

SPREAD, CONCENTRAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO

*Daniel K. Goldberg**

1. Introdução

(i) Regulação Econômica e Concorrência

Um dos conceitos que começa a emergir no cenário brasileiro diz respeito ao papel absolutamente imprescindível de uma política da concorrência que funcione como vetor constante do processo de regulação econômica. Setores regulados teriam, assim, a competição introduzida em todos os segmentos potencialmente concorrenciais, restringindo a regulação às parcelas do mercado que se configurassem estritamente como “monopólios naturais”.

Como veremos nessa pequena nota, a convivência entre regulação e concorrência em setores ditos regulados nem sempre é tão harmoniosa. Muito ao contrário, o determinar um híbrido adequado entre concorrência e regulação – que preserve resultados eficientes – foi uma tarefa bastante subestimada por seus proponentes, ainda na década de 70.

(ii) Mercado e Falhas de Mercado

Há obviamente, inúmeras perspectivas a partir das quais pode-se entender o “mercado”^[1]. Uma delas é a que procura qualificá-lo como uma dimensão em que os consumidores, ainda que de forma individual, somam suas preferências para “comunicar” aos produtores qual a quantidade (e qualidade) de determinado bem ou serviço a sociedade demanda. Por outras palavras, o mercado pode ser concebido com um mecanismo “não-

* Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça. O autor agradece a colaboração de Marcos de Barros Lisboa e Eduardo Henrique de Mello Motta Loyo, que não têm qualquer responsabilidade quanto aos eventuais erros desta nota. Uma versão prévia desse artigo foi publicada na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais de 2004.

[1] Evidentemente, a teoria jurídica busca entender o mercado como um conjunto de instituições que torna as trocas possíveis.

lingüístico” de coordenação. Em um mercado perfeitamente competitivo, a oferta e procura interagem até que, em equilíbrio, a quantidade ofertada de um determinado bem ou serviço seja exatamente a quantidade de que a sociedade “precisa”, ao menor preço possível (igual aos custos marginais, isto é, logo antes da situação em que a firma “perca dinheiro” com cada unidade adicional a ser produzida).

Uma situação em que a soma de todas as empresas em determinado setor da economia produzem, em um dado momento, a quantidade correspondente às necessidades e preferências da soma de todos os consumidores, traduz um estado usualmente chamado de “ótimo de Pareto”^[2].

Um outro nome para o “ótimo de Pareto” é “eficiência econômica”: bens e direitos são alocados de forma eficiente se não há qualquer distribuição alternativa sem que alguém (produtor ou consumidor) saia prejudicado.

Como bem aponta Amartya SEN^[3], é claro que uma distribuição de bens ou direitos eficiente (no sentido do “ótimo de Pareto”) não toma em conta aspectos cruciais distributivos (justiça e isonomia): uma situação em que alguns se encontram, de partida, em extrema miséria, ao passo em que outros se encontram em extremo luxo, poderia ser considerada “eficiente”. Então qual a importância do conceito de eficiência econômica? Por que razão é tão importante que uma distribuição de bens ou direitos (e, como veremos dentro em pouco, de serviços públicos) seja eficiente (além de, é claro, justa)?

A resposta à pergunta envolve duas importantes idéias, bastante intuitivas: Em primeiro lugar, uma distribuição que não seja eficiente implica um contra-senso: se todos têm a liberdade de realizar trocas no tal mercado e se há uma certa distribuição que deixe todos mais satisfeitos do que na situação anterior, por que não realizar a troca adicional? Quando todos têm liberdade de trocar bens e direitos e optam por não mais realizar qualquer troca, assume-se que chegamos a uma situação em que qualquer troca adicional deixaria alguém insatisfeito (e, portanto, deixaria de ser voluntária).

Um segundo conceito, na verdade desdobramento do primeiro, é o de que *toda a vez que certa distribuição de bens ou direitos é ineficiente (no sentido de Pareto), o mercado falha na sua mais importante função:*

[2] Um arranjo social é descrito como “Pareto-ótimo” se, e somente se, o bem-estar de alguém não possa ser aumentado sem a diminuição do bem-estar de outrem.

[3] *On Ethics and Economics*, Berkeley, Blackwell Publishers, 1.999.

determinar quanto deve ser produzido de determinado bem e quais consumidores ficarão com os bens produzidos.

Portanto, quando determinada alocação de bens ou direitos é ineficiente^[4], teremos um caso de excesso (às expensas da escassez de outro bem) ou escassez (tendo como resultado a sobre-oferta de outro bem) de determinado bem. E toda vez que há excesso (ou escassez) de determinado bem, a sociedade *perde riqueza*.

O critério de eficiência econômica - ou, por outras palavras, uma distribuição que atenda ao “ótimo de Pareto” – é, em conclusão, essencial para que se evite a destruição de riqueza (e bem-estar) para a sociedade. Em um mercado perfeitamente competitivo, os “sinais” que a sociedade envia aos produtores (via preço) são suficientes para assegurar um resultado eficiente, isto é, um resultado em que o benefício extraído pelos produtores está em linha com os benefícios extraídos pela sociedade^[5].

O problema é que, em algumas situações, os mercados não funcionam. Isto é, a alocação de bens e direitos decorrentes das leis de mercado (com o retorno para os agentes produtivos) não leva a um resultado benéfico para a sociedade. As chamadas “falhas de mercado” ocorrem em diversas ocasiões, quando, por exemplo (i) há uma divergência entre custos privados e custos sociais (e.g. fabricante polui o ar porque sabe que os custos serão arcados por toda a sociedade, as chamadas “externalidades negativas”), (ii) existem bens públicos (não “rivais” quanto ao consumo^[6]), (iii) assimetrias de informação, ou a presença de (iv) monopólios naturais (setores em que a escala mínima eficiente de produção é “maior do que o mercado”).

Na presença dessas “falhas de mercado”, os produtores, guiados pelos “sinais de preço”, terminam por produzir quantidades (e invariavelmente qualidade) de determinado bem ou serviço distintas daquelas necessárias.

[4] Considerando, é claro, que os insumos são escassos – como usualmente o são.

[5] O leitor familiarizado com o tema do bem-estar reconhece essa proposição como o “Teorema Fundamental da Economia do Bem-Estar (“Welfare Economics”), formulado por Kenneth ARROW.

[6] O consumo desses bens não impede outros de o consumirem. Um exemplo clássico é dos programas de TV: o telespectador que os assiste não diminui a possibilidade de que outro telespectador, ao mesmo tempo, assista aos mesmos programas.

A regulação econômica vem para, na presença das “falhas de mercado”, assegurar que o resultado da interação entre produtores e consumidores de determinado bem ou serviço seja eficiente, tendo como resultado adequados quantidade, qualidade e preço.

Nunca é demais enfatizar: na presença de graves falhas de mercado, a regulação econômica se faz necessária. Por vezes, a regulação procura “atenuar” falhas de mercado (v.g. corrigindo ou contornando assimetrias de informação entre consumidores e produtores). Quando isso não é possível, a regulação, no limite, se substitui ao mercado, alocando bens e serviços e fornecendo “sinais” aos produtores que procurem estimulá-los a produzir, em certa quantidade e qualidade, bens e serviços. O desafio, é claro, reside em como “mimetizar” o mercado, que organiza – via preços – uma infinidade de informações a cada momento^[7].

(iii) Política de Concorrência nos setores regulados

As dificuldades que o regulador (e a regulação de forma geral) enfrenta na tarefa de mimetizar os efeitos alocativos do mercado ajudam-nos a entender o papel da política de concorrência nos setores regulados.

Uma política de concorrência atua de várias formas em setores regulados. Em primeiro lugar, uma política de concorrência bem articulada força a evolução da regulação (que deve ser estável mas não estática) a tomar em conta o dinamismo de certos setores (como o de telecomunicações). Ademais, uma política de concorrência pode ser concebida como instrumento de estratégia deliberada de mudança da moldura regulatória “pesada” (“heavy regulation”) para uma mais leve, em que a concorrência funcione ainda que parcialmente, com todos os benefícios decorrentes de menores problemas de assimetria informacional. Por fim, o direito da concorrência e a atuação das autoridades da concorrência prestam-se a diminuir a chance de captura dos reguladores setoriais^[8].

^[7] Se uma das funções primárias da regulação é “mimetizar” o mercado nos seus efeitos alocativos, obviamente um dos obstáculos do regulador reside nos problemas usuais de assimetria informacional decorrentes dessa multiplicidade de informações sintetizadas a cada momento, em mercados competitivos.

^[8] Para um bom panorama acerca dos mecanismos de “controle social” (accountability), vertical e horizontal, dos reguladores, veja-se Samuel PAUL, “Accountability in Public Services: Exit, Voice and Control”, World Development Vol. 20., no. 7., pp. 1047-1060, 1992.

Estudos tem demonstrado, de forma consistente, que reformas regulatórias associadas a uma forte política de concorrência nos países da OCDE traduziram substantivas reduções de preços e melhora de qualidade para consumidores^[9]. Em alguns estudos empíricos relacionados à reforma regulatória dos setores de gás natural, telefonia de longa distância, aviação e transportes rodoviários ano EUA, preços caíram pelo menos 25% após dez anos da reforma. O valor anual de benefícios extraídos pelos consumidores foi estimado em USD 5 bilhões anuais para o mercado de telefonia de longa-distância, USD 19.4 bilhões na aviação civil, USD 29.4 bilhões para os mercados de transportes rodoviário e ferroviário^{[10] [11]}.

(iv) A natureza da regulação no setor bancário

Evidentemente, a regulação no setor bancário tem como função básica e primordial a garantia de estabilidade e solidez do sistema financeiro. A principal falha de mercado aqui é a assimetria de informação que impossibilita ao consumidor perceber o exato nível de risco existente em cada instituição bancária. Como o consumidor não consegue diferenciar bancos adequadamente em função do seu nível de risco, estes não precisam remunerar consumidores de maneira diferenciada (via juros pagos aos depositantes, por exemplo). Por conseqüência, cria-se um incentivo para de que os bancos, na ausência de regulação, tomem risco demais^[12].

Por outro lado, o próprio Estado, ao introduzir o Banco Central como um emprestador de última instância (*lender of last resort*), cria um

^[9] Cf. Paul CRAMPTON, *Competition and Efficiency as Organizing Principles for All Economic and Regulatory Policymaking*, Pairs, OCDE.

^[10] OCDE, *Report on Regulatory Reform*, 1997, apud op. cit., p.3.

^[11] Há ainda outros estudos associados a eficiências dinâmicas e ganhos em produtividade total dos fatores (MFP) em indústrias previamente protegidas. Um deles estima os efeitos de reformas regulatórias entre as décadas de 1970 e 1990: ganhos de produtividade entre 2% e 6% (Grécia e Portugal conseguiram ganhos de 10%), aumento do nível de emprego entre 1.5% e 2.5%; OCDE *Economic Outlook*, 2002/2, no. 72.

^[12] Cf. Paulo CORREA, “As Concentrações Bancárias no Brasil devem ser controladas pelos órgãos antitruste?”, e Lúcia Helena SALGADO, “Análise da Concentração Bancária sob o Prisma da Concorrência”, in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, Coord. Celso Fernandes CAMPILONGO et alii, Max Limonad, São Paulo, 2002.

incentivo para que agentes econômicos incorram em riscos maiores que seria saudável para o sistema de pagamentos como um todo^[13].

Assim, quer por falhas de mercado associadas às assimetrias de informação, quer por aquelas introduzidas pelo próprio Estado ao perseguir o interesse público (assegurando liquidez ao sistema financeiro), a regulação no sistema financeiro assume papel importantíssimo, o de controlar o nível de risco incorrido pelos bancos.

Vale desenvolver esse ponto um pouco mais. Não só a regulação nesse mercado impõe-se como decorrência de falhas associadas a assimetria de informação, como também é a própria regulação que cria incentivos para que bancos sejam menos avessos a risco do que seria desejável^[14].

Nesse contexto, portanto, é curioso que a questão da competição tenha muitas vezes surgido nas discussões de economia industrial, direito regulatório e políticas públicas como um risco à higidez do sistema. À vontade (e estimulados) para competirem, bancos tenderiam a assumir riscos demais. Nesse sentido, os bancos seriam diferentes. Outros setores da economia não se beneficiam de um seguro de liquidez permanente como o que o Banco Central fornece, razão pela qual concorrência exacerbada, nesse caso, poderia levar à erosão da estabilidade do sistema^{[15] [16]}.

^[13] A natureza do incentivo perverso aos agentes econômicos que se cria com a introdução do “seguro de liquidez” ofertado pelo Banco Central é conhecido na teoria econômica como “risco moral” (moral hazard).

^[14] Ao leitor atento não escaparão as dificuldades inerentes à definição de qual o “risco desejável” (ou o nível ótimo de risco). Uma das funções primordiais do órgão responsável pela supervisão bancária (seja ele ou não o Banco Central) é a de justamente refazer constantemente essa análise.

^[15] Esse argumento foi-me apresentado durante discussões realizadas no comitê de competição da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, por Liliana ROJAS-SUAREZ. Na ocasião, argumentei que a peculiaridade reside na causa do “risco moral” (moral hazard), mas não no risco em si. Reguladores de inúmeros outros setores (sobretudo o de energia elétrica, me parece) estão acostumados a lidar com a “calibragem” da regulação/concorrência em função do moral hazard, a despeito de seus diferentes níveis de intensidade e diferentes causas institucionais.

^[16] Há extensa literatura, sobretudo desenvolvida por economistas pós-keynesianos, que sustenta que estruturas de mercado (bancário) próximas à concorrência perfeita não seriam ótimas do ponto de vista social. Estruturas oligopolísticas dariam incentivos adequados aos bancos para monitoramento de suas operações. A revisão dessa literatura foge ao escopo dessa nota e ao conhecimento do autor.

(v) Efeitos da concorrência e da desregulamentação no setor bancário

A despeito dos inúmeros temores levantados, políticas regulatórias com viés competitivo produziram ganhos palpáveis para as economias dos países que as adotaram^[17].

Pelo menos dois estudos recentes merecem menção. Os professores Kevin J. STIROH e Philip E. STRAHAN^[18] analisaram os efeitos do fim das restrições inter e intra-estaduais na atividade bancária americana que na prática criavam inúmeros mercados geográficos distintos, protegendo bancos locais da competição. Os resultados desse estudo mostram forte relação entre performance, fatias de mercado (market share) dos bancos^[19] e o processo de desregulamentação^[20].

Em outro estudo, CAMINAL e MATUTES^[21] testam a hipótese de que um nível maior de competição entre bancos necessariamente leva a uma maior probabilidade de falência das instituições financeiras (uma vez que tomariam risco excessivo), como sugerido pela teoria convencional. Os resultados mostram uma relação ambígua entre o comportamento dos bancos e competição^[22]. De qualquer forma, mesmo que tenhamos algum conflito

^[17] Não me refiro aqui a outras políticas que distorciam as condições competitivas e que foram largamente eliminadas em muitos países – como por exemplo políticas extensivas de créditos direcionados e teto (ou piso) para juros cobrados ou pagos pelos bancos. Refiro-me sobretudo a restrições diretas sobre entrada/saída de firmas.

^[18] “Competitive Dynamics of Deregulation: Evidence from U.S. Banking”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 35, no. 5, outubro de 2003.

^[19] O que denota, como sustentarei mais adiante, que por vezes a concentração de mercado é resultado de competição (com eficiência) e de estratégias empresariais competitivas, ao invés de causa de poder de mercado dada de forma exógena, como predica o paradigma do direito concorrencial Estrutura-Condução-Desempenho (ECD).

^[20] É importante ressaltar que os resultados demonstram não só mudanças de share decorrentes da competição, mas realocações de fatias de mercado consistente com a hipótese de que bancos mais eficientes (grandes ou pequenos) ganham mercado e/ou adotam estratégias de aquisição de mercado. Como notam os autores, portanto, também é necessário – ao menos no caso do mercado bancário – encarar a literatura tradicional acerca de economias de escala (tamanho é um dado exógeno) com ceticismo.

^[21] “Market Power and Banking Failures”, *International Journal of Industrial Organization*, Novembro de 2002, v. 20, iss.9, pp. 1341-61.

^[22] A explicação dos autores par a ambigüidade, verbis:” Since incentives to monitor are

entre concorrência e o papel do regulador, parece razoável admitir que, na presença de um regulador e supervisor bancário atuante, há espaço, na indústria bancária, para competição bastante vibrante, sem que se coloque em risco a higidez do sistema financeiro.

Do ponto de vista jurídico, temores quanto a um conflito dos objetivos perseguidos por autoridades de defesa da concorrência e Banco Central levaram a um debate que culminou com um conflito positivo de competência objeto de parecer do Advogado-Geral da União, que teve de decidir se ato de concentração submetido pelo Banco Finasa de Investimentos deveria ser apreciado pelo Banco Central (exclusivamente) ou pelo CADE^[23]. A despeito da decisão formal da AGU naquele conflito positivo de competência^[24], é importante notar que o debate da época aprofundou a crença de que a concentração do setor bancário é chave para entender a competição (ou falta dela) no Brasil. É essa crença que procuro discutir no próximo título.

2. Concorrência, concentração e poder de mercado

(i) Poder de mercado

Do ponto de vista da teoria econômica, o poder de mercado liga-se à possibilidade de que determinada firma ou agente econômico cobre preços superiores àqueles que seriam decorrentes de um regime de concorrência perfeita. Tais preços, em uma aproximação razoável, equivaleriam aos custos médios de produção mais a remuneração normal do capital^[25].

enhanced by market power, the relationship between market structure and investment is ambiguous. In the presence of non-diversifiable risk and decreasing returns to scale, more investment implies higher failure rates. As a result, the relationship between market power and banking failures is ambiguous.”, op. cit, p. 1341.

^[23] Cf. Parecer AGU/LA – 01/2001, processo n.00001.006908/2000-25.

^[24] A AGU proferiu parecer – até hoje debatido e de alcance controverso – asseverando a competência privativa do BACEN para analisar atos de concentração de instituições integrantes no sistema financeiro nacional.

^[25] De forma geral, empresas operando em concorrência perfeita em determinado mercado deveriam vender produtos até que seus custos marginais (o custo de vender mais uma unidade, que inclui o “custo de oportunidade” de um investimento alternativo e, portanto, a taxa normal de remuneração do capital) igualassem o preço de mercado (que seria dado, uma vez que nenhuma das firmas individualmente seria capaz de impor preços

Na teoria jurídica, há controvérsia em torno do conceito de poder de mercado e, sobretudo, em torno de sua aplicação pelos órgãos antitruste^[26]. De forma geral, contudo, do ponto de vista jurídico a possibilidade de que dispõe o agente de cobrar preços acima dos custos marginais (ou do patamar definido em concorrência perfeita), definição econômica, transparece como a possibilidade de que determinado sujeito de direito atue com independência e indiferença em relação aos demais concorrentes^[27].

Uma diferença fundamental entre ambas perspectivas é que, enquanto a teoria econômica busca lidar com o poder de mercado em si, e seus efeitos estáticos (ineficiência alocativa, ineficiência-X) e dinâmicos (diminuição de progresso técnico e ritmo de inovação), a teoria jurídica aplicada no direito da concorrência tem-se ocupado não do uso, mas sim do abuso de poder de mercado^[28].

sem perder todos seus clientes para firmas concorrentes). Já em monopólio (ou cartel), a(s) firma(s) poderá impor uma margem (mark-up) sobre os custos marginais, com o preço final dado por:

$$p = CMg / [(1 - 1/?d)], \text{ onde:}$$

p = preço de mercado

CMg = custo marginal

?d = elasticidade-preço da demanda

Na medida em que o preço aumenta na presença de poder de mercado, uma quantidade menor é produzida/consumida e cria-se um “peso morto” na economia correspondente à perda de bem-estar que corresponde ao saldo do que foi “perdido” pelos consumidores e não recuperado pelos “produtores”. Há um largo debate na comunidade acadêmica em torno de qual deveria ser o objetivo de políticas de concorrência, sobretudo aplicadas aos critérios de análise de atos de concentração. O debate gira em torno de critérios que buscam maximizar o bem-estar total versus aqueles que buscam maximizar apenas o bem-estar dos consumidores (desconsiderando transferências de renda aos produtores com poder de mercado). O debate foge ao escopo desse artigo.

^[26] Para bela discussão acerca dos limites da aplicação do conceito de poder de mercado na jurisprudência norte-americana, cf. “Comments: Landes and Posner on Market Power: Four Responses”, por Richard SCHMALENSEE, Louis KAPLOW e Timothy J. BRENNAN, Harvard Law Review. Vol. 95., pp. 1787 e ss.

^[27] Cf. Paula FORGIONI, Fundamentos do Antitruste, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

^[28] Ao menos em sede repressiva. A lei 8.888/94 refere-se a “abuso de posição dominante” em seus artigos 20 e 21. No que diz respeito ao controle das estruturas de mercado (art. 54 da Lei 8.884/94), há ainda muita confusão na doutrina. Um dos motivos refere-se às limitações do paradigma ECD, discutido abaixo.

A linha tênue entre o uso e o abuso de poder de mercado, bem como as incompreensões recíprocas entre economistas e juristas, tem levado à algumas dificuldades práticas e confusões teóricas. A primeira delas remete ao conceito de “preço abusivo”. Do ponto de vista econômico, “preços abusivos” são simplesmente reflexo de algum poder de mercado, e remetem à remuneração extraordinária, ou supranormal, do capital. Entretanto, é justamente a expectativa de receber essa remuneração extraordinária que constitui, ao lado da pressão dos competidores, o grande incentivo para o progresso dos processos de produção das firmas em uma economia de mercado.

Obviamente essa percepção não é estranha ao direito, nem à lei brasileira de concorrência. Não por outra razão, a lei brasileira diz que não caracteriza ilícito a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”^[29]. Por outro lado, a lei condena práticas que levem ao “aumento arbitrário de lucros”^[30] dentre as quais a imposição de “preços excessivos”^[31]. Isto traz, por óbvio, algumas dificuldades aos que – como o autor desse artigo – defendem que os artigos 20 e 21 não se referem à própria posição dominante (refletida na prerrogativa de descolar preços de custos marginais), mas sim ao seu abuso^[32].

No caso do sistema financeiro nacional, juristas, economistas e a sociedade civil têm debatido se preços excessivos (taxas de juros acima dos patamares competitivos) têm sido cobrados dos consumidores, com lucros extraordinários (no sentido econômico) ou arbitrários (no sentido jurídico)

[29] Cf. art .20, par. 1º.da Lei 8.884/94.

[30] Art. 20, inciso II, da Lei 8.884/94.

[31] Art. 21, inciso XXIV, Lei 8.884/94.

[32] É bom lembrar que a concorrência perfeita é um modelo neoclássico que parte de premissas que não encontramos na realidade. Assim, não há consumidores que informações perfeitas acerca dos produtos ofertados, assim como os produtos não são todos perfeitamente homogêneos etc. Assim, é de se esperar que não existem bens na economia cujos preços reflitam, com exatidão custos marginais (que de resto não são observáveis diretamente). Isto é, quase todas as firmas detêm algum poder de mercado, que passa a ser questão de grau, e não mais soma-zero. A interpretação de que todo preço excessivo (aquele acima do patamar competitivo) é ilícito tornaria-se, no limite, absurda e inaplicável. Por isso, na opinião do autor, é necessário tratar preços cobrados acima de patamares competitivos (se pudéssemos calculá-los com perfeição, o que é problemático) como prova de posição dominante, e não como abuso dela.

correspondendo aos proprietários dos bancos. De forma similar, muitos argumentam que o setor bancário estaria tornando-se “excessivamente concentrado”, depositando esperanças no controle de atos de concentração que começará a realizar-se pelo Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC), assim que aprovado projeto de lei PL 344/00.

(ii) Estrutura, conduta e desempenho

Análises de concorrência, sobretudo no âmbito do direito antitruste, têm seu arcabouço construído a partir do paradigma conhecido em economia industrial como estrutura-conduta-desempenho (ECD). Assim, busca-se inferir, a partir das características estruturais de um mercado (número de firmas, barreiras à entrada de novos concorrentes, tecnologia madura), características comportamentais das firmas (estratégias de preço, investimentos em propaganda ou diferenciação de produtos, pesquisa e desenvolvimento) ou acerca do desempenho de determinado mercado (alocação eficiente, progresso técnico, taxas de lucro).

O uso de modelos baseados na tese de que a partir da concentração de mercado (característica estrutural), pode-se inferir a probabilidade de colusão entre firmas (conduta), ou mesmo o exercício puro e simples de poder de mercado tem algumas limitações flagrantes. A primeira delas é que os níveis de concentração de um determinado mercado não determinam a conduta da firma, mas muitas vezes são determinados por elas. Firmas adotam diferentes estratégias empresariais, com maior ou menor sucesso, o que pode resultar em ganho ou perda de parcelas de mercado (market share). Bancos de maior sucesso, por sua vez, por vezes optam por adquirir outros bancos como parte de sua estratégia competitiva^[33]. Em que medida atacar a concentração, portanto, beneficia consumidores e a eficiência no mercado é uma análise que deve ser feita caso a caso.

Além disso, o uso de medidas de concentração, por si, não leva em conta a presença de competidores potenciais. Caso a entrada de novos

^[33] STIROH e STRAHAN chegam à conclusão que nos EUA, após o movimento de desregulamentação do mercado bancário, a estratégia dominante dos bancos não foi a de adquirir bancos ineficientes (poor performers), como seria de se esperar, mas sim a de adquirir outros bancos competitivos e bem-gerenciados, para então competir com bancos ineficientes. Op. cit., p. 804.

competidores seja extremamente fácil (i.e. o mercado seja muito contestável), o detentor de posição dominante tenderá a comportar-se como um agente sob pressão competitiva, presumivelmente com preços suficientemente baixos e qualidade dos produtos ofertados^[34]. Por fim, calcular a concentração em um dado mercado traduz a dificuldade em delimitá-lo. Advogados que militam na área do direito da concorrência usualmente vertem rios de tinta tentando expandir o mercado relevante (em suas dimensões produto ou geográfico) em determinada análise, a fim de diluir a participação de uma ou outra firma^[35].

Por outro lado, o conceito de concentração econômica ampara virtualmente todos os sistemas de direito antitruste, sobretudo por ser aplicável pelas autoridades de defesa da concorrência responsáveis por controlar as estruturas de mercado. Há, claro, diversas medidas de concentração, e pelos motivos expostos acima nenhuma delas capta adequadamente o poder de mercado de determinada firma ou firmas. A medida de concentração mais comum, utilizada pela maioria das autoridades de defesa de concorrência é o índice Hirschman-Herfindahl (HH)^{[36][37]}. O HH tenta refletir o fato de que o poder de mercado varia exponencialmente com a concentração, uma vez que reflete as participações de mercado dos concorrentes, elevadas ao quadrado. Um mercado em concorrência perfeita tem índice de HH igual a zero, uma vez que nenhum dos concorrentes tem participação significativa. Já um mercado de HH igual a 10.000 apresenta características de monopólio^[38].

[34] Nesse caso, contudo, ainda que venda produtos a preços competitivos, a firma tende a adotar estratégias para criar barreiras artificiais à entrada nesse mercado, incorrendo em condutas bem catalogadas pela literatura de organização industrial e tipificadas no direito brasileiro pelos arts. 20 cc. 21, inciso III da Lei 8.884/94.

[35] Como bem nota FORGIONI, op. cit., p. 199, o conceito de mercado relevante torna-se então uma “válvula de escape”. Cf. Resolução 15/98 do CADE para definição de mercado relevante e teste do monopolista hipotético.

[36] O HHI de uma indústria é nada mais do que o somatório das parcelas de participação das firmas em um mercado, elevadas ao quadrado, ou $HHI = \sum s_i^2$.

[37] No Brasil os órgãos do SBDC, Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça, empregam o HHI e, em casos presumivelmente simples, o C4, medida que reflete simplesmente a parcela de mercado dos 4 maiores competidores em determinada indústria. Em casos mais complexos, contudo, dispensa-se medidas de concentração (pelos motivos expostos), por vezes substituídos por análises econométricas bastante mais sofisticadas que tentam (ou deveriam) tomar em conta o caráter endógeno da concentração de mercado.

A jurisprudência americana, descrita no horizontal merger guidelines editado pela Federal Trade Commission e pelo Department of Justice (FTC/DOJ), de 1992, trata mercados com HHI abaixo de 1000 como não concentrados, de 1000 e 1800 como moderadamente concentrados e acima de 1800 como excessivamente concentrados. Como veremos mais adiante, a maioria dos mercados relevantes definidos para os bancos – em diversos cortes – não apresenta índices HH considerados, por esses critérios, preocupantes. Por outro lado, procuramos descrever como muitas vezes medidas de concentração apresentam deficiências sérias como índices de que indicam concorrência (ou ausência dela) em determinada indústria. Vejamos o caso dos bancos.

(iii) Concentração bancária

Em recente resenha, o Professor NAKANE^[39] analisa a concentração no setor bancário, calculando o HHI em função de ativos, créditos e depósitos, a partir de dados publicados pelo Banco Central do Brasil.

Tabela 1 - Concentração no setor bancário brasileiro, 1994-2003

Ano	Número de bancos	Índice de Herfindahl		
		Ativos	Crédito	Depósitos
1994	246	0,0706	0.0990	0.0858
1995	242	0,0678	0.1001	0.0991
1996	231	0,0674	0.0960	0.0952
1997	217	0,0676	0.1227	0.0934
1998	203	0,0786	0.1351	0.0931
1999	194	0,0744	0.1137	0.0986
2000	192	0,0687	0.0875	0.0902
2001	182	0.0630	0.0566	0.0891
2002	167	0.0692	0.0596	0.0884
2003	164	0.0758	0.0691	0.0911

[38] 100 (por cento) elevado ao quadrado, uma vez que só uma firma detém todo mercado.

[39] Marcio I. NAKANE, “Concorrência e Spread Bancário: Uma Revisão da Evidência Para o Brasil.”, “Economia Bancária e Crédito – Avaliação de 4 anos do Projeto Juros e Spread Bancário”, Banco Central do Brasil, dezembro de 2003.

Como se pode observar, a despeito do forte movimento de fusões e aquisições verificado após a crise bancária de 1995, com forte redução do número de bancos, os índices de concentração bancária permaneceram largamente inalterados (excepcionado o HHI calculado em relação a volume de crédito). Por outro lado, a análise antitruste baseada em índices de concentração busca delimitar o espaço de competição, ou mercado relevante, antes de calcular a concentração de parcelas de mercado por agentes econômicos. Por outras palavras, é pouco provável que índices HH calculados como se bancos competissem por consumidores em todo o território nacional, com relação a todos os diferentes produtos ofertados, nos auxiliem de forma definitiva a lidar com a concentração bancária.

Provavelmente uma análise segmentada que buscasse delimitar os inúmeros mercados relevantes, nas suas dimensões geográfica e por produto, e então calcular a concentração em cada um destes mercados, seria mais apropriada^[40]. Poucos estudos foram realizados a partir de uma abordagem que buscasse segmentar, tal qual fariam as autoridades de defesa da concorrência, os mercados relevantes na indústria bancária. Um desses estudos foi realizado por Gustavo L. LOYOLA, Gesner OLIVEIRA, Ernesto M. GUEDES e Bianca Abbott MÜLLER^[41]. Nesse estudo, os mercados relevantes foram divididos em (i) mercados de depósitos e de operações de crédito, segmentados nas suas diferentes modalidades (capital de giro, hot money, desconto de duplicatas, conta garantida, vendor, cheque especial/pessoa física e jurídica etc.)^[42] e (ii) mercados de administração de recursos de terceiros.

Uma outra forma de segmentar os mercados relevantes remete ao porte das instituições financeiras. Assim, o mercado de depósitos à vista, por exemplo seria subdividido entre os bancos de grande, médio e pequeno porte, com os respectivos índices de HH calculados para cada um. LOYOLA, OLIVEIRA e outros calcularam o HHI para o mercado de depósitos dividido

^[40] Por outro lado, uma vez que tomamos a definição de mercado relevante como a de “espaço concorrencial”, uma definição precisa desse espaço (empregando métodos de análise empírica) tornaria o próprio método de inferência de poder de mercado a partir da estrutura despiciendo. É justamente essa a crítica do paradigma ECD, que parte da estrutura de mercado como um dado exógeno.

^[41] Parecer elaborado pela Tendências Consultoria Integrada, a pedido do Banco Santos, em Setembro de 2003.

^[42] O critério para agrupar esses mercados relevantes é o da substitutibilidade pelo lado da demanda.

pelo porte dos bancos. Apenas o mercado de depósitos à vista para bancos de grande porte apresentou um HHI superior a 1800, considerado pelo Horizontal Merger Guidelines do DoJ/FTC como excessivamente concentrado. No caso de operações de crédito divididas por porte de banco, o maior HHI encontrado foi de 1460,2 pontos. Em tese, portanto, não haveria preocupações significativas das autoridades de defesa da concorrência na grande maioria dos mercados relevantes analisados. Algumas observações sobre esses dados são necessárias. A primeira delas é que os dados disponíveis tornam difícil a segmentação adequada por modalidade de operação, como seria de rigor. Os autores do estudo mencionado apontam para essa dificuldade e buscam outras variáveis que permitam descrever a dinâmica concorrencial desses mercados.

Uma segunda observação é que no caso de diversos desses mercados, a dimensão geográfica pode ser particularmente relevante. Regiões do país podem ter maior ou menor número de bancos competindo por consumidores. A terceira observação, por outro lado, é a de que a divisão de bancos por porte pode ser um corte controverso, do ponto de vista teórico. A razão de tal abordagem pode residir na dificuldade de delimitar os mercados relevantes geográficos^[43]. Isto é, bancos maiores são mais capilares e alcançam regiões que os outros não alcançam^[44]. De outra parte, os autores notam uma certa tendência à especialização: bancos de grande porte concentram suas operações no mercado de títulos e não em créditos à média empresa (middle market), que seria atendida por “bancos de nicho”, de menor porte. Essa é uma hipótese que deve ser objeto de estudos posteriores.

TONOOKA e KOYAMA^[45] igualmente tentam calcular índices de HH para os mercados de crédito divididos por modalidades específicas, destacando como mercado em que a concentração seria elevada o de desconto de nota promissória. Para a maioria dos outros mercados os índices de concentração seriam considerados pouco elevados, não suscitando maiores preocupações concorrenciais. Apesar das imprecisões típicas das abordagens em que se tenta delimitar mercados relevantes e índices de concentração, parece portanto razoável admitir que, para a grande maioria

[43] Somada, talvez, a alguns aspectos relacionados às economias de rede.

[44] O que, me parece, não dispensaria a análise de cada um destes mercados na sua dimensão geográfica.

[45] TONOOKA, Eduardo K. e KOYAMA, Sérgio M. “Taxa de juros e concentração bancária no Brasil”, Trabalhos para discussão do Banco Central do Brasil n. 62 .

dos mercados relevantes, não haveria concentração excessiva no setor bancário que pudesse levar a altas taxas de spread. Isso significa que bancos competem vigorosamente? Entendo que não^[46].

Argumentei nessa pequena nota que o uso de índices de concentração como método para inferir poder de mercado tem imprecisões que remetem aos limites do paradigma ECD, que funda atualmente o direito da concorrência e a forma como atuam as autoridades antitruste. Isso significa que outras formas de inferir poder de mercado, não apenas as que se amparam em índices de concentração, deveriam ser utilizadas antes de afirmar que bancos realmente competem. Além disso, é necessário estabelecer em que medida a competição realmente se reflete nos spreads bancários^[47]. Antes de tratar, contudo, dos impactos da competição (ou falta dela) sobre o spread, faz-se necessária uma breve descrição de outros determinantes das taxas de juros cobradas pelos bancos.

(iv) Determinantes do spread bancário^[48]

Bancos dedicam-se à atividade de intermediação financeira. A taxa de juros é o preço cobrado pela cessão do uso de recursos monetários durante um certo período de tempo. Tipicamente, a taxa de juros cobrada para um empréstimo depende das oportunidades de investimento disponíveis ao investidor e do risco associado à probabilidade de que o devedor honre sua dívida no prazo contratado. O spread bancário nada mais é do que a diferença entre a taxa de juros paga ao poupador e aquela cobrada do tomador de empréstimo, constituindo-se, portanto, na remuneração do serviço de intermediação.

Ao emprestar aos demais agentes os bancos procuram inferir, na medida do possível, o risco de não pagamento dos créditos concedidos. Quanto menor o risco, menor o prêmio a ser cobrado na taxa de juros. Caso, por exemplo, o tomador possa oferecer uma garantia crível e de rápida

^[46] TONOOKA e KOYAMA, op. cit., suportam essa visão e tentam mostrar que índices de concentração não têm impacto relevante sobre taxas de empréstimo cobradas pelos bancos.

^[47] Uma competição intensa que se dê via especialização de produto, e não via preços, por exemplo, não influiria nas taxas de spread.

^[48] Essa sessão está baseada na sessão 4 da nota “Algumas Observações sobre Spread Bancário e Inadimplência”, elaborada a pedido do Ministro Carlos Alberto Direito do Superior Tribunal de Justiça por Marcos de Barros LISBOA. Ajustes e modificações no texto foram adotadas por mim com permissão do autor.

execução em caso de inadimplência, o prêmio de risco tende a ser próximo ao prêmio cobrado ao governo federal. Quanto mais incerta, ou mais longa, for a execução da garantia, maior será o prêmio de risco cobrado.

A concessão de empréstimos envolve dois principais riscos para o banco, o risco de seleção adversa e o risco moral^[49]. O risco de seleção adversa decorre da incapacidade do banco de diferenciar corretamente as características dos tomadores de empréstimo. Por exemplo, na sociedade existem agentes mais e menos propensos ao risco. A existência de distintas propensões ao risco afeta desde o comportamento na condução de veículos motorizados, até as escolhas dos investimentos realizados. O banco, entretanto, não tem informação perfeita do grau de propensão ao risco do tomador de empréstimo.

Consideremos, por exemplo, duas oportunidades de investimento, uma segura, com taxa de retorno de 25% ao ano, outra incerta. Essa última pode gerar uma remuneração de 40% ao final do primeiro ano como também pode resultar na perda de todo o investimento realizado. O banco, entretanto, não tem perfeito controle sobre o investimento ou conhece menos sobre o risco envolvido do que o investidor, assim como sua propensão ao risco. Suponhamos que o depositante do banco não deseje correr riscos e que apenas deposite caso a taxa de retorno segura, isto é sem risco, seja pelo menos de 20%.

Caso o banco pudesse identificar perfeitamente o perfil do tomador de empréstimo não haveria maiores problemas econômicos. O banco poderia, por exemplo, emprestar a uma taxa de juros de 22% para o investidor da atividade segura, sendo o diferencial de juros utilizados para cobrir os custos administrativos e remunerar o banco. O investidor, ao final do período, obteria 25% de retorno pagando os 22% ao banco e retendo 3% como sua remuneração, permitindo ao banco remunerar o depositante como acordado.

Entretanto, caso o banco não consiga diferenciar o perfil do tomador de empréstimo, este pode ser concedido ao investidor mais propenso ao risco que resolve investir na atividade mais arriscada. Caso o investimento seja bem sucedido, o investidor paga seu empréstimo ao banco, que pode, então remunerar o depositante. Caso, entretanto, o investimento seja mal sucedido, o banco nada recebe, tendo que arcar com o prejuízo, caso existam recursos disponíveis para tanto, ou não honrando seu débito com o depositante, podendo iniciar uma corrida bancária.

^[49] No item 1 (iv) analisei o problema do risco moral na relação banco vs. regulador. Agora LISBOA trata do risco moral na relação banco vs. consumidor.

Dada a incerteza inerente ao investimento arriscado, e a impossibilidade do banco em diferenciar o perfil do investidor, quais os instrumentos disponíveis ao banco para reduzir a chance do empréstimo ser adquirido pelo investidor mais arriscado? Um possível instrumento é a cobrança de taxas de juros punitivas caso o investimento não seja bem sucedido com a apropriação de eventuais rendas adicionais que esse investidor venha a obter. Nesse caso, o investidor mais arriscado terá suas receitas futuras comprometidas em caso de fracasso do seu investimento. Se essa taxa punitiva for suficientemente alta, o investidor menos avesso a risco não contrata o empréstimo e o banco ao emprestar tem a confiança de que este está sendo concedido ao investidor conservador. Isto cria o viés do sistema bancário observado pelo senso comum, com taxas de juros extremamente punitivas no caso de inadimplemento.

Já o problema do risco moral está relacionado ao comportamento do tomador de empréstimo uma vez que este seja concedido. Em algumas circunstâncias, capacidade do tomador de empréstimo de honrar sua dívida depende de decisões a serem tomadas que não são observadas pelo banco ou por uma terceira parte. Tais circunstâncias muitas vezes relacionam-se à natureza das regras (de direito contratual, real, do consumidor, e processual) aplicáveis aos contratos e relações bancárias. As normas de todos esses ramos do direito afetam a forma como o tomador de empréstimo se comporta após ter celebrado o contrato, incentivando (ou não) o adimplemento contratual.

O banco, por sua vez, procura desenhar o contrato de crédito de modo a induzir, por parte do tomador de recursos, um comportamento específico. Nesse último caso, o risco de não pagamento é incorporado no custo do empréstimo, resultando em um prêmio de risco, e, portanto, uma taxa de juros, maior do que no primeiro caso^[50].

Por outro lado, no caso brasileiro a incidência tributária sobre o valor das transações financeiras (e não sobre a renda gerada por elas) cria um viés quanto ao prazo dos contratos. Quanto menor o prazo da operação financeira, maior será o spread, isto é, maior será a diferença entre a taxa de juros de captação de recursos e a taxa de juros de empréstimos. Por fim, a questão da competição. Em que medida as altas taxas de juro em diversas modalidades de

^[50] Como bem resume LISBOA, op. cit., “Quanto menores forem as penalidades para aqueles que não honrem seus contratos de dívida maior será a fração de tomadores de empréstimos para atividades de maior risco – seleção adversa – assim como menores serão as precauções adotadas por parte dos tomadores para garantir adimplência no prazo contratado – risco moral.”

operações bancárias refletem poder de mercado por parte dos bancos?

(v) Afinal, bancos competem?

A resposta essa pergunta, como espero ter demonstrado ao longo dessa nota, não é trivial. Dois recentes estudos, de NAKANE^[51] e BELAISH^[52], excluíram a hipótese de que os bancos operam em um ambiente próximo à concorrência perfeita (que setor o faz?), assim como também a hipótese de que atuem como cartel.

O estudo de Agnès BELAISCH, funcionária do Fundo Monetário Internacional, gerou especial frisson na mídia. Afinal, disseram os jornais, “o próprio FMI vinha a público afirmar que os bancos não competiam entre si”. Como sempre, contudo, afirmações como essas devem ser feitas com certa cautela. A metodologia empregada por BELAISCH busca aferir em que medida um aumento nos preços dos fatores utilizados pelos bancos se refletem em um aumento idêntico das receitas. Afinal, como em concorrência perfeita os preços estão colados aos custos médios e marginais, uma alteração nestes se reflete em uma alteração idêntica na receita das firmas afetadas^[53]. Nesse caso, o índice de competição H ^[54] é igual a 1. No extremo de monopólio (ou cartel), as receitas da firma caem com um aumento de custos marginais e o H é igual a 0 ou negativo. Estruturas intermediárias têm um H entre 0 e 1.

O estudo de Agnès BELAISCH encontrou um coeficiente H estimado médio de 0.84^[55]. Em termos leigos, isso significa que o estudo foi capaz de concluir que bancos não operam nem em concorrência perfeita, mas tampouco como um cartel. Da mesma forma, ainda que empregando metodologia distinta, NAKANE concluiu^[56] que bancos não operavam de

[51] Marcio I. NAKANE, “A test of competition in Brazilian banking”, *Estudos Econômicos*, 32, pp. 203-224.

[52] Agnes BELAISCH, “Do Brazilian banks compete?”, IMF Working Paper 03/113.

[53] Trata-se da metodologia de PANZAR e ROSSE que usa um índice H para inferir poder de mercado. Concorrência perfeita tem H unitário (variação nos custos leva à idêntica variação na receita).

[54] Nos termos da metodologia de PANZAR e ROSSE, o H reflete a soma das elasticidades com relação aos preços dos fatores.

[55] Para 12 especificações distintas.

[56] Op cit, nota 51.

forma perfeitamente competitiva no segmento de crédito livre, restando, por outro lado, excluída a hipótese de cartel (ou outras formas que criem significativo poder de mercado). Por outras palavras, bancos competem. A grande questão, por óbvio, é: em que medida?

Como afirma o professor NAKANE^[57], “uma deficiência dos trabalhos de NAKANE (2002) e BELAISCH (2002) é que os resultados alcançados por ambos são antes negativos que positivos. Vale dizer, a partir das evidências destes trabalhos pode-se concluir que a estrutura de mercado do setor bancário brasileira não é representada por nenhuma das estruturas de mercado extremas (concorrência perfeita e cartel) e, portanto, caracteriza-se como uma estrutura imperfeita. Contudo, tais trabalhos não permitem identificar qual estrutura imperfeita melhor descreve este mercado. Possíveis alternativas englobariam concorrência monopolística com diferenciação de produtos, oligopólio de Cournot, oligopólio de Bertrand, monopólios locais em mercados geograficamente estratificados, mercado com líder-seguidor a la Stackelberg etc.”

A resenha de NAKANE dos estudos empíricos mais recentes que tentam caracterizar qual a estrutura imperfeita que melhor descreve o mercado bancário aponta pelo menos um trabalho, de PETTERINI e JORGE NETO^[58], que descreve os bancos competindo como oligopólio de Bertrand^[59]. De qualquer forma, há em todos os estudos razoável consenso de que, de forma geral, bancos operam em estruturas de mercado imperfeitas nas quais há um certo grau de concorrência. Há espaço para melhora, isto é, podemos aprimorar a regulação bancária com vistas a um incremento da competição? Entendo que sim.

(vi) Política de concorrência e bancos: como reduzir as assimetrias de informação?

A literatura antitruste está repleta de casos que analisam o “poder de mercado” das firmas a partir da constatação de que, em terminadas circunstâncias, o consumidor está “preso” ou “trancado” (“lock-in effect”) a um mercado. Coibir o poder de mercado de um produtor em relação aos seus consumidores “cativos”

[57] Op cit, nota 39.

[58] Francis C. PETTERINI e Paulo de M. JORGE NETO “Competição Bancária no Brasil após o plano Real”, mimeo, apud NAKANE, op. cit. nota 39.

[59] Como se sabe, o modelo de equilíbrio Bertrand-Nash (competição em preços) é o que mais se aproxima dos resultados da concorrência perfeita.

tornou-se objeto de intensa polêmica, entre advogados e economistas, a partir da famosa decisão da Suprema Corte Americana no caso *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*. Naquele caso, a Suprema Corte Americana julgou que, do ponto de vista jurídico, uma firma poderia abusar de seu poder de mercado (ou posição dominante, nos termos da lei brasileira) no mercado de manutenção do próprio equipamento que produzia. Recentemente, no Brasil, o CADE voltou a afirmar – no caso *Power-Tech v. MATEC*^[60] - a tese de que pode haver comportamento abusivo do produtor em seu próprio aftermarket^[61].

Para advogados e economistas, o caso Kodak até hoje gera imensa controvérsia. Para economistas, efeitos “lock-in”, ou seja, de captura do consumidor tendem a causar pequeno impacto sobre o bem-estar, desde que o mercado primário seja competitivo. Preços maiores cobrados de uma base de clientes que não pode mudar de prestador de serviço tenderia a diminuir a base de futuros clientes^[62]. Por outras palavras, firmas são obrigadas a compensar um aumento de preços de serviços prestados a clientes cativos com descontos oferecidos nos mercados originários (primary markets). Os tribunais, alhures e no Brasil^[63], têm discutido essa tese, com maior ou menor importância aos efeitos “lock-in”. Em geral, os mercados que têm suscitado esse debate são os bens eletro-mecânicos e seus respectivos mercados de manutenção (carros, helicópteros, máquinas de xerox etc.).

Nos tribunais e na literatura antitruste, contudo, pouca atenção tem sido dada ao efeito “lock-in” em alguns mercados relevantes observados na indústria bancária. Como sugere NAKANE^[64], em alguns mercados específicos os altos custos de transferência que enfrenta o consumidor podem explicar os altos spreads bancários. Por outras palavras, em mercados como os de cheque especial ou conta garantida, para além dos riscos de crédito intrínsecos^[65], a impossibilidade do consumidor de mudar de banco torná-lo-ia sujeito ao exercício de poder de mercado pelo banco.

[60] Processo Administrativo n. 08012.000172/98-42.

[61] Cf., para bela resenha da literatura a respeito, voto do ex-conselheiro Ronaldo Porto Macedo no caso citado.

[62] Cf. Carl SHAPIRO, “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak”, *Antitrust Law Journal*, Issue 2, 1995, p. 483.

[63] Aqui a discussão ainda começa a se desenhar com o caso *Power-Tech v. Matec*.

[64] *Op. cit.*, nota 39.

[65] Cf. item (iv) sobre determinantes do spread bancário.

Esses custos estão relacionados, sobretudo, a assimetrias informacionais: eventuais competidores do banco que presta o serviço não tem informações cadastrais suficientes sobre o consumidor e tampouco este pode portar seu cadastro quando muda de banco. Uma política de portabilidade para o mercado de crédito faz-se, pois, necessária.

A construção de uma central de risco que torne as informações cadastrais do consumidor disponíveis para todos os que concedem crédito, projeto capitaneado pelo Banco Central do Brasil, insere-se, pois, na agenda de concorrência para o setor financeiro.

(vii) Cadastro positivo e o Código de Defesa do Consumidor

O primeiro passo de uma política de portabilidade para os consumidores de serviços bancários passa pela confecção dos chamados cadastros positivos. Por meio de um cadastro positivo, instituições de crédito podem ter acesso ao histórico de adimplência de um consumidor, bem como este pode portar tais informações quando muda de prestador de serviço^[66]. Há, contudo, diversos princípios e regras de direito que limitam a confecção de cadastros de informação. No Brasil, a questão começou a ser debatida quando do advento dos cadastros negativos (do tipo SERASA) e do Código de Defesa do Consumidor^[67].

Se de um lado os cadastros de informações sobre os consumidores têm sua legalidade razoavelmente assentada, de outro se admite a necessidade de comunicação ao consumidor quando este é incluído no cadastro, ainda que confeccionado a partir de informações públicas.^[68] Além disso, a escassez, ou

^[66] Garantia a que o consumidor faz jus nos termos do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor.

^[67] Lei 8.078/90.

^[68] Cf. /RESP **285401** / SP - DATA:11/06/2001 – Relator Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102).

Ementa: SERASA. Inscrição de nome de devedora. Falta de comunicação. A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informado do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados. Recurso conhecido e provido, para julgar procedentes as ações.

Voto – Min. RUY ROSADO DE AGUIAR: “...A autora tinha o direito de ser informada da SERASA, iniciativa que é obrigação da entidade administradora do cadastro, pois,

mesmo inexistência, de cadastros positivos no Brasil impediu que se discutisse com maior profundidade quais princípios devem orientar e limitar a circulação dos cadastros entre empresas fornecedoras. Por fim, uma série de outros problemas remetem à interpretação do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor e à aplicabilidade de alguns de seus dispositivos também aos cadastros positivos (já que são claramente aplicáveis aos cadastros negativos), caso da prescrição quinquenal para as informações negativas arquivadas^[69].

É essencial que consumeristas e entidades de defesa do consumidor se engajem nesse debate a fim de que cadastros positivos possam ser criados, mitigando poder de mercado dos bancos, reduzindo ainda outras distorções que as assimetrias informacionais causam na determinação dos spreads bancários, assegurando, contudo, que garantias dos consumidores relativas à circulação das informações cadastrais sejam preservadas. Consumeristas tampouco devem perder de vista que tais assimetrias de informação prejudicam, em última instância, o consumidor que precisa de crédito.

desconhecendo a existência do registro negativo, a pessoa sequer tem condições de defender-se contra os males, inúmeros e graves, que daí lhe decorrem, e de pedir seu cancelamento ou retificação. ... Se a informação é recolhida de publicação oficial, por iniciativa do administrador do banco de dados, mais se acentua a sua obrigação de comunicação.” (grifo nosso)

Cf. ainda Antônio Herman de Vasconcellos BENJAMIN et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 359/360, verbis:

“Se é certo que os bancos de dados retiraram sua legitimidade genérica da própria garantia da ordem econômica privada, esculpida no art. 170 da Constituição Federal, é esse mesmo dispositivo que lhes impõe uma série de amarras, na forma de princípios, aí se incluindo a defesa do consumidor. No plano antecedente a este, têm prevalência os direitos da pessoa humana, até porque constantes do portal de entrada da Constituição. Por essa e outras razões, vem o legislador a estabelecer limites formais e materiais para a coleta, manutenção e divulgação de dados sobre o consumidor. Assinale-se, finalmente, que o registro irregular não viola somente dispositivos do CDC, mas amiúde ofende direitos de índole constitucional (...) Se, por um lado, é difícil não reconhecer traços de legitimidade na existência desses organismos no mercado, por outro, há que se identificar e disciplinar os riscos deletérios que conduzem, que se materializam tanto no mau uso do sistema, como nas desconformidades de sua estruturação básica e funcionamento (...) Logo, o CDC ‘tinha que enfrentar este problema e o enfrentou’, procurando regular a coleta, arquivamento e fornecimento de informações sobre o consumidor, impondo a tais organismos responsabilidades proporcionais aos valores constitucionais com os quais têm interface.”

[69] CDC, art. 43, par. 1º.

(viii) Conclusões

Tentei sustentar nessa breve nota que o problema da competição no mercado bancário é ainda mais sofisticado do que poderíamos pensar a princípio. O governo federal tem se empenhado na aprovação do Projeto de Lei 344/2002, que estabelece a participação do Sistema Brasileiro de Concorrência na análise de atos de concentração realizados no âmbito do sistema financeiro nacional^[70]. Se de um lado a participação dos órgãos do SBDC tende a ampliar o leque e qualidade da análise feita atualmente pelo Banco Central de fusões e aquisições no mercado bancário, de outro não há evidências de que o controle de concentração nessa indústria venha a ter impactos significativos sobre as taxas cobradas. Por isso, a agenda de controle das estruturas do mercado bancário deve ser complementada por medidas que busquem reduzir as assimetrias de informação que são tão características dos mercados de crédito em geral. Para tanto, faz-se necessário debater quais princípios e regras devem nortear a confecção de cadastros positivos, bem como sua circulação entre fornecedores.