

Concentração no Sistema Financeiro Nacional¹

Jairo Saddi²

Sumário: 1. Introdução. 2. Abrangência legal da defesa da concorrência. 3. A Lei nº 4.595/64 e o Sistema Financeiro Nacional. 4. Do conflito de competência. 5. Acordo de cooperação entre o Banco Central e o CADE. 6. À guisa de conclusão.

1. Introdução

Existe uma discussão sobre a quem cabe analisar atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Não está claramente definida se essa competência pertence ao CADE, ao Banco Central ou se deve ser partilhada por ambos os órgãos. Tal discussão prática acabou sendo fruto da aquisição do Banco Francês e Brasileiro pelo *American Finance Company Limited*, pertencente ao Banco Itaú S/A, caso que se encontra em julgamento no CADE. Explica-se: pela Lei de Defesa da Concorrência, de nº 8.884/94, atribuiu-se àquele órgão a tutela da defesa econômica do livre mercado, julgando-se pelo plenário daquele colegiado a fusão, incorporação ou alienação de qualquer dos participantes do mercado.

Segundo a Lei nº 4.595/64, competia privativamente ao Banco Central a autorização, supervisão e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional. Aliás, aquele texto legal em seu artigo 10, inciso IX, (c) explicita textualmente que a autoridade monetária, privativamente, concederá autorização às instituições financeiras para que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas. Além disso, cabe exclusivamente ao Banco Central aprovar o efetivo funcionamento de qualquer instituição financeira no País, inclusive com o inusitado poder de alterar e determinar os estatutos da instituição autorizada.

1 O título original "Alguns aspectos legais sobre a concentração no Sistema Financeiro Nacional" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 Sócio do escritório Campos, Antonioli & Saddi Advogados, Jairo Saddi é Doutor em Direito Econômico pela USP, Researcher da Harvard Law School (EUA), Advogado pela Faculdade de Direito da USP e Administrador de Empresas pela EAESP/FGV.

Este artigo trata de alguns aspectos sobre a competência concorrente entre CADE e Banco Central para julgar atos de concentração do Sistema Financeiro Nacional e procura delinear parâmetros para essa atuação.

2. A abrangência legal da defesa da concorrência

O objetivo central da Lei nº 8.884 consiste em impedir práticas monopolistas e dispor sobre a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, geralmente através do domínio de mercados relevantes de bens e serviços.

Como lembrou José Inácio Franceschini, não existe uma definição consagrada para o chamado Direito da Concorrência.³ Tal direito disciplina as relações de mercado entre os agentes e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício dos direitos constitucionais consagrados na Carta de 1988 e que se consubstanciam na liberdade de iniciativa, na livre concorrência, na função social da propriedade, na defesa dos consumidores e na repressão ao abuso do poder econômico.

Logo no artigo 1º da Lei nº 8.884, já se dá a perceber a abrangência que pretende o legislador, ao afirmar que o objetivo da lei é cobrir tópicos sobre o objeto jurídico da livre concorrência, impedindo, desta forma, as infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais a que nos referimos anteriormente. Desnecessário afirmar que tais conceitos são move-dios na prática: uma das questões mais atuais do debate hodierno é exatamente o limite da livre iniciativa *vis-à-vis* a convivência social.

O artigo 15, por sua vez, no capítulo das disposições legais confirma a intenção ao aplicar essa legislação às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito. Chega até a supor que a lei deve abranger casos oriundos, ainda que temporariamente, de entidades sem personalidade jurídica formada. A amplitude da aplicação desse diploma legal é evidente uma vez que, ao reconhecer que o objeto legisferante engloba todos os agentes econômicos da sociedade, eleva o seu fim jurídico-administrativo de fiscal da lei de repressão e punição a abusos e crimes que possam ocorrer na ordem econômica como se fosse um manto protetor da própria sociedade.

Assim também o artigo 54 daquele diploma ampliou a abrangência da atuação da lei, entendendo que quaisquer atos que possam prejudicar a livre concorrência deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Diz o artigo *in verbis*:

Art. 54. Os atos sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na domina-

3 J. Inácio Gonzaga FRANCESCHINI. *Introdução ao direito da concorrência*. p. 75.

ção de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

Os objetivos da proteção à livre concorrência, segundo o texto legal, devem abranger os atos econômicos *independentemente de culpa* dos agentes que praticarem as seguintes infrações:

a) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

b) dominar mercado relevante de bens ou serviços;

c) aumentar arbitrariamente os lucros;

d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Por essa leitura, se o bem jurídico tutelado pela lei é a própria ordem econômica, logo qualquer ente, inclusive as instituições financeiras, deve sujeitar-se às decisões do CADE, nos eventos de fusão, conglomeração ou incorporação.

Mas, não há como negar que o mercado financeiro é extremamente relevante. Apenas para ilustrar tal importância, cerca de 80 % do PIB brasileiro é intermediado por instituições financeiras.⁴

Decorre esse entendimento da simples leitura dos textos legais e dos objetivos enunciados em seus dispositivos. No entanto, uma leitura mais atenta de outros textos legais mostra que para se aceitar a ingerência do CADE em assuntos de fusão e incorporação de instituições financeiras é necessário compreender que a abrangência da Lei nº 8.884/94 envolve também a derrogação parcial de alguns dos conceitos de outros textos legais, especialmente a Lei nº 4.595/64.

3. A Lei nº 4.595/64 e o Sistema Financeiro Nacional

A disciplina do Sistema Financeiro Nacional é única e é naturalmente regida por regras próprias com particularidades básicas que norteiam o princípio da moeda e do regime monetário. Isso se dá por duas razões, e a primeira delas pelo próprio propósito do Direito na disciplina da moeda.

Na seara de outras áreas da ciência jurídica, por exemplo, no caso de uma sociedade comercial, industrial ou prestadora de serviços, prevalece o princípio de que a referida sociedade somente deixará de exercer as atividades que foram expressamente proibidas nos termos da lei. O entendimento oposto, todavia, prepondera no caso do Sistema Financeiro Nacional: qualquer entidade apenas poderá participar das atividades definidas como permitidas com a aprovação e o consentimento a ela concedida pelas autoridades competentes. A razão disso

4 GAZETA MERCANTIL. *Relatório sobre bancos*. p. 2.

se insere, de um lado, na natureza da criação da moeda e do crédito pelas instituições financeiras, já que um banco, na hipótese de insolvência, não teria condições de satisfazer todos os seus depositantes simultaneamente.

É apenas por essa razão que o Banco Central exerce um destacado papel, fornecendo confiabilidade ao sistema, já que, por lei, é ele o fiscalizador e o guardião do Sistema Financeiro Nacional.

Tanto que, já na Constituição de 1988, o primeiro inciso do artigo 192 trata da autorização para funcionamento das instituições financeiras. Assegurando às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, é vedada, porém, a participação em atividades não previstas na autorização de que trata aquele inciso. Como bem preceituou Luiz S. Cabral de Moncada, é tarefa difícil a conceituação de atividade bancária, uma vez que a abrangência de ação e a amplitude de atos tornam complexa sua definição.⁵

Os motivos da interferência do Estado no Sistema Financeiro Nacional, através do Banco Central, são bastante conhecidos. A ameaça de uma corrida bancária, com a conseqüente destruição e colapso de alguns dos participantes do sistema de crédito e da oferta da moeda, resultando em danosos efeitos sobre a estabilidade econômica, constitui uma justificativa central da introdução, desde a crise na década de 1930, de regras e procedimentos que visam à segurança dos bancos e do sistema de pagamentos como um todo, bem como ao controle da oferta da moeda. O Estado, por um lado, pretende a eficiência, a equidade e a estabilidade do sistema. Por outro, pela disciplina monetária, almeja, conforme já declinamos, a estabilidade da moeda.⁶

A segunda razão pelo fato de a disciplina do sistema financeiro ser única é de natureza política: o constituinte desejou reescrever a Lei nº 4.595/64, modernizá-la e adaptá-la para que servisse aos "interesses da coletividade". Rompendo com a tradição da segregação das funções bancárias instituída em 1964, procurou-se possibilitar a total reformulação do Banco Central e do Sistema Financeiro Nacional. E é isso que propõe o artigo 192 da Carta de 1988.

O destino do artigo 192, como inúmeros outros da presente Constituição, era transformar-se em tema controverso. Ao estipular princípios e regras para o Sistema Financeiro Nacional, a Constituição de 1988 praticamente tudo delegou à lei complementar.

Como o Banco Central encontra incompleto o seu papel na manifestação constitucional, no artigo 192, dos incisos IV e V, que disciplina a estruturação do Sistema Financeiro Nacional com a finalidade de promover o desenvolvi-

5 Luiz S. Cabral de MONCADA. *Direito econômico*. p. 231.

6 Roberto Luiz TROSTER. *Regulamentação prudencial no Brasil*. p. 37.

mento equilibrado do País e de servir aos interesses da coletividade, incompleto está também o seu rol de funções. Tal papel será regulado em lei complementar que disporá sobre a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central (em minúsculo) e demais instituições financeiras públicas e privadas; serão, ainda, regulados os requisitos para a designação de membros da diretoria do banco central e demais instituições financeiras e seus impedimentos após o exercício do cargo.

Os demais incisos — criação de fundo ou seguro, critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento, transmissão do controle da pessoa jurídica titular e concedida sem ônus, na forma da Lei do Sistema Financeiro Nacional — implicam conceitos programáticos, ou seja, determinam a intenção do legislador sem, contudo, precisar de forma mais acentuada a sua amplitude.

A remissão a uma futura lei complementar, até hoje não emanada, da disciplina do Sistema Financeiro Nacional deixa uma dúvida permanente entre os estudiosos da matéria: optando apenas pelos parâmetros gerais, o constituinte acabou não indicando explicitamente as funções da autoridade monetária. Por conseguinte, ainda está incerto quem deve apreciar atos de concentração, se a própria autoridade monetária ou se um colegiado como o CADE.

Como vimos, a própria Constituição é omissa em relação ao assunto. Mesmo que possa ser argüido que, pelo fenômeno da recepção, a Lei nº 4.595 tenha sido inteiramente acolhida pelo ordenamento jurídico, há um evidente conflito legal exatamente por uma lei dar ao Banco Central o poder de autorizar, enquanto a outra, a Lei nº 8.884, dá ao CADE o poder de julgar atos de concentração.

A questão se torna especialmente relevante quando, segundo estimativas recentes, quase 10% do parque industrial brasileiro são controlados por acionistas bancários. O motivo da incursão dos bancos em áreas não-financeiras está no princípio teórico da diversificação de negócios. Especialmente após o advento dos vários planos econômicos, os bancos perceberam claramente a queda da rentabilidade de seu setor. Alguns dados mais recentes indicam queda de 12,7% de rentabilidade líquida em 1986 para menos de 7% em 1995. A saída lógica tornou-se diversificar, atuando também em outras áreas.⁷

Os grandes conglomerados financeiros brasileiros, todavia, permanecem, ao arrepio de uma conceituação mais precisa, operando em importantes setores não-bancários, diversificando sua carteira de investimentos e atuando acentuadamente em outras atividades estranhas à vocação bancária.

7 EXAME. *Setor bancário em queda*. p. 13.

Mesmo que nessas áreas não exista concentração econômica, fortalece-se a posição do banco ao criar uma espécie de *keiretsu* — grupo corporativo japonês diversificado em várias áreas da economia, mas organizado a partir de um banco —, provando que o efeito da “orientalização” se espalhou pelo mundo. Assim, será que a ingerência do CADE sobre o Sistema Financeiro Nacional está plenamente justificada? Com tal diversificação, quais serão os critérios para se indagar quem é responsável pelos assuntos de concentração, CADE ou Banco Central?

4. Do conflito de competência

Há claramente um conflito de competência formal, no sentido de que existem duas leis — do mesmo nível no ordenamento jurídico — que dispõem sobre a mesma matéria. Por essa razão, um banco que quiser fundir-se deve submeter-se às decisões do CADE. Tal entendimento é esposado por muitos juristas, embora ele não seja preciso.

É necessária a elaboração de alguns critérios mais objetivos para enquadrar essa questão. O primeiro deles deve ser se a matéria diz respeito a atividade monetária ou envolve assuntos ligados ao mercado de consumo. Se o impacto da fusão terá claros efeitos sobre o mercado consumidor — por exemplo, um banco que é detentor de parcela relevante do mercado de cartões de crédito resolve incorporar outro com o mesmo perfil —, não deve haver dúvidas de que, nessa situação, o CADE tem de opinar, já que a matéria monetária, especialidade do Banco Central, é secundária. Da mesma forma, outros produtos vendidos pelo setor financeiro devem merecer igual sorte. Finalmente, o Banco Central não deve ter nenhuma ascendência sobre aspectos de consumo dos bancos, como no caso de cobrança de tarifas, entre outros.

No entanto, se o assunto for de natureza puramente monetária, no caso de várias carteiras de produtos financeiros estarem sendo vendidas entre bancos e cujo resultado não terá nenhum impacto significativo sobre o mercado, deve ficar adstrito ao julgamento da autoridade monetária.

O segundo critério deve ser relativo ao público que sofrerá tais impactos. Há uma grande concentração, por parte dos clientes, nos mercados financeiros. Não se pode querer igualar um fundo de pensão, grande cliente institucional, com um pequeno depositante, alheio aos grandes movimentos de volatilidade nos mercados mundiais. Logo, o CADE deve, mais uma vez, restringir sua atuação em esferas onde o consumidor é o cidadão médio, onde a proteção da defesa econômica pode estar mais a risco, já que é possível pressupor que grandes investidores institucionais terão maiores chances de exercer pressão sobre a autoridade monetária para ver satisfeitos seus pleitos no que tange à autorização dada para o funcionamento de instituições financeiras.

O terceiro critério relevante deve ser a urgência. O Banco Central não é um órgão colegiado; por essa razão, suas decisões, muitas vezes necessárias para o salvamento de uma instituição bancária, podem ser tomadas em regime de urgência, com o propósito de evitar uma corrida bancária com graves conseqüências. Já o CADE requer todo um procedimento processual que pode colocar em risco, nesses casos específicos, o próprio futuro da instituição financeira.

Um quarto critério é o cumprimento das demais normas do Sistema Financeiro Nacional, especialmente dos acordos internacionais, como o Acordo da Basiléia, disciplinado no Brasil pela Resolução 2.099/94 e posteriormente alterado, sobre a adequação do capital de instituições financeiras ao risco de seus ativos. Isso implica afirmar que há critérios objetivos e quantificáveis para avaliar se um banco está capitalizado ou não. Assim, numa fusão, o novo banco também terá que cumprir tais critérios, aceitos mundialmente, e esse constitui um indicador preciso se a concentração daquela instituição será nociva ou não.

5. Acordo de cooperação entre o Banco Central e o CADE

Recente acordo celebrado entre o CADE e o Banco Central pretende caminhar para uma solução de cooperação. Trata-se de um protocolo de cooperação técnica e de prestação de consultoria para troca de informações. Baseado num acordo semelhante, assinado com o BNDES — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, esse acordo permitirá que o CADE obtenha informações que subsidiem a avaliação do impacto das fusões e incorporações de bancos nas condições de concorrência de segmentos não-bancários da economia. O Banco Central também fornecerá informações sobre a indústria bancária, desde que não estejam resguardadas pelo sigilo bancário, protegido pelo artigo 38 da Lei nº 4.595.

O pressuposto é atuar em áreas não diretamente relacionadas com a moeda, por exemplo, cartões de crédito ou outros produtos financeiros os quais o Banco Central tem pouca ou nenhuma vocação para controlar.

Fusões e incorporações de bancos podem criar setores de concentração no segmento bancário, gerando potenciais instabilidades. O papel do CADE deveria ser monitorar e atuar em conjunto com o Banco Central para diagnosticar, de forma preventiva, potenciais problemas de concentração no mercado financeiro, respeitados alguns critérios expostos acima, especialmente quanto ao mercado consumidor e o mercado monetário.

É com o fito de avaliar tais impactos que esse convênio está sendo estabelecido, e deve ser saudado com a esperança de que possa fixar um elevado nível de cooperação entre as duas instituições, cada uma dando o melhor em sua respectiva área.

6. À guisa de conclusão

Por essa principal razão, o poder de aprovar atos de concentração deve estar adstrito ao Banco Central. Além de não possuir especialização em matéria monetária e financeira, é evidente que o CADE já se encontra assoberbado com suas próprias atividades, julgando os processos das várias fusões que lhe cabe e compete julgar por lei.

Paira sobre o CADE a injusta acusação de querer fazer política industrial para o País — suas atribuições estão por demais amplas e deve-se agir no sentido de cooperar na disciplina do mercado financeiro.

Obviamente que se requer algum tipo de controle sobre o processo de concentração na área bancária. Recente estudo divulgado por um banco de investimentos indica que quinze bancos privados detêm mais de 38% de todos os ativos do sistema financeiro, ou seja, cerca de US\$ 174 bilhões.⁸ Outro estudo indicou que a concentração era ainda maior — os cinco principais bancos não-estatais representando cerca de 70% de todo o volume de depósitos privados no País.⁹

Por algumas razões, é o Banco Central que deve manter sob seu controle a aprovação de toda e qualquer atividade no mercado financeiro. Além de ser especializado na tarefa, atos de concentração no mercado financeiro podem ter implicações na política monetária, na ampliação dos riscos sistêmicos e nos parâmetros de fiscalização. A política monetária influencia o volume de moeda e contribui para as decisões de uso dos instrumentos da política monetária, e é de bom alvitre que o Banco Central tenha sob suas rédeas novos multiplicadores de crédito. Por administração dos riscos sistêmicos, a tese de que um banco não pode se tornar *too big to fail*, ou seja, grande demais para ficar insolvente, tornando previsível o auxílio do erário a fim de evitar o efeito dominó — a quebra de um banco, afetando todo o mercado financeiro. Finalmente, é a fiscalização das instituições financeiras responsabilidade do Banco Central (e não do CADE), para atuar de maneira preventiva analisando a conduta das instituições, vigiando o obediência às normas cujo propósito é garantir a estabilidade do sistema bancário. Essas normas incluem matéria que dispõe sobre restrições no balanço (imposição sobre determinados tipos de ativos, exigibilidades sobre certas contas de passivo, etc.), capital mínimo que os bancos devem apresentar e depósitos compulsórios que devem ser mantidos como reservas no Banco Central.

8 Banco ICATU. *Financial report*. May, 1997. p.2.

9 ERNST&YOUNG. *Brazilian banking trends*. p. 15.