

Capitalismos e Sistema Financeiro¹

Cláudio Lembo²

Sumário: 1. Preâmbulo. 2. Capitalismo de mando e capitalismo concorrencial. 2.1 Capitalismo de mando. 2.2 Capitalismo concorrencial. 3. Defesa do livre mercado. 4. CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 5. A natureza das leis antitruste. 6. Objeções à incidência universal. 7. Competências distintas e cumulativas. 8. Precedentes.

1. Preâmbulo

A propriedade privada e o mercado são dois suportes essenciais do processo econômico capitalista.

A Constituição de 1988 caminhou além desta dicotomia que, pela vulgarização, tornou-se acadiana.

Em seu artigo 170, o documento constitucional vigente arrolou, em oito incisos, requisitos para embasar uma economia de mercado.

Esses incisos reproduzem o pensamento contemporâneo sobre o tema.

A um só tempo, reportam-se a elementos clássicos e retratam as novas gerações do Direito: os Direitos Sociais e o Direito Ambiental, concedendo ainda espaço para normas programáticas, como a busca do pleno emprego.

Cabe, neste passo, frisar a visão avançada do constituinte de 88, explicando sua preocupação com a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, ingressando, ao apontar esses dois últimos enunciados, no cenário que os doutrinadores catalogam como a terceira geração de direitos.

A realidade, contudo, exige maior debruçar sobre as formulações mais expressivas de capitalismo e, aí, então, podemos oferecer a exposição de duas

1 Trabalho apresentado em Congresso realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, no ano de 1997, em São Paulo.

2 Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Mackenzie.

correntes testadas de processo econômico matizado por conteúdo capitalista, a saber:

2. Capitalismo de mando e capitalismo concorrencial

2.1 Capitalismo de mando

O capitalismo de mando foi exercitado durante o período nacional-socialista na Alemanha.

Conduziu a uma cartelização obrigatória, levando à união de empresas antagônicas e à proibição de novos empreendimentos, ampliando a magnitude dos existentes.

Não se concediam indenizações pelos danos conseqüentes de tais atos, conforme informa Franz Neumann, in *Pensamiento y Accion en Nacional-Socialismo*.

Essa atitude política expressa posicionamento contrário ao pequeno e médio empresário.

Suporta-se na tendência natural da burocracia estatal em preferir tratar com a grande empresa ao invés de dialogar com as pequenas e médias que, comumente, apresentam interesses divergentes e posicionamentos contraditórios.

O processo de monopolização, na Alemanha nazista, teve como suporte a sociedade por ações e a explicação é singela.

Na sociedade por ações, há uma tendência natural em se divorciar a administração dos negócios dos detentores do capital.

Esse fenômeno dá origem a uma ditadura de gerentes que, para salvar posições, entregam-se de bom gosto aos desejos dos detentores do poder oficial.

É a clássica situação dos serviços assumindo a posição dos amos.

O fenômeno processado na Alemanha revelou, todavia, facetas incommuns.

Em determinado momento, em diabólica simbiose, os quadros do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães passaram a participar do controle acionário de inúmeras empresas, especialmente no setor petrolífero, tendo Goering como um dos maiores protagonistas dessa ação bastarda.

O capitalismo de mando, pois, caracteriza-se como fenômeno de concentração dos meios de produção e de serviços em poucas empresas por iniciativa da burocracia estatal.

Esta última, por sua vez, passa a se imiscuir em todos os atos societários.

2.2 Capitalismo concorrencial

Ao contrário do capitalismo de mando, o capitalismo concorrencial exige a presença de parceiros econômicos distintos que, praticando saudável competição, procuram, mediante aprimoramento dos meios de produção e prestação de serviços, diminuir custos, oferecer produtos e serviços mais qualificados e por menor preço.

A concorrência verifica-se por intermédio do mercado.

Mas este pode sofrer deformação por meio de práticas concentracionistas.

Essas permitem aos atores, de maneira artificial e insidiosa, controlar o mercado, levando a situações monopolistas ou cartelizadas.

3. Defesa do livre mercado

As sociedades modernas, de traço efetivamente capitalista, procuram evitar a ocorrência das situações acima previstas — monopolização ou cartelização — mediante a edição de leis específicas e de instrumentos eficazes para a preservação das normas garantidoras de uma efetiva economia de mercado.

A Constituição de 1988 proclama a necessidade de observação da livre concorrência.

O que deve ser louvado, à época se concediam amplos territórios para a empresa estatal de natureza monopolista.

A norma constitucional mereceu desdobramentos em textos infraconstitucionais.

Esses diplomas têm se mostrado capazes de alterar as práticas deformadas do capitalismo nacional que, em sua antiga aldeia fechada, se desenvolvia sem qualquer sensibilidade pela indigência dos aldeões inseridos no burgo.

Sempre é oportuno recordar a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 — Código de Defesa do Consumidor, salvaguarda dos consumidores de bens e serviços e patíbulo dos fornecedores inescrupulosos.

No campo propriamente do capital, a referência cabe à Lei n. 8.158, de 8 de janeiro de 1991, denominada Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, tal a sua importância no espaço financeiro e econômico a que abrange.

A Lei Brasileira de Defesa da Concorrência visa evitar distorções que possam ocorrer no mercado e, em rol explicativo, indica as seguintes hipóteses:

a) fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção e a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzida;

b) o cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, seja no mercado local, regional ou nacional;

c) o impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia e a canais de distribuição;

d) controle regionalizado do mercado de empresas ou grupos de empresas; e

f) a formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, e o estabelecimento de administração comum entre empresas, visando inibir a concorrência.

Este diploma legal, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, reconfigurou, ainda, o CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, dando-lhe nova formatação e transformando-o em colegiado contencioso por muito considerado além dos limites constitucionais.

4. CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Em sua versão primitiva, datada de 1962, ou na presente, o CADE encontra sua fonte de inspiração na legislação norte-americana antitrust e, neste espaço legal, lança raiz no *Sherman Act* de 1890.

Apresenta-se longa, portanto, a tradição de combate às práticas insidiosas do mercado por parte dos americanos do norte e esta tradição se avoluma em jurisprudência que se ocupa de todas as áreas do mercado, sem qualquer limitação baseada no objeto de atividade da empresa: produção de bens ou fornecedora de serviços.

Em determinados períodos da história dos Estados Unidos, os acontecimentos precipitaram grandes mudanças legislativas, sempre em busca da preservação da competitividade entre fatores econômicos.

Assim aconteceu na chamada Era Progressista, quando mereceu promulgação o *Clayton Act* no ano de 1914 e, mais tarde, visando afastar a discriminação de preços a favor dos grandes negócios, ocorreu a publicação do *Robinson-Patman Act*, emendando os diplomas anteriores.

5. A natureza das leis antitruste

Nos Estados Unidos e aqui, as leis antitrustes objetivam conceber ambiente onde cada empresa possa florescer, indicando-lhe os limites de seu crescimento, o espaço de seu poder e as regras norteadoras do jogo no sistema de competição, visando mantê-lo íntegro.

A legislação pátria não indica quais empresas se encontram sob o comando da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a nossa Lei Antitruste.

Essa ausência de limites restritivos de aplicação indica a universalidade de sua incidência.

6. Objeções à incidência universal

A incidência universal da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência sofre objeção por determinados segmentos econômicos.

As instituições financeiras, compreendendo o termo bancos, seguradoras, corretoras e distribuidoras de bens mobiliários, se encontrariam em espaço geográfico não atingido pela Lei Brasileira de Defesa da Concorrência.

Nos passos deste entendimento, este específico setor da economia encontra-se regido tão-somente pela Lei n. 4.595, de 1964, conhecida como Lei da Reforma Bancária.

Desta forma, os atos das instituições financeiras estariam submetidos exclusivamente à fiscalização do Banco Central do Brasil ou da Superintendência dos Seguros Privados.

A recente Lei nº 9.457, de 5 de maio deste ano de 1997, que alterou profundamente a Lei das Sociedades Anônimas, parece ter consolidado esta opinião, como indica a nova redação do artigo 255.

De maneira reflexa, o referido dispositivo informa que a companhia aberta, sujeita à autorização governamental para funcionar, deve submeter a transferência de seu controle acionário e conseqüente aprovação da mudança de seu estatuto à autoridade responsável por sua área de atividade.

No cenário das instituições financeiras, as autoridades governamentais competentes para a prática dos atos acima reportados, são Banco Central do Brasil e Superintendência dos Seguros Privados — SUSEP, conforme o objetivo social da instituição.

Esta corrente de pensamento avoluma sua mundovisão no texto do projeto de lei, ora em curso no Congresso, que almeja a reforma do Sistema Financeiro.

A filosofia desta corrente é nítida.

Querem seus adeptos a subordinação da sensível área financeira a único e exclusivo órgão de controle e fiscalização.

Não admitem o exame dos atinentes às instituições financeiras examinados pela Autoridade Financeira e pelo CADE, de maneira cumulativa.

Essa pretendida concentração de competência em um único órgão pode conduzir a cenário idêntico a Economia de mando, tão singularmente implementada pelo nacional-socialismo.

Por contrariar a natureza e ao senso comum, esta intencionada forma concentrada de acompanhamento e controle de segmento do processo econômico, conduz à promiscuidade entre atores e autoridades.

A promiscuidade conduz à intimidade e esta ao pecado, como relata o episódio bíblico contido no livro do Gênesis (versículos 3 a 24).

7. Competências distintas e cumulativas

Existe por parte dos agentes políticos preocupação com o tema.

Há pouco, o jornal *O Estado de S. Paulo* informou sobre a assinatura de convênio de cooperação entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE *para troca de informações* (o grifo é nosso).

Ocorre que, a partir da análise da competência legal dos dois órgãos citados, constata-se que, em determinadas hipóteses, o acompanhamento de situações é cumulativo.

Nas sociedades contemporâneas, o capital exige acompanhamento transparente e difuso, na busca da marginalização de práticas esotéricas.

Essas só elegem alguns escolhidos e, em matéria de capital financeiro, todas as pessoas com acesso às atividades bursáteis merecem proteção.

O grande capital ou a pequena poupança convertidos em posição acionária necessitam de igual atenção e amplitude de conhecimento.

O exame de situações díspares em um mesmo organismo estatal leva a uma desmedida concentração de poder.

A fiscalização da aplicação de recursos financeiros e atos dos administradores das instituições financeiras é ato de exclusiva competência do Banco Central do Brasil e da SUSEP.

Podem essas autoridades avançar para o exame das atividades concentracionistas.

A decisão conclusiva sobre concentração de capitais, práticas produtivas predatórias ou expansão de áreas geográficas de prestação de serviços cabe ao CADE.

Essa formulação torna-se mais nítida na atual conjuntura.

O Sistema Financeiro Nacional concentra-se e, a um só tempo, abre-se para instituições estrangeiras prontas a realizar inversões capazes de inibir seus concorrentes.

8. Precedentes

Na jurisprudência norte-americana, o tema encontra um nítido precedente no caso *United States v. Philadelphia National Bank* (374 US. 321(1963)), quando se debateu as consequências da ampliação da rede de agências oriundas da fusão entre bancos na região metropolitana de Philadelphia.

A matéria distanciava-se dos temas próprios do mercado financeiro.

O assunto mostrou-se, na oportunidade, atinente ao mercado concorrencial, afetando o cenário econômico maior e, por isto, disciplinado pelas leis antitruste.

A hipótese transplantada para o cenário nativo indica a competência para seu exame de uma única autoridade.

Trata-se do CADE, organismo concebido para colocar limites às práticas concorrenciais desestimuladoras do equilíbrio que deve existir entre seus agentes operadores.

É provável que muitos agentes do sistema financeiro façam ouvidos de mercadores, ao tomarem conhecimento desta comunicação ao XVIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional.

Não importa.

A perplexidade ou desdenhosa atitude de muitos apenas indica ausência de sensibilidade com o próprio devenir.

O registro fica lançado.

O futuro dirá quem se colocou em posto de observação isento e cientificamente correto.

Muitos participantes deste importante conclave, certamente.