

RESUMO

O objetivo deste trabalho é discutir a aplicação da legislação de defesa da concorrência no setor bancário em relação a cinco aspectos:

1. experiência internacional de interação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação bancária;
2. aplicabilidade da Lei 8884/94 ao setor bancário tendo em vista a legislação específica do segmento;
3. adequação de tal aplicação tendo em vista as peculiaridades do setor, em particular as questões relativas ao risco sistêmico existente em determinadas conjunturas;
4. providências necessárias para conferir segurança jurídica aos atos realizados desde a edição da Lei 8884/94, bem como ao *phasing in* de regulação concorrencial do setor;
5. eventuais adaptações que seriam necessárias para aplicação da Lei 8884/94 ao setor.

O estudo apresenta argumentos econômicos e jurídicos para um sistema de competências complementares entre o Banco Central e o CADE, além de sugerir mecanismos operacionais para sua implementação prática.

PALAVRAS-CHAVE

Defesa da concorrência; Regulação; Setor bancário; Antitruste; Competências concorrentes; Direito concorrencial; Sistema financeiro.

ABSTRACT

The objective of this research is to discuss the application of competition law to the banking sector regarding five aspects:

1. survey of the international experiences of interaction between competition and banking authorities;
2. applicability of Law 8884 of 1994 to the banking sector;
3. desirability of competition law to the banking sector given the systemic risk;
4. measures to assure legal certainty for banks;
5. possible adaptation of the Law 8884 for its application to the banking sector.

The research presents legal and economic arguments for a complementary cooperation framework between Central Bank and CADE, and also suggests operational mechanisms for its implementation.

KEY WORDS

Competition policy; Regulation; Bank sector; Responsible authorities; Competition law; Financial system;

SUMÁRIO

| | | |
|------|--|----|
| I. | Introdução | 6 |
| 1. | Modelos possíveis de interação entre a autoridade de defesa da concorrência e o órgão regulador..... | 9 |
| 1.1. | Critérios para a escolha do desenho institucional ótimo no setor bancário..... | 17 |
| 2. | Estrutura do trabalho | 21 |
| II. | Experiência internacional de interação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação bancária..... | 22 |
| 1. | Austrália..... | 25 |
| 2. | Áustria..... | 25 |
| 3. | Canadá..... | 26 |
| 4. | República Tcheca | 27 |
| 5. | Finlândia | 28 |
| 6. | França..... | 28 |
| 7. | Alemanha | 29 |
| 8. | Grécia..... | 29 |
| 9. | Hungria | 30 |
| 10. | Itália | 30 |
| 11. | Japão | 31 |
| 12. | México | 31 |

| | |
|--|----|
| 13. Noruega..... | 32 |
| 14. Polônia | 33 |
| 15. Espanha | 33 |
| 16. Suécia..... | 34 |
| 17. Suíça..... | 34 |
| 18. Turquia..... | 35 |
| 19. Reino Unido | 35 |
| 20. Estados Unidos | 36 |
| 21. Comissão Européia | 37 |
| 22. Eslováquia | 37 |
| III. Aplicabilidade da Lei 8.884/94 ao setor bancário | 38 |
| 1. O fenômeno da recepção constitucional..... | 39 |
| 2. Natureza ordinária da norma de conteúdo concorrencial prevista na Lei 4595/64..... | 44 |
| 3. Harmonização sistêmica entre as normas concorrenciais da Lei 4595/64 e da Lei 8884/94 | 46 |
| IV. Aspectos econômicos da defesa da concorrência no setor bancário..... | 48 |
| 1. Concentração, concorrência e risco sistêmico | 49 |
| 2. Concorrência e reestruturação do sistema financeiro brasileiro..... | 53 |
| V. Adaptações necessárias à defesa da concorrência no setor bancário..... | 60 |
| 1. Condutas..... | 60 |

| | |
|---|----|
| 2. Atos e contratos do artigo 54 da Lei 8884/94..... | 61 |
| VI. Adaptações na regulamentação da Lei 8.884/94, visando sua aplicação ao setor bancário | 63 |
| 1. A apuração de infração à ordem econômica | 64 |
| 2. A análise de atos ou contratos previstos no artigo 54 da Lei 8884/94 | 64 |
| 2.1. Resolução para análise de atos de concentração no setor bancário | 65 |
| 2.2. Formulário de apresentação de atos de concentração no setor bancário..... | 67 |
| VII. Anexo – Determinação do mercado relevante | 72 |
| Instruções para cálculo do índice HHI | 74 |
| VIII. Bibliografia | 76 |

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO: O CASO DO SETOR BANCÁRIO*

Gesner Oliveira^{1, 2}

I. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é discutir a aplicação da legislação de defesa da concorrência no setor bancário em relação a cinco aspectos:

- i) experiência internacional de interação entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação bancária;
- ii) aplicabilidade da Lei 8884/94 ao setor bancário tendo em vista a legislação específica do segmento;
- iii) adequação de tal aplicação tendo em vista as peculiaridades do setor, em particular as questões relativas ao risco sistêmico existente em determinadas conjunturas;
- iv) providências necessárias para conferir segurança jurídica aos atos realizados desde a edição da Lei 8884/94, bem como ao *phasing in* de regulação concorrencial do setor;

* O NPP agradece aos alunos que participaram da pesquisa que originou o presente relatório como auxiliar de pesquisas, Carlos Jacques Vieira Gomes, e como monitora de pesquisas, Samantha Lara de Oliveira.

¹ Gesner Oliveira, Presidente do CADE, Professor da EAESP/FGV, Doutor em Economia pela Universidade da Califórnia (Berkeley).

² Agradecimentos a Carlos Jacques Vieira Gomes, Assessor Processual do CADE, Mestrando em Direito Público (Universidade de Brasília), que participou da pesquisa que originou o presente relatório e a Paulo Augusto Furtado Mendonça, participante do Programa de Intercâmbio do CADE (janeiro/2000), que colaborou para a confecção deste estudo.

v) eventuais adaptações que seriam necessárias para aplicação da Lei 8884/94 ao setor.

A defesa da concorrência ganhou importância crescente nos últimos cinco anos no Brasil, conforme descrito em projetos recentes promovidos por este NPP³.

No entanto, a aplicação da legislação antitruste tem sido limitada no setor bancário, gerando dúvidas sobre sua vigência para este segmento. Os Quadros 1 e 2 contêm os casos em tramitação ou julgados pelo CADE em que participa instituição financeira ou o mercado relevante pertence ao sistema financeiro nacional (SFN):

Quadro 1

Participa Instituição Financeira ou o Mercado Relevante Envolvido Pertence ao SFN

| TIPO | JULGADOS | EM TRAMITAÇÃO | TOTAL |
|---------------------|----------|------------------|-------|
| Conduta | 3 | 1 | 4 |
| Ato de Concentração | 1 | 4 | 5 |
| Consulta | 1 | 0 | 1 |
| Total | 5 | 5 | 10 |

Fonte: CADE

O Quadro 2, da mesma forma, demonstra a interseção dos casos que contam com a participação de instituição financeira em mercado relevante do sistema financeiro nacional:

³ OLIVEIRA (1999).

Quadro 2

| | | Mercado Financeiro Relevante | |
|--------------------------|-----|------------------------------|---------------|
| | | Sim | Não |
| Instituições Financeiras | Sim | 6 (A a F) | 1 (G) |
| | Não | 3 (H a J) | Não se aplica |

Segue o histórico dos casos apontados acima:

- A. AC 63/95. Banco Bradesco, Real Administradora de Cartões de Crédito.
- B. AC 87/96. BFB e Américas Finance Company Limited.
- C. AP 16434/97. Magril x Banco do Brasil S/A.
- D. AP 26479/95. Loteria do Rio de Janeiro x Caixa Econômica Federal.
- E. PA 22500/96. American Express x Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.
- F. AC 25746/96. Banco Crefisul e Banco Itamarati.
- G. AC 3344/99. Banco BBA, Banco Sul América, Nevada Woods Sociedade Anônima.
- H. AC 5424/99. CIM – Comercial e Importadora Ltda, Daimlercrysler Administradora de Consórcios e Starexport Trading S/A.
- I. CO 11/94. Ancor – Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias.
- J. AP 17208/94. José Dirceu x Febraban (elevação das tarifas bancárias).

Os números do Quadro 1 contrastam, por exemplo, com a profunda reestruturação do segmento bancário, fruto de dezenas de operações de fusões, aquisições, liquidações e ingresso de instituições estrangeiras. Seria lícito indagar porque um maior número de casos não teria chegado ao CADE.

Assim, a competência legal do CADE no setor bancário e sua relação com as funções exercidas pelo Banco Central constitui questão central deste trabalho. Em estudo anterior para o NPP⁴, desenvolveu-se classificação dos possíveis modelos de interação entre a autoridade antitruste e o órgão regulador setorial, sumariado na Subseção 1. A Subseção 2 mostra como o trabalho está organizado para atingir os cinco objetivos enunciados acima.

1. MODELOS POSSÍVEIS DE INTERAÇÃO ENTRE A AUTORIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O ÓRGÃO REGULADOR

Conforme desenvolvido em projeto anterior a este NPP, verifica-se uma multiplicidade de arranjos institucionais possíveis entre agências de regulação setorial e autoridades de defesa da concorrência. De fato, as molduras institucionais variam de acordo com os distintos países e, em um mesmo país, de acordo com os diferentes segmentos econômicos e fases de desenvolvimento.

Tal variabilidade institucional não reflete apenas as diferentes opções de política por parte do legislador, mas corresponde a um estágio específico de desenvolvimento. Vale à pena discutir, por conseguinte, quais as alternativas de divisão eficiente de trabalho entre os dois tipos de agência nas áreas crescentes de interseção entre regulação e defesa da concorrência.

⁴ Oliveira (1998).

Tomando como referência trabalho recente do Secretariado da OCDE⁵, a arquitetura de um sistema legal qualquer admitiria cinco opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação, esquematizadas nos Quadros 3 a 7.

Para o entendimento da divisão estabelecida é útil distinguir três funções:

- regulação técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado.
- regulação econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.
- Lei de Concorrência (LC): principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência.

As cinco alternativas ilustradas nos Quadros 3 a 7 correspondem a diferentes distribuições das três funções entre os dois tipos de autoridade descritas acima:

- i) Isenção antitruste: agências regulatórias (AR), o Banco Central no caso, aplicam legislação de defesa da concorrência, prevalecendo sempre a legislação específica sobre eventual comando geral da lei antitruste. Neste caso, a agência regulatória realiza as três tarefas assinaladas acima, recaindo a ênfase sobre aspectos regulatórios, sem deixar espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se mesmo conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica por determinação expressa.

⁵ OCDE (1999).

Quadro 3**Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 1
(isenção antitruste)**

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | — | — | — |
| AR | X | X | X |

- ii) Competências Concorrentes: tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as regulatórias têm competência para aplicar sanções antitruste, bem como para estabelecer normas de regulação econômica.

Quadro 4

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 2
(competências concorrentes)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | X | — | X |
| AR | X | X | X |

- iii) Competências Complementares: as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste.

Quadro 5

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 3
(competências complementares)

| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | X | — | — |
| AR | X | X | X |

- iv) Regulação Antitruste: a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica. Trata-se de caso simétrico a i) em que a ênfase maior tipicamente recairia sobre a legislação antitruste, restringindo-se a regulação ao mínimo necessário.

Quadro 6

Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 4
(regulação antitruste)

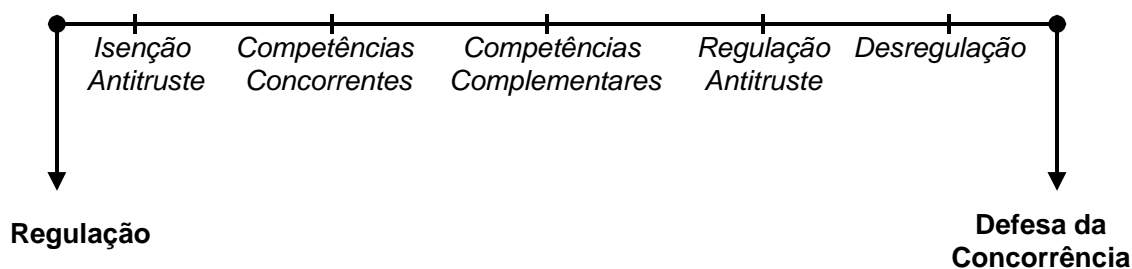
| | LC | RT | RE |
|----|----|----|----|
| AC | X | X | X |
| AR | — | — | — |

- v) Desregulamentação: competência exclusiva recai sobre a autoridade antitruste, eliminando-se, inclusive, as regulações de caráter técnico e econômico.

Quadro 7**Possíveis Configurações Institucionais: Modelo 5
(desregulamentação)**

| | LC | RT | RE |
|---------------|----|----|----|
| AC | X | — | — |
| AR | | | |

Note-se que as possibilidades dos Quadros 3 a 7 podem ser alinhadas em ordem crescente da importância dos mecanismos de mercado, conforme sugerido pelo Quadro 8.

Quadro 8***Continuum de Configurações Institucionais***

As possibilidades descritas acima parecem compatíveis com o elenco de alternativas de configuração institucional sugerido em Banco Mundial (1998, p. 24-28). Destaca-se, neste estudo, a alternativa de a autoridade de defesa da concorrência tornar-se uma corte administrativa para recursos de decisões de agências regulatórias. Isto seria compatível com uma ou mais variantes das configurações discutidas.

Poder-se-ia imaginar, por exemplo, na hipótese do sistema de competências complementares, que tão-somente nos casos que envolvessem matéria antitruste, as agências regulatórias poderiam se transformar em órgãos de instrução que emitiriam decisão a ser recorrida de ofício a tribunal da concorrência de caráter administrativo. Neste caso, haveria uma substituição da atual Secretaria de Direito Econômico (SDE) pela agência regulatória relevante, como é o caso no segmento de telecomunicações. A complementaridade, nesta hipótese, não estaria mais delimitada pela distinção entre defesa da concorrência e regulação, mas pelas atividades de instrução e julgamento, sendo concorrentes as competências entre as agências regulatória e antitruste no tocante à legislação de defesa da concorrência.

1.1. Critérios para a escolha do desenho institucional ótimo no setor bancário

A escolha de uma configuração institucional ótima não é um processo simples. Tampouco seria razoável afirmar que existe um único modelo a ser adotado. As diferentes configurações apresentam vantagens e desvantagens dependendo de conjunturas e situações específicas. Cinco fatores parecem relevantes:

1. Flexibilidade institucional: o elevado ritmo de mudança tecnológica pode transformar um antigo monopólio natural em mercado concorrencial, exigindo uma mudança regulatória. Na mesma direção, novos processos produtivos e surgimento de novos produtos podem alterar o grau de substituíbilidade na demanda e/ou na oferta. Assim, seria desejável que os órgãos regulatórios fossem suficientemente flexíveis para lidar com tais mudanças estruturais;
2. Eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico: o ritmo da atividade econômica requer decisão rápida e segura. Processos burocráticos morosos aumentam a incerteza, diminuindo a rentabilidade esperada do investimento. No tangente à divisão de trabalho entre defesa da concorrência e regulação, as variáveis relevantes são: i) a existência ou não de economias de escopo e escala nas atividades regulatórias setoriais e entre defesa da concorrência e regulação; ii) os custos burocráticos de transação entre unidades relativamente autônomas. Conforme discutido adiante, o desenho institucional dependerá, do ponto de vista estritamente da eficiência operacional, da combinação destes dois itens;
3. Custo burocrático de transação: analogamente à noção de custos de transação da teoria da firma, é útil definir o custo burocrático de transação como aquele associado à elaboração de acordos e rotinas operacionais interinstitucionais⁶;

⁶ Esta analogia ao conceito já clássico de custos de transação desenvolvido por Williamson foi sugerida em debate na Fundação Getúlio Vargas por Lucia Helena Salgado, em dezembro de 1997.

4. Minimização do risco de conflito de competências: quando mais de uma instituição tem atribuição em certa matéria ou quando duas ou mais instituições têm competências próximas surge o risco de um conflito de competência que, em geral, acarreta demora, incerteza e, conseqüentemente, insegurança jurídica. Seria ocioso insistir a respeito da importância destes elementos para o setor bancário;
5. Minimização do risco de captura: conforme discutido em Oliveira (1998, p. 38-39), e de acordo com o trabalho original de Stigler (1971), a experiência regulatória dos países maduros revela uma elevada probabilidade de “captura” das agências regulatórias pelos segmentos que deveriam ser regulados. Independentemente de problemas éticos, verificou-se elevada propensão dos “regulados capturarem os reguladores” em virtude de assimetria de informação em desfavor do setor público e da natural identidade profissional entre os especialistas com função judicante temporária e os segmentos sujeitos a uma determinada jurisdição administrativa. O grau em que o recrutamento e o futuro profissional das autoridades regulatórias se restringe ao setor regulado constitui variável relevante para a propensão à captura.

Indica-se, a seguir, como os modelos descritos antes se comportam do ponto de vista dos critérios assinalados acima:

O Modelo 1 (M₁) – de isenção antitruste - não apresenta a flexibilidade desejada, pois não há incentivos para a autoridade regulatória eliminar os controles sobre o mercado na hipótese de mudanças estruturais. Em compensação, dada a concentração de atividades em uma instituição, é possível supor que haja economias de escala. No entanto, o risco de captura é elevado, pois tipicamente este desenho privilegia órgãos setoriais especializados com forte identidade com os segmentos que deveriam, em princípio, monitorar e fiscalizar. Destaque-se, por fim, a vantagem de não haver risco de conflito jurisdicional.

O Modelo 2 (M₂) – de competências concorrentes – acusa maior flexibilidade institucional na medida em que incorpora uma autoridade que, em princípio, estaria propensa a promover a concorrência e não teria resistência burocrática à eliminação da regulação setorial. Perdem-se, contudo, eventuais economias de escala, uma vez que se introduz nova estrutura burocrática. A sobreposição de função tende a eliminar, igualmente, economias de escopo. Em compensação, diminui o risco de captura ao introduzir uma outra agência que, em princípio, zelaria pela ótica mais geral da defesa da concorrência.

O Modelo 3 (M₃) - de competências complementares – é similar ao de competências concorrentes, exceto pela especialização das autoridades regulatórias em regulação técnica e econômica e das de defesa da concorrência na aplicação da legislação antitruste. Tal como no Modelo 2, isto eliminaria eventuais ganhos em economias de escopo. Além de manter os ganhos em termos de menor risco de captura, este modelo tem a vantagem de apresentar menor potencial de conflito entre jurisdições, uma vez que os papéis de cada órgão não se sobrepõem.

O Modelo 4 (M₄) – de regulação antitruste – somaria aos ganhos do Modelo 3 eventuais economias de escopo, aliado à redução do custo burocrático de transação pelo fato do processo decisório envolver uma única agência. Assim como no Modelo 1, e teoricamente no Modelo 3, não há risco de conflito jurisdicional. Em se tratando de uma única agência, supõe-se que o risco de captura seja relativamente maior, ainda que atenuado pelo fato de se tratar de órgão geral e não meramente setorial.

A definição do modelo ótimo no setor bancário depende de uma análise minuciosa em pelo menos dois pontos:

- i) avaliação da importância relativa em uma determinada situação histórico-concreta de cada um dos cinco fatores discutidos antes.

Se, por exemplo, a minimização do risco de captura fosse considerada uma variável fundamental, seria aconselhável optar por um modelo de multi-agências. Alternativamente, o privilégio a critérios de flexibilidade e atualização regulatória diante de mercados dinâmicos conferiria maior peso às vantagens do Modelo 4.

Caberia, neste ponto, atenção a dois fatores: economias de escala e sobretudo de escopo e a magnitude dos custos burocráticos de transação. O Quadro 9 contém as possibilidades a serem consideradas. Se se verificar que os custos de transação e as economias de escopo assumem uma grande importância relativa, os Modelos 1 e 4 teriam preferência. Se, por outro lado, se entender que os custos de transação e as economias de escopo não têm grande importância, os Modelos 2 e 3 pareceriam vantajosos.

Quadro 9

Possibilidades de Escolha, Economias de Escopo e Custos Burocráticos de Transação

| CUSTO DE TRANSAÇÃO ECONOMIAS DE ESCOPO | ALTA IMPORTÂNCIA RELATIVA | BAIXA IMPORTÂNCIA RELATIVA |
|---|------------------------------|--|
| | ALTA IMPORTÂNCIA RELATIVA | M ₁ – Isenção Antitruste M ₄ – Regulação Antitruste |
| BAIXA IMPORTÂNCIA RELATIVA | | M ₂ – Competências Concorrentes M ₃ – Competências Complementares |

ii) consideração do legado institucional e dos custos de transição para uma nova configuração.

A construção institucional não ocorre no vazio. O ponto de partida é particularmente importante, consistindo nos recursos materiais e humanos que se dispõe para

constituir uma determinada configuração. Importa considerar, neste sentido, que o setor bancário tem sido tradicionalmente regulado por um banco central bastante ativo na área regulatória, pois isto cria uma tendência a estender sua atuação à área de defesa da concorrência, tornando mais difícil um sistema de competências complementares ou mesmo concorrentes. Em tais situações, o custo de transição pode ser elevado ao suscitar eventuais conflitos de jurisdição e/ou requererem o desenvolvimento de *expertise* setorial em um espaço de tempo relativamente curto. Isto justificaria uma estratégia especial, incluindo, por exemplo, um cronograma mais dilatado de mudança institucional.

2. ESTRUTURA DO TRABALHO

Dados os modelos de interação entre as autoridades antitruste e de regulação descritos na Subseção 1, é possível aplicar a análise para o setor bancário e atingir os cinco objetivos enunciados no início desta Introdução.

A Seção II contém resenha da experiência internacional ao classificar uma amostra de jurisdições de acordo com os cinco modelos descritos na Subseção 1 da Seção I. Maior atenção será dada, naturalmente, à jurisdição brasileira, procurando situá-la no *continuum* de modelos sugerido pelo Quadro 8.

Neste sentido, a Seção III aborda a questão jurídica da existência ou não de competência do CADE em matéria bancária no ordenamento brasileiro. A Seção IV discute a adequação do modelo brasileiro do ponto de vista do risco sistêmico que pode estar presente em determinadas conjunturas no setor bancário. A Seção V aborda a questão de como tratar casos passados que, embora contivessem questões antitruste, não foram submetidos ao CADE. Finalmente, a Seção VI discute se a Lei 8884/94 poderia ser aprimorada para contemplar de forma mais cuidadosa questões do setor bancário. Algumas notas conclusivas se encontram ao final do estudo.

Sistemas de Competências entre Autoridades de Defesa da Concorrência e Autoridades Monetárias por Amostra de Países-Membros da OCDE

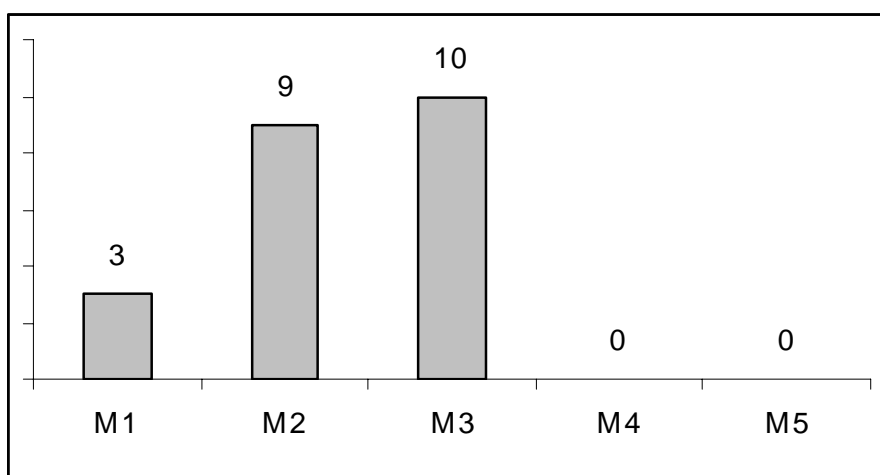
II. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DE INTERAÇÃO ENTRE AS AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DE REGULAÇÃO BANCÁRIA

Nesta seção, serão analisadas as configurações institucionais adotadas para uma amostra de 22 (vinte e dois) países, visando aplicar a metodologia descrita na Subseção 1 da Seção I.

A configuração institucional de cada País está classificada conforme o tipo de relação estabelecida entre a agência regulatória e a agência de defesa da concorrência, como sintetiza o Quadro 10.

Quadro 10

Possíveis Configurações Institucionais: Amostra de 22 Países



M1 – Alemanha, Espanha e Turquia

M2 – Áustria, Canadá, França, Itália, Japão, México, Noruega, Suíça e Estados Unidos

M3 – Austrália, República Tcheca, Finlândia, Grécia, Hungria, Polônia, Suécia, Inglaterra, União Européia e República Eslováquia

As informações sumariadas acima se baseiam em OCDE (1998) e consultas diretas aos órgãos relevantes, em particular às autoridades de defesa da concorrência.

O Quadro 11 a seguir indica as instituições envolvidas em cada um dos países pesquisados:

Quadro 11

Instituições Envolvidas por País

| PAÍS | AUTORIDADES | CONFIGURAÇÃO |
|------------------|---|-----------------------------|
| Austrália | Reserve Bank of Australia Australian Prudential Regulation Authority Australian Competition and Consumer Commission | Competências complementares |
| Áustria | Austrian Cartel Court Ministro das Finanças | Competências concorrentes |
| Canadá | Competition Bureau Ministro das Finanças Office of the Superintendent of Financial Institutions | Competências concorrentes |
| República Tcheca | Czech National Bank Office for the Protection of Economic Competition | Competências complementares |
| Finlândia | Ministro das Finanças Bank of Finland Financial Supervision Authority Office of Free Competition Competition Council | Competências complementares |
| França | Comitê de Regulação Bancária e Financeira Comissão Bancária Ministro da Economia e das Finanças Banque de France Conselho da Concorrência | Competências concorrentes |
| Alemanha | Federal Banking Supervisory Office | Isenção Antitruste |
| Grécia | Competition Committee | Competências complementares |
| Hungria | Hungarian Bank and Capital Market Supervision Office of Economic Competition | Competências complementares |

| PAÍS | AUTORIDADES | CONFIGURAÇÃO |
|----------------------|--|-----------------------------|
| Itália | Bank of Italy Italian Competition Authority | Competências concorrentes |
| Japão | Ministro das Finanças Bank of Japan Fair Trade Commission | Competências concorrentes |
| México | Banco de México National Banking and Securities Commission Ministro das Finanças e Crédito Público Federal Competition Commission | Competências concorrentes |
| Noruega | Norwegian Banking, Insurance and Securities Commission Bank of Norway Ministro das Finanças Norwegian Competition Authority | Competências concorrentes |
| Polônia | Commission for Banking Supervision Ministro das Finanças National Bank of Poland Office for Competition and Consumer Protection | Competências Complementares |
| Espanha | Banco de España – Financial Institutions Department | Isenção Antitruste |
| Suécia | Swedish Competition Authority Finansinspektionen – Financial Supervisory Authority Swedish Central Bank | Competências complementares |
| Suíça | Federal Banking Commission Federal Competition Commission | Competências concorrentes |
| Turquia | Council of Ministers Competition Protection Board Undersecretariat of the Treasury (subordinado ao Primeiro Ministro) | Isenção Antitruste |
| Inglaterra | Bank of England Office of Fair Trading Monopolies and Mergers Commission | Competências complementares |
| Estados Unidos | Federal Reserve Board Department of Justice – Antitrust Division | Competências concorrentes |
| União Européia | EU Competition Commission | Competências complementares |
| República Eslováquia | National Bank of Slovakia Antimonopoly Office of the Slovak Republic | Competências complementares |

Os próximos parágrafos contêm sumário para cada um dos países.

1. AUSTRÁLIA

Na Austrália, existem três instituições com competências específicas no tratamento da regulação e concorrência do setor bancário: *Reserve Bank*, *Australian Prudential Regulation Authority* e *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*.

O *Reserve Bank*, por força do *Banking Act* e do *Reserve Bank Act (1959)* é a autoridade regulatória encarregada da formulação e aplicação da regulamentação bancária no país. Segundo OCDE (1998, p. 27) “its board has power to determine the policy of the bank in relation to any matter and to take such action as is necessary to ensure that effect is given by the bank to the policy so determined”. Trata, portanto, da regulação técnica e prudencial (econômica).

A partir de julho de 1998, a fiscalização do cumprimento das regras prudenciais passou da esfera de competência do *Reserve Bank*, que as formula, para uma nova autoridade independente, a *Australian Prudential Regulatory Authority*.

No que se refere, porém, à competência para a aplicação da legislação concorrencial no setor, a *Australian Competition and Consumer Commission* está incumbida – exclusivamente – de executar as regras de defesa da concorrência, tanto no que diz respeito ao controle de condutas, como ao controle de fusões e aquisições.

A experiência australiana caracteriza, assim, o modelo 3, ou seja, há competências complementares entre as autoridades regulatórias e a autoridade de defesa da concorrência.

2. ÁUSTRIA

O sistema bancário austríaco é regulado pelo *Banking Act (1994)*. Tal norma investe o Ministério das Finanças de competência para regular e fiscalizar o sistema

bancário, bem como delega funções auxiliares ao *Austrian National Bank*, notadamente a elaboração de pareceres a serem submetidos ao Ministério das Finanças. Nestes termos, tanto a regulação técnica como prudencial são elaboradas pelo *Austrian National Bank*, mas submetidas à decisão do Ministério das Finanças.

A legislação concorrencial aplica-se ao sistema bancário, estando investido de competência a *Austrian Cartel Court* para analisar e emitir parecer técnico sobre as fusões e aquisições ocorridas no setor bancário. Todavia, a decisão final do processo cabe ao Ministério das Finanças. Quanto ao controle de condutas, porém, a autoridade de defesa da concorrência detém competência decisória plena.

O modelo australiano aproxima-se do modelo 2, ou seja, tanto a autoridade antitruste como a regulatória possuem poder de decisão sobre as questões concorrenciais. No que se refere à atividade regulatória, porém, não há espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência, ficando tal matéria sob a competência do *Austrian National Bank* e do Ministério das Finanças.

3. CANADÁ

No Canadá, existem três autoridades que tratam da regulação bancária - *Department of Finance*, *Bank of Canada* e *Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI)*, -tanto no aspecto técnico, como nas questões prudenciais que envolvem o setor.

As autoridades de defesa da concorrência – *Competition Bureau* e *Competition Tribunal* – não possuem poder para discutir questões regulatórias, mas estão investidas pela lei canadense na análise das fusões e aquisições no setor bancário. O *Competition Bureau* analisa a operação e, se concluir pela existência de aspecto anticoncorrencial, encaminha parecer técnico ao *Competition Tribunal*, que decidirá o caso.

Da mesma forma, o *Office of the Superintendent of Financial Institutions* também poderá apresentar parecer técnico perante o *Competition Tribunal* apontando aspectos anticoncorrenciais.

Todavia, como estatui de forma expressa a lei canadense, a decisão final cabe ao Ministro das Finanças, que poderá a qualquer momento intervir na análise do processo, proferindo decisão definitiva no âmbito administrativo.

O modelo canadense também aproxima-se do modelo 2, ou seja, tanto a autoridade antitruste como a regulatória podem opinar sobre as questões concorrenciais, cabendo a decisão final ao Ministro das Finanças. No que se refere à atividade regulatória, porém, não há espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência.

4. REPÚBLICA TCHECA

O *Czech National Bank* (CNB) tem competência para realizar a supervisão dos bancos, editando regulamentação específica para o setor e impondo sanções nos casos de desobediência às normas, exercendo, portanto, a regulação técnica e prudencial.

A aplicação do direito antitruste no setor está a cargo do *Office for the Protection of Economic Competition*, o qual atua de forma independente.

Nesse sentido, configura-se a hipótese aventada no modelo 3, havendo competência complementar das diferentes autoridades na regulação econômica e técnica, bem como na aplicação do direito antitruste, não se confundindo as esferas de atuação.

5. FINLÂNDIA

Na Finlândia, a regulação técnica está a cargo do Banco da Finlândia; a prudencial é desenvolvida pelo Ministério das Finanças e supervisionada pelo *Financial Supervision Authority*.

No âmbito do direito antitruste, a análise das questões concorrenciais é realizada tanto pelo *Financial Supervision Authority* como pelo *Office of Free Competition*. Mas o poder decisório, no âmbito administrativo, está a cargo da autoridade antitruste, o *Competition Council*. Entidade correspondente a um Tribunal de Recursos, o *Competition Council* analisa os casos trazidos pelo *Office for Free Competition* e que possuam aspectos anticoncorrenciais.

A competência do *Competition Council* restringe-se ao controle de condutas, uma vez que não há previsão legal para o controle de estruturas.

O ordenamento finlandês aproxima-se do modelo de competências complementares, conforme apontado no modelo 3, ou seja, as autoridades regulatórias e de defesa da concorrência possuem competências distintas.

6. FRANÇA

As atividades de regulação técnica e prudencial estão sob a competência do *Banque de France* e da *Commission Bancaire*.

A autoridade de defesa da concorrência, o *Conseil de la Concurrence*, possui competência decisória no que se refere ao controle de condutas. Mas no que tange ao controle de estrutura, o papel do Conselho da Concorrência é apenas opinativo.

O modelo francês assemelha-se ao modelo de competências concorrentes, apontado no modelo 2, uma vez que tanto o *Conseil de la Concurrence* como a autoridade regulatória tem poder de decisão nas questões concorrenciais. A regulação técnica e prudencial, porém, fica a cargo apenas da autoridade regulatória.

7. ALEMANHA

A regulação técnica e prudencial são conduzidas pelo *Deutsche Bundesbank* e supervisionada pelo *Federal Banking Supervisory Office*, que tem poder para impor sanções sobre questões prudenciais.

Na Alemanha, agência de defesa da concorrência não atua no setor bancário. As questões concorrenciais estão estatuídas no *Banking Act*, cabendo a tomada de decisão às autoridades regulatórias (*Bundesbank* e *Federal Banking Supervisory Office*).

O modelo alemão aproxima-se do Modelo 1, uma vez que a autoridade regulatória detém poder tanto para regular o mercado como para aplicar a legislação antitruste.

8. GRÉCIA

Na Grécia, a aplicação da legislação antitruste e das competências regulatórias está a cargo de entidades distintas, atuando independentemente. O *Competition Committee* possui competência exclusiva para exercer o controle de condutas e de estrutura no setor bancário.

Conclui-se, portanto, que a experiência grega adota o modelo de competências complementares, previsto no Modelo 3, incumbindo-se cada autoridade – regulatória e concorrencial – de sua competência exclusiva.

9. HUNGRIA

O *Hungarian Banking* e o *Capital Market Supervision* (HBCMS) são responsáveis pela aplicação das normas referentes à regulação técnica e prudencial.

A supervisão destas tarefas é realizada pelo *State Banking Supervision*, entidade que, até 1993, exercia também a supervisão na aplicação de regras concorrenciais.

Após 1994, as questões concorrenciais ficaram sob a análise exclusiva do *Office of Economic Competition*, entidade que detém competência - e independência - para exercer o controle de condutas e de estrutura no setor bancário.

A experiência húngara corresponde ao modelo de competências complementares, descrito no Modelo 3, assumindo as autoridades regulatórias e de defesa da concorrência papéis distintos e independentes.

10. ITÁLIA

A autoridade competente para efetuar a regulação técnica e prudencial é o Banco da Itália.

A legislação antitruste aplica-se ao setor bancário. Ocorre, porém, que a *Italian Competition Authority* não possui poder decisório sobre as questões de concorrência, mas deve apenas emitir parecer necessário e não vinculante. A decisão é tomada pelo Banco da Itália.

O modelo italiano assemelha-se àquele descrito no Modelo 2, eis que há competência concorrente das duas autoridades na aplicação do direito antitruste, prevalecendo, entretanto, a decisão tomada pela autoridade regulatória. Por sua vez, a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para tratar de assuntos regulatórios.

11. JAPÃO

As regulações de ordem técnica e prudencial são realizadas pelo *Bank of Japan*, sob o controle do Ministério das Finanças.

A legislação antitruste aplica-se também ao setor bancário, sendo os pareceres técnicos formulados pela *Fair Trade Commission*. De qualquer modo, porém, a decisão final cabe ao Ministro das Finanças.

O modelo japonês assemelha-se àquele descrito no Modelo 2, eis que há competência concorrente das duas autoridades na aplicação do direito antitruste, prevalecendo, entretanto, a decisão tomada pela autoridade regulatória. Por sua vez, a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para tratar de assuntos regulatórios.

12. MÉXICO

A regulação técnica e prudencial são aplicadas pelo *Banco de México* e pelo *National Banking*, sob a supervisão do Ministério das Finanças.

A legislação concorrencial aplica-se integralmente ao setor bancário, ficando a cargo da *Federal Competition Commission*, que possui competência para o controle de condutas e de estrutura, proferindo a decisão final no que se refere às condutas

anticompetitivas. Em relação ao controle de estrutura, porém, a decisão final cabe ao Ministro das Finanças.

O modelo mexicano assemelha-se àquele descrito no Modelo 2, eis que há competência concorrente das duas autoridades na aplicação do direito antitruste, prevalecendo, entretanto, a decisão tomada pela autoridade regulatória. Por sua vez, a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para tratar de assuntos regulatórios.

13. NORUEGA

O *Norwegian Banking, Insurance and Securities Commission* é a autoridade regulatória, cuidando da disciplina técnica e prudencial, sob a supervisão do Ministério das Finanças.

A legislação concorrencial aplica-se ao setor bancário, sendo a *Norwegian Competition Authority* a agência antitruste, sob a subordinação do Ministério do Trabalho e da Administração. No caso norueguês, a autoridade regulatória (NBISC) também tem competência para as questões concorrenciais, sob a supervisão do Ministro das Finanças.

Em caso de divergência de entendimento entre a autoridade regulatória e a autoridade de defesa da concorrência, no que se refere aos efeitos anticompetitivos gerados, a decisão final será acordada em conjunto pelos Ministros das Finanças e do Trabalho e Administração.

O caso norueguês assemelha-se àquele descrito no Modelo 2, eis que há competência concorrente das duas autoridades na aplicação do direito antitruste, prevalecendo, entretanto, a decisão tomada pela autoridade regulatória. Por sua vez,

a autoridade de defesa da concorrência não possui competência para tratar de assuntos regulatórios.

14. POLÔNIA

A regulação técnica e prudencial são realizadas pelo *National Bank of Poland*, sob a supervisão da *Commission of Banking Supervision*.

A autoridade antitruste responsável pela aplicação da lei de defesa da concorrência e pela apreciação das fusões e aquisições é a *Office for Competition and Consumer Protection*, cuja decisão pode ser revista pelo *Antimonopoly Court*.

Cumprе ressaltar que as autoridades regulatórias também auxiliam a instrução dos processos envolvendo questões concorrenciais.

O modelo polonês, apesar de apresentar competências concorrentes, uma vez que as autoridades regulatórias também opinam sobre questões de defesa da concorrência, assemelha-se àquele descrito no Modelo 3, de competências complementares, pois a decisão concorrencial é tomada de forma independente pela agência antitruste, o *Antimonopoly Court*.

15. ESPANHA

A regulação técnica e prudencial são realizadas pelo *Banco de España*.

O setor bancário deve também observar a legislação antitruste, mas a decisão é tomada pela autoridade regulatória, o *Banco de España*.

O modelo espanhol aproxima-se do caso descrito no Modelo 1, uma vez que a autoridade regulatória detém poder tanto para regular o mercado como para aplicar a legislação antitruste.

16. SUÉCIA

A regulação técnica e prudencial estão a cargo do *Swedish Central Bank*, sob a supervisão do *Finansinspektionen – Financial Supervisory Authority*.

A aplicação do direito concorrencial no setor bancário compete exclusivamente à *Swedish Competition Authority*, tanto no controle de condutas, como no controle de estruturas, cabendo a decisão final a esta agência independente.

Conclui-se, portanto, que a experiência sueca adota o modelo de competências complementares, previsto no Modelo 3, incumbido-se cada autoridade – regulatória e concorrencial – de sua competência exclusiva.

17. SUÍÇA

A regulação técnica e prudencial estão a cargo do *Swiss National Bank* e do *Federal Banking Commission*.

A aplicação do direito concorrencial no setor bancário compete à *Federal Competition Commission*, tanto no controle de condutas, como no controle de estruturas. A decisão final cabe a esta agência, que atua de forma independente.

Ocorre, porém, que em uma hipótese específica – a da ocorrência de aquisição de banco em estado de insolvência – a competência para aprovação não cabe à agência de defesa da concorrência, mas ao *Federal Banking Commission*.

Pode-se afirmar que a experiência da Suíça adota o modelo de competências concorrentes, previsto no Modelo 2, incumbindo-se a autoridade regulatória de competência inclusive em matéria concorrencial.

18. TURQUIA

A regulação técnica e prudencial estão a cargo do *Council of Ministers* e do *Undersecretariat of the Treasury*, o qual está subordinado ao Primeiro Ministro.

Está investido de competência para aplicação do direito concorrencial a *Competition Protection Board*, segundo previsão da legislação concorrencial editada em 1994.

Ocorre que, em relação à legislação específica do setor bancário - o *Banks Act* - a decisão final dos processos envolvendo fusões e aquisições no setor bancário cabe ao Primeiro Ministro.

Depreende-se que o modelo turco está caracterizado pelo Modelo 1, havendo competência exclusiva da autoridade regulatória para editar a regulação técnica e prudencial, bem como para aplicar o direito antitruste.

19. REINO UNIDO

Por força do *Financial Regulatory Reform Bill* são dotados de competência para a realização da regulação técnica e prudencial do sistema financeiro do país o *Financial Services Authority*, bem como o *Bank of England*.

A aplicação do direito concorrencial, notadamente em matérias relativas às concentrações, é conduzida pelo *Secretary of State for Trade and Industry*, após

instrução conduzida pela *Office of Fair Trading* e decisão da *Monopolies and Mergers Commission*.

De outra parte, nas questões concorrenciais relativas às condutas, está investida de competência para prolação de decisões a *Restrictive Practices Court* nos casos trazidos a sua apreciação pela *Office of Fair Trading*.

Note-se que não há, todavia, uma autarquia independente competente para aplicação do direito concorrencial no que refere às concentrações, eis que a aplicação da norma é realizada pela *Secretary of State for Trade and Industry*.

Nesse sentido, aproxima-se o modelo inglês daquele proposto no Modelo 3, de competência complementar das autoridades regulatória e concorrencial na aplicação das respectivas normas, embora a ação da autoridade antitruste tenha seu escopo limitado.

20. ESTADOS UNIDOS

A regulação técnica e prudencial são conduzidas pelas seguintes autoridades regulatórias: *Federal Reserve Board*, *Office of Comptroller of the Currency*, *Federal Deposit Insurance Corporation* e *Office of Thrift Supervision*.

A análise das fusões e aquisições no setor bancário está a cargo da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Destaque-se que também o *Federal Reserve Board* e o *Office of Comptroller of the Currency* possuem poderes para apreciar as questões concorrenciais.

O Federal Reserve possui poder para aprovar ou não as fusões e aquisições propostas. Caso o FED decida por não autorizar a operação, esta decisão adquire caráter de definitividade no âmbito do Poder Executivo. Na hipótese, porém, de o

FED aprovar a operação, poderá a Divisão Antitruste do DOJ, no prazo de 30 dias, interpor ação judicial visando anular a decisão do FED, em razão da existência de efeitos anticoncorrenciais.

O modelo norte-americano assemelha-se ao descrito no Modelo 2, possuindo as autoridades de defesa da concorrência e regulatórias poderes concorrentes para apreciação das questões concorrenciais.

21. COMISSÃO EUROPÉIA

No âmbito de competência da Comissão Européia, a autoridade antitruste (*EU Commission`s Competition Services*) possui competência exclusiva para aplicar a legislação de defesa da concorrência no setor bancário.

Deverá a autoridade antitruste, entretanto, atuar em conjunto com as comissões competentes para a análise da regulação bancária e da política econômica e monetária.

O caso da Comissão Européia insere-se naquele descrito no Modelo 3, em que as autoridades – regulatória e concorrencial – possuem competências complementares.

22. ESLOVÁQUIA

A regulação técnica e prudencial estão a cargo do *National Bank of Slovakia*.

A legislação de defesa da concorrência é aplicável integralmente ao setor bancário, ficando a decisão final – tanto no controle de condutas como de estruturas – a cargo do *Antimonopoly Office of the Slovak Republic*.

A experiência da Eslováquia insere-se naquele descrito no Modelo 3, em que as autoridades – regulatória e concorrencial – possuem competências complementares.

III. APLICABILIDADE DA LEI 8.884/94 AO SETOR BANCÁRIO

À luz da doutrina constitucional, cumpre realizar a reinterpretação da Lei 4595/64, que regula o sistema financeiro nacional, notadamente dos seus dispositivos que regulam a aplicação do direito concorrencial no setor bancário em face da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8884/94.

A Lei nº 4.595/64 dispõe sobre a política e as instituições monetárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, tendo *status* original de lei ordinária em face da Constituição Federal de 1946.

O artigo 18, § 2º da Lei 4595/64 investe o Banco Central do Brasil de competência para fiscalizar e aplicar as regras de defesa da concorrência no setor bancário, *in verbis*:

Art. 18 § 2º 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 com a aplicação da pena (vetado) nos termos da lei.

A Constituição Federal de 1988 revogou a sistemática jurídica estabelecida nas cartas anteriores, estabelecendo novo fundamento para o arcabouço legal preexistente.

Esta seção está dividida em três subseções. A Subseção 1 analisa o fenômeno da recepção constitucional, que busca interpretar a validade e o âmbito de competência da legislação infraconstitucional, a partir da análise das repartições de competências

materiais estipuladas na Constituição Federal. A Subseção 2 discute a natureza ordinária da norma de conteúdo concorrencial prevista na Lei 4595/64, constatada a partir da aplicação da hermenêutica constitucional às normas de defesa da concorrência previstas nesta Lei. Por fim, a Subseção 3 investiga a harmonização sistêmica entre as normas concorrenciais da Lei 4595/64 e da Lei 8884/94, que, considerando ambos os textos normativos e em conformidade com o direito intertemporal e a lei de introdução ao código civil, busca construir exegese capaz de identificar o âmbito de incidência legal de cada norma analisada.

1. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL

As mudanças na ordem constitucional representam uma profunda alteração do fundamento de validade de todo o ordenamento constituído, na medida em que as normas componentes de determinado sistema perdem seu fundamento de validade originário e passam a basear-se em novo paradigma jurídico.

Nesse sentido, as diferentes matérias reguladas pela Lei n.º 4.595/64 passaram a ter como fundamento de validade a nova carta política, sendo que a recepção de seus dispositivos condiciona-se ao apoio expresso ou tácito dessa norma maior.

Com efeito, esclarece Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 114/115), citando Hans Kelsen:

“Kelsen observa que há imprecisão na linguagem comum, quando diz que as leis ordinárias continuam válidas. De fato, elas perdem o suporte de validade que lhe dava a Constituição anterior. Entretanto, ao mesmo tempo, elas recebem novo suporte, novo apoio, expresso ou tácito da constituição nova. Este é o fenômeno da recepção, similar à recepção do direito romano.

(...)

Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior, ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem seu fundamento na nova Constituição; a razão de sua validade é, então, diferente”.

Considerando constituir tarefa improvável ou mesmo impossível ao legislador realizar, imediatamente após a entrada em vigor de uma nova carta magna, a completa regulação de todas as matéria por essa prevista, opera-se, por conseguinte, o fenômeno da recepção constitucional da legislação ordinária já existente.

Nem todas as normas infra-constitucionais são recepcionadas, entretanto. Determinadas matérias desaparecem do ordenamento, outras alteram a sua posição hierárquica dentro do novo regime jurídico instituído. Neste sentido, o jurista português Jorge Miranda (1988, p. 243/244) esclarece em seus ensinamentos os mecanismos e efeitos da recepção constitucional:

“Já no tocante ao direito ordinário a Constituição não assume, nem tem de assumir a regulamentação; a constituição tem apenas de penetrar, de impregnar do seus valores, de o modular e, se necessário, de o transformar e é nessa medida que ele pode dizer-se recriado ou novado.

Essa idéia de recriação ou novação tem, designadamente, três corolários principais que não custa aprender:

- a. Os princípios gerais de todos os ramos de direito passam a ser os que constem da Constituição ou os que dela se infiram directa ou indirectamente, enquanto revelações dos valores fundamentais da ordem jurídica acolhidos pela Constituição;*
- b. As normas legais e regulamentares vigentes à data da entrada em vigor da nova constituição têm de ser reinterpretadas em fase desta e apenas subsistem se conformes com as suas normas e os seus princípios;*

c. As normas anteriores contrárias à Constituição mesmo que contrárias a normas programáticas (como dissemos) não podem subsistir - seja qual for o modo de interpretar o fenômeno da contradição.”

Assim, as normas ordinárias preexistentes devem ser reinterpretadas em toda sua extensão, para que possam adequar-se aos princípios componentes da nova ordem constitucional, e somente continuam a integrar o ordenamento jurídico os dispositivos consoantes com a lei maior.

Explicado o fenômeno da recepção, cumpre esclarecer como veio a ser regulada a matéria relativa ao sistema financeiro nacional na mais recente carta política nacional, notadamente em seu artigo 192, *in verbis*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador;

III – as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

- a. os interesses nacionais;*
- b. os acordos internacionais;*

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;

V – os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI – 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;

VII – os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII – o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias, das instituições financeiras.

A lei maior houve por bem estabelecer que a matéria relativa ao sistema financeiro nacional somente poderá ser regulamentada por lei complementar, sendo vedado às outras espécies de normas tratarem do assunto, sob pena de inconstitucionalidade.

Por outro lado, não cabe à lei complementar regular outras matérias que não estejam – por força da Constituição - expressamente inseridas no âmbito de competência da referida espécie normativa.

Nesse sentido, esclarece José Cretella Júnior (1995, p. 173) acerca das matérias que podem ser reguladas por lei complementar:

“A nosso ver, já que a própria Constituição define Lei Complementar não em si e por si, não pela matéria ou pelo conteúdo, mas por um índice ou elemento de fora,

exterior, estranho à substância rerum, a resposta é somente uma embora alternativa:

- a) lato sensu, toda e qualquer matéria desde que proposta e aprovada, conforme o rito previsto para a lei complementar, ou seja, votada pela maioria absoluta das duas casas do Congresso Nacional;
- b) strictu sensu, apenas a matéria, expressamente indicada, no texto constitucional, como devendo ser submetida a esse tipo de votação. (grifo nosso)

Resta claro, portanto, que não se confundem as esferas de incidência das diferentes espécies de lei, complementar e ordinária. Em verdade, o que existe é o fenômeno da reserva de lei, em razão da natureza da matéria.

Com efeito, esclarece José Afonso da Silva (1999, p. 424):

“Esta de fato permite distinguir as seguintes categorias de reserva de lei;

(...)

(2) do ponto de vista da natureza da matéria, pela qual determinadas matérias são reservadas à lei complementar enquanto outras à lei ordinária, como são as hipóteses expressamente enumeradas na constituição; e há casos em que a reserva é de lei ordinária ou complementar estadual ou de lei orgânica local”.

Nesse sentido, na apreciação do fenômeno da recepção constitucional, deve-se proceder à separação e análise das diferentes matérias normativas que compõem uma lei, pois cada uma delas situar-se-á em âmbito de competência ou de lei ordinária, ou de lei complementar.

2. NATUREZA ORDINÁRIA DA NORMA DE CONTEÚDO CONCORRENCIAL PREVISTA NA LEI 4595/64

Cumpre, portanto, analisar a Lei n.º 4.595/64 do ponto de vista de seus conteúdos normativos, a fim de se identificar quais normas teriam sido recepcionadas com o status de lei complementar, e quais com o status de lei ordinária.

Ressalte-se o art. 52 da referida lei. As normas que constam desse artigo não se referem ao sistema financeiro nacional, mas ao quadro de servidores do BACEN, sendo portanto normas que tratam do regime jurídico dos servidores públicos, matéria regulada por lei ordinária, face ao artigo 39 da Constituição Federal.

Após a promulgação da Lei ordinária n.º 8.112/90, que regulamentou o artigo 39 da Constituição Federal, instituindo o regime jurídico dos servidores públicos federais, iniciou-se debate acerca do caráter complementar ou ordinário das normas contidas no artigo 52.

Alguns estudiosos defenderam que a referida lei, por ser ordinária, não se aplicava aos servidores do BACEN, porquanto esses estariam adstritos ao artigo 52 da Lei 4.595/64, a qual fora recepcionada como lei complementar.

A questão suscitou inúmeros conflitos, até que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 449/DF (1996), relatada, à época, pelo atual Presidente do STF, Ministro Carlos Velloso, assim dispôs:

“I – O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do regime jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II – As normas da Lei 4595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidas, pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no artigo 192, IV, da Constituição.

III – O art. 251 da Lei 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV – ADIn julgada procedente.” (grifo nosso)

Assim, não se confundem as matérias relativas ao *funcionalismo público* e ao *sistema financeiro nacional*, sendo que a primeira encontra-se, por força de determinação constitucional, no âmbito de competência da lei ordinária e a última no campo de competência da lei complementar.

A ordem econômica, por sua vez, notadamente o abuso do poder econômico, veio a ser previsto pela nova constituição em seu artigo 173 § 4º, *in verbis*:

Art. 173 § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminações da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Depreende-se do texto legal que no tocante ao direito concorrencial, notadamente o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, a nova constituição atribuiu competência regulatória à lei ordinária com a exclusão de qualquer outra espécie normativa.

Assim sendo, o dispositivo da Lei n.º 4.595/64 que trata da regulação pelo Banco Central do Brasil das condições de concorrência entre instituições financeiras passou a deter *status* de lei ordinária, conforme determinação da lei maior.

Verifica-se, por conseguinte, que dispositivos constantes de uma mesma lei passaram a deter natureza normativa diversa em razão da recepção constitucional de seu conteúdo, ou seja, a reinterpretação da matéria nele tratada, à luz do novo fundamento de validade, conduz a âmbitos de competência de normativos distintos.

3. HARMONIZAÇÃO SISTÊMICA ENTRE AS NORMAS CONCORRENCIAIS DA LEI 4595/64 E DA LEI 8884/94

Entendida a natureza ordinária da norma descrita no § 2º do artigo 18 da Lei n.º 4595/64, resta saber se este dispositivo encontra-se *em vigor ou revogado* pela Lei 8884/94.

O artigo 18, § 2º da Lei 4595/64 tem natureza de norma *especial*, uma vez que dispõe sobre a defesa da concorrência em determinado e específico setor da economia, qual seja, o setor bancário.

A Lei 8884/94 dispõe *sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica*, cuidando da defesa da concorrência de modo genérico e aplicável a *todos os setores da economia nacional*, inclusive aqueles que dependam de atos do poder público, como assinala o seu art. 15⁷. Trata-se de norma de caráter *geral*.

Surge, neste momento, a seguinte indagação: pode a lei *geral* posterior revogar a lei *especial* anterior? Em quais condições ambas permanecerão *em vigor*?

Eduardo Spínola (1999), citando Saredo, ensina que “*Quando leis especiais regulam matéria compreendida num Código ou em outra lei geral, mas contêm, sobre a mesma, disposições que não se encontram no Código ou na lei geral e que não*

⁷ Lei 8884/94. Artigo 15º. “Esta Lei aplica-se 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, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

contradizem ao novo direito, continuam em vigor, em relação a todas as disposições que devem ser consideradas como parte integrante do novo Código ou da nova lei”.

E adiante, Spínola cita a lição de Fiore, “*quando observa que – no caso de ser determinada matéria disciplinada por uma lei geral, havendo certas relações, atinentes à mesma espécie, reguladas por lei particular, o fato de ser publicada uma lei geral, que reja a matéria, na sua integridade, não trás como consequência ab-rogação implícita da lei especial relativa a ela, quando se não apresenta incompatibilidade absoluta entre essa lei especial e a regra, ou quando a ab-rogação não resulte claramente da intenção legislativa, do objeto, do espírito ou do fim da lei geral.*”

Os conteúdos normativos da Lei 8884/94 e do artigo 18, § 2º da Lei 4595/64 não são incompatíveis.

Admitem convivência pacífica no ordenamento jurídico por tratarem da defesa da concorrência, de forma geral e específica, respectivamente.

Deve-se, assim, interpretar os dispositivos mencionados de forma a distinguir as competências do Banco Central e do CADE na aplicação da legislação de defesa da concorrência.

As tarefas do Banco Central assemelham-se às de um órgão regulador, responsável pela regulação técnica e pela observância das regras de defesa da concorrência no setor, devendo proceder à investigação de práticas que possam ser consideradas infrativas à ordem econômica.

Do mesmo modo, deverá o Banco Central proceder à autorização de qualquer transferência societária. E para o cumprimento desta tarefa, deverá o Banco Central

atentar para os efeitos de tais transferências, aquisições e fusões sobre a concorrência, elaborando parecer técnico sobre a questão.

As funções do Conselho Administrativo de Defesa Econômica assemelham-se à de um Tribunal Administrativo que, de modo *independente*, procede ao julgamento administrativo dos processos que visem apurar dano à concorrência, bem como aqueles que visem a aprovação de ato de concentração econômica.

Respeitando a natureza jurídica e o âmbito de competência legal de cada entidade, ao Banco Central caberá instruir os processos administrativos visando a apuração de conduta infrativa à ordem econômica, bem como emitir parecer legal acerca dos efeitos - de determinada fusão ou aquisição - sobre a defesa da concorrência. Ao CADE, por sua vez, caberá apreciar, como instância decisória administrativa, os processos instaurados pelo Banco Central, bem como os requerimentos de aprovação de ato ou contrato previsto no artigo 54 da Lei 8884/94.

Note-se que a conclusão acima está em linha com o modelo de sistema de competências complementares, descrito na Seção I, de frequência modal na amostra de países analisada na Seção III.

IV. ASPECTOS ECONÔMICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

A seção anterior demonstrou que há amparo legal para a aplicação da Lei 8884/94 ao setor bancário a exemplo daquilo que ocorre em várias das jurisdições analisadas na amostra da Seção II. O objetivo desta seção é chamar atenção para aspectos econômicos relevantes para tal implementação no contexto brasileiro atual.

A discussão está dividida em dois pontos principais, desenvolvidos nas seguintes subseções: a relação entre concorrência e risco sistêmico e o contexto de reestruturação do sistema financeiro pós-Plano Real.

1. CONCENTRAÇÃO, CONCORRÊNCIA E RISCO SISTÊMICO

Não há uma relação simples entre grau de concentração, risco sistêmico e padrão de concorrência. Contrariamente a uma hipótese de oposição inexorável entre as preocupações das autoridades antitruste e monetária, experiências de outras jurisdições, como a dos EUA, têm demonstrado que tais políticas podem ser conciliadas. De acordo com Guerin-Calvert (1999, p. 370),

“Experience in the US has demonstrated that antitrust policy, including vigorous enforcement of the antitrust laws, is compatible with the goals of ensuring the safety and soundness of the banking system.”

Grau de Concentração e Relações de Concorrência

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que não há uma relação direta entre concentração e grau de concorrência. Com efeito, a própria jurisprudência da autoridade antitruste brasileira tem sido nesta direção:

- uma amostra selecionada de julgados do CADE comprova a existência de numerosos casos em que ocorreu aprovação da operação com restrições e mesmo sem restrições. Em alguns processos o HHI chegou a atingir seu máximo de 10000 (monopólio puro) e ainda assim houve aprovação.

- seria temerário transplantar as faixas de referência de HHI utilizadas pelos órgãos dos EUA para uma economia dez vezes menor e conseqüentemente mais concentrada como a brasileira.
- Relatório Anual do CADE de 1998/99 é claro neste sentido,

“O CADE não tem considerado o aumento do grau de concentração de mercado como condição necessária e/ou suficiente para que uma determinada operação apresente potencial dano à concorrência” (Relatório Anual, 1998/99, p. 87)”.

O impacto sobre o grau de concorrência de uma transação no setor bancário depende de análise do leque de mercados afetados pela operação em tela. Assim, seria indispensável segmentar a análise, distinguindo:

- atendimento ao varejo;
- gama de serviços financeiros diversos prestados por uma banco;
- linhas de crédito a pequenas e médias empresas regionais.

Rozanski e Rubinfeld (1999) destacam que as possibilidades de substituição são pequenas apenas neste último caso, justificando uma maior atenção da autoridade para os recortes regionais dos mercados relevantes.

Grau de Concentração e Risco Sistêmico

Em segundo lugar, tampouco existe uma relação simples entre grau de concentração de mercado e risco sistêmico. De fato, a estabilidade e saúde de uma instituição financeira depende de um conjunto amplo de indicadores, não passível de redução a uma simples dimensão.

Os seguintes indicadores que adiante são ilustrados para a experiência brasileira recente merecem menção:

- índices de alavancagem (crédito/patrimônio líquido);
- índices de qualidade dos ativos (créditos em atraso e em liquidação/créditos totais ou provisões sobre créditos em atraso e em liquidação/créditos em atraso e em liquidação);
- índices de rentabilidade (lucro líquido/patrimônio líquido; margem líquida sobre o ativo);
- índices de eficiência (despesas administrativas e de pessoal/resultado de intermediação financeira e receita de serviços).

O efeito de uma operação sobre o conjunto de indicadores supra citado e seu significado para a estabilidade do sistema não pode ser presumido. Cumpre realizar uma análise caso a caso, algo de resto verdadeiro para a análise antitruste em geral. Uma fusão de duas instituições pode repercutir negativa ou positivamente sobre os indicadores de qualidade e de eficiência, por exemplo.

Ou ainda, uma política sistemática de estímulo à concentração bancária de forma a evitar a quebra de instituições mais frágeis pode ter efeitos contrários ao desejados ao sinalizar uma solução fora do mercado para crises de solvência e conseqüentemente estimular estratégias excessivamente arriscadas (*moral hazard*).

No extremo oposto, seria imprudente preconizar uma política de desconcentração bancária que pudesse fragilizar excessivamente as instituições financeiras por impedir a obtenção de ganhos de escala e conseqüentemente afetar negativamente a saúde do sistema.

Assim, propostas de reestruturação e consolidação bancária podem ou não representar uma melhora do potencial de alavancagem, qualidade de ativos, rentabilidade e eficiência de um sistema bancário. Cabe às agências regulatórias competentes (Bancos Centrais e agentes supervisores) orientar este processo de forma a assegurar um ambiente favorável à competição sem comprometer a viabilidade do sistema.

Uma vez obtido este ambiente, cumpre preservar as regras do mercado e sua estrutura mediante a interação com a autoridade antitruste nos moldes do Modelo 3 de competências complementares, descrito na Seção II.

Rejeitam-se, assim, duas visões extremadas e simplistas. De um lado, a noção de que a concentração seria necessariamente benéfica no sistema financeiro por reduzir o risco sistêmico. De outro, a de que a concentração elevaria inelutavelmente o risco de abuso do poder econômico no sistema financeiro.

Conforme representado esquematicamente no Quadro 12, a discussão acima sugere a necessidade de evolução seqüencial na qual em uma primeira fase, procura-se obter ambiente estável e competitivo para o que a ação da autoridade monetária é crucial. Tratar-se-ia, na taxonomia da Seção II, de uma fase em que prevaleceria a isenção antitruste (Modelo 1). Estabelecido um marco regulatório satisfatório, sua proteção e preservação deveria envolver a interação crescente com a autoridade de defesa da concorrência nos moldes do modelo de competências complementares (Modelo 3).

Quadro 12

Trajetória para o Sistema de Competências Complementares

| Fase 1 (1994 – 1999) | Transição (2000) | Fase 2 (2001) |
|---|--|---|
| Isenção Antitruste (M1) | Adaptação da regulamentação e do roteiro específico de análise | Competências Complementares (M3) |
| Criação de ambiente estável e competitivo | Capacitação e preparação dos setores público e privado | Proteção das regras de mercado em linha com as jurisdições modernas |
| BACEN | Grupo de Trabalho BACEN – CADE | BACEN - CADE |

2. CONCORRÊNCIA E REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO

A aplicação da norma deve levar em conta o contexto do sistema financeiro nacional nos anos noventa. Este último tem sofrido forte modificação estrutural, representando a constituição daquilo que se chamou ambiente estável e competitivo na subseção anterior.

Conforme sumariado no Quadro 13, as autoridades introduziram mudanças institucionais necessárias à adaptação do sistema bancário nacional aos novos parâmetros internacionais, bem como à estabilidade de preços obtida com o Plano Real. A ênfase recaiu sobre a facilitação à incorporação de instituições com dificuldades de solvência, reforço nas medidas de segurança de crédito e proteção ao depositante, liberação de tarifas e saneamento do sistema público.

Quadro 13

Principais Mudanças Institucionais no Setor Bancário

| Medida | Data | Descrição |
|---|-----------------|--|
| Plano Contábil das Instituições do Sist. Financeiro (Cosif) | Junho/1994 | Unificação das Instituições financeiras em um mesmo plano contábil. |
| Resolução Bacen nº 2099 | Agosto/1994 | Estabelece de limite mínimo de capital para constituir banco, bem como limites adicionais conforme o grau de risco dos ativos. |
| Medida Provisória nº 1179 | 2º trimestre/95 | Cria incentivos fiscais para a incorporação de instituições financeiras. |
| Medida Provisória nº 1182 | 2º trimestre/95 | Amplia os poderes do Banco Central, visando a realização de ações preventivas saneadoras do sistema financeiro. |
| Resolução 2208 | Novembro/95 | Institui o Proer, visando assegurar a liquidez e a solvência do sistema. |
| Resolução 2211 | Novembro/95 | Regulamenta o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) para o titular de depósitos, em caso de insolvência da instituição financeira. |
| Resolução 2212 | Novembro/95 | Dificulta a constituição de novas instituições financeiras e cria incentivos para a fusão, incorporação e transferência de controle acionário. |
| Medida Provisória 1334 | Março/96 | Institui a responsabilidade das empresas de auditoria contábil, em caso de irregularidades na instituição financeira. |
| Resolução 2302 | Julho/96 | Obriga os bancos com dependência ou participação societária em instituições financeiras no exterior a apurarem os limites operacionais com base em dados financeiros consolidados. Aumenta o limite de capital mínimo para a constituição destes bancos. Amplia os poderes investigatórios do Banco Central para as dependências dos bancos no exterior. |
| Resolução 2303 | Julho/96 | Permite às instituições financeiras cobrar tarifas pela prestação de serviços. |
| Medida Provisória 1514 | Agosto/96 | Cria o Proes, com a finalidade de sanear o sistema financeiro público estadual. |
| Resolução 2390 | Maió/97 | Cria o Sistema Central de Risco de Crédito, obrigando as instituições financeiras a identificar e informar o Banco Central sobre clientes que possuam saldo devedor superior a R\$ 50.000,00. |
| Resolução 2399 | Junho/97 | Aumenta o capital mínimo das instituições financeiras, elevado de 8% para 10% dos ativos ponderados pelo risco. |
| Resolução 2493 | Maió/98 | Possibilita aos bancos venderem parte ou toda a carteira de crédito a sociedades anônimas de objeto exclusivo (Companhias Securitizadoras de Créditos Financeiros). |
| Resolução 2554 | Dezembro/98 | Obriga as instituições financeiras a apresentarem ao Banco Central programa para a implantação de sistemas de controles internos, em concordância com o Comitê de Basileia. |

Fonte: Bacen e Diversos autores

Destacam-se dentre as mudanças verificadas no sistema financeiro brasileiro:

- queda do número total de bancos após 1994 de 273 para 233.
- promoção de algum tipo de ajuste em 104 instituições desde liquidação, incorporação, transformação da natureza da instituição, transferência de controle societário e venda de ativos. Nada menos do que 43 bancos foram submetidos de regime especial pelo Banco Central.⁸
- queda do número dos bancos estaduais, bancos privados nacionais e bancos com participação estrangeira.
- ajuste e incentivo à privatização dos bancos estaduais através do Proes. A participação dos bancos estaduais no total de créditos, ativos e depósitos e patrimônio líquido caiu significativamente conforme registra o Quadro 14.

Quadro 14

Indicadores Relevantes do Sistema Financeiro

| | Jun/94 | Dez/94 | Jun/95 | Dez/95 | Jun/96 | Dez/96 | Jun/97 | Dez/97 | Jun/98 | Dez/98 |
|---------------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Bancos Públicos Federais (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 1,6 | 1,6 | 1,6 | 1,7 | 1,7 | 1,8 | 1,8 | 1,9 | 1,9 | 2,0 |
| Créditos | 27,9 | 29,0 | 28,2 | 24,7 | 22,6 | 19,4 | 18,2 | 26,6 | 29,8 | 31,7 |
| Ativos | 25,4 | 23,8 | 20,5 | 18,9 | 15,6 | 16,7 | 17,7 | 29,0 | 25,6 | 27,4 |
| Depósitos | 14,3 | 21,0 | 22,6 | 24,8 | 22,8 | 20,9 | 21,7 | 29,0 | 29,9 | 28,4 |
| Patrimônio Líquido | 26,6 | 21,2 | 15,8 | 21,6 | 40,4 | 15,4 | 15,4 | 21,6 | 23,1 | 19,3 |

⁸ Silva Alves (1999) e Puga (1999).

| | Jun/94 | Dez/94 | Jun/95 | Dez/95 | Jun/96 | Dez/96 | Jun/97 | Dez/97 | Jun/98 | Dez/98 |
|--|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Bancos Públicos Estaduais (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 10,6 | 10,7 | 10,7 | 10,8 | 11,0 | 11,5 | 11,8 | 12,1 | 10,7 | 8,9 |
| Créditos | 18,9 | 19,3 | 20,4 | 22,8 | 24,5 | 26,2 | 27,1 | 8,7 | 5,3 | 4,0 |
| Ativos | 12,4 | 19,0 | 21,4 | 23,9 | 22,2 | 24,5 | 22,9 | 10,3 | 7,3 | 5,9 |
| Depósitos | 17,3 | 18,3 | 20,2 | 21,8 | 24,8 | 25,8 | 25,0 | 13,3 | 10,4 | 7,7 |
| Patrimônio Líquido | 13,4 | 8,9 | 9,6 | 11,8 | 7,6 | 11,9 | 11,7 | 4,6 | 3,0 | 3,1 |
| Bancos Privados Nacionais (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 59,8 | 60,1 | 59,7 | 59,2 | 59,3 | 56,8 | 54,8 | 53,5 | 53,4 | 52,2 |
| Créditos | 39,5 | 41,5 | 40,6 | 41,0 | 38,9 | 38,0 | 35,5 | 37,8 | 37,5 | 31,6 |
| Ativos | 43,8 | 43,1 | 44,6 | 41,0 | 44,0 | 41,4 | 38,3 | 35,5 | 38,4 | 35,7 |
| Depósitos | 53,6 | 48,9 | 46,1 | 40,8 | 42,1 | 40,4 | 36,3 | 36,9 | 38,4 | 39,3 |
| Patrimônio Líquido | 45,9 | 52,9 | 56,0 | 42,9 | 32,1 | 53,8 | 50,8 | 45,7 | 45,9 | 46,5 |
| Bancos Estrangeiros – Filial (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 7,7 | 7,0 | 7,0 | 7,1 | 6,8 | 7,0 | 7,2 | 7,4 | 7,8 | 7,9 |
| Créditos | 3,2 | 1,9 | 1,9 | 2,1 | 2,3 | 2,1 | 2,1 | 2,6 | 2,8 | 2,7 |
| Ativos | 5,7 | 3,0 | 2,8 | 3,3 | 4,0 | 2,7 | 3,0 | 3,0 | 3,4 | 2,6 |
| Depósitos | 4,0 | 1,9 | 1,8 | 2,1 | 1,9 | 1,5 | 1,2 | 1,3 | 1,1 | 1,1 |
| Patrimônio Líquido | 3,2 | 3,0 | 3,2 | 4,2 | 3,5 | 3,4 | 3,1 | 2,8 | 3,0 | 2,3 |
| Bancos Privados Nacionais com Controle Estrangeiro (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 7,7 | 8,2 | 8,2 | 8,3 | 8,9 | 10,6 | 11,8 | 13,5 | 14,6 | 17,7 |
| Créditos | 6,0 | 4,9 | 5,3 | 6,1 | 7,4 | 9,5 | 12,4 | 14,2 | 13,8 | 18,0 |
| Ativos | 6,4 | 5,4 | 5,1 | 6,8 | 7,9 | 9,1 | 12,2 | 12,6 | 14,6 | 18,4 |
| Depósitos | 6,4 | 5,5 | 4,4 | 5,3 | 4,5 | 7,0 | 11,2 | 12,0 | 12,6 | 15,7 |
| Patrimônio Líquido | 5,9 | 7,3 | 7,7 | 9,5 | 8,1 | 8,2 | 11,5 | 12,9 | 13,6 | 19,5 |
| Bancos Privados Nacionais com Participação Estrangeira (Em %) | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 12,6 | 12,3 | 12,8 | 12,9 | 12,3 | 12,3 | 12,7 | 11,6 | 11,7 | 11,3 |
| Créditos | 4,5 | 3,5 | 3,5 | 3,3 | 4,2 | 4,8 | 4,7 | 10,1 | 10,9 | 12,0 |
| Ativos | 6,2 | 5,6 | 5,6 | 6,2 | 6,3 | 5,6 | 5,9 | 9,6 | 10,6 | 9,9 |
| Depósitos | 4,4 | 4,4 | 4,9 | 5,3 | 3,9 | 4,4 | 4,7 | 7,5 | 7,6 | 7,7 |
| Patrimônio Líquido | 5,0 | 6,7 | 7,7 | 10,1 | 8,4 | 7,3 | 7,4 | 12,4 | 11,3 | 9,3 |

| | Jun/94 | Dez/94 | Jun/95 | Dez/95 | Jun/96 | Dez/96 | Jun/97 | Dez/97 | Jun/98 | Dez/98 |
|--|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Total dos Bancos Múltiplos e Comerciais | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 246 | 243 | 243 | 240 | 236 | 227 | 221 | 215 | 206 | 203 |
| Créditos* | 88.420 | 143.582 | 159.292 | 163.364 | 164.014 | 157.941 | 163.022 | 133.962 | 126.501 | 121.465 |
| Ativos* | 277.871 | 353.254 | 411.197 | 419.072 | 480.190 | 456.912 | 521.141 | 493.082 | 505.644 | 450.864 |
| Depósitos* | 104.471 | 149.893 | 166.168 | 177.242 | 166.331 | 169.287 | 185.406 | 188.947 | 192.340 | 184.006 |
| Patrimônio Líquido* | 26.349 | 36.143 | 35.888 | 27.931 | 34.826 | 38.970 | 39.796 | 41.262 | 40.750 | 48.394 |
| Total do Sistema Bancário Nacional | | | | | | | | | | |
| Nº de Bancos | 273 | 269 | 268 | 266 | 262 | 259 | 252 | 246 | 236 | 233 |
| Créditos* | 124.656 | 194.164 | 210.156 | 218.457 | 225.255 | 220.367 | 230.466 | 206.611 | 200.443 | 195.880 |
| Ativos* | 361.998 | 477.367 | 534.653 | 558.452 | 630.817 | 607.682 | 685.802 | 661.153 | 665.150 | 619.466 |
| Depósitos* | 137.133 | 199.084 | 218.748 | 231.112 | 220.194 | 225.428 | 242.107 | 247.360 | 245.900 | 236.415 |
| Patrimônio Líquido* | 38.264 | 54.078 | 54.810 | 48.604 | 55.612 | 54.994 | 55.652 | 57.038 | 55.507 | 61.710 |

Fonte dos dados primários: Sisbacen; adaptado de Puga (1999, p.439)

*Valores em US\$ milhões.

- elevação do número de bancos com controle estrangeiro e ingresso via aquisição de instituições nacionais de agentes como HSBC (Bamerindus), Caixa Geral de Depósitos (Bandeirantes), Bilbao-Viscaya (Excel-Econômico), Santander (Banco Geral do Comércio e Noroeste), Banco Interatlântico (Boavista) e ABN Amro Bank (Real). Os bancos privados nacionais com controle estrangeiro passaram a representar cerca de 1/5 do patrimônio líquido do sistema em dezembro de 1998 contra 6% no período imediatamente anterior ao Plano Real (ver Quadro 14).
- Assistência da ordem de 4% do PIB para bancos privados através do Proer.

O Quadro 15 registra algumas destas mudanças.

Quadro 15**Número de Instituições Financeiras**

| Tipos de Instituição | Dez/88 | Jun/94 | Dez/98 |
|---|--------|--------|--------|
| Bancos Públicos Federais | 6 | 6 | 6 |
| Bancos Públicos Estaduais | 37 | 34 | 24 |
| Bancos Privados Nacionais | 44 | 147 | 106 |
| Filiais de Bancos Estrangeiros (Comerciais) | 18 | 19 | 16 |
| Bancos com Controle Estrangeiro | 7 | 19 | 36 |
| Bancos com Participação Estrangeira | 5 | 31 | 23 |
| Bancos de Investimentos | 49 | 17 | 22 |
| Total do Sistema Bancário Nacional | 166 | 273 | 233 |

Fonte: Puga (1999, p. 428)

As fortes mudanças estruturais foram acompanhadas por ligeiro declínio de CR3, CR10 e CR20, conforme mostra o Quadro 16.

Quadro 16**Sistema Bancário: Participação no Patrimônio Total do Sistema (%)**

| | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 |
|-------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 3 Maiores Instituições | 45,15 | 38,08 | 36,20 | 34,74 | 33,01 | 32,46 |
| 10 Maiores Instituições | 66,27 | 60,37 | 60,23 | 62,28 | 62,58 | 59,89 |
| 20 Maiores Instituições | 77,39 | 76,49 | 76,36 | 74,06 | 74,96 | 74,41 |

Fonte: Silva Alves (1999, p.391)

Parece consensual entre os analistas, a noção de que o ajuste do sistema financeiro brasileiro:

- reduziu o grau de vulnerabilidade a choques externos;
- promoveu, ainda que de forma incompleta, um ajuste no sistema de bancos estaduais, propiciando maior controle das políticas monetária e fiscal;
- transformou em concorrentes efetivos algumas grandes instituições estrangeiras que não detinham posições no mercado nacional.

A reestruturação descrita acima pode ser entendida, portanto, como a criação do ambiente de estabilidade e competição a que se aludiu na Subseção 1 desta seção. A ausência de participação neste processo, conforme registrado no Quadro 12, da autoridade antitruste parece justificável por duas razões:

- ausência de regulamentação específica que pudesse operacionalizar a Lei 8884/94 para o setor bancário;
- natural prevalência da ação da autoridade regulatória na montagem e redesenho do ambiente competitivo.

Durante o período 1994-99, prevaleceu, portanto, nos termos do Quadro 12, a fase 1 de isenção antitruste (Modelo 1).

Tais circunstâncias que vigoraram até o momento não devem prevalecer no futuro. Seria desejável, para a própria saúde do sistema, assegurar a aplicação da Lei 8884/94 de forma complementar à Lei 4595/64, conforme discutido na Seção III. Seria recomendável, portanto, novamente nos termos do Quadro 12 que se promovesse uma transição para o sistema de competências complementares (Modelo 3), freqüente na experiência internacional.

Daí a oportunidade da discussão das próximas duas seções que visam precisamente contribuir para a viabilização de maior interação entre as autoridades monetária e de defesa da concorrência em linha com a experiência de jurisdições mais maduras.

V. ADAPTAÇÕES NECESSÁRIAS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

A interpretação das normas aplicáveis à defesa da concorrência no setor bancário, como descrito nas seções anteriores, exige regulamentação específica. Porém, antes de enfrentar esta questão na próxima seção, o objetivo desta seção é discutir as providências necessárias para tratar adequadamente as pendências acumuladas desde 1994, quando da edição da Lei 8884.

Nesta seção, procura-se responder à indagação proposta, diferenciando a solução, conforme se trate de prática de infrações à ordem econômica (condutas anticoncorrenciais) ou de atos e contratos previsto no artigo 54 da Lei 8884/94 (contratos, fusões, aquisições, associações, etc...).

1. CONDUTAS

O Banco Central do Brasil poderá instaurar averiguações preliminares ou processo administrativo, de ofício ou mediante representação, tendo por objeto apurar indício de infração à ordem econômica, relativo a fato praticado em até 5 (cinco) anos anteriores à data da publicação do ato instaurador do processo de investigação.

Opera-se, quanto aos fatos anteriores a 5 (cinco) anos, a prescrição administrativa da ação punitiva do Estado, nos termos do artigo 1º da Lei 9873/99.

“Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”.

O Banco Central deverá desenvolver divisão especializada em defesa da concorrência, possivelmente em cooperação com a Procuradoria do CADE, para ter capacidade operacional de instauração de averiguações e processos administrativos, quando for o caso.

2. ATOS E CONTRATOS DO ARTIGO 54 DA LEI 8884/94

Até o presente momento, apenas duas operações de compra no setor bancário, dentre aquelas previstas no artigo 54 da Lei 8884/94⁹, foram apresentadas ao CADE. Trata-se da compra do Banco Itamaraty pelo Banco Crefisul e da compra do Banco Francês e Brasileiro pelo Banco Itaú.

Resta saber, portanto, de que forma as autoridades competentes deverão proceder à notificação das empresas para a apresentação das operações que ocorreram neste período e não foram apresentadas. Deve-se, ainda, identificar os casos para os quais já ocorreu o efeito da prescrição administrativa.

Em termos legais, cabe ao CADE zelar pela observância da Lei de Defesa da Concorrência (artigo 7º, inciso I), devendo, portanto, em conjunto com a autoridade

⁹ Reza o artigo 54: *Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. Por sua vez, o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que: Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).*

regulatória - e valendo-se das informações que esta possui - proceder à análise de todos os atos e contratos ocorridos no setor bancário, que se subsumem ao artigo 54 da Lei 8884/94, e que ainda não foram apresentados.

Caberia, portanto, ao Banco Central apresentar ao CADE lista contendo as informações relevantes acerca das operações ocorridas nos anos anteriores, não apresentadas, e que venham configurar ato ou contrato previsto no artigo 54 da Lei 8884/94.

Ressalve-se, porém, que a exigência deve-se limitar às operações ocorridas nos 5 (cinco) anos anteriores à elaboração da lista. Sobre as operações ocorridas há mais de 5 (cinco) anos, opera-se a prescrição administrativa, por efeito do artigo 1º da Lei 9.873/99 citado anteriormente.

Nos termos do artigo 54, parágrafo 7º da Lei 8884/94¹⁰, apenas após a aprovação pelo CADE poderá o ato ou contrato gozar de eficácia jurídica.

A lista, a ser encaminhada pelo Banco Central ao CADE, deveria incluir todos os atos e contratos, previstos no artigo 54 da Lei 8884/94 e realizados até a data da publicação da Resolução Conjunta a ser elaborada pelo CADE e Banco Central, visando normatizar a apresentação de tais atos ou contratos, conforme desenvolvido na Seção VI.

Após a publicação da Resolução Conjunta, os processos de análise dos atos ou contratos do artigo 54 deverão ser apresentados ao Banco Central do Brasil, em 2 (duas) vias, que deverá encaminhar 1 (uma) via ao CADE, imediatamente.

¹⁰ Dispõe o parágrafo 7º do artigo 54: *A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.*

Desta forma, será garantida a apreciação de todos os atos e fatos pendentes, respeitando-se a *prescrição administrativa* já operada e a garantia processual do administrado, prevista na Lei de Processo Administrativo (Lei 9784/99), artigo 2º, inciso XIII, o qual prevê que não poderá a Administração Pública impor ao administrado interpretação retroativa prejudicial.

Do ponto de vista do mérito, o CADE deverá levar em consideração o caráter excepcional do período 1996 – 2000, de montagem de ambiente competitivo, conforme discutido na Seção IV, ilustrado pelo Quadro 12.

VI. ADAPTAÇÕES NA REGULAMENTAÇÃO DA LEI 8.884/94, VISANDO SUA APLICAÇÃO AO SETOR BANCÁRIO

Conforme estabelecido no projeto deste estudo, o objetivo desta seção é fornecer uma proposta prática de regulamentação da divisão de trabalho entre as autoridades monetária e de defesa da concorrência. Uma minuta de Resolução e um formulário de apresentação de transações bancárias constituem os dois subprodutos desta parte do trabalho.

A regulamentação a ser elaborada em conjunto pelo Banco Central e pelo CADE, visando a aplicação da legislação de defesa da concorrência ao setor bancário, deverá ser subdividida em duas tarefas. A primeira, desenvolvida na Subseção 1 desta seção, diz respeito aos processos que têm por objeto a apuração de condutas infrativas à ordem econômica. A segunda, discutida na Subseção 2, se refere aos atos do artigo 54 da Lei 8884/94.

Em ambos os casos, procura-se formular uma arquitetura institucional compatível com a noção de sistema de competências complementares desenvolvida nas seções anteriores. Uma referência prática à proposta contida nesta seção é a da atual interação entre CADE e ANATEL.

1. A APURAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Nos termos da distinção das competências legais do Banco Central e do CADE, caberá ao primeiro as competências legais outorgadas pela Lei 8884/94 à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Isto significa atribuir à agência regulatória o papel instrutor e à autoridade antitruste o papel judicante e de eventual instrução complementar.

Caberia, assim, ao Banco Central instaurar averiguações preliminares e processos administrativos, com base na Lei 8884/94, visando a apuração de infração à ordem econômica, conduzindo-os até a final elaboração de parecer conclusivo, determinando o arquivamento ou recomendando a condenação ao CADE.

Caberia ainda ao Banco Central a adoção de medidas preventivas em processos administrativos instaurados, visando afastar a ocorrência de dano irreparável às relações de mercado, nos termos do artigo 52 da Lei 8884/94.

Note-se como esta divisão de tarefas corresponde à relação existente entre o CADE e a ANATEL na atualidade.

2. A ANÁLISE DE ATOS OU CONTRATOS PREVISTOS NO ARTIGO 54 DA LEI 8884/94

Na apreciação de atos ou contratos previstos no artigo 54 da Lei 8884/94, deverá o Banco Central, recebidas as informações das requerentes (nos termos de formulário sugerido abaixo, específico para o setor bancário), emitir parecer técnico, opinando pela aprovação irrestrita, condicionada ou pela desaprovação da operação, devendo neste caso encaminhar o processo ao CADE para julgamento, no prazo de 30 dias.

2.1. Resolução para análise de atos de concentração no setor bancário

Conforme destacado antes, seria necessária a edição de normativo específico, visando disciplinar a apresentação de atos e contratos previstos no artigo 54 da Lei 8884/94 ocorridos no setor bancário.

Como minuta de Resolução, a qual poderá ser adotada em conjunto pelo CADE e pelo Banco Central do Brasil, sugere-se o texto que segue.

Resultado Prático do Projeto de Pesquisa: Proposta de Resolução para a Análise de Atos de Concentração no Setor Bancário

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no uso das atribuições legais e tendo em vista o disposto no artigo 7º, inciso XIX da Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994, e a Diretoria do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições legais e tendo em vista o disposto na Lei 4.595/64, resolvem:

CAPÍTULO I

Da apresentação de atos e contratos do setor bancário

Art. 1º. O requerimento para autorização de ato ou contrato do setor bancário, previsto no art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 deverá estar acompanhado dos documentos e informações relacionados no guia em anexo a esta resolução.

Parágrafo único. A apresentação considerar-se-á cumprida apenas se houver preenchimento integral do guia de que trata o caput deste artigo, sendo que a ausência de preenchimento de algum dos campos do anexo deverá, obrigatoriamente, ser acompanhado de justificativa circunstanciada.

Art.2º. O momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art.54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.

Art. 3º. O requerimento, sempre que possível, será apresentado pelas requerentes em conjunto, indicando, obrigatoriamente, todas as informações requisitadas de acordo com o artigo 1º desta resolução.

Parágrafo Único. As requerentes deverão, imediatamente, informar qualquer alteração posterior dos dados constantes do requerimento inicial.

Capítulo II

Da Análise dos Atos e Contratos

Seção I

Do Procedimento

Art.4º. A notificação do ato ou contrato deverá ser apresentada ao Banco Central do Brasil, em 2 (duas) vias, que imediatamente encaminhará 1 (uma) via ao CADE.

Art.5º. O Banco Central do Brasil deverá emitir parecer, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da notificação, acerca dos aspectos concorrenciais da operação.

Art.6º. O Plenário do CADE deliberará, estritamente no tangente a questões de sua competência, acerca do ato ou contrato no prazo estabelecido no §§ 6, do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

*Seção II**Da Reapreciação*

Art.7º. A reapreciação das decisões do CADE sobre a apreciação de ato ou contrato do setor bancário, previsto no artigo 54 da Lei 8884/94, será regulada pelas disposições dos artigos 10 a 14 da Resolução CADE n.º 15.

*Capítulo III**Das Disposições Finais*

Art. 8º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

2.2. Formulário de apresentação de atos de concentração no setor bancário

Conforme destacado antes, as informações necessárias para a análise de um ato de concentração no setor bancário são distintas daquelas usualmente requeridas para uma operação em outros segmentos. A pesquisa da experiência de outras jurisdições, em particular dos EUA, sugere a adequação de formulário como o que segue. Encontra-se, em anexo, formulário adicional para delimitação do mercado relevante no setor bancário.

Resultado prático do Projeto de Pesquisa:

Quadro 17

Proposta de Formulário para a Apresentação de Atos de Concentração no Setor Bancário

| Item | Anexo I da Resolução n. 15 do CADE | Proposta de Anexo |
|----------------|--|--|
| I.1. | Nome de acordo com o estatuto social, nome dos estabelecimentos, nome do representante legal, CGC/MF e inscrição estadual. | Nome de acordo com o estatuto social, estabelecimentos, nome do representante legal e CGC/MF. |
| I.2. | Principais setores de atividades da requerente (seguir a lista do anexo V). | Principais setores de atividades da requerente (seguir a lista do anexo V). |
| I.3. | Endereço da sede, número do telefone e do fax e endereço do correio eletrônico. | Endereço da sede, número do telefone e do fax e endereço do correio eletrônico. |
| I.4. | Nomes dos acionistas ou quotistas com as respectivas participações no capital social discriminando a natureza da participação societária (obrigatoriamente aquelas participações superiores a 5%). | Nomes dos acionistas com as respectivas participações no capital social discriminando a natureza da participação societária (obrigatoriamente aquelas participações superiores a 5%). |
| I.5. | Grupo de empresas do qual faz parte. | Grupo de empresas do qual faz parte. |
| I.6. | Nacionalidade de origem do grupo. | Nacionalidade de origem do grupo. |
| I.7. | Principais setores de atividades do grupo (seguir a lista do anexo V). | Principais setores de atividades do grupo (seguir a lista do anexo V). |
| I.8. | Relação de todas as empresas direta ou indiretamente componentes do grupo, com atuação no Brasil e no Mercosul, bem como das empresas nas quais pelo menos uma das integrantes do grupo detenha participação no capital social superior a 5%, com atuação no Brasil e no Mercosul. | Relação de todas as empresas direta ou indiretamente componentes do grupo, com atuação no Brasil e no Mercosul, bem como das empresas nas quais pelo menos uma das integrantes do grupo detenha participação no capital social superior a 5%, com atuação no Brasil e no Mercosul. |
| I.9. | Faturamento, no último exercício, da(s) Requerente(s) e da totalidade das empresas do grupo no país, no Mercosul e no mundo. | Volume de depósitos à vista, créditos e patrimônio líquido, no último exercício, das requerentes. |
| I.9 (b) | | Dados relativos aos seguintes indicadores correspondentes aos três últimos anos: evolução dos créditos, ativos, depósitos e patrimônio líquido das requerentes. |

| | | |
|----------------------|--|--|
| I.10. | Relação das aquisições, fusões, associações (joint ventures) e constituições conjuntas de novas empresas efetuadas pelo grupo no país e no Mercosul, nos últimos 3 anos. | Relação das aquisições, fusões, associações (joint ventures) e constituições conjuntas de novas empresas efetuadas pelo grupo no país e no Mercosul, nos últimos 3 anos. |
| II.1. | Descrição resumida da operação indicando sua modalidade (aquisição, fusão, constituição de nova empresa, contrato, associações, joint ventures, etc.). | Descrição detalhada da operação indicando sua modalidade (aquisição, fusão, constituição de nova empresa, etc.) e o(s) setor(es) de atividade em que ocorreu o ato ou contrato notificado (seguir a lista do anexo V). |
| II.1. (b) | | Descrever as razões, estrutura, significado, termos e condições da operação, bem como planejamentos financeiros, incluindo qualquer plano para aumento de capital ou contração de empréstimos. |
| II.2. | Setor(es) de atividade em que ocorreu o ato ou contrato notificado (seguir a lista do anexo V). | Eliminado |
| II.3. | Esclarecer se o ato ou contrato está integrado em operação realizada entre empresas/grupo de empresas fora do país (operação mundial com reflexos no Brasil). | Esclarecer se o ato ou contrato está integrado em operação realizada entre empresas/grupo de empresas fora do país (operação mundial com reflexos no Brasil). |
| II.4. | Relação dos ativos envolvidos e sua localização. | Relação dos ativos envolvidos e sua localização. |
| II.4. (b) | | Faça uma listagem de todas as agências que (a) serão criadas ou mantidas incluindo a agência principal da instituição adquirida; (b) sendo pertencentes à instituição adquirida, têm autorização, mas ainda não estão em funcionamento, incluindo a data de expedição de autorização pela autoridade competente; (c) atualmente estão em operação e serão fechadas, incluindo comentários dos efeitos do fechamento para a prestação de serviços aos clientes. Para cada agência, indique o nome, endereço, cidade, estado e CEP. |
| II.4. (c) | | Caso a operação tenha como resultado a venda de agências ou qualquer tipo de alienação envolvendo ativos do banco, ou das empresas do grupo que não sejam instituições financeiras, indique o prazo, o comprador, e outras informações relevantes. |
| II.5. | Data e valor da operação. | Data e valor da operação. |
| II.6. | Nas operações que envolvem alteração da composição do capital social, apresentar quadro contendo sua estrutura antes e após a realização do ato ou contrato notificado. | Nas operações que envolvem alteração da composição do capital social, apresentar quadro contendo sua estrutura antes e após a realização do ato ou contrato notificado. |

| | | |
|----------------------|---|--|
| II.7. | Razões consideradas decisivas para a realização do ato ou contrato notificado. | Razões consideradas decisivas para a realização do ato ou contrato notificado. |
| III.1 | Cópias dos documentos que formalizam o ato ou contrato notificado. No caso de notificação prévia, apresentar todos os documentos disponíveis que demonstrem as condições do ato ou contrato notificado. | Cópias dos documentos que formalizam o ato ou contrato notificado. No caso de notificação prévia, apresentar todos os documentos disponíveis que demonstrem as condições do ato ou contrato notificado. |
| III.2. | Quaisquer atos e contratos complementares ou adicionais firmados entre as partes. | Quaisquer atos e contratos complementares ou adicionais firmados entre as partes. |
| III.3. | Cópia do último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas. | Cópia do último relatório anual elaborado para os acionistas. |
| III.4. | Relação dos membros da direção do grupo que, igualmente, sejam membros da direção de quaisquer outras empresas com atividades nos mesmos setores das Requerentes. | Relação de todas as pessoas jurídicas nas quais os membros da direção do grupo também atuem como membros da direção. |
| III.5. | Acordos de acionistas, quotistas e/ou todos e quaisquer acordos que incluam regras relacionadas com a administração das partes e de empresas envolvidas na operação. | Acordos de acionistas e/ou todos e quaisquer acordos que incluam regras relacionadas com a administração das partes e de empresas envolvidas na operação. |
| IV.1. | Relação das linhas de produtos/serviços ofertados por cada uma das requerentes no Brasil e no Mercosul. | Relação das linhas de produtos/serviços ofertados por cada uma das requerentes no Brasil e no Mercosul, indicando respectivas participações no faturamento total da requerente. |
| IV.2. | Relação das linhas de produtos/serviços ofertados pelas demais empresas que pertencem aos mesmos grupos das requerentes no Brasil e no Mercosul. | Relação das linhas de produtos/serviços ofertados pelas demais empresas que pertencem aos mesmos grupos das requerentes no Brasil e no Mercosul. |
| IV.3. | Identificar os produtos/serviços em que se verificam relações horizontais ou verticais entre os grupos das requerentes. | Identificar os produtos/serviços em que se verificam relações horizontais ou verticais entre os grupos das requerentes. |
| IV.3. (b) | | Descreva como a proposta atenderá as conveniências e as necessidades da comunidade. Para as instituições em operação, faça uma listagem das alterações significantes nos serviços e produtos que resultarão da operação. Se quaisquer produtos ou serviços não forem mantidos, descreva e explique as razões. |

| | | |
|--------|--|--|
| V.1. | Estimativa dos mercados relevantes identificados em termos de valor (R\$) e quantidade das vendas no último ano. | Estimativa dos mercados relevantes identificados em termos de valor (R\$) e volume de depósitos à vista, no último ano. <u>Para determinação do mercado relevante, vide anexo.</u> |
| V.2. | Valor (R\$) e quantidade das vendas, em termos absolutos e percentuais, de cada requerente, em cada mercado relevante, no último ano. | Valor (R\$) e volume de depósitos à vista, em termos absolutos e percentuais, de cada requerente, em cada mercado relevante, no último ano. |
| V.3. | Estimativa da participação de mercado dos principais concorrentes (mais de 5%) em valor (R\$), no último ano. Caso não seja possível, apresentar a estimativa em quantidade. Indicar endereço, número de telefone e fax de cada um dos concorrentes, além da metodologia e fonte utilizadas na estimativa. | Estimativa da participação de mercado dos principais concorrentes (mais de 5%) em valor (R\$), no último ano. Caso não seja possível, apresentar a estimativa em volume de depósitos à vista. Indicar endereço, número de telefone e fax de cada um dos concorrentes, além da metodologia e fonte utilizadas na estimativa. |
| VI.1. | Os 5 maiores clientes e fornecedores independentes nos mercados relevantes de cada requerente. (Indicar nome, endereço, número do telefone, número do fax e e-mail da pessoa de contato). | Os 5 maiores tomadores e depositários, nos mercados relevantes de cada requerente. |
| VI.2. | Código da tarifa externa comum (TEC) e a respectiva alíquota do imposto de importação. Incluir as alterações previstas na alíquota. | Eliminado. |
| VI.3. | Estimativa da participação das importações independentes no mercado nacional. | Eliminado. |
| VI.4. | Identificação dos fatores que influenciam positiva e negativamente a entrada nos mercados relevantes. | Identificação dos fatores que influenciam positiva e negativamente a entrada nos mercados relevantes. |
| VII.1. | Informações adicionais que as empresas julgarem relevantes a serem consideradas. | Informações adicionais que as empresas julgarem relevantes a serem consideradas. |
| VII.2. | Informar as demais jurisdições em que este ato ou contrato foi apresentado. | Informar as demais jurisdições em que este ato ou contrato foi apresentado. |
| VII.3. | Nome, endereço, número de telefone, número de fax, endereço eletrônico do funcionário da empresa encarregado de gerar informações referentes à notificação. No caso de apresentação através de procurador dotado de mandato, apresentar as mesmas informações acompanhadas da procuração. | Nome, endereço, número de telefone, número de fax, endereço eletrônico do funcionário da empresa encarregado de gerar informações referentes à notificação. No caso de apresentação através de procurador dotado de mandato, apresentar as mesmas informações acompanhadas da procuração. |

VII. ANEXO – DETERMINAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Item A.1

O mercado geográfico relevante inclui as áreas nas quais as agências a serem adquiridas estão localizadas e realizam a maior parte de seus empréstimos, depósitos e outras espécies de negócios. O mercado geográfico pode ser também determinado pelas áreas nas quais os consumidores existentes, bem como os potenciais clientes, em sofrendo os efeitos da operação, poderiam buscar novos fornecedores de serviços bancários.

Item A.2

Nesse sentido, considerando as áreas que poderiam ser delimitadas tendo em vista o critério acima estabelecido, elabore para cada uma delas – conforme o Quadro a seguir – um cálculo do valor do índice HHI correspondente ao período posterior e anterior à realização da operação.

Caso as áreas delimitadas na identificação do mercado de serviços bancários sejam consideravelmente diferentes daquelas delimitadas na identificação das fontes de depósito, apresente informações que expliquem esse fenômeno.

Item A.3

Mercado relevante: _____

Item A.4

Fonte e datada publicação das informações utilizadas: _____

Item A.5

Cálculo do HHI

| <i>Coluna (a)</i> | <i>Coluna (b)</i> | <i>Coluna (c)</i> | <i>Coluna (d)</i> | <i>Coluna (e)</i> | <i>Coluna (f)</i> |
|--|--|---|--|---|---|
| <i>Instituições Financeiras (Incluindo associadas)</i> | <i>Número de agências na área do mercado relevante</i> | <i>Valor dos depósitos na área do mercado relevante</i> | <i>Participação de mercado nos depósitos (%)</i> | <i>Participação de mercado antes da fusão elevada ao quadrado</i> | <i>Participação de mercado após a fusão elevada ao quadrado</i> |
| <i>Instituição adquirente</i> | | | | | |
| <i>Instituição adquirida</i> | | | | | |
| <i>Instituição resultante da Fusão ou operação diversa</i> | | | | | |
| <i>Outras Instituições</i> | | | | | |
| - | | | | | |
| - | | | | | |
| - | | | | | |
| <i>TOTAL</i> | | | | | |

| | |
|---------------------------|--|
| <u>HHI antes da fusão</u> | |
| | |
| <u>HHI após a fusão</u> | |
| | |
| <u>Aumento no HHI</u> | |

INSTRUÇÕES PARA CÁLCULO DO ÍNDICE HHI

| <i>Item</i> | <i>Instruções</i> |
|------------------------|--|
| <i>Item A.3</i> | <i>Prepare um quadro indicando separadamente o HHI para cada mercado geográfico listado em A.1.</i> |
| <u>Item A.5</u> | <i>Calcule o HHI para o mercado relevante como descrito abaixo.</i> |
| <i>Item A.5.a</i> | <i>Na Coluna (a) faça uma listagem de todos os bancos comerciais detentores de agências no mercado relevante, indicando se essa instituição opera como banco múltiplo. Associadas: para instituições que são associadas com controle comum, preencha apenas uma linha para todas elas.</i> |
| <i>Item A.5.b</i> | <i>Na Coluna (b) indique o número de agências que cada instituição tem no mercado relevante.</i> |
| <i>Item A.5c</i> | <i>Na Coluna (c) indique o valor dos depósitos em cada instituição. Para os bancos comerciais indique o valor total dos depósitos no mercado relevante.</i> |

Para Bancos Múltiplos, indique 50% do valor total dos depósitos que cada instituição detêm na área.

Total: adicione todos os depósitos listados na coluna (c) (exceto aqueles da instituição resultante da fusão) para determinar o valor total dos depósitos do mercado relevante.

Item A.5.d

Na Coluna (d) calcule a porcentagem do mercado relevante de cada instituição.

Item A.5.e

Na Coluna (e) calcule o valor do quadrado da participação de mercado listado na Coluna (d) para a instituição a ser adquirida e para a adquirente, bem como para as demais instituições. Calcule o resultado do HHI antes da fusão somando todos os valores da Coluna (e).

Item A.5.f

Na Coluna (f) calcule o valor do quadrado da participação de mercado da instituição resultante da fusão, bem como das outras instituições. Calcule o HHI após a fusão, adicionando todos os valores da Coluna (f).

Aumento do HHI: calcule o aumento do HHI subtraindo o HHI anterior a fusão do HHI posterior a fusão.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- AREEDA, Philip. *Antitrust Analysis – Problems, Texts, Cases in Little Brown and Co.*, 1981.
- BALTO, D. A. *Antitrust analysis of financial institutions joint ventures*. 16 *World Competition* 107, 1993.
- BANCO MUNDIAL. *Regulatory Institutions for Utilities and Competition: International Experience*. Manuscrito. 1998.
- BANCO MUNDIAL E OCDE . *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998.
- BARROS, José Roberto Mendonça de, e ALMEIDA JÚNIOR, Mansueto Facundo de. *A reestruturação do sistema financeiro no Brasil*. Brasília, Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Edição. 1996.
- BERGER, A.N. and HANNAN T.H. *The Price-Concentration Relationship in Banking*. *The Review of Economics and Statistics*. 1989.
- BERGER, A.N. and HUMPHREY, D.B., *Megamergers in Banking and the use of Cost Efficiency as an Antitrust Defense*, *Antitrust Bulletin*, v. 37, 1992.
- BERGER, A.N., W.C. Hunter, and S.G. Timme. *The efficiency of financial institutions: A review and preview of research past, present and future*. *Journal of Banking and Finance* 17. 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., 1999.

BONER, A. R. *Competition Policy and Institutions in Reforming Economies*, in *Transition Economies*, Frichstak, Ceds, Capítulo 3, 1995.

CADE: *Relatório anual 1996*.

CADE: *Relatório anual 1997*.

CADE: *Relatório anual 1998/1999*.

CADE/ASBACE. *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*. Março/1999.

CALVANI, T., SIEGFRIED, J. *Economic Analysis and Antitrust Policy*. Boston: Little, Brown & Co., 1998.

CANADA, Department of Finance. *Review of Financial Sector Legislation: Proposals for Change*, 1997.

CRETELLA Jr., José. *Elementos de Direito Constitucional*. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FEDERAL TRADE COMMISSION: *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*.

FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO. *Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional*.

FERREIRA, Paulo Cesar Ximenes Alves. *A reforma do sistema financeiro nacional*. Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro, 08.07.93.

- FOX, E. M., ORDOVER, J.A - *The Harmonization of Competition and Trade Law: The Case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action*, in *World Competition*, vol. 19, nº 2, Dezembro, 1995.
- FREEDMAN, C., GOODLET, C. *The Financial Services Sector: Past Changes and Future Prospects*. A background document for the dichley Canada conference, Outubro, 1997.
- HAWAWINI, G.A.S. and SWARY, I., *Merger and Acquisitions in the US Banking Industry: Evidence form in the Capital Markets*. New York: North Holland, 1990.
- HORTA, R. A., *A Concentração bancária no Brasil*, 1999.
- HORTA, R.M., *Estudos de Direito Constitucional*, 1999.
- HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. S. Paul: West Publishing, 1994.
- KWAST, M.L., Starr-McCluer, M., and Wolken, J.D., 1997, *Market Definition and the Analysis of Antitrust in banking*, *The Antitrust Bulletin*, Winter 1997.
- LANDE, R. *Ascensão e queda (próxima) da eficiência como reguladora do antitruste*. Separata da Revista de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Abril/Junho 1996.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 Edição. Malheiros Editores, 1990.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. Introdução à Teoria da Constitucional. 2ª Ed. Coimbra, 1988.

NOLLE, D.E., *Banking Industry Consolidation; Past Changes and Implications*, Economic & Policy Analysis Working Paper 95-1, Office of the Comptroller of the Currency, April, 1995.

OCDE. *Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks*. OCDE. Committee on Competition Law and Policy. Fev/1998.

_____. *Relationship between Regulators and Competition Authorities*, Series Roundtables on Competition Policy, 1999.

OLIVEIRA, Gesner. *Aspectos Concorrenciais da Privatização em Setores Regulados: Diretrizes para a Defesa da Concorrência*. Relatório de Pesquisa NPP nr. 21 da EAESP/FGV, maio,1998.

OLIVEIRA, G. *Regulação e Defesa da Concorrência: Bases Conceituais e Aplicações do Sistema de Competências Complementares*, NPP, 1998.

------. *Competition Policy in Brazil and Mercosur: Aspects of the Recent Experience*, in Brooklyn Journal of International Law. Vol. XXIV, Número 2, 1998.

------. *International Cooperation and the Interests of the Developing Countries: a Flexible Approach*, apresentado no "Third Symposium on Competition Policy and Multilateral Trading System", 1999.

OLIVEIRA, G. e PEREIRA NETO, C. *Regulation and Competition Policy: Towards an Optimal Institutional Configuration in the Brazilian Telecommunications Industry*. Brooklyn Journal of International Law. Vol. XXV, nr. 2. 1999.

PILLOFF, S.F., *Do big banks influence competition in local markets?*, Board of Governor of the Federal Reserve System, Mai/1997.

PUGA, Fernando Pimentel. *Sistema Financeiro Brasileiro: Reestruturação Recente, Comparações Internacionais e Vulnerabilidade à Crise Cambial*. (....). BNDES, 1999.

RHOADES, S.A., *Bank Mergers and Industrywide Structure, 1980-94*, Staff Studies 169, Board of Governors of the Federal Reserve System, Janeiro, 1996.

-----, *Competition and bank mergers: Directions for Analysis from available evidence*, The Antitrust Bulletin, Summer, 1996.

-----, *Consolidation and Megamergers in the Banking Industry*. Abril/1999.

-----, *Efficiency effects of horizontal (in-market) bank mergers*, Journal of Banking and Finance, v. 17, 1993.

-----, *Research on 10 Topics in Banking: An Introduction and Overview*, Review of Industrial Organization 12.

ROZANSKI, G. *Mergers and other competition policy issues in Banking*. Fev/1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª Edição. Malheiros Editores. 1999.

SILVA ALVES, Sergio Darcy da. *Avaliação Prospectiva do Sistema Financeiro Nacional sob a ótica da Regulação Prudencial e da Concorrência*. *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário - CADE/ASBACE* (1999), p. 385-400.

SOUZA, Marcos Martins de. *Organização das Instituições Financeiras e o CADE*. Revista de Direito Econômico. Jul/Dez 1996.

SPÍNOLA, Eduardo; SPÍNOLA FILHO, Eduardo, *A lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. 1º, Ed. Renovar, 1999.

SRINNIVASAN, A., *Are there cost savings from bank mergers?* Federal Reserve Bank of Atlanta, Economic Review, v. 77, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADIN-449/DF, Relator Ministro Carlos Veloso. Julgamento: 29.08.1996 (pleno).

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION (1992): *Horizontal Merger Guidelines* (revised: 1997).

UNCTAD. World Investment Report 1997: *Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy*, Nações Unidas.

WALL, L.D., *Cost Savings Associated with Bank Mergers*, Working Paper, Federal Reserve Bank of Atlanta, 1992.

WHITE, L.J., *Banking, Mergers and Antitrust: Historical Perspectives, and the research tasks ahead*. New York University Salomon Center Working Paper Series S-96-3 1996.

WOLKEN, J.D. and Rose, J.T. *Dominant banks, market power, and out-of-market productive capacity*, Journal of Economics and Business, 1991.