

Doutrina

CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS NO SETOR BANCÁRIO

CALIXTO SALOMÃO FILHO

I – Introdução. II – Direito da concorrência e teoria da regulação. III – Regulação concorrencial do sistema financeiro. IV – Condutas anticoncorrenciais.

I – Introdução

O problema fundamental no estudo das condutas anticoncorrenciais no setor bancário está na correta definição da amplitude da disciplina. Em se tratando de setor regulado, sujeito ao poder de polícia governamental, torna-se imperativo verificar quando e como as regras de direito concorrencial podem ser aplicadas.

Para essa verificação, é preciso de início determinar o grau de compatibilidade entre o sistema regulatório e o concorrencial. É preciso verificar se o que se procurou foi criar um sistema regulatório tendente a instituir a concorrência onde ela não exista, suprir as falhas de mercado impeditivas do funcionamento da concorrência, ou então, apurar se o sistema regulatório cumpre algum outro objetivo público ou social não redutível à política de concorrência. Se esse for o caso, então é preciso determinar se a regulamentação exclui totalmente a aplicação do direito concorrencial ou se é possível fazer conviver os dois sistemas (regulatório e concorrencial).

Essa tentativa, de tudo se compatibilizar com o sistema concorrencial, justifi-

ca-se tanto na teoria jurídica como na prática econômica.

Na primeira, por cumprir à risca o preceito do art. 170 da Constituição Federal que, contendo vários princípios a informar a ordem econômica, inclusive o da livre concorrência, sem dúvida clama por uma compatibilização entre eles. É, aliás, hoje já clássico na teoria constitucional a idéia da coabitação e não da exclusão entre princípios.

Na prática econômica, a justificativa está na idéia, hoje plena de significado, que uma das formas mais efetivas de intervenção governamental no campo econômico reside exatamente na aplicação ativa do direito concorrencial ou do direito regulatório concorrencial.

Ao significado e amplitude desse tema será dedicado o próximo tópico.

II – Direito da concorrência e teoria da regulação

A teoria da regulação tradicional sempre viveu de extremos. Central para a discussão ideológica entre esquerda e direita, é herdeira de seu dilema de fundo entre Estado e esfera privada.

No debate, estão de um lado uma série de teorias que podem ser classificadas como *teorias do interesse público*,¹ que procuram justificar a existência da regulação em razão do interesse público envolvido – benefícios aos consumidores e incremento do bem-estar social –, que leva a substituir o mercado como forma de ordenamento do sistema econômico. São, portanto, em sua concepção ideal, essencialmente boas.

De outro existem as *teorias econômicas da regulação*.² De índole exacerbadamente liberal, procuram justificar a regulação com base na oferta e demanda por regulação. Demanda que viria dos grupos afetados pela regulação e oferta que viria em um primeiro momento dos legisladores e, mais avante, dos próprios reguladores. Sustentada em ideais tão fracos, a regulação, conforme vista por essa teoria, acaba por transformar-se em produto da captura das agências governamentais por interesses privados. Tornam-se, portanto, essencialmente más.

Essas visões maniqueístas da realidade jurídica são responsáveis, em boa medida, pela pouca eficiência da regulação, mesmo naqueles setores em que ela é evidentemente necessária. Parece que a experiência hoje já resiliente de fracassos regulatórios sugere via alternativa para a justificação da regulação.

A alternativa mais coerente parece ser a justificativa concorrencial da regulação. Para entender o porquê dessa afirmação é necessário de início afastar um mito. Justi-

ficativa concorrencial da regulação nada tem a ver com a visão liberal ou de mercado da regulação exposta acima. Ao contrário do que por muito tempo se imaginou – e ainda equivocadamente se imagina – uma aplicação coerente dos princípios concorrenciais requer profunda descrença no mercado como instrumento autônomo de tutela do sistema econômico.

A concorrência, e não o mercado, é a palavra-chave de organização do sistema econômico. Essa concepção encontra de resto respaldo expresso na Constituição Federal. Não fazendo o art. 170 qualquer distinção, a concorrência é a princípio aplicável a toda a ordem econômica, esteja ela sob regulamentação ou não. Para que os princípios concorrenciais não se apliquem é necessário uma exceção expressa constitucional ou legal, desde que autorizada pela Constituição.

Impor a existência de concorrência através da regulação e do direito antitruste é profundamente diferente que deixar vigorar as regras do mercado. A consequência desta última é, sem dúvida, a médio e longo prazos, o desaparecimento da concorrência. E a formação de estruturas monopolísticas.

Nessa visão, os princípios concorrenciais não são informadores apenas do direito antitruste por assim dizer clássico, aquele consubstanciado na lei de concorrência e contendo as disciplinas tradicionais das estruturas e das condutas. Podem e muitas vezes devem estar à base de regulamentações governamentais.³

Evidentemente essa regulamentação não é aplicável àquelas áreas em que há

1. Para uma melhor descrição destas teorias, ver artigo "The origins of utility regulation and the 'Theories of Regulation' debate", de George L. Priest, in *The Journal of Law & Economics*, v. XXXVI, 1993, p. 289.

2. Cf. George J. Stigler, "The theory of economic regulation", *Bell Journal of Economics & Management Sciences* 2/3, 1971, e também Richard A. Posner, "Theories of economic regulation", *Bell Journal of Economics & Management Sciences* 5/335, 1974.

3. O sentido aqui atribuído ao termo regulamentação é oriundo da noção de poder de polícia. Trata-se da limitação direta de uma liberdade empresarial individual, normalmente através de uma proibição de contratar, mas que também pode se consubstanciar na imposição de um dever (v. a respeito dos traços característicos do poder de polícia C. A. Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 508).

uma decisão política e constitucional clara no sentido de exercício da atividade no regime de serviço público com substituição do sistema concorrencial. Quando isso não ocorrer, no entanto, a regulamentação concorrencial é de rigor.

No sistema jurídico brasileiro, a prevalência dos princípios concorrenciais em atividades regulamentadas deve se fazer sentir em dois grupos básicos de situações.

Em um primeiro, bastante recente, a *regulamentação é necessária para criar a concorrência onde ela não existe*. Isso ocorre freqüentemente naqueles setores uma vez monopolizados pelo Estado e que são privatizados. Geralmente com as características típicas de monopólio natural, eles são infensos a uma intervenção antitruste tradicional. É necessária uma verdadeira regulamentação concorrencial, ora proibindo per se comportamentos, ora impondo negociações. É o caso do setor de telecomunicações.

A recente lei de telecomunicações e sua regulamentação cria uma verdadeira regulamentação concorrencial do setor, impondo a concorrência. Seu ponto central não poderia ser mais interventivo. Trata-se da regulamentação da *interconexão*, centrada na obrigação imposta às empresas de telefonia fixa de contratar com as de telefonia móvel a interconexão à rede em condições eqüitativas e competitivas. Verdadeira obrigação de contratar, portanto, no interesse do sistema concorrencial.⁴

4. Neste sentido, dispõe a Lei Geral de Telecomunicações nos seguintes artigos: "Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes: I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação; II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional; III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social. Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. Art. 147.

Um segundo grupo de situações é aquele em que a *regulamentação é necessária para garantir a eficácia e segurança do funcionamento do sistema*. Nele se inclui a regulação do sistema bancário. Esses são geralmente os casos mais delicados, pois há no mais das vezes certo conflito, ao menos psicológico, entre o objetivo de tornar o sistema seguro e o de defender (ou criar) a concorrência. Tal oposição é, como se verá mais adiante, meramente aparente. Isto porque estabelecimento da concorrência e segurança do sistema são conceitos complementares e não excludentes, como se verá a seguir.

É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação. (...) Art. 150. A implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional. Art. 151. A Agência disporá sobre os planos de numeração dos serviços, assegurando sua administração de forma não discriminatória e em estímulo à competição, garantindo o atendimento aos compromissos internacionais. Parágrafo único. A Agência disporá sobre as circunstâncias e as condições em que a prestadora de serviço de telecomunicações cujo usuário transferir-se para outra prestadora será obrigada a, sem ônus, interceptar as ligações dirigidas ao antigo código de acesso do usuário e informar o seu novo código. Art. 152. O provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas, garantindo preços isonômicos e justos, atendendo ao estritamente necessário à prestação do serviço. Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação. § 1º. O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado. § 2º. Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão. (...) Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo".

III – Regulação concorrencial do sistema financeiro

a) Princípios gerais: higidez do sistema financeiro e sistema concorrencial

A fiscalização das instituições financeiras do ponto de vista concorrencial é dever não apenas do CADE, mas também do Banco Central do Brasil–BACEN. A Lei 4.595, de 31.12.64, prevê, em seu art. 10, inc. X, letras c e g, que toda fusão, incorporação, transformação e alienação de controle das empresas deve ser autorizada pelo BACEN. O BACEN tem, portanto, com relação às instituições financeiras, a mesma competência fiscalizatória atribuída pelo art. 54 ao CADE com relação à generalidade das empresas.⁵ Por outro lado, tratando-se a lei bancária de regulamento específico, não pode ser derogada pelas disposições mais genéricas da lei concorrencial.

O mesmo pode ser dito com relação ao controle das condutas. O art. 11, inc. VII, da mesma Lei 4.595/64 prevê que ao BACEN compete “exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem”. É possível, portanto, também ao BACEN o exercício do controle comportamental.

Mais do que isso. Os fins da atuação do BACEN são absolutamente consentâneos com a aplicação do direito concorrencial. A própria Lei 4.595/64 expressamente estabelece em seu art. 18, § 2º que “o Banco Central do Brasil, no exercício da

fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos nos termos desta Lei”.

Três outras razões fortíssimas induzem esta conclusão.

Em primeiro lugar, exercendo o BACEN poder de polícia administrativo, deve obedecer, pelas razões antes analisadas, os princípios concorrenciais em sua atuação.

A segunda razão é ainda mais forte. A proteção da poupança popular, objetivo chave da atuação das autoridades de tutela do Sistema Financeiro Nacional–SFN,⁶ é perfeitamente compatível com os objetivos concorrenciais. Aliás, esses últimos objetivos lhe são instrumentais. A excessiva concentração de instituições financeiras, ao invés de diminuir aumenta os riscos para a poupança popular. Quanto maior for o tamanho de uma instituição financeira, tanto maiores e mais sérios serão os prejuízos causados por suas dificuldades e por sua quebra. Dessa forma, uma política coerente de proteção à poupança popular deve levar em consideração o dado concorrencial.

Mas não é só. Em se tratando de controle das condutas é evidente que o risco da falta de controle é sistêmico. As condutas anticoncorrenciais, em sua maioria, visam a exclusão do concorrente. A sua prática pode levar então até mesmo à quebra de instituições financeiras, temor dos temores das autoridades governamentais. Portanto, garantia de segurança do sistema e garantia da concorrência são conceitos inseparáveis.

b) Regulamentação do sistema financeiro: pró ou anticoncorrencial

Apesar dessa clara definição de princípios, que sugere por todas as razões uma

6. Neste sentido há o art. 3º, inc. VI, da Lei 4.695/64 que dispõe sobre os objetivos gerais da política do Conselho Monetário Nacional, aplicável ao BACEN por ser este o responsável por dar-lhe atuação.

5. Tratam-se dos casos em que o particular interesse público existente na atividade (não suficiente, no entanto, para transformá-la em serviço público) leva à atribuição de poder de polícia a um determinado órgão da administração que não o encarregado simplesmente da proteção contra os ilícitos concorrenciais. Nesses casos é necessário estabelecer a relação entre o exercício do poder de polícia e as regras concorrenciais.

clara definição concorrencial na definição e aplicação da disciplina regulamentar, essa não tem sido a tônica da atuação regulamentar e fiscalizatória do BACEN.

Pode-se dizer, sem medo de errar, que os dois grandes pilares da política do Banco Central com relação ao setor financeiro, quais sejam, os requisitos de capital mínimo e os depósitos compulsórios têm componentes anticoncorrenciais que não foram levados em conta pelo BACEN. Na primeira hipótese, porque ao ir muito além dos níveis exigidos pelos acordos de Basileia para capital mínimo,⁷ o BACEN criou imensas barreiras à entrada para novos concorrentes. No segundo caso, ao não diferenciar a porcentagem de depósitos compulsórios em relação ao tamanho da instituição atingida, claramente limitou as possibilidades de concorrência das instituições financeiras de menor porte. Como é sabido, a rentabilidade de uma instituição financeira é feita a partir do montante de capital que esta tem disponível para empréstimo. É a partir desse montante "livre" de recursos que a instituição produz sua lucratividade. Evidentemente as pequenas instituições são mais penalizadas por compulsórios indiferenciados.⁸ A política do BACEN nesse ponto induz à formação de oligopólio.

7. Cf. Resolução CMN 2.099, de 17.8.94, que implementou no Brasil as regras do Acordo da Basileia, elevando substancialmente os limites ali previstos. Tanto isto é verdade que pelo Acordo da Basileia, no cálculo dos limites operacionais de instituições financeiras, o percentual sugerido para capital mínimo é de 8% sobre o montante de ativos (conforme o "Amendment to the Capital Accord to incorporate market risks", de janeiro de 1996, em sua Parte A, subitem II, (b) 3, p. 8), enquanto o Conselho Monetário Nacional adotou percentual de 11%, como se comprova pelo MNI 2-1-2, "Normas Operacionais de Instituições Financeiras e Assemelhadas". Concluindo, o CMN tem se valido de limites mínimos em muito superiores aos praticados internacionalmente.

8. O BACEN, através de suas Circulares, estabelece percentuais fixos quanto ao recolhimento compulsório a ser realizado por instituições financeiras. Não faz o BACEN qualquer diferenciação quanto ao porte da instituição, mas sim quanto à natureza da atividade por ela desempenhada. Como exemplo,

Essas observação não implicam macular toda a política regulamentar do BACEN. Evidentemente essa política é e deve ser precipuamente orientada à manutenção da segurança e solidez do sistema. O que se defende é apenas que, naqueles pontos em que há potencial conflito entre objetivo de segurança e objetivo concorrencial, não seja desconsiderado o último objetivo, como se tem ultimamente feito. Até porque, como já se procurou demonstrar, a criação de um verdadeiro sistema concorrencial favorece e não prejudica a solidez do setor. Essa é a razão pela qual muitas das regras anticoncorrenciais do BACEN são extremamente ineficazes nos objetivos que procuram atingir, em especial no que diz respeito à solidez do sistema.

Exemplo bastante evidente de regulamentação ao mesmo tempo anticoncorrencial e não apta a atingir os objetivos visados é o da regulamentação do sistema de consórcios, que será tratada a seguir.

c) Regulamentação anticoncorrencial ilícita: o caso do sistema de consórcios

Antes de descrever especificamente o caso do sistema de consórcios é preciso fazer breve análise das fontes do poder normativo do BACEN para regulamentar tal setor.

Para a análise da competência regulamentar do BACEN é fundamental o estudo da competência regulamentar do Conselho Monetário Nacional-CMN. Isso porque o BACEN não exerce competência regulamentar originária. Segundo o art. 9º da Lei 4.595, de 31.12.64, ao BACEN incumbe "cumprir e fazer cumprir as disposições que

a Circular 2.867/99 do BACEN, determina que a alíquota de recolhimento compulsório aplicável sobre operações de depósito a prazo, recursos de aceites cambiais e cédulas de debêntures deve ser de 26,5%, para todas as instituições que realizarem tais operações, independentemente de seu porte.

lhes são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

É com base em interpretação bastante ampla e permissiva desse dispositivo que o CMN, caso a caso, outorga (via de regra em suas Resoluções) ao BACEN competência para regulamentar determinadas matérias através de Circulares.

Conseqüência disso é que se aplicam ao BACEN os princípios orientadores do exercício do poder regulamentar pelo CMN previstos no art. 3º da Lei 4.595/64. Entre os vários objetivos de política macroeconômica ali previstos, o legislador incluiu um objetivo de política institucional: “zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras”.

Essa meta é instrumental à persecução do objetivo maior da atuação do BACEN em matéria de regulamentação da atividade privada: *a proteção da economia popular*.

É, aliás, a proteção da economia popular expressamente mencionada na delegação de competência que nos interessa no presente trabalho: aquela para regulamentação e fiscalização da atividade dos consórcios. A Lei 5.768, de 20.12.71, sujeitou à autorização do Ministério da Fazenda o exercício da atividade de consórcio (art. 7º) e conferiu a esse órgão poder regulamentar sobre referida atividade (art. 8º). O objetivo expressamente mencionado no preâmbulo da referida lei é a proteção da economia popular. Evidentemente adstrito a tal objetivo se tornou o BACEN ao lhe serem transferidas tais competências, através do art. 33 da Lei 8.177, de 1º.3.91.

A pergunta que se deve fazer, então, é se tal objetivo seria incompatível com as finalidades do direito concorrencial. Isso porque uma vez inexistindo qualquer imunidade expressa prevista na esfera constitucional à aplicação do direito concorrencial, esse tão-só poderá ser desconsiderado se ficar claramente demonstrada a intenção do legislador de substituir o sistema con-

correncial por sistema regulamentar, de exercício pelo particular de serviço público diretamente tutelado pelo poder público.

Claramente não é isso que se desume da lei. A atividade dos consórcios, como a atividade financeira em geral, não é caracterizada como serviço público e, portanto, não está sujeita a seu regime específico (concessão). Trata-se isso sim de atividade privada dependente de autorização. Autorização para exercício de atividade econômica e concessão de serviço público são institutos absolutamente distintos, como pacificamente reconhece a doutrina.⁹

O regime da autorização permite ao poder público o exercício do poder de polícia. Sua atuação deve ser direcionada de modo a exigir abstenções em nome do interesse público, mas nunca intervindo diretamente, regulando mercados e criando monopólios.

Assim e só assim pode ser entendida a referida regra do art. 8º da Lei 5.768, que dá ao Ministério da Fazenda (atualmente ao BACEN) poder para fixar limites de participantes em consórcios. Essa regra não permite estabelecer uma estrutura societária ideal (ligação ou não a montadoras de veículos) para as empresas de consórcios, propiciando àquelas que estejam liga-

9. Fábio Konder Comparato, em sua obra *Direito Público. Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 240 e ss., afirma que a autorização “é ato administrativo discricionário e unilateral, onde o autorizado não desempenha propriamente um serviço público, mas uma atividade considerada de interesse coletivo”. Distinto, portanto, da concessão, que é contrato (bilateral), e da permissão, por se tratar de outorga de determinado bem público ou a exploração de serviço público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo” (*Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 423).

das às montadoras de veículos, através de regulamentação, a conquista de mercado à custa de empresas menores, não ligadas a montadoras de veículos. E isso por inúmeras razões de ordem moral e jurídica, sendo essas últimas todas de ordem constitucional.

A primeira delas é o velho e tão desrespeitado princípio da isonomia que nesse caso, como se verá, não é considerado nem do seu ponto de vista formal. A razão mais convincente, até por ser lógica antes que jurídica, é a segunda.

Evidentemente, a proteção da economia popular só é compatível com o sistema concorrencial e nunca com os monopólios ou oligopólios. Isso por uma razão muito simples: quanto mais concentrado o poder, maior o risco que a quebra de uma determinada empresa representa para a economia popular. E repita-se aqui que o principal instrumento para a proteção da economia popular é, conforme previsto na Constituição Federal e na lei, a garantia da solvência do sistema. Não é à toa que a Constituição expressamente menciona que a regulamentação do sistema financeiro deverá necessariamente conter: "a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União" (CF, art. 192, inc. VI).

Ora, o público estará tanto mais protegido contra as quebras quanto maior for a diluição do sistema, pois tanto menor será então o impacto de uma eventual quebra. A proteção contra essa possibilidade, por outro lado, deve se fazer através do instrumento de garantia previsto em sede constitucional acima mencionado, que de resto está em vias de ser implementado para o sistema de consórcios.

À luz de todo o exposto deve ser examinada a regulamentação do BACEN relativa aos limites para formação de grupos e os limites de contemplações impostos ao

sistema de consórcios. A análise deve ser necessariamente separada para os consórcios ligados a montadoras e os independentes, já que a legislação estabelece critérios absolutamente distintos quanto aos limites máximos aplicáveis a ambos.

A partir de 1^o.3.91, passou o BACEN a exercer a competência regulamentar e fiscalizadora sobre o sistema de consórcios, em função do já citado art. 3^o da Lei 8.177. Em 30.6.92, usando de seus poderes, o BACEN estabeleceu, através da Circular 2.195, regras limitadoras do número máximo de quotas para cada nível de patrimônio líquido. Ponto importante que deve ser destacado: para os consórcios independentes estabeleceu-se que a limitação seria aplicável ao total de quotas subscritas não contempladas mais o número de quotas contempladas mas cujos bens ainda não foram entregues. Esse critério permite o efetivo controle do crescimento da oferta.

Estabeleceram-se cinco diferentes níveis de consórcios em ordem crescente de valor de patrimônio líquido. Assim, no nível mais alto, com valor de patrimônio líquido superior a 40 vezes o capital mínimo exigido, é possível a existência de no máximo 20.000 quotas. No nível mais baixo, por outro lado, com nível de patrimônio líquido entre uma e quatro vezes o capital mínimo exigido, é possível no máximo a existência de mil quotas de consórcios (Circular 2.195/92 do BACEN, em seus arts. 1^o e 2^o, § 1^o).

Essas regras foram ligeiramente alteradas pela Circular 2.684, de 8.5.96, que modificou alguns dos limites mencionados para as administradoras independentes, não ligadas a montadoras de veículos. Permaneceu o limite máximo de 20.000 quotas para as grandes administradoras (patrimônio líquido ajustado superior a 40 vezes o capital mínimo exigido). O limite mínimo foi ligeiramente alterado, passando o nível 1 a ser composto por administradoras com patrimônio líquido de uma a três vezes superior ao capital mínimo exigido.

O importante é que nestas Circulares o critério sempre foi baseado no *controle da comercialização de quotas*, único que permite fiscalização efetiva de seu cumprimento pelo BACEN. Essas medidas pretendiam sem dúvida dar mais segurança ao sistema, garantindo a liquidez do sistema e protegendo os recursos dos aplicadores em consórcios.

Absolutamente estranhos a esse objetivo, talvez não na intenção mas sem dúvida nos efeitos, foram os privilégios concedidos aos consórcios ligados às quatro grandes montadoras de veículos. Dois foram os privilégios básicos concedidos.

Estabeleceu o art. 2º, § 2º da mesma Circular 2.195/92 que “às administradoras classificadas no nível 5, controladas por fabricantes, admite-se, alternativamente ao limite de que trata o parágrafo anterior, concessão de quotas em número suficiente para a formação de grupos que propiciem contemplação mensal até teto a ser semestralmente fixado pelos fabricantes, que não excederá 5% (cinco por cento) do volume da produção média mensal da controladora destinada ao mercado interno verificada no semestre anterior”.

Sucessivamente, através da Circular 2.467, de 17.8.94, o BACEN modificou ligeiramente o dispositivo supracitado passando a vinculação a ser de 5% da produção verificada no trimestre anterior, o que, em época de produção em alta representou nova e substancial ampliação do número de grupos que poderiam formar as administradoras ligadas a montadoras. Esse critério foi mantido inalterado pelo art. 3º da Circular 2.684/96.

Com a recente Circular 2.861, de 10.2.99, ampliou o BACEN os limites para as administradoras ligadas a montadoras. Segundo essa Circular, a contemplação mensal poderá atingir até o percentual de 30% sobre o volume médio produzido para o mercado interno pelo fabricante que a administradora se vincula. Essa alteração

acaba por aumentar, em muito, a capacidade operativa das administradoras ligadas a montadoras, frente às duras limitações sofridas pelas administradoras independentes.

Duas são as diferenças básicas que se podem notar em relação ao regime a que estão sujeitos os consórcios independentes: em primeiro lugar, o fato de que é dado aos consórcios ligados a montadoras ultrapassar o limite máximo de 20.000 quotas, mesmo que tenham uma relação entre patrimônio líquido ajustado e o capital mínimo exigido igual ao dos consórcios independentes e, portanto, ofereçam do ponto de vista jurídico garantia absolutamente idêntica à oferecida pelas administradoras independentes para os aplicadores em consórcio. Isso porque sendo as administradoras de consórcio organizadas em sua maioria como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, é apenas o seu próprio patrimônio e não aquele das sociedades a ela ligadas que garante o cumprimento das obrigações perante os consorciados.

A segunda diferença é ainda mais importante que a primeira: enquanto para os consórcios independentes o critério de controle se baseia no número de grupos em andamento, para as montadoras o critério é o número de contemplações. Essa diferença tem uma consequência relevantíssima.

Enquanto para as administradoras independentes é possível o controle e fiscalização pelo BACEN, os consórcios ligados a montadoras ainda que formalmente sujeitos a fiscalização na prática estão dela imunes.

A razão para isso é muito simples: uma vez formados os grupos (livremente) é absolutamente impossível controlar as contemplações. Existindo grupos de diferentes prazos de duração, muitos deles podem convergir em um mesmo mês. Mais do que isso. Não é econômica ou legalmente possível à administradora recusar-se a contemplar ou suspender as contemplações. Sendo livre a formação dos grupos é absolutamente impossível controlar as contem-

plações. Assim, as administradoras ligadas a montadoras encontram-se hoje em um regime de virtual liberdade de formação de grupos e contemplação.

A conseqüência da diferença de regulamentação entre as administradoras de consórcio independentes e aquelas ligadas a montadoras é bastante substancial.

O crescimento do setor se fez portanto à custa quase que exclusivamente do crescimento das quatro grandes administradoras ligadas a montadoras. O que ocorreu, por força da regulamentação diferenciada introduzida para os dois tipos de administradoras (ligadas a montadoras e independentes), foi portanto uma transferência maciça de mercado das últimas para as primeiras. Não é de espantar, portanto, *que a participação das quatro grandes administradoras no setor tenha passado de 15,3% em junho de 1992 para 31,4% em abril de 1996, crescimento de 105% em menos de 4 anos.*

A regulamentação emanada do BACEN caracteriza uma conduta tendente à dominação do mercado e portanto uma violação cumulativa da Constituição Federal (art. 173, § 4^a) e da Lei Antitruste (art. 20, inc. II da Lei 8.884/94). Foi ela, exclusivamente ela, que permitiu o ganho de substancial fatia do mercado pelas administradoras ligadas a montadoras.

IV – Condutas anticoncorrenciais

No tópico anterior foram analisadas basicamente as condutas anticoncorrenciais do próprio BACEN, em sua atuação no sentido de promover a concentração e a cartelização do mercado. Cumpre agora estudar as condutas bancárias propriamente ditas, i.e., aquelas condutas anticoncorrenciais das próprias instituições financeiras.

a) A influência do poder financeiro

– Poder financeiro “versus”
poder no mercado

Postulado importante do direito antitruste é que poder financeiro não deve ser

confundido com poder no mercado. O poder financeiro em si não atribui poder no mercado, mas isso não significa que a má utilização do poder financeiro não deva ser punida pelo direito antitruste.

O maior perigo representado pelo excessivo poder financeiro está na sua utilização estratégica. Um dos campos mais férteis da teoria concorrencial moderna é exatamente o estudo dos comportamentos estratégicos. Completamente ultrapassada nessa área está a concepção neoclássica da auto-regulação pelas forças de mercado. É também indiscutível que elemento fundamental para o comportamento estratégico é o poderio financeiro do agente, que lhe permite enfrentar guerras de preços e suportar por períodos mais elásticos níveis de preços inferiores aos custos, que lhes permitam eliminar os concorrentes do mercado.

Não é, no entanto, possível saber de antemão se o poder financeiro será efetivamente utilizado para eliminar os concorrentes do mercado. Isso porque esse tipo de estratégia é, em regra, demorada e de resultados duvidosos. É, portanto, incerto que as empresas venham a perseguir tais objetivos.

Note-se, por outro lado, que mesmo a análise comportamental das reduções de preços é bastante complexa. Nem sempre é possível, à vista de comportamentos concretos, saber se há a intenção ou mesmo a possibilidade de eliminar os concorrentes. Como, então, presumir a possibilidade dessa eliminação em sede de uma análise meramente estrutural como é a realizada nas concentrações?¹⁰

É interessante notar que, mesmo expressivos nomes na doutrina, como é o caso de H. J. Mestmäcker, que defendem o

10. Como com razão já se salientou em doutrina, seria muito estranho o direito concorrencial que punisse preventivamente e *per se* uma estrutura apta a reduzir os preços, que é, em última análise, objetivo central do sistema concorrencial – v. R. Pitofsky, “Proposals for revisited United States merger enforcement in a global economy”, in *Georgetown Law Journal* 81/195 (203), 1992.

sancionamento do poder meramente financeiro como meio de garantir a igualdade de oportunidade entre os empresários, ao chegar o momento de definir os casos considerados ilícitos, utilizam-se exclusivamente de casos que podem ser definidos como concentrações horizontais ou verticais, i.e., onde o poder no mercado está efetivamente presente.¹¹

Se o poder financeiro não deve ser objeto de atenção da disciplina das estruturas, deve ser tratado com todo rigor pela disciplina das condutas. A preocupação com as condutas é particularmente grave em se tratando de instituições financeiras. Para elas o poder financeiro se transforma diretamente em poder de mercado diante dos poupadores ou das empresas que com tais instituições contratam.

A razão para isso é que, exatamente por força de seu poder financeiro, as instituições financeiras em geral e os bancos em particular são capazes de criar forte relações de dependência com os tomadores de empréstimo. A doutrina societária chega até mesmo a identificar nessa relação uma das formas de controle externo das companhias.¹²

11. V. H. J. Mestmäcker in *GWB Kommentar*, München, Beck, 1992, sub. § 24, p. 1.109. Note-se que é o próprio autor a fazer a ressalva de que "einer der wesentlichen Gründe für die Fusionskontrolle darin besteht, diejenigen marktbedingten Vorsprünge im Wettbewerb zu verhindern, die durch Verhaltensnormen nicht erfassbar sind" (p. 1.106). Pouco claros permanecem os motivos pelos quais o autor acredita que essa eventual vantagem concorrencial, ou, ao menos, a vantagem concorrencialmente punível, não seja passível de controle pela disciplina dos comportamentos.

12. Fábio Konder Comparato, em sua obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 68 e 69, ilustra algumas hipóteses em que o controle de uma sociedade acaba sendo exercido por ente estranho a qualquer dos órgãos sociais (controle externo), como próprio resultado de uma situação de endividamento da sociedade, pois, "em razão do seu direito de crédito, cuja execução forçada pode levar a companhia à falência, o credor passa, muita vez, a dominar a devedora, comandando a sua exploração empresarial".

A situação é semelhante à tradicional preocupação da doutrina antitruste com os adquirentes de equipamentos em relação a seus serviços de manutenção. Os consumidores ficam presos (*locked in*) aos produtos adquiridos e aos fornecedores de peças de manutenção criando-se um verdadeiro monopólio.¹³

No campo bancário, a vinculação do tomador de empréstimos vem da diferença de poder financeiro entre ele e o banco emprestador. Dependendo da renovação do empréstimo ou vinculados ao banco pelo tamanho dos empréstimos tomados, não podem os tomadores de empréstimo se opor à instituição financeira, que é capaz via de regra de vender-lhe uma série de produtos que não necessita (venda casada clássica).

De outro lado, a política concentrativa do BACEN tem levado à enorme disparidade de forças e poder financeiro entre as grandes e as pequenas e médias instituições bancárias. Isso acresce e muito o risco de condutas predatórias, pelas razões que serão analisadas a seguir.

b) *Velocidade de eliminação e barreiras à entrada*

A política concentracionista do BACEN cria dois importantes estímulos indiretos às condutas anticoncorrenciais ilícitas que não podem deixar de ser mencionados.

Em primeiro lugar, como já referido, a disparidade de poder criada torna mais fácil a eliminação do concorrente. Como se verá, fundamental para a decisão estratégica de embarcar em uma guerra de preços e a convicção de poder eliminar o concorrente sem excessiva perda financeira. Isso só existe quando há a razoável perspectiva de poder eliminar o concorrente em um curto espaço de tempo. É então de extremaaju-

13. Essa questão foi discutida no famoso caso Kodak, última decisão relevante da Corte Suprema americana em matéria de venda casada (*Kodak Co. v. Image Technical Services* 112 S. Ct. 2072-1992).

da que o poder financeiro do predador seja bastante superior ao da vítima.

Um segundo elemento muito relevante é a política do BACEN bastante restritiva com relação à entrada de novos concorrentes. A verdadeira barreira legal à entrada de novos concorrentes facilita e muito as condutas tendentes à eliminação do concorrente e as práticas de abuso do poder econômico.

As primeiras porque garantem que após uma guerra longa para eliminação, o predador não seja logrado pela entrada de novos concorrentes.

Na segunda hipótese – abuso do poder econômico – a existência de barreiras à entrada é fundamental para a própria existência do poder econômico e, portanto, para a caracterização do abuso em seu exercício.

c) Preços predatórios e comportamento estratégico

A teoria dos preços predatórios é em absoluto uma das mais debatidas no direito antitruste. Especialmente debatidos são os casos em que os preços predatórios podem ser entendidos com forma racional de eliminar o concorrente do mercado.

Discute-se já de há muito quais os critérios que podem informar a elaboração de presunções nessa matéria. O primeiro e mais importante deles é o do preço praticado. Hoje, não há mais dúvida de que esse deve ser inferior ao custo de produção. Dúvida há quanto ao custo que deva ser usado, podendo-se em uma interpretação mais conservadora e mais segura usar o custo total como critério básico.

A seguir há a tradicional polêmica entre neoclássicos¹⁴ e defensores da teoria

dos comportamentos estratégicos.¹⁵ Enquanto para os primeiros há necessidade de incorrência de demonstração da possibilidade de recuperação, para os segundos, argumentando de uma maneira talvez economicamente menos rigorosa do ponto de vista formal, mas sem dúvida logicamente mais atrativa, a recuperação não é necessária. Basta que seja possível eliminar o concorrente. A recuperação é inexigível, pois tanto pode ser obtida diretamente através da cobrança de preços monopolísticos como indiretamente através da criação de reputação de feroz competidor, criando o receio da competição de preços futura por parte dos concorrentes.

Dentro dessa teoria geral muito resumidamente descrita, a concorrência no setor bancário insere-se com particular ênfase. Duas são as características específicas que fazem com que os preços predatórios sejam particularmente preocupantes no setor bancário.

A primeira é a já referida *política concentracionista do Banco Central do Brasil*, que leva à criação de grandes disparidades de poderio econômico e financeiro entre concorrentes. Isso torna a predação um risco muito mais real, exatamente porque aumenta em muito a velocidade de eliminação. Quão mais fraco for o concorrente, mais rápido se exaurirão seus recursos financeiros em uma guerra de preços. Isso torna a estratégia mais “barata” para um predador com boa capacidade financeira.

Outro problema relevante causado pela especificidade da operação bancária está na extrema dificuldade em desvendar ou até mesmo descobrir a estrutura de custos da instituição financeira. As cobranças são tão complexas e tão numerosas para os mais díspares serviços, que a predação pode ser facilmente mascarada através da mani-

14. P. Areeda, D. Turner, “Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act”, in *Harvard Law Review* 88/697, 1975, nesse aspecto adotando por inteiro os princípios neoclássicos.

15. O. Williamson, “Predatory pricing: a strategic and welfare analysis”, in *Yale Journal* 87/284, 1977.

pulação da alocação de custos nessa ou naquela atividade específica.

d) *Negociação compulsória*

Sob a denominação de negociação compulsória abrigam-se alguns dos mais clássicos ilícitos do direito antitruste: venda casada, recusa de contratar, reciprocidade etc.

Todos causam preocupação do ponto de vista concorrencial. Para todos a razão é a mesma. Como já explicado, o poder financeiro das instituições financeiras cria uma relação de dependência por parte das empresas devedoras.

Essa dependência permite às instituições financeiras praticar toda a espécie de coerção sobre os clientes. Economicamente, poder-se-ia afirmar que há a criação de verdadeiro poder econômico sobre os clientes, que se vêem vinculados àquela instituição financeira (*locked in*).¹⁶

Práticas bastante comuns identificadas pela doutrina são a exigência de aquisição de outros produtos do grupo econômico a que pertence o Banco (v.g., seguros da companhia seguradora ligada ao Banco).

Também não anormal é a cobrança de taxa de juros acima das de mercado para renovação de empréstimos. Sobretudo em presença de garantias satisfatórias que eliminam o risco acrescido que pode derivar da renovação de empréstimo a empresa em

dificuldades, a exigência de taxa de juros não competitivas ou de vantagens colaterais mostra-se claramente ilícita (art. 20, inc. II c/c art. 23 da Lei 8.884/94).

e) *Conclusão*

Tudo o que foi dito acima parece demonstrar, sem sombra de dúvida, o entrelaçamento entre regulação e direito da concorrência no setor bancário.

De um lado, como visto, os efeitos de uma regulamentação anticoncorrencial são dificilmente dissipáveis pelos instrumentos concorrenciais tradicionais. Ao contrário, uma regulamentação anticoncorrencial pode tornar até mais eficazes e difíceis de controlar os ilícitos concorrenciais.

De outro lado, é negável que a garantia da solidez do sistema é o elemento fundamental da regulamentação. Ocorre que, como a experiência tem demonstrado, esse objetivo não pode ser bem atingido sem a criação de um real sistema concorrencial. A existência de concorrência é, portanto, fundamental, para garantir a eficácia da regulamentação.

O entrelaçamento e a complementariedade entre aplicação do direito concorrencial e regulamentação prudencial do sistema financeiro são portanto completos. Espera-se que essa constatação teórica sirva de estímulo à cooperação, prática e construtiva, entre CADE e BACEN.¹⁷

16. É exatamente na dependência e na coerção dela derivada que identifica a doutrina o fulcro da ilicitude da negociação compulsória. O conceito de dependência vem expresso e claramente definido no § 26, Abs 2, GWB (Lei Concorrencial alemã).

17. Essa cooperação é de resto imposta pela própria lei. Tendo ambas as autarquias competência para a regulação do setor (cf. arts. 10, inc. X, letras c e g e 11, inc. VII da Lei 4.595/64, e art. 7^a da Lei 8.884/94), a atuação de ambos nesse setor jamais será eficaz sem uma repartição acordada de atribuições. Fórmula interessante e extremamente eficaz, adotada em outros países (EUA e Canadá), seria a obrigatorie-

dade de consideração pelo BACEN de parecer prévio elaborado pelo CADE para a aprovação de qualquer concentração entre instituições financeiras. No campo do controle das condutas anticoncorrenciais, o ideal seria um processo inverso. De maneira semelhante ao que ocorre no caso da ANATEL, o BACEN deveria instruir os processos sobre condutas anticoncorrenciais e enviá-los ao CADE para julgamento com seu parecer prévio (cf. art. 7^a, §§ 1^a e 2^a da Lei 9.472/97; arts. 16, XX e 18, parágrafo único do Decreto 2.238/98 e Resolução 59/98 da ANATEL que aprova o regimento interno do Comitê de Defesa da Ordem Econômica).