se encontram as instituições que fazem parte do sistema¹⁸.

3.1. Assimetria de informações

Os bancos evidentemente estão sujeitos a inúmeros riscos. Risco de crédito, quando sua carteira de crédito sofre uma deterioração, com alta inadimplência; risco de mercado, esse entendido de forma macroeconômica, isto é, movimentos adversos do mercado financeiro, com grandes oscilações nos juros e taxas de câmbio; risco legal, com a nefasta burocracia e lentidão do sistema legal; riscos de fraude e tecnológicos.

Na interessante concepção de Luis TROSTER (apud, CAMPILONGO et al., 2002), os riscos aumentam e amplificam a possibilidade de insolvência de uma instituição financeira por três motivos essenciais: vulnerabilidade a corridas, tópico que será desenvolvido a seguir, as falhas informacionais e os mercados incompletos.

Como se pode compreender o efeito da assimetria de informações? Os consumidores bancários não possuem informações detalhadas da instituição financeira da qual são clientes, não sabem o nível de sua alavancagem, a adequação de seu capital, a solidez da sua carteira de crédito, os balanços não informam toda a situação contábil e econômica da instituição. Além disso, mesmo que tivessem como obter informações mais detalhadas, muitos não saberiam como analisar e aferir as condições da instituição. O perigo dessa falha informacional, quase inerente ao mercado bancário, é a possibilidade de que a instituição financeira seja testada pelos depositantes (como se testassem a saúde financeira da instituição), de forma a sacar o dinheiro depositado e assim por diante. Ou seja, o cliente bancário acaba funcionando por sinais. Se há um sinal ou mesmo um boato sobre a situação financeira de determinada instituição, isso pode ser o estopim para o início de uma corrida bancária¹⁹.

O efeito entre a falha informacional e vulnerabilidade a corridas bancárias não é desencadeado por uma lógica rígida. Assim, pode-se ter origem com uma falência bancária comprovada, embora isolada. Corre-se o medo do risco sistêmico e a assimetria de informações atua como seu próprio alimentador. Pode ocorrer, no entanto, uma falha informacional sem qualquer ligação com um estado de insolvência comprovado. É o teste puro e simples decorrente de um boato ou mesmo um sinal macroeconômico, como a alteração de política monetária ou da taxa de câmbio²⁰. Pronto. Mesmo uma assimetria de informações dissociada da saúde financeira de instituição pode levar à falência uma banca em boas condições, em condições de solvência.

Assim, torna-se indispensável a atuação preventiva e pontual do Banco Central, levando à consideração dos agentes do mercado, e por efeito multiplicador a todos os investidores e poupadores, as informações adequadas e fidedignas das instituições fi-

nanceiras. Não que o Banco Central atue necessariamente impedindo a falência de determinada instituição ou que divulgue dados sigilosos da entidade. Pelo contrário, no que respeita ao último argumento, tem o dever de não divulgar os dados sigilosos (artigos 37 e 38 da Lei nº 4.595/64). Atua o Banco Central, no entanto, como um apagador de incêndios, divulgando informações sobre a saúde financeira do próprio sistema, impedindo que uma situação localizada tenha seu efeito de contaminação alastrado.

É importante ainda fazer-se referência ao último aspecto sugerido por Luis TROSTER como significativo para incremento da insolvência bancária: os mercados incompletos (*missing markets*). Quando há uma corrida bancária, se a instituição financeira conseguisse vender parte de seus ativos em um mercado secundário, com pequenas perdas, seria possível quase que praticamente impedir o efeito perverso das corridas. No entanto, inexistente um mercado secundário desenvolvido, razão da falta de liquidez dos ativos dos bancos. Como explica Luis TROSTER (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 290), esta é a própria razão da existência dos bancos, ou seja, realizar o papel de intermediação financeira, contando necessariamente com créditos que não são facilmente negociáveis. A banca faz justamente o papel de análise de informação das empresas, sua credibilidade e confiança, para o processo de empréstimo de capital. As empresas têm custos altos se quiserem captar o dinheiro diretamente no mercado, sem a ajuda do papel especializado de intermediação da banca. Assim, os créditos do banco, seus ativos, são de difícil negociação, tendo pouca liquidez, razão pela qual não se forma um mercado secundário forte, e a banca não tem como fazer frente a todos os créditos numa corrida bancária.

3.2. Risco sistêmico (vulnerabilidade a corridas bancárias)

Quando se afirma que o risco sistêmico compreende uma externalidade negativa do

setor bancário, compreende-se que há aqui uma aproximação de idéias. Ora, uma externalidade ocorre quando as possibilidades de bem-estar de um consumidor ou as possibilidades de produção de uma firma são diretamente afetadas pelas ações de um outro agente da economia²¹. No entanto, o consumidor ou a firma afetada não possuem controle sobre as transações econômicas e as ações do agente econômico que geram a externalidade. Via de regra, a externalidade é negativa, isto é, produz um efeito prejudicial (decréscimo do bem-estar ou aumento dos custos de produção), razão pela qual torna-se importante a existência da regulação, de forma a evitar o efeito prejudicial.

A associação de idéias justifica-se no sentido acima colocado. O risco sistêmico aproxima-se da idéia de um efeito prejudicial de descrédito e desconfiança no mercado financeiro, decorrente, com frequência, de um abalo econômico de uma de suas instituições, que se alastra atingindo os demais agentes do mercado, solventes, sem relação direta com as ações da instituição que gerou o efeito prejudicial. É um efeito negativo (externalidade), o mais devastador do mercado bancário, que tem origem dentro do próprio setor.

O economista Luis TROSTER (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 288) traça o seguinte panorama da vulnerabilidade dos bancos a corridas bancárias, indicando a idéia do efeito sistêmico:

“Os bancos são vulneráveis a corridas. Uma corrida a banco é um fenômeno muito conhecido: cada depositante busca retirar seus depósitos antes que os demais o façam. No caso de uma corrida por liquidez a um banco, este é obrigado a atender a todas as demandas. Na falta de liquidez e na falta de um emprestador de última instância [Banco Central] a instituição deve vender ativos rapidamente para atender ao aumento inesperado de demanda. Essas vendas rápidas

implicam pesadas perdas de capital que levam muitas instituições à insolvência, apesar de solventes sem a ocorrência da corrida”.

O risco sistêmico se traduz exatamente no efeito multiplicador da vulnerabilidade das corridas bancárias. A crise sistêmica só se evidencia porque as instituições estão sujeitas aos mesmos riscos e vulnerabilidades. Nesse sentido, a regulação sistêmica do Banco Central, de atuação quase repressiva, vinculada aos empréstimos de última instância (embora tal função do BC esteja ultimamente em ampla discussão, tendo em vista o novo sistema de pagamentos brasileiro - SPB que entrou em vigor no primeiro semestre) e à gerência dos processos de liquidação extrajudicial (aspecto que também vem sendo rediscutido), associada às regras de caráter prudencial, tem o objetivo de impedir o custo social enorme de uma falência generalizada no sistema. Equivale a dizer, de acordo com as idéias de Stephen BREYER (1982), que a regulação do Banco Central tem efetivo lugar. O custo/benefício é extremamente favorável para a regulação. Na verdade, como se trata de um mercado de acesso e permanência controlados, e de vital importância para a expansão econômica de qualquer país, a justificação político-econômica exige o aparato regulatório.

Retornando-se ao debate suscitado em tópico anterior, é indispensável que se tenha rígido controle prudencial (em especial) e sistêmico quanto ao mercado bancário. Todavia, o risco sistêmico não pode ser apregoado de forma indiscriminada, em situações de normalidade econômica, a fim de justificar toda a atividade regulatória do Banco Central. Como se salientou acima, o próprio órgão regulador vem estudando e incentivando uma reforma da regulação bancária em tópicos intimamente ligados ao risco sistêmico, tais como o novo SPB – minimizando sua atuação como prestador de última instância²² –, deixando o mercado interbancário atuar, e uma reforma do sistema de liquidação extrajudicial, aven-

tando-se a possibilidade de retirar da esfera do Banco Central a competência para conduzir o processo liquidatório, repassando-o ao judiciário, tal como ocorre na falência das empresas dos demais ramos econômicos²³.

Ora, se essas questões tão delicadas estão sendo reavaliadas pelo órgão regulador, não se vê porque não se possa imaginar a adoção do respeito às regras de concorrência no setor, ainda que se faça de forma regulada, com um modelo específico. Uma nova estrutura bancária, de atuação mais efetiva do próprio mercado, não pode ser idealizada sem a vinculação estrita às regras antitruste. A doutrina jurídico-econômica é majoritária nesse entendimento. E todos os mercados bancários mais avançados, dos Estados Unidos à União Européia, afirmam a inexistência de imunidade do setor bancário em relação às regras de concorrência, estabelecendo um modelo de interação entre o órgão regulador e o órgão de concorrência. Algumas observações jurídico-econômicas serão salientadas nos tópicos seguintes.

4. Outra falha do mercado (abuso do poder de mercado)²⁴. Necessidade da aplicação das regras antitruste

As falhas descritas nos tópicos acima justificavam uma ampla estrutura regulatória. No entanto, dado o funcionamento do setor bancário com rígida regulação, é detectável ainda outra falha de mercado, que é o abuso de poder pelas instituições financeiras, muitas vezes resultante da “cômoda” situação regulatória, inexistindo no setor a possibilidade de aplicação das regras anticoncorrenciais. O abuso de poder das instituições pode-se configurar em práticas concertadas para fixação das taxas de juros, de venda casada de produtos, de criação de barreiras artificiais para entrada de novas instituições, manipulando o arsenal regulatório do Banco Central, etc. O interessante é abordar-se a possibilidade de imer-

são do setor bancário ao ambiente competitivo. Mais do que isso: é afirmar-se a possibilidade de aplicação das regras antitruste ao setor. É a alternativa da regulação concorrencial.

POSNER (2000, p. 332) estabelece a seguinte crítica quanto à acomodação das empresas na regulação do monopólio natural, concepção aplicável à regulação do setor bancário: “En la medida en que alcance su objetivo formal de colocar los precios de la empresa de servicio público sobre una base de costos más un beneficio, reducirá el incentivo de la empresa para minimizar sus costos”. Ou seja, o efeito da regulação sem qualquer competição ou sem temor às regras concorrenciais (nos setores em que é possível a existência da competição) é ineficiência e acomodação do setor. No caso do setor bancário, o que mais se vê é a ineficiência distributiva.

Ora, as indagações que se fazem, tal como defenderia POSNER, são as seguintes: embora o setor bancário seja sujeito à severa regulação, é possível a existência de competição entre as instituições financeiras? É possível a aplicação das regras de concorrência ao setor? Há ou não há a substituição completa e integral da competição pelas regras regulatórias? Ou seja, é a idéia de o Estado regular integralmente o setor financeiro, de forma tão profunda e extensa, a afastar totalmente o potencial de concorrência?

Neste ponto, para respostas às indagações formuladas, é indispensável o retorno às idéias de SALOMÃO FILHO e o entendimento contextualizado das teorias norte-americanas do *State action doctrine* (teoria da ação política) e do *Pervasive power* (teoria do poder amplo).

A teoria da ação política vincula-se à própria estrutura do federalismo norte-americano. Diante da autonomia dos estados da federação, com a autoridade da expedição de regulamentos sobre as diversas áreas da economia, evidencia-se um conflito dos regulamentos locais com as regras anticon-

correnciais de competência federal. Assim, nos casos de regulação pelo Estado de determinado setor da economia, estaria esse setor imune à aplicação das regras antitruste ou não? O caso clássico para solução do problema posto, citado por SALOMÃO FILHO (2002, p. 131), sempre registrado nos casos posteriores, é o “*California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc. (Midcal)*”²⁵.

O mencionado autor estabelece assim que duas são as premissas básicas para saber se existe ou não imunidade do setor regulador para a teoria da ação política. É indispensável que haja uma clara idéia de substituição da competição pela regulação, expressando as regras estaduais uma intenção explícita de desaplicação das leis antitruste, inclusive fixando preço e quantidade produzida. Além disso, faz-se necessário uma supervisão ativa para o cumprimento das regras expedidas pela regulação. Vê-se, assim, que o jogo de mercado e a fixação dos preços e das quantidades de produção (requisitos básicos para o funcionamento do livre mercado) são dirigidos para ação do Estado, impedindo a idéia de competição naquele mercado regulado. É a regulação total.

Paralelamente, surge uma segunda tendência que se consubstancia na teoria do poder amplo. Segundo SALOMÃO FILHO (2002, p. 132), é a teoria anterior do poder político reforçada por outros elementos, não tendo em conta propriamente a aplicação da lei antitruste federal a uma regulação imposta pelo Estado, mas o estudo da extensão e da profundidade da regulação imposta por qualquer agência desautorizando a aplicação das regras antitruste.

Assim, o primeiro requisito se consubstancia na extensão do poder conferido a uma agência reguladora norte-americana. Ou seja, sendo o poder extenso o suficiente para abarcar toda a atividade desenvolvida por aquele setor econômico, inclusive no que se refere à concorrência, ocorre aqui o mesmo efeito da teoria anterior, com a plena substi-

tuição da competição pela regulação. Ao órgão regulador é destinada ampla competência, imunizando aquele setor quanto à aplicação das regras antitruste²⁶.

O segundo requisito envolve-se não com a extensão do poder conferido à agência reguladora, mas sim com a idéia de profundidade do poder. Admita-se que em determinado setor da economia não houvesse uma atribuição de regulação completa ao órgão regulador, de forma a substituir a competição pela regulação. No entanto, o poder conferido ao órgão de regulação é tão profundo, inclusive dotado de instrumental teórico e técnico para aplicação das regras anticoncorrenciais, que o setor não é propriamente imune à concorrência, mas esta é aplicada pela própria agência reguladora, levando em consideração as questões concorrencias quando da elaboração e da implementação das regras de regulação.

Conclui SALOMÃO FILHO (2002, p. 133), conjugando as noções das duas teorias:

“A conclusão que se pode tirar é no sentido de que, tratando-se de agência de regulamentação federal independente, a questão de aplicação do direito antitruste se resolve em uma discussão de competência dos órgãos envolvidos. A falta de competência governamental responsável por determinado mercado não exclui a aplicação do direito concorrencial, mas apenas caracteriza a ilegalidade da regulamentação que desconsidera a tutela antitruste (por não ser este poder extenso o suficiente). Da mesma maneira, a existência de competência mas a falta de seu pleno exercício, sem levar em conta os aspectos concorrenciais de uma situação, torna a regulação ilegal. Isto porque o poder não foi exercido. Portanto, não é profundo o suficiente. Por esse motivo, a casuística existente a respeito resolve a questão da ilegalidade concorrencial de uma determinada regulação, respectivamente, em termos de excesso no exer-

cício da competência regulatória ou, então, de desvio de finalidade”.

Como decorrência lógica das teorias apresentadas, adaptando-se tais idéias ao contexto do setor bancário brasileiro, tendo-se em conta, ademais, que a regulação prudencial e a sistêmica não cuidam do aspecto concorrencial, e que é possível detectar-se falhas de mercado que poderiam ser enfrentadas com o direito concorrencial, é indispensável pensar-se num modelo adequado de interação regulação/concorrência para o sistema financeiro.

É importante salientar um aspecto: não é só uma resolução da organização das competências da entidade reguladora (Banco Central) e do órgão de concorrência (CADE), mas também se afirmar a essencialidade do emprego do direito concorrencial no âmbito do setor bancário.

No que respeita à primeira questão, numa articulação com as idéias apresentadas, ver-se-á, e nesse sentido eu avanço no entendimento esposado por SALOMÃO FILHO, que a regulação concorrencial conferida em dispositivos ao Banco Central (arts. 10, X, letra “c”, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64) não é extensa o suficiente e nunca foi profunda, decorrendo a idéia natural de que não é a intenção do Estado substituir totalmente a competição pela regulação, ainda que se tratando do setor bancário.

Não é extensa porque os dispositivos autorizadores de análise concorrencial pelo Banco Central não trazem, e nem poderiam fazê-lo nos idos de 1964, o arsenal teórico e instrumental das regras de concorrência. Ora, não é necessário que as regras de concorrência sejam extensas em número de normas (veja-se o modelo americano do *Sherman Act*), mas é indispensável que tragam a disciplina mínima do direito da concorrência. A Lei nº 4.595/64 não traz essa disciplina mínima.

E, o mais importante, nunca as regras foram profundas. Em razão mesmo da pouca extensão da disciplina, tal como se afirmou. Ora, o Banco Central, em quase 40 anos

de aplicação da Lei nº 4.595/64 (recepcionada como Lei Complementar), nunca teve em vista nos processos estruturais de fusão e incorporação a interação com as regras de concorrência. Nem com relação ao controle de condutas, o Banco Central tem ou teve qualquer preocupação específica no que toca à concorrência, quando da atividade regulatória. Esse histórico é inquestionável. Assim, vê-se que os modelos teóricos capturados da doutrina norte-americana servem de referência quando se analisa o setor bancário brasileiro, evidenciando a inexistência de imunidade do setor, e a indispensabilidade de aplicação das regras antitruste²⁷.

Cumpra tão-só, no fim deste tópico, realizar-se uma sucinta reflexão histórica. Por que será que nunca se questionou antes essa interação regulação/concorrência no setor bancário? Antes mesmo da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.884/94.

A resposta está na edição da Lei nº 4.137/62. Ora, a antiga Lei de concorrência brasileira não estipulava qualquer tratamento ou controle preventivo em âmbito concorrencial. Ou seja, não se fazia controle de estrutura. Tal controle só surgiu com a Lei nº 8.884/94, com o novo panorama concorrencial que se descortinou com o processo de desregulamentação e privatização inaugurado no início da década de 90. Pode-se falar também da quase inexistência de um amplo cenário concorrencial nas estruturas de mercado no Brasil. O que se dirá do setor bancário. O período que estendeu da década de 60 até meados da década de 80 foi de rasgada intervenção estatal, de forma centralizada, com políticas macroeconômicas de intensa regulamentação do mercado, evidenciada pelos PND's – Planos Nacionais de Desenvolvimento, o que deixava pouco campo para o funcionamento “livre” do mercado. Por fim, associando-se a esse cenário, a própria Lei nº 4.137/62 viveu praticamente sem aplicação ou com pouca efetividade, deixando incólume o setor bancário.

5. Pequena reflexão sobre o cenário do setor bancário brasileiro

Neste ponto, o trabalho terá como referência básica a Nota Técnica (EVOLUÇÃO da concentração bancária no Brasil, 2001) produzida por Sampaio ROCHA, economista do Banco Central do Brasil, e o estudo “As concentrações bancárias no Brasil devem ser controladas pelos órgãos antitruste?” (apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 277-287), de Paulo CORREA.

O fim da inflação crônica com a implantação do Plano Real (1994) operou uma significativa reestruturação bancária no país. Sem os lucros advindos do *float* dos recursos, o setor bancário encontrou uma nova realidade a partir de 1995. Com a rentabilidade desmascarada pelo fim da corrida inflacionária, as instituições financeiras tiveram que adotar providências de diversas ordens: aumento das tarifas bancárias, processo crescente de fusão e aquisições, formação de grupos bancários na tentativa de redução de custos de operação, com economias de escala e escopo (bancos múltiplos/bancos especializados). Paralelamente, o Banco Central se viu impelido a adotar medidas de salvaguarda do sistema: regulação prudencial mais rígida, abertura a bancos estrangeiros e privatizações. E ainda se podia sentir uma reestruturação bancária global, com um amplo movimento de liberalização e de desregulamentação.

Sampaio ROCHA separa tais providências, medidas e inovações no setor bancário em argumentos de ordem macroeconômica e de ordem microeconômica.

Um dos fatores macroeconômicos mais importantes a refletir no setor bancário foi a estabilização monetária, com a drástica redução da inflação. Segundo dados do IBGE/Andima (1997), a receita inflacionária que chegou a responder a 4% do PIB no período 1990-1993 reduziu-se a 2% em 1994, caindo a zero em 1995. A perda ultrapassou US\$ 8 bilhões anuais. As pequenas instituições financeiras foram as que mais sentiram os

efeitos do fim da espiral inflacionária, grande parte desaparecendo nos primeiros anos de estabilização monetária. Segundo o mencionado autor, o fim da inflação fez surgir inúmeros problemas de ordem microeconômica. A junção dos problemas acarretou a diminuição drástica do número de bancas (as dimensões do mercado estavam maiores do que podia suportar o novo ambiente concorrencial), levando naturalmente ao aumento da concentração.

Associado à estabilização monetária, o setor bancário sofreu um abalo sistêmico (pelo menos em potência)²⁸, atingindo também as instituições financeiras de maior vulto, como os Bancos Econômico, Nacional e Bamerindus (todos sofreram processos de intervenção). Segundo Sampaio ROCHA (apud CAMPILONGO et al., 2001, p. 12), no caso dos três grandes bancos privados citados, não houve uma fuga de depósitos clássica. Os problemas de liquidez se relacionavam com saques de depositantes qualificados (outros bancos e grandes empresas), que dispunham de informações reais sobre o estado financeiro das instituições (vide o item de assimetria de informações). Esse processo de insuficiência patrimonial é chamado de “corrida silenciosa”.

Dessa forma, inúmeras medidas foram tomadas pelo governo, a fim de impedir o

desencadeamento da crise para as demais instituições saudáveis do sistema. A criação do PROER – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional, o incentivo a F&A (incorporação de bancos insolventes), a criação do FGC (já citado), com efeito retroativo ao início do Plano Real, o aumento de capital mínimo para abertura de novos bancos, desestimulando tal prática (vide item condições de acesso – barreiras de entrada), são os exemplos mais significativos. Inúmeros bancos (104), mesmo os de maior expressão, passaram em algum momento por um processo de reestruturação, o que mostra a validade da teoria “grande demais para falir (*too big to fail*)”. Ora, quando o abalo sistêmico chegou às grandes instituições, o governo teve que agir prontamente, impedindo uma quebra generalizada. Enquanto a crise era sentida pelas pequenas instituições, não se viu uma atuação interventiva e reguladora do Estado. E aqui o paradoxo: ao mesmo tempo em que não se poderia deixar uma grande instituição falir (alto custo social e de risco sistêmico), adotando-se uma mescla de financiamentos públicos com uma solução de mercado, o governo incentivou o processo de fusão e aquisições, aumentando o grau de concentração bancária. A tabela abaixo mostra tal processo com o incentivo do PROER:

Tabela 1 – F&A bancárias com incentivos do PROER

| Instituição | Comprador | Publicação no D.O.U |
|----------------------------|-----------------------|---------------------|
| Banco Nacional | Unibanco | 18.11.1995 |
| Banco Econômico | Banco Excel | 30.4.1995 |
| Banco Mercantil | Banco Rural | 31.5.1996 |
| Banco Banorte | Banco Bandeirantes | 17.6.1996 |
| Banco Martinelli | Banco Pontual | 23.8.1996 |
| Banco United | Banco Antônio Queiroz | 30.8.1996 |
| Banco Bamerindus do Brasil | HSBC | 2.4.1997 |

Fonte: Bacen (1999)

Ainda como medida de caráter macroeconômico, é importante citar a abertura para

o ingresso de bancos estrangeiros e as privatizações. O governo brasileiro provei-

tou-se, no que diz respeito à entrada de bancos estrangeiros, de uma brecha legal existente no parágrafo único do art. 52 do ADCT, de forma a contornar o impedimento do *caput* do artigo citado para a expansão de capital estrangeiro no setor bancário, que só cairia com a regulamentação do art. 192 da Constituição Federal. Assim, todas as autorizações para entrada ou para expansão do capital externo no setor bancário utilizaram-se da saída legal: as medidas foram tomadas no “interesse do Governo brasileiro”.

O processo de abertura ao capital estrangeiro não trouxe evidentemente um aumento da concentração bancária, já que a maior parte dos bancos externos não atuava no país, sendo os exemplos mais significativos os bancos espanhóis, Banco Santander Central Hispano (BSCH) e Banco Bilbao Viscaya (BBV). Essa medida teve o cunho de aumentar a competitividade no setor, embora tivesse larga utilização na privatização, ou seja, permitindo a aquisição de bancos na-

cionais pelos estrangeiros (todos os editais tinham a previsão dessa possibilidade).

O processo de privatização do setor bancário ocorreu basicamente no âmbito do PROES – Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária, ou seja, inserido no programa de reestruturação e venda das instituições públicas estaduais. Aqui houve uma reação defensiva dos bancos nacionais (o mercado bancário em tese tornou-se mais contestável), tal como expõe Sampaio ROCHA (p. 17), adquirindo boa parte dos bancos estaduais, num processo de fortalecimento das instituições (como são os casos de Bradesco e Itaú), e num contraponto à forte presença das bancas externas. Tal estímulo à redução da presença dos governos estaduais no setor bancário, medida de inegável importância e muito salutar, resultou também num processo de aumento da concentração bancária.

Veja-se a tabela abaixo, que relaciona a privatização dos bancos públicos após 1994:

Tabela 2 – Privatização de bancos públicos

| Data | Instituição | Comprador | Valor (R\$ milhões) | Ágio (%) |
|------------|-------------|------------------|---------------------|----------|
| 26.6.1997 | Banerj | Itaú | 311 | 0,4 |
| 7.8.1997 | Credireal | BCN | 121 | 0,0 |
| 4.12.1997 | Meridional | Bozano, Simonsen | 266 | 55,0 |
| 14.9.1998 | Bemge | Itaú | 583 | 85,7 |
| 17.11.1998 | Bandepe | ABN Amro | 183 | 0,0 |
| 22.6.1999 | Banep | Bradesco | 260 | 3,2 |
| 17.10.2000 | Banestado | Itaú | 1625 | 303,2 |
| 20.11.2000 | Banespa | Santander | 7050 | 281,1 |
| 11.2001 | Paraiban | ABN Amro | - | - |
| 12.2001 | BEG | Itaú | - | - |
| 01.2002 | BEA | Bradesco | - | - |
| N/D | Meridional | Bozana, Simonsen | - | - |

Fonte: Bacen/Deprep/GCI, 25.10.2000

Com relação aos argumentos microeconômicos, é indispensável a referência ao fortalecimento da regulação prudencial.

Visando aumentar a solidez e a segurança do mercado bancário, após o período crítico

de 1995-1996, o Banco Central orientou sua ação para hígidez do sistema, não levando em consideração as regras de concorrência (inocorrência, portanto, da *pervasive power*). As normas do “Acordo de Basi-

léia”, além da incorporação na Resolução nº 2.099/94, como antes referido, sofreram um novo dimensionamento, com a elevação da exigência de capital mínimo para funcionamento, que passou de 8% em 1994 para 11% em 1997 (Resolução nº 2.784). Houve também um aumento do capital inicial para funcionamento das instituições (Resolução nº 2.212/95). Tal tendência fortalece o processo de concentração, com o aumento das barreiras de entrada. Sugere Sampaio ROCHA (p. 16) que a própria reforma do sistema de pagamentos, embora desloque o risco público para a iniciativa privada, ou seja, para soluções de mercado, pode acarretar um aumento da concentração bancária, dado que o novo sistema exigirá maior quantidade de garantias dos bancos. Assim, aquelas instituições que não estiverem dispostas a operar com tais garantias podem-se retirar do mercado ou se transformarem em outro tipo de instituição financeira, de natureza não-bancária.

Significativo também é o processo de inovação tecnológica e de surgimento de novos produtos. Esse processo de inovação tecnológica, diante da necessidade de pesados investimentos, tende a ser acelerado pelos grupos bancários, com eventuais economias de escala e escopo. De qualquer forma, o surgimento de novos produtos, com especialização, pode incentivar a entrada de novas instituições, estimulando a concorrência. Nesse aspecto, é importante saber se uma eventual economia de escala ou de escopo pode ser repassada ao consumidor bancário, com uma melhor eficiência distributiva.

Esse é um painel ilustrativo do novo panorama bancário brasileiro. É o cenário da privatização e da reestruturação bancária após 1994. Não é objetivo do trabalho questionar o programa de reestruturação bancária, com a participação regulatória do Banco Central, e se houve ou não uma superestimação do risco sistêmico. O balanço econômico da atuação do BC e do governo certamente é favorável.

No entanto, passado o período crítico de reestruturação, é indispensável a observân-

cia das regras antitruste. Tal como se demonstrou com o novo panorama bancário, quase todas as causas, macro ou microeconômicas, levaram ao aumento da concentração bancária. É essa também a conclusão de Sampaio ROCHA (p. 31):

“Como era esperado, a tendência de concentração foi mais acentuada quando foram considerados os grupos bancários, principalmente no setor privado, onde a reestruturação foi mais intensa, com o IHH mais que dobrando em algumas séries, além de apresentar comportamento distinto das séries que desconsideram os efeitos das F&A”.

Ainda que o próprio autor considere que nosso mercado não tenha níveis de concentração elevados em comparação internacional, é visível que o processo concentracionista pode continuar, tal como sugere Paulo CORREA (apud CAMPILONGO et al.)²⁹ exigindo o emprego das regras de concorrência para o controle de estrutura e de condutas. Mais do disso: é certo que não há imunidade antitruste para o setor bancário (arts. 15 e 54 da Lei nº 8.884/94), portanto, a possibilidade de interação regulação/concorrência não deve ser só um modelo teórico. O cenário bancário atual só vem corroborar factualmente a necessidade da efetiva aplicação do direito concorrencial.

6. Crítica do embate entre o CADE e o Banco Central para julgar os atos de concentração bancária

Este item apresenta uma pequena crítica ao conflito de competências entre o CADE e o Banco Central, visualizando quão ultrapassada é uma discussão pontuada tão-somente em dispositivos legais.

Em verdade, toda a discussão entabulada deve ter propósito maior: pensar-se no novo modelo de Estado que se instaurou com o processo de liberalização econômica, desregulamentação, privatização e re-regulação. É mais do que uma discussão localiza-

da num setor econômico, por mais importante que possa ser o mercado bancário, e pontuada como se fosse uma disputa de poder. É o debate sobre uma nova realidade do Estado, e a necessidade de um novo desenho institucional entre os agentes estatais.

Assim, vale retomar o argumento já exposto (item 4): o Banco Central nunca levou efetivamente em consideração aspectos concorrenciais quando da análise dos processos de concentração e também quando da atuação regulatória. Por quê? Pelos motivos já apresentados. A realidade macroeconômica era outra, de incentivo e consolidação do processo concentracionista, e não se exigia do Banco Central nem da autoridade antitruste tal análise. Se o setor bancário até passou, durante um processo de alteração regulatória, por surtos de crescimento do número de instituições (com a criação dos Bancos Múltiplos – Resolução nº 1.524/98, o número de instituições cresceu de 107 para 248 entre 1988 e 1994), é certo que tal modificação do cenário bancário não teve como objetivo primordial o aumento da competitividade no setor.

A Lei nº 4.595/64, por outro lado, é anacrônica, quando da análise de processos de concentração³⁰. É dizer, mais do que anacrônica. Não há qualquer dispositivo específico que possua o caráter dogmático do direito concorrencial. As eventuais sanções dispostas no art. 44 da Lei nº 4.595/64 parecem se relacionar com um possível controle de condutas e não com o controle de estrutura. Ainda assim, é uma estrutura sancionatória dirigida para as falhas de administração e gestão da entidade bancária em face da regulação prudencial e sistêmica, distante de qualquer idéia de conduta anticoncorrencial.

A Lei nº 8.884/94 traz todo o arsenal técnico, diferenciado para o controle de estruturas e de condutas, e toda a tipologia jurídico-dogmática do direito concorrencial. Ora, qual a razão, então, do próprio Banco Central em se apegar em dois dispositivos localizados distraidamente na Lei nº 4.595/64 (arts. 10, X, letra “c”, e 18, § 2º), numa ten-

tativa exagerada de reinterpretar os dispositivos e encerrá-los na nova sistemática concorrencial, a fim de atualizá-los a fórceps? A resposta só pode ser uma disputa de poder espúria, supostamente calcada no risco sistêmico (debate salutar), mas que distorce a discussão quando levada para o campo estrito do suposto conflito de interpretação de leis.

No que se relaciona com o risco sistêmico, argumento esse que deve ser debatido e estudado, e naquilo que pode servir de modelo para uma interação regulação/concorrência, é indispensável a referência a esta passagem do aditamento do voto vista do Conselheiro Celso CAMPILONGO no julgamento do caso Finasa:

“(…) a distribuição dos riscos do sistema financeiro não pode ser adequadamente examinada de forma hierárquica, como se o Banco Central, à moda de uma economia planificada, pudesse gerenciar, com exclusividade, todos os riscos do mercado. Mas, como diz *Luhmann*, esta é apenas uma tentativa de reação a riscos que são inevitáveis. Nessas condições, o envolvimento de outras esferas decisórias, com o beneplácito e a coresponsabilidade advindas, apresenta-se como uma das principais estratégias de tratamento dos riscos. Um modelo hierárquico, sem que ninguém assuma a pretensão de gestor do sistema global, com a fragmentação da decisão numa pluralidade seqüencial de decisões que considerem as posições anteriores, parece ser a melhor modelagem para a regulação de setor tão importante.

Na verdade, a distinção entre ‘risco sistêmico’ e ‘outros riscos’ desdobra, com efeitos perversos e como se fossem binômios rigidamente desconectados, as diferenças entre hierarquias e mercados; planejamento e concorrência; unidade de comando e competição controlada. Um sistema bancário moderno, competitivo e eficiente não pode sobreviver nem extrair sua unidade de uma só fonte deliberante e que ocupe o vértice de uma estratificação hierárquica. O comportamento burocrático é extremamente avesso aos riscos e às surpresas. Os mer-

cados competitivos, ao contrário, convivem e dependem de duas coisas. Mais uma razão para se afastar qualquer conflito entre regulação concorrencial e adjudicação concorrencial” (BRASIL. CADE. *Ato de Concentração n° 08012.006762/2000-09*. Voto vista do Conselheiro Celso Campilongo).

7. Conclusão: um modelo de interação possível

De tudo exposto, conclui-se inevitavelmente pela concepção de um modelo de interação com competências complementares. Ainda que se pudesse fazer uma análise econômica, ou seja, um balanço econômico entre a competência de um só órgão para análise ou de dois órgãos, distribuindo-se a matéria regulatória e a matéria concorrencial para as atribuições de cada entidade, ver-se-ia que o modelo de competências complementares é compensador, tal como bem estabeleceu o Conselheiro Celso CAMPILONGO (2002).

Naquilo que pertine ao exagerado custo burocrático da competência complementar do CADE, supostamente centrado na falta de preparo de seus Conselheiros e de seu *staff* de técnicos, a questão se resume em dotar a autarquia de melhores quadros, e incentivar estudos direcionados para o setor bancário. Certamente com a experiência antitruste que o CADE já possui, um nível ótimo de eficiência na atividade de aplicação das regras de concorrência ao setor bancário (tendo em vista as peculiaridades do setor, levando em consideração a regulação prudencial e sistêmica) será alcançado rapidamente, a ponto de se desconsiderar o custo burocrático de despreparo da autarquia.

Por outro lado, no que se relaciona à necessidade de rapidez e sigilo nas análises de concentração, é possível a edição de Resolução do CADE (art. 7º, XIX, da Lei nº 8.884/94) criando um processo específico para a concentração bancária, dotando-o de mecanismos que o tornem mais célere e sigiloso. Nesse aspecto, de índole interinstitucional, o passo seria tão-só de uma efetiva

cooperação entre o Banco Central e o CADE, sem disputas menores, a fim de otimizar o processo de análise, tal como tão bem ocorre na interação entre as entidades reguladoras (OCC, FED e FDIC) e a *Antitrust Division* do *Department of Justice* dos Estados Unidos.

A princípio, o modelo mais adequado para o nosso contexto e para a nossa realidade bancária seria, tal como ocorre com a ANATEL, a instrução do ato concentração pelo Banco Central, com toda a análise de caráter prudencial, emitindo um parecer, com o julgamento destinado ao CADE, que deverá levar em consideração a análise regulatória do Banco Central, num mecanismo de interação sugerido acima, inclusive com troca de informações entre os técnicos das duas autarquias. No caso notório de anormalidade (definido pelo Banco Central), ou seja, no caso de quebra de uma instituição financeira, com o perigo de risco sistêmico, o processo poderia ter sua instrução ainda no Banco Central, com a elaboração de um parecer de caráter vinculatório sobre a necessidade de venda da instituição, deixando, no entanto, para a competência do CADE, que, de toda forma deve ser feita de forma integrada com o BC, as considerações de caráter concorrencial, de maneira a avaliar, *se possível for*, a melhor solução de mercado para a venda (fusão ou incorporação) da instituição financeira em situação de liquidação ou falência.

São essas as considerações mais pertinentes que deveriam ser aduzidas no momento para este trabalho. É evidente que o próprio modelo proposto sofrerá críticas e muitas outras idéias mereceriam um desenvolvimento próprio, tal a importância e a amplitude do tema. É o que se espera fazer com o aprofundamento da discussão e com novas contribuições.

Notas

¹ No âmbito decisório do CADE, destacam-se os seguintes casos em ordem de julgamento: caso

Banco Francês e Brasileiro (2000); Caso Daimler-Chrysler Administradora de Consórcios (2000), ambos julgados pelo Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca; caso Banco Credibanco (2000); caso Patagon (2001); e, por fim, o paradigmático caso da Finasa Seguradora (2001).

² É naturalmente razoável assumir-se a possibilidade da concorrência fixada em bases aceitáveis para o setor. Realmente são poucas as empresas que atuam no setor aéreo, dado os altíssimos custos financeiros para entrada no mercado, além da dificuldade de permanência com eficiência econômica (é um setor em eterna crise, crise mundial), mas ainda assim não se pode admitir que as empresas cartelizem os preços, como conduta anticoncorrencial frequente no setor. Pode-se dizer que o setor aéreo brasileiro caminha entre o paralelismo de conduta (consciente) e o cartel expresso na fixação de preços, tal como se pode ver do Parecer SEAE nº 363/2001/MF/SEAE/COGDC-DF, 11 de setembro de 2001 (disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>), analisando uma situação de cartel entre a VARIG, VASP, TRANSBRASIL e TAM nos preços da ponte aérea RIO/SÃO PAULO. Mesmo com a entrada da GOL, que de certa forma trouxe uma nova proposta de empresa aérea, com custos mais baixos, o mercado dá sinais de uma atuação paralela, reconhecendo as empresas que a guerra de preços pode ser lesiva a todos.

³ Aqui já se avizinha uma crítica à atuação do Banco Central, que em tópico posterior será mais elaborada. Ora, será que a regulação tão-só desvinculada dos interesses da autarquia e da própria orientação de governo para o setor incentiva a estrutura do mercado bancário atual? Desconsiderando a transição a que se submeteu o setor bancário, em especial com a edição do Plano Real (1994), que mais tarde será debatida, parece-me evidente existir uma espécie de “captura” (tal como idealizado pela teoria norte-americana) do órgão regulador pelos agentes de mercado. Daí um pouco a ojeriza das instituições financeiras pela atuação do CADE nos processos de concentração bancária. O sistema tal como posto é ideal e cômodo. Por isso, certamente parte da regulação fixada pelo Banco Central, sob o pretexto da segurança bancária (que é necessária, mas com adequação), proporciona um mercado cativo e desamparado de concorrência efetiva para os agentes participantes. Para utilizar uma terminologia econômica, a captura nesse caso resulta num *sobrepreço* da regulação.

⁴ Como expõe Calixto SALOMÃO (2001, p. 47): “Essa regulamentação visa a garantir a higidez e segurança do mercado. O problema é que essa garantia de segurança cria normalmente, por si só, condições propícias à formação de posições dominantes. Limitado o acesso, protegido estará o setor da concorrência externa. Por outro lado, as condições de permanên-

cia, voltadas à garantia de poupança ou segurança dos cidadãos, levam a regulamentação a privilegiar as empresas sólidas e de grande dimensão (...) Desse modo, a disciplina regulatória nesses setores enfrenta um problema bastante sério, que consiste exatamente na dificuldade em conciliar dois objetivos: higidez e concorrência. *Essa conciliação é possível desde que se entenda que, na verdade, para proteger os consumidores e a própria higidez do mercado não é possível abrir mão da garantia da existência da concorrência.* Existente uma pluralidade de agentes, e não um mercado monopolizado ou oligopolizado, nenhuma quebra poderá pôr em risco o sistema. Da mesma forma, a concorrência predatória, ainda que temida e combatida, também não será uma ameaça iminente ao sistema”.

⁵ “Para mitigar a possibilidade de quebras no sistema bancário, o Estado lança mão de dois instrumentos básicos: regulação prudencial e regulação sistêmica. Apesar de a distinção entre regulação prudencial e sistêmica ser bastante utilizada na literatura, pode-se dizer que o seu papel maior é o de limitar o âmbito de utilização da segunda, na medida em que existe uma relação de complementaridade entre ambas. Assim, enquanto a regulação prudencial tem como objetivo primordial a proteção do depositante, buscando preservar a solvência e a higidez de cada instituição isoladamente considerada, a regulação sistêmica visa proteger o sistema bancário como um todo, protegendo o depositante apenas indiretamente” (CORTEZ apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 324).

⁶ Depois de constituída uma instituição financeira, sujeitando-se aos riscos e às dificuldades para entrada no mercado, vê-se que o setor bancário desmonta-se como não suscetível ao *free rider*, ou seja, ao agente que quer entrar no mercado por um curto período, quase sem custos, obtendo enorme vantagem dessa atuação pontual. Não é um mercado efetivamente de alta contestabilidade o bancário, também por outros fatores, além do poder econômico. Um de cunho psicológico, vez que é imprescindível a fidelização do cliente bancário, ou seja, ganhar a confiança e a credibilidade do correntista, requisitos indispensáveis para o estabelecimento da intermediação financeira. Essa confiança só se adquire com o tempo, impedindo a rápida entrada e saída do mercado. Há outro aspecto, de cunho econômico, mas que se refere às barreiras de saída do mercado, conhecido como “*sunk costs*”, ou seja, os custos irrecuperáveis, vinculados com a venda de equipamentos usados e com a própria base de dados da banca, praticamente inegociáveis diante de uma liquidação.

⁷ O que não é razoável é estipular-se um capital acima das exigências normais da regulação prudencial, tendo em vista ainda o parâmetro internacional de exigência. Aqui sim a regulação é despro-

porcional, criando uma barreira injustificável e comprometendo a concorrência em potencial.

⁸ As regras estabelecidas pelo Comitê de Basileia em 1988 constituem-se o melhor parâmetro de disposições prudenciais que devem nortear a atuação bancária e dos órgãos de supervisão e fiscalização. Não se exige a adoção integral das disposições, mesmo porque não há sanção para o descumprimento. No entanto, a adaptação do mercado bancário interno às regras do Comitê sinaliza a preocupação de fortalecimento e de segurança do sistema bancário, tendo em vista, ademais, o mercado estrangeiro e global, de vez que o consenso de Basileia tem efetivado na prática uma harmonização das regras prudenciais em quase todos os Estados desenvolvidos. Recentemente aprovou-se uma revisão das regras do Comitê, intitulando-se agora como “Novo Acordo de Capital de Basileia (2001)”, com regras a serem implementadas pelos Estados, de forma gradativa, até 2004. Texto do novo acordo (versão em espanhol) está disponível em: <www.bis.org>.

A Resolução nº 1.524/88 estabeleceu a possibilidade da abertura de bancos múltiplos, englobando as diversas áreas da atuação bancária, permitindo a formação de conglomerados financeiros, distanciando-se da idéia vigente nas décadas de 70 e 80 de “especialização” e iniciando um processo de “concentração”. A criação do banco múltiplo pôs fim à carta-patente, exigindo tão-só a prévia autorização do Banco Central para funcionar, nos critérios idealizados pelo acordo de Basileia. O art. 192 da Constituição Federal de 1988 reafirmou o fim da carta-patente para concessão e negociação de autorização para funcionamento de instituições financeiras, estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, além de permitir a transmissão do controle da pessoa jurídica titular, sem ônus, para outra pessoa jurídica cujos diretores tenham capacidade técnica e reputação ilibada, e comprove capacidade econômica compatível com o empreendimento.

¹⁰ Dispõe o art. 10, inciso X, letra “g”, da Lei nº 4.595/64 que compete privativamente ao Banco Central conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam alienar ou, por qualquer outra forma, transferir seu controle acionário.

¹¹ Assim estipula o art. 30 da Lei nº 4595/64: “As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central do Brasil, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo Conselho Monetário Nacional”.

¹² Observações interessantes do excelente artigo de Viera ORSI (1999, p. 55): “Mas a frequência da

intervenção dos bancos centrais deve levar em conta a potencial criação de uma área de moralidade (*moral hazard*), que encoraja a assunção de riscos importantes, ou de modo irresponsável, pelos agentes econômicos. A esse respeito, os bancos centrais e os governos procuram aplicar a doutrina da ‘ambigüidade construtiva’ (*constructive ambiguity*), criando um clima de incerteza quanto a suas intervenções; eles não devem se comprometer, em princípio, a adotar medidas específicas se sobrevier uma crise bancária”.

¹³ Estas eram as reflexões de BREYER (p. 4) em 1982: “The criticisms – high cost; ineffectiveness and waste, procedural unfairness, complexity, and delay; unresponsiveness to democratic control, and the inherent unpredictability of the end result – do not apply to every regulatory program nor to every instance of regulation. They vary in their applicability from one time, place, and program to another. Moreover, defenders of particular programs and of regulation in general can respond by pointing to achievements of individual programs or by claiming that in the absence of regulation, matters would be far worse. Yet it seems fair to say that criticism of regulation has grown apace with regulation itself. There is a perceived public demand for reform, and the reform issue now occupies a place of importance on the nation’s political agenda.”

¹⁴ “In sum, a spillover rationale must be phrased in terms of a particular product; it must assume that obstacles to bargaining lead to significantly greater use of a product (or production process) than would be the case if costless bargaining were possible; and it must assume that the result of intervention (taking into account the cost of intervention) will better approximate the bargained-for-solution. If these assumptions are correct, then intervention will reduce allocative inefficiency” (BREYER, 1982, p. 26).

¹⁵ “In sum, there is little quarrel with governmental efforts to help consumers obtain necessary information when the information is in fact needed and the intervention lowers the cost of providing it. Critics of intervention tend in particular cases to quarrel with the claim that regulation will lower costs of its provision” (BREYER, 1982, p. 28).

¹⁶ Cf. JUROS e spread bancário no Brasil (1999). Esse trabalho do Banco Central traça um panorama dos inúmeros fatores que contribuem para elevado *spread* bancário no Brasil, como juros básicos altos, crônica inadimplência, custo burocrático e legal, despesas administrativas, cunha fiscal, elevada rentabilidade das instituições financeiras. A competição sadia certamente é uma eficiente barreira contra as taxas de juros elevadas. Tal discussão, no entanto, pela importância e complexidade que envolve, merece ser tratada em trabalho autônomo.

¹⁷ George J. STIGLER (1971), prêmio Nobel de economia em 1982, reconhecido por seus trabalhos nas áreas de teoria econômica da informação e dos oligopólios e da análise econômica da regulação governamental e do setor público, escreveu um seminal artigo sobre a “teoria da captura”, sempre citado, no qual destaca as tarefas principais da teoria da regulação: “The central tasks of theory of economic regulation are to explain who will receive the benefits or burdens of regulation, what form regulation will take, and the effects of regulation upon the allocation of resources”.

¹⁸ É ilustrativa esta crítica de POSNER (1998, p. 346): “... es posible que la regulación sea un producto, muy semejante a otros productos provistos por el gobierno, demandados por grupos políticos eficaces e provistos a ellos. Según esta concepción, no se puede presumir que la regulación trate siempre de proteger el interés del consumidor general en el abasto eficiente de los servicios regulados. Ciertos consumidores podrán demandar una estructura de tarifas que, siendo ineficiente en general, les otorgue beneficios mayores que los costos que les impone a ellos en común con otros consumidores. Los miembros de una industria competitiva pueden beneficiarse de la imposición de controles a las empresas de servicios públicos porque la regulación de una tarifa mínima provee mayor seguridad en los precios eficaces de un cartel que el acuerdo privado (al mismo tiempo que coloca al cartel fuera del alcance de las leyes antimonopólicas), y el control regulador de la entrada puede eliminar una de las principales amenazas para el éxito de un cartel: la entrada de nuevos vendedores atraídos por la esperanza de obtener beneficios monopólicos. Las coaliciones entre grupos de consumidores de intereses especiales (como los embarcadores de ciertos productos) y miembros de una industria pueden ser especialmente eficaces en la manipulación del proceso regulador”.

¹⁹ “O importante para explicar as corridas é o fato de existirem informações incompletas. A idéia por trás da corrida é que ou uma mancha solar é o estopim da crise, ou os investidores recebem sinais ruidosos (“noisy signals”), indicando a insolvência do banco, precipitando, dessa forma, a corrida. Na prática, a informação sem custos inexistente, como também os indivíduos não têm a capacidade de avaliar rapidamente a saúde dos bancos” (TROSTER apud CAMPILONGO et al., 2002, p. 289).

²⁰ Um sinal macroeconômico (risco Brasil), associado às modificações das regras de regulação dos fundos de investimento, tal como se deu agora em maio de 2002, em decisão conjunta do Banco Central e da CVM, por meio da Instrução nº 365, impulsionou o alto volume de retirada dos depósitos dos fundos DI e de renda fixa. É certo que não se tratou de um teste tão-só, uma vez que, com as

mudanças das regras, exigindo-se a marcação a mercado da rentabilidade dos fundos, houve perda do investimento. No entanto, o alto volume de retirada não pode ser creditado somente à efetiva perda. O combustível maior é a assimetria de informações, e mesmo a dificuldade de se fazer uma boa análise das informações que se possui. A desconfiança na gerência dos fundos, que omitiam a rentabilidade real do investimento, e no próprio Estado brasileiro em honrar o pagamento dos seus títulos acarretou o efeito generalizado de retirada.

²¹ Conceito extraído da página da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (GLOSSÁRIO, [2001?]).

²² Confira estas interessantes considerações do Banco Central sobre o novo SPB: “O SPB permitirá, ainda, que o BC abra algumas normas prudenciais hoje aplicadas ao sistema bancário. Isso porque os riscos na liquidação das transações será reduzido significativamente, como antes demonstrado, permitindo que seja reduzida a exigência de capital dos bancos. Vale dizer, crescerá a capacidade de alavancagem do sistema financeiro nacional e, em consequência, a capacidade de geração de crédito, o que vem ao encontro dos anseios ao leitor mencionado no artigo. (...) Por fim, cabe registrar que, através de seus vários projetos (por exemplo, a redução do *spread* bancário e reformulação da supervisão bancária), dentre os quais se inclui o do SPB, o BC tem procurado remover os obstáculos que fazem com que o percentual de crédito aplicado à produção seja baixo no Brasil” (NASSIF, 2001).

²³ Sabe-se, ademais, que o projeto de mudança da legislação falimentar é muito mais amplo, num enfoque de reformulação que privilegia “soluções de mercado”, com a incorporação e fusão das empresas, diminuindo-se o custo social das quebras. No que toca ao aspecto concorrencial e ao setor bancário, certamente é uma questão a ser analisada e sopesada pelo CADE, nos moldes de uma análise econômica da falência (custos e benefícios de um ato de fusão diante de tal situação). Pelo aspecto inovador e no que se refere às idéias de uma regulação da falência, veja-se a opinião de Ulhoa COELHO: “A recuperação judicial não pode significar, como visto, a substituição da iniciativa privada pelo juiz, na busca de soluções para a crise da empresa. Se a sobrevivência de determinada organização empresarial em estado crítico não desperta o interesse de nenhum agente econômico privado (empreendedores ou investidores), então, em princípio, as suas perspectivas de rentabilidade não são atraentes, quando comparadas com as demais alternativas de investimento. Ora, se assim é, ninguém vai perder dinheiro, investindo naquele negócio. Contudo, pode ocorrer de a solução de mercado não se viabilizar por alguma disfunção do sistema econômico, como no exemplo do valor idiossin-

crático. Nesse caso, e com o objetivo de garantir o regular funcionamento das estruturas do livre mercado, pode e deve o juiz atuar. Note-se, a solução da crise não é dele, sequer deve ser aprovada por ele; o papel do estado-juiz deve ser apenas o de *afastar os obstáculos ao regular funcionamento do mercado*” (COELHO, 2002).

²⁴ Muito significativa é esta reflexão de Celso CAMPILONGO no julgamento do caso Finasa: “A economia pode ser considerada uma enorme zona de transferência de riscos: riscos de investimento, riscos de crédito, riscos de prejuízo. E, talvez por isso, o risco da perda de mercado seja, freqüentemente, uma conseqüência quase certa da aversão aos riscos. O mercado bancário redistribui riscos em diferentes esferas: o Banco Central regula alguns desses riscos; o mercado interbancário outros; e os bancos comerciais, nas relações com seus clientes, gerem ainda outros tipos de riscos. Mas os perigos do sistema bancário não residem apenas nas questões de solvibilidade. Os riscos também são enormes no campo dos abusos de poder econômico – notadamente se considerada a posição central que os bancos ocupam no interior do sistema capitalista. *Qual seria a razão, jurídica ou econômica, para, em nome do ‘risco sistêmico’, franquear espaços aos riscos de abuso do poder econômico? Nem a Constituição nem o mercado autorizam esse cálculo pouco prudencial, para usar a linguagem da regulação bancária, e nada razoável, para mencionar a racionalidade antitruste*” (BRASIL. CADE. *Ato de Concentração n° 08012.006762/2000-09*).

²⁵ SALOMÃO FILHO, com propriedade, traça o resumo do *leading case*: “Trata-se do questionamento de uma política de preços de vinho vigente no Estado da Califórnia. Os produtores e atacadistas de vinho deveriam registrar *fair trade contracts* ou tabelas de preços perante o Estado, que cuidava de aplicá-las, cominando multas e até cancelar a licença dos infratores. Na decisão (447 US 97 (1980)), a Corte Suprema Americana (*Supreme Court*) alegou que, embora o Estado da Califórnia autorizasse o estabelecimento de preços, ele não estabelecia preços, revisava tabelas ou regulava os termos do *fair trade contracts*. O Estado parecia não se preocupar com as condições de mercado, com a defesa da concorrência e dos consumidores, e, por isso, as leis antitruste eram aplicáveis a este caso”.

²⁶ O caso emblemático da teoria do poder amplo decidido pela Suprema Corte é “United States vs. National Association of Securities Dealers, Inc.” (422 US 694 (1975)).

²⁷ No direito norte-americano, o caso paradigmático de discussão da não imunidade do setor bancário à aplicação das regras de concorrência é *United States v. Philadelphia National Bank* (374 U.S. 321) (1963). Pode se citar também como casos referenciais: *United States v. First City Nat. Bank* (386 U.S. 361) (1967) e *United States v. Third Nat. Bank*

(390 U.S. 171) (1968). No âmbito do direito da União Européia, o caso modelar é Gerhard Züchner (172/80). Decisão da Comissão de 14 de julho de 1981.

²⁸ A análise de Sampaio ROCHA: “O conjunto de medidas preventivas foi bem sucedido em evitar o contágio de instituições saudáveis e impedir a deflagração da crise sistêmica, permitindo que a reestruturação ocorresse de forma praticamente indolor para os depositantes e com custo fiscal reduzido para o governo, se comparado com a experiência internacional de crises bancárias. Nas palavras de Carvalho: ‘o que poderia ter sido uma crise sistêmica parece ter se tornado apenas uma situação de *distress*, ainda que severa (1998: 323)’” (EVOLUÇÃO da Concentração Bancária no Brasil, 2001, p. 13).

²⁹ “Vários elementos sugerem que a tendência de aquisição de bancos médios regionais com presença no varejo por grandes instituições nacionais deverá persistir a médio prazo. O aumento do investimento estrangeiro, seja por meio de entrada de instituições estrangeiras ou do aumento do capital investido em empresas locais, deverá precipitar a reação das instituições nacionais. O aprimoramento da regulação prudencial aumentou as diversas exigências quanto ao volume de capital requerido. Novos produtos e tecnologias aumentam a escala mínima viável das operações, enquanto a convergência para bancos universais estimula a fusão das instituições bancárias com atuação complementar. Por fim, a eventual redução dos juros, à medida que diminua o lucro unitário das operações de crédito, deverá naturalmente eliminar bancos ineficientes, diminuindo o número de instituições financeiras (...) *Este efeito [de aquisições] poderá ser mais acentuado em áreas específicas e poderá ocorrer tanto na forma de elevação de tarifas dos serviços para pessoas físicas ou na retração de crédito para micros e pequenas empresas*” (CAMPILONGO et al., 2002, p. 285).

³⁰ Neste texto, já se referiu algumas vezes sem distinção ao controle de estruturas e ao controle de condutas. É certo que os processos analisados pelo CADE, em especial o caso Finasa, debateram o controle de estrutura, ou seja, a competência para o julgamento dos atos de concentração. Daí a razão para modelagem institucional no que se refere ao controle estrutural, tal como ocorre com as demais agências reguladoras. No entanto, como se vê, o texto almeja conferir amplitude ao tema, introduzindo também a discussão do controle de condutas. No que toca ao controle repressivo (condutas), pode parecer inexistir qualquer razão de conflito, uma vez que as disposições da Lei n° 4.595/64 referem-se aos processos de fusão e incorporação. Ledo engano. Embora o controle das estruturas seja essencial, é a apreciação de condutas que poderá trazer os debates mais acalorados, em especial no

que se relaciona com o estabelecimento das taxas de juros. Pergunto: até que ponto poderá o CADE apreciar uma concertação para a fixação das taxas de juros? É possível um cartel das instituições financeiras? Até onde vai a regulação prudencial do BC e a atuação livre das instituições financeiras sujeitas ao controle concorrencial? Somente a título ilustrativo, confira o paradigmático caso Van Eycke julgado pela Comissão Européia (Processo 267/86) e notícia publicada no Jornal do Brasil de 05.08.2002: “Banco na mira por formação de cartel”.

Bibliografia

- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 221 p.
- ANDREZO, Andrea Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. *Mercado financeiro: aspectos históricos e conceituais*. São Paulo: Pioneira, 1999. 338 p.
- BALDWIN, Robert et al. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998. 522 p.
- BANKING reform and regulatory relief: developments in banking law: 2000. Boston University, 2001. 9 p. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. Acesso em: 14 dez. 2001.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *PARECER N° AGU/LA-01/2001*.
- _____. Banco Central do Brasil. *PARECER/2000/00762/DEJUR/PRIRE*.
- _____. CADE. *Ato de Concentração n° 08012.006762/2000-09*. Voto vista do Conselheiro Celso Campi-longo.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. 1. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982. 472 p.
- BRITO, Beatriz Gontijo de. *Concentração de empresas no direito brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 241 p.
- CADE/ASBACE. *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*. Brasília: ASBACE, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. 606 p.
- CHANCELLOR, Edward. *Salve-se quem puder: uma história da especulação financeira*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O futuro do direito falimentar: o mercado versus o Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.ulhoa-coelho.adv.br>>. Acesso em: 29 ago. 2002.
- COMPETITION Policy in Subsidies and State Aid. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2001. 193 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 17 jun. 2002.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2001. 159 p.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. 264 p.
- EL NUEVO acordo de capital de Brasília. Disponível em: <<http://www.bis.org>>. Acesso em: [2001?].
- EVOLUÇÃO da Concentração Bancária no Brasil. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil. n. 11. nov. 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: [2001?].
- ENHANCING the Role of Competition in the Regulation of Banks. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 1998. 428 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 29 jul. 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 382 p.
- _____. *Lei de proteção da concorrência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.
- FORGIONI, Paula A. *Fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.
- GLOSARIO básico de defesa da concorrência. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seal/documentos/glossario.html>>. Acesso em: [2001?].
- JUROS e Spread bancário no Brasil. Banco Central do Brasil. out. 1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: [200-?].
- LASTRA, Rosa María. *Banco Central e regulamentação bancária*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 232 p.
- LOBO, Carlos Baptista. *Concorrência bancária?* 1. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 705 p.
- MARTÍNES LAGE, Santiago. ¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?: boletín. *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, [S.l.], n. 128, p. 1, nov. 1997.
- MERGERS in financial services. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 2000.

- 308 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 17 jul. 2002.
- NASSIF, Luis. Comentários aos artigos 'A hora de discutir o SPB'. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 6, 7, 21 set. 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.com.br>>. Acesso em: 26 ago. 2002.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência e regulação: o caso do setor bancário. [S. l.]: *EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações*, 2000.
- ORSI, Ricardo Vieira. A transformação do papel do Estado frente às crises bancárias no Brasil: uma perspectiva da análise econômica do direito. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: RT, ano 2, n. 5, p. 43-85, maio. /ago. 1999.
- POSNER, Richard A. *Antitrust law: an economic perspective*. 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. 262 p.
- _____. *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.
- _____. *El análisis económico del derecho*. 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 682 p.
- _____. The behavior of administrative agencies. *The Journal of Legal Studies*, v. I, p. 305-347, jun. 1972.
- RELATIONSHIP Between Regulators and Competition Authorities. Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 1999. 332 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/clp>>. Acesso em: 16 jun. 2002.
- ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*, São Paulo, v. 5, n. 7, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 159 p.
- _____. *Regulação e concorrência: estudos e pareceres*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEAE: Secretaria de acompanhamento econômico. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: [2001?].
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971. Disponível em: <<http://www.ipcreators.org/pdf-files/stigler%20on%20regulation.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. 406 p.
- SYMONS JÚNIOR, Edward L. The United States banking system. *Brooklyn Journal of International Law*, 1993. Disponível em: <<http://www.westlaw.com>>. Acesso em: 8 mar. 2002.
- VILLA-VERDE FILHO, Erasto. *A Função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988*. 2000. Monografia (Especialização em Direito Econômico e das Empresas) –Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília, 2000.
- WISH, Richard. *Competition law*. London: Butterworths, 2001. 913 p.