

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Defesa da concorrência e regulação no setor bancário: distinção dos instrumentos no contexto de intensificação da inovação

Esther Collet Janny Teixeira Biselli

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

30.09.2019

1. Tema, contexto, e modelo de pesquisa predominante

O tema do trabalho será “Defesa da concorrência e regulação no setor bancário: distinção dos instrumentos no contexto de intensificação da inovação”, e o modelo de pesquisa predominante será o exploratório.

Inovações ocorridas no mundo digital têm transformado profundamente a dinâmica competitiva do setor bancário no Brasil e no mundo. Com a rapidez e as facilidades trazidas pela entrada cada vez mais intensa de tecnologia – não só nos processos internos dos bancos, mas também, e principalmente, na relação com o consumidor –, surgem também desafios à regulação bancária e à atuação dos órgãos antitruste no setor bancário. Marcado pelos altos níveis de concentração e verticalização, o setor bancário no Brasil vem sendo acompanhado de perto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e pelo Banco Central do Brasil (“BACEN”), que buscam, em conjunto e/ou separadamente, promover um ambiente mais competitivo nesse setor tão relevante para a economia do país e para o dia a dia dos brasileiros.

Nesse contexto, surge o grande desafio que é a definição clara da vocação dos remédios concorrenciais e regulatórios aplicáveis pelo CADE e o BACEN para promover mais concorrência no setor bancário. Trata-se de diferenciar estratégias que, no atual contexto das rápidas mudanças trazidas pela intensificação da inovação, são elementares para buscar uma dinâmica mais competitiva entre bancos e *fintechs* e oferecer soluções mais vantajosas aos consumidores.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Apresentação da realidade e contextualização fática (funcionamento do mundo real e práticas usualmente adotadas)

- I. Como são os níveis de concentração e verticalização do setor bancário no Brasil e no mundo¹?
- II. Como a entrada cada vez mais intensa de novas tecnologias e fintechs no setor bancário no Brasil e no mundo tem impactado a dinâmica competitiva no Brasil e no mundo?
- III. Como o CADE e o BACEN tem se posicionado frente a esse contexto? Que desafios enfrentam? E as autoridades antitruste e regulatórias no mundo?

¹ Os países selecionados para abordar o contexto global ao longo do trabalho são os Estados Unidos, Austrália, Canadá, Japão, Reino Unido e Europa.

Fontes: jornais/revistas/blogs nacionais e internacionais, estudos do BIS, BACEN e Bancos Centrais de outras jurisdições, estudos de órgãos internacionais como a OCDE e consultorias como a McKinsey, BCG, Deloitte, entre outras.

Reflexão jurídica com proposta de posicionamento hermenêutico (enquadramento jurídico e questões sensíveis)

- IV. Quais são as diferenças entre as estratégias de defesa da concorrência e regulatórias?
- V. Quais são as competências do CADE e do BACEN na promoção da concorrência e coibição de condutas anticompetitivas no setor bancário? Como autoridades antitruste e regulatórias ao redor do mundo se organizam em relação às estratégias de defesa da concorrência e regulatórias?
- VI. Em que medida as preocupações identificadas em decisões do CADE são abordadas em estratégias regulatórias do BACEN? Isso ocorre com as autoridades ao redor do mundo?

Fontes: legislação/regulação nacional e internacional, jurisprudência do CADE e de outros órgãos de defesa da concorrência, doutrina sobre direito bancário, estudos do BIS, BACEN e Bancos Centrais de outras jurisdições, estudos de órgãos internacionais como a OCDE consultorias como a McKinsey, BCG, Deloitte, etc.

Análise e avaliação crítica da situação (pontos fortes, pontos fracos, principais riscos) e recomendações de conduta ou ação prática (como agir e com que cautelas)

- VII. A aceleração de inovações tecnológicas exige novos instrumentos regulatórios / antitruste no setor bancário? Em caso afirmativo, quais instrumentos? Caso negativo, como os instrumentos existentes dão conta de atingir suas finalidades originais?
- VIII. Como identificar casos em que é efetivamente necessária a adoção de estratégias regulatórias/antitruste específicas e a revisão de marcos regulatórios já estabelecidos em um setor bancário marcado pela inovação? Como movimentos de desregulação e re-regulação interagem com tecnologias disruptivas no setor bancário?
- IX. Como/quando devem ser aplicados os remédios antitruste e regulatórios, nos casos de condutas anticompetitivas, especificamente?

Fontes: Projeto Mapa Legal da Ineficiência do IBRAC; anotações de audiências públicas ocorridas no Senado e no Senado e de outras palestras sobre o assunto, estudos/estatísticas do BIS, BACEN e Bancos Centrais de outras jurisdições, órgãos internacionais como a OCDE consultorias como a McKinsey, BCG, Deloitte, etc.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Novas tecnologias estão mudando profundamente a dinâmica de mercados regulados como o setor bancário, um setor hoje marcado por altos níveis de concentração e verticalização no Brasil. Muitas delas estão reduzindo ou eliminando falhas de mercado, como assimetrias de informação e barreiras à entrada: é o que se pretende com a regulação do open banking, por exemplo. Ao mesmo tempo, novas falhas podem ocorrer, como a emergência de poder de mercado em virtude de externalidades de rede.

Segundo divulgou a Comissão Europeia recentemente, “a tecnologia financeira coloca os clientes na linha da frente, apoia a eficiência operacional e reforça a concorrência, podendo contribuir para a ampliação dos mercados financeiros”.² Por outro lado, estudos apontam que o poder disruptivo das novas tecnologias poderia ser melhor e mais rapidamente implementado pelos próprios bancos incumbentes, os quais, neste caso, manteriam seu poder de mercado. Ademais, discute-se se os novos modelos de negócios na economia digital poderiam facilitar condutas anticompetitivas.

Nesse contexto, formuladores de política pública se deparam com uma pressão permanente para rever os marcos regulatórios, ora eliminando regulação, ora adaptando-a à mudança de contexto, ora criando novas formas de regulação para lidar com desafios que antes inexistiam. Em paralelo, as interfaces entre o direito concorrencial e de regulação ficam cada vez mais próximas nesse contexto de entrada intensa de inovação no setor bancário, sendo necessária a atuação em conjunto dos entes responsáveis por cada dimensão e, ao mesmo tempo, esclarecer as competências de cada um.

Tanto autoridades antitruste como regulatórias devem, ainda, ter o cuidado de proceder com a revisão dos seus parâmetros de atuação onde é necessária e sempre monitorando seus resultados, dada a dinâmica dos mercados. Entender esse fenômeno e os seus desdobramentos é fundamental para o operador do direito e o formulador de políticas públicas.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Como advoga na área de Direito Concorrencial no escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr e Quiroga Advogados, tive a oportunidade de acompanhar de perto a atuação do CADE no setor bancário, sendo um dos setores focados pelo órgão antitruste nos últimos anos. Como o escritório é full service, também pude acessar diversos estudos, pesquisas, apresentações e compartilhar conhecimentos em geral da área de Regulação Bancária, tendo inclusive regido um artigo para o livro “Bancos e serviços financeiros”, organizado pelo escritório: “Atuação do CADE sobre a indústria de meios eletrônicos de pagamentos” e um artigo para o IBRAC, premiado com menção honrosa em 2018: “Inovação e abertura no setor bancário: desafios concorrenciais”.

Recentemente redigi um artigo para o livro organizado pelo IBRAC, “Womens in Antitrust”, “Open Banking and competition: overview of the regulatory framework and impacts in the financial and banking markets from an antitrust perspective”, que será publicado em dezembro.

Por fim, sou integrante do grupo de estudos organizado pelo professor Caio Mario da Silva Pereira Neto sobre Direito da Concorrência em Plataforma Digitais, tendo participado de diversos debates sobre desafios do direito concorrencial na era digital e redigido um artigo que será publicado em um livro, cujo título é “Discriminação de preços na economia digital”.

5. Bibliografia preliminar

ALEXIADIS, Peter, PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Competing architectures for regulatory and competition law governance*. European University Institute. 2019. Available at: <https://fsr.eui.eu/publications/competing-architectures-for-regulatory-and-competition-law-governance/>. Access on September 30, 2019.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *ACCC seeks views on Consumer Data Right Rules Framework*. 2018. Available at <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-seeks-views-on-consumer-data-right-rules-framework>. Access on June 1, 2019.

² “FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector”, 08/03/2018, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0109&from=en>.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. CDR draft legislation. 2019. Available at <https://www.accc.gov.au/system/files/Exposure%20draft%20CDR%20rules%2029%20March%202019.pdf>. Access on June 1, 2019.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. *Consumer Data Right advances with Rules Outline released*. 2018. Available at <https://www.accc.gov.au/media-release/consumer-data-right-advances-with-rules-outline-released>. Access on June 1, 2019.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Review into Open Banking: giving customers choice, convenience and confidence*. 2017. Available at: <https://treasury.gov.au/consultation/c2018-t247313> Access on June 1, 2019.

AUSTRALIAN TREASURY. *Consumer Data Right*. Available at https://static.treasury.gov.au/uploads/sites/1/2018/05/t286983_consumer-data-right-booklet.pdf. Access in June 1, 2019.

AUSTRALIAN TREASURY. *Review into open banking: giving customers choice, convenience and confidence*. 2018. Available at <https://treasury.gov.au/consultation/c2018-t247313>. Access on June 1, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 33.455 de 24 de abril de 2019. Available at: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=33455>. Access on June 2, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária*. 2019. Available at: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria> Access on May 28, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária*. 2019. Available at: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria> Access on June 1, 2019.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Annual Economic Report*. 2018. Available at: <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018e.pdf>. Access on April 25, 2019.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Central Banking and Innovation: Partners in the Quest for Financial Inclusion*, The seventeenth C.D. Deshmukh Memorial Lecture Delivered by Mr. Agustín Carstens, General Manager, Bank for International Settlements (BIS). 2019. Available at: <https://www.bis.org/review/r180611e.htm>. Access on May 10, 2019.

BCG. *Retail Banks Must Embrace Open Banking or Be Sidelined*. 2018. Available at: <https://www.bcg.com/publications/2018/retail-banks-must-embrace-open-banking-sidelined.aspx> Access on May 30, 2019.

CANADIAN DEPARTMENT OF FINANCE. *A review into the merits of Open Banking*. 2019. Available at: <https://www.fin.gc.ca/activty/consult/2019/ob-bo/obbo-report-rapport-eng.asp>. Access on April 25, 2019.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *CMA paves the way for Open Banking revolution*. 2016. Available at <https://www.gov.uk/government/news/cma-paves-the-way-for-open-banking-revolution>. Access on June 1, 2019.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Making banks work harder for you*. 2016. Available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/544942/overview-of-the-banking-retail-market.pdf. Access on June 1, 2019.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Personal Current Account Investigation, A report for the Competition and Markets Authority by GfK NOP*. 2015. Available at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555cabd0ed915d7ae2000007/PCA_Banking_Report.pdf. Access on June 1, 2019.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Retail banking market investigation*. 2016. Available at <https://www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk#final-report>. Access on June 1, 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Payment Services Directive: frequently asked questions. January 12, 2018. Available at: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_en.htm. Access on June 1, 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market*. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=PT>. Access on May 28, 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Directive 2007/64/EC of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on payment services in the internal market*. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0064&from=EN>. Access on May 28, 2019.

FINTECHLAB. Radar Fintechlab. August 2018. Available at <https://fintechlab.com.br/index.php/2018/08/13/novo-radar-fintechlab-mapeia-mais-de-400-iniciativas/>. Access on May 28, 2019.

FORBES. *Starbucks Holds More Cash Than Many Banks*. 2016. Available at <https://www.forbes.com/sites/niallmccarthy/2016/08/01/starbucks-holds-more-cash-than-many-banks-infographic/#2385a796231a>. Access on March 10, 2019.

GfK NOP. Personal Current Account Investigation: A report for the Competition and Markets Authority by GfK NO. April 2015. Available at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/555cabd0ed915d7ae2000007/PCA_Banking_Report.pdf. Access on June 1, 2019

GRUPO DE TRABALHO COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS – SENADO. *Inovação e Competição: novos caminhos para a redução dos spreads bancários (custos e margens da intermediação financeira)*. 2018

HONG KONG MONETARY AUTHORITY. *Open API Framework for the Hong Kong Banking Sector*. 2018. Available at <https://www.hkma.gov.hk/media/eng/doc/key-information/press-release/2018/20180718e5a2.pdf>. Access on June 1, 2019.

HONG KONG MONETARY AUTHORITY. *Open API Phases for the Hong Kong Banking Sector*. Available at <https://www.hkma.gov.hk/eng/key-functions/international-financial-centre/open-api-for-banking-sector/phased-approach.shtml>. Access on June 1, 2019.

HONG KONG MONETARY AUTHORITY. Section 4 – Policy Objectives of the *Open API Framework for the Hong Kong Banking Sector*. 2018. Available at <https://www.hkma.gov.hk/media/eng/doc/key-information/press-release/2018/20180718e5a2.pdf>. Access on June 1, 2019.

MCKINSEY. *PSD2: Taking advantage of open-banking disruption*. 2018. Available at <https://www.mckinsey.com/industries/financial-services/our-insights/psd2-taking-advantage-of-open-banking-disruption>. Access on May 30, 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 13-48, jan. 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>>. Acesso em: 30 Set. 2019.

6. Cronograma de execução

Atividade	2018				2019												Horas	
	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12		
Revisão bibliográfica e leitura	■	■																30h
Elaboração do sumário		■																30h
Desenvolvimento do tópico sobre contextualização fática e revisão		■	■	■	■													120h
Desenvolvimento do tópico sobre referencial teórico-normativo e revisão						■	■	■	■									120h
Desenvolvimento do tópicos sobre abordagem analítica e conclusão propositiva e revisão										■	■	■	■					120H
Revisão final														■	■	■		60h
Reuniões com o orientador	■				■				■					■		■		10h