

CADASTRO POSITIVO: IMPACTOS CONCORRENCIAIS DA PROTEÇÃO DE DADOS E ESTÍMULO AO CRÉDITO

Deborah Priscilla Santos de Novaes*

RESUMO: O presente trabalho visa analisar os impactos concorrenciais das possíveis alterações do chamado “Cadastro Positivo”, tendo em vista sua recente discussão sobre o assunto na Câmara dos Deputados, durante o ano de 2018 (BRASIL, 2017). Como enfoque, o trabalho levou em consideração a atual discussão acerca do uso e concentração de informações de consumidores em rede e suas principais consequências para o mercado de crédito e para o desenvolvimento de políticas concorrenciais nos setores bancários e de Tecnologia da Informação.

PALAVRAS-CHAVE: sistema financeiro; big data; crédito; abuso do poder econômico; antitruste; proteção de dados.

1 INTRODUÇÃO

O “Cadastro Positivo” consiste num banco de dados individualizado que armazena informações referentes ao histórico de operações de crédito dos clientes das instituições financeiras. Especificamente, o Cadastro constitui uma moderna e assertiva ferramenta de verificação das condições com que determinados consumidores quitam suas obrigações de pagamento, o que possibilita auferir e delimitar percentualmente os riscos de inadimplemento de certos clientes.

A possibilidade de alterações na ferramenta aqueceu a discussão brasileira acerca do uso de dados pessoais de consumidores, principalmente de maneira desautorizada, assunto que também permeia debates em âmbito internacional.

Para aqueles que defendem o aprimoramento desta ferramenta, o Cadastro Positivo possibilitará que os bancos visualizem precisamente os “bons pagadores”, os quais poderão se beneficiar de condições de empréstimos mais vantajosas, uma vez que o risco de inadimplemento envolvido nessas operações é menor (MELLO e MOURA, 2018).

Por outro lado, para aqueles que criticam o modelo adotado e suas possíveis alterações, o Cadastro irá excluir do mercado de consumo indivíduos que se encontram inadimplentes em meio a um cenário de recessão econômica e ascensão verticalizada do fenômeno do “superendividamento”.

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo.

Ademais, critica-se um suposto esforço do setor bancário para a criação de um “big data”¹ que oportunizaria o uso indevido de informações individualizadas de seus clientes, visto que os dados pessoais dos consumidores possuem estimado valor e são altamente comercializáveis (MARTINS, 2018). Destaca-se ainda que é obscura a maneira com que as empresas de tecnologia utilizam esse material, o que ocasiona falhas de mercado ligadas a assimetria informacional, uma vez que os consumidores disponibilizam seus dados e perfis de consumo gratuitamente sem terem real ciência do que é de fato feito com esses bens imateriais (CLAVELL, 2015).

Assim, o trabalho versa sobre as possibilidades de práticas anticoncorrenciais referentes ao uso ilícito de informação desautorizada, bem como sobre restrição ao crédito para com determinados consumidores considerados desqualificados para a celebração de determinados empréstimos.

Para tal, tratará dos principais elementos envolvendo a correlação entre o Cadastro Positivo, “big data” e a possibilidade de abuso de poder econômico por parte dos agentes do setor bancário.

2 MÉTODOS E PROCEDIMENTOS

O método baseia-se em análise bibliográfica de doutrina; artigos na rede mundial de computadores e reportagens em sites de notícias. Para selecionar as informações relevantes ao tema que se propõe esclarecer, elaborou-se uma série de quesitos a fim de direcionar o estudo de maneira pertinente:

A) como funciona o Cadastro Positivo - quais os mecanismos de autorização do uso de informações pessoais oferecidos aos consumidores - quais os procedimentos de cancelamento?;

B) qual o conteúdo das informações disponibilizadas no Cadastro Positivo – como são compartilhadas entre agentes no mercado – quais as restrições impostas a esse tipo de operação?;

¹ “Big data” consiste numa imensa rede de dados armazenados virtualmente em um sistema. Estes “Grandes Dados” podem ser analisados precisamente por softwares desenvolvidos especialmente para “minerar” as informações relevantes encontradas em um sistema, baseando-se em correlações, padrões e associações reconhecidas por algoritmos. Dentre os critérios para o reconhecimento de um sistema como sendo um “big data”, destacam-se os “4 Vs”: velocidade, variedade, volume e valor. O rastreamento e processamento dessas informações podem favorecer inúmeros setores econômicos, incluindo o setor público, uma vez que inúmeras relações humanas se dão atualmente na esfera virtual, o que provoca o registro dessas interações entre agentes em grande quantidade.

C) quais são os critérios para elaboração do perfil de consumidor ideal – como o crédito pode ser dificultado para determinados consumidores – esta política bancária poderia configurar abuso de poder econômico?

3 RESULTADOS

Após breve análise bibliográfica, verificou-se que o setor bancário vem empenhando inúmeros esforços para esclarecer aos seus clientes o tema aqui discutido.

No que diz respeito ao presente trabalho, o modelo atual adotado nos cadastros positivos nacionais consiste num dos principais sistemas de armazenamento de informações e cruzamento de dados ligados ao setor financeiro e disponível aos múltiplos fornecedores desse mercado em âmbito nacional. Organizações como Serviço Central de Proteção ao Crédito da Associação Comercial de São Paulo (Boa Vista SCPC); Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos do Banco Central (CCF); SERASA Experian e o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) são exemplos de bancos de dados que fornecem aos agentes de mercado indicativos relevantes a respeito do uso e condições da comercialização do crédito no Brasil.

Os dados fornecidos por esses órgãos de proteção ao crédito não apenas moldam múltiplos aspectos dos contratos bancários envolvendo mútuos (em especial, as taxas de juros), como também definem decisões judiciais a respeito de negativas e indenizações por dano moral, de maneira a influenciar diretamente inúmeros litígios envolvendo instituições financeiras².

Nesse sentido, os players levam em consideração os dados fornecidos por esses órgãos de proteção para desenhar todos os riscos que circundam determinadas operações de concessão de crédito, em especial, o risco de inadimplemento e os custos com possíveis operações judiciais para recuperar as quantias emprestadas. Por esta razão, quanto maior o detalhamento dos bancos de dados a respeito dos potenciais mutuários, maior assertividade nas tomadas de decisão envolvendo crédito.

Por esta razão, muitos defendem mudanças significativas no desenho atual dos cadastros existentes, sob a justificativa de que:

A mais evidente das vantagens do Cadastro Positivo é a de que bons pagadores passarão a se beneficiar de taxas de juros diferenciadas, com conseqüente redução

² À título de exemplo, cita-se a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (BRASIL, 2009)

gradual do spread bancário. Discute-se também seu esperado impacto sobre a ampliação dos serviços bancários, com benefícios para a população de baixa renda, bem como sua contribuição para evitar o superendividamento, ao permitir aferição mais precisa quanto à capacidade de pagamento dos consumidores. (ACREFI, 2018)

A respeito dos quesitos previamente formulados, descobriu-se que a administração do Cadastro Positivo não é realizada por uma entidade estatal, mas sim pela iniciativa privada. A justificativa estaria no fato de que empresas como a Serasa Experian, por já possuírem bancos de dados referentes as listas de inadimplentes, seriam entidades mais aptas a trabalhar com o cadastramento, uma vez que possuem ferramentas tecnológicas modernas para a realização deste labor. Ademais, a ferramenta é regulamentada pela Lei n.º 12.414/11 e regularizada pelo Decreto n.º 7.829/12 e pela Resolução do Conselho Monetária Nacional n.º 4.172/12. Acrescenta-se que são também aplicáveis ao Cadastro o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do “Habeas Data” (Lei n.º 9.507/1997).

No que se refere a política de autorização por parte do consumidor, verificou-se que a abertura de cadastro de informações é sempre nominal e referente a um Gestor de Banco de Dados (GBD). Caso o consumidor deseje manter cadastro em mais de um GBD, este deverá autorizar expressamente cada um deles de maneira individual. Já o procedimento de cancelamento poderá ser realizado mediante solicitação ou bloqueio do Cadastro Positivo a qualquer instante em instituição financeira onde se procedeu a abertura do cadastro ou em qualquer dos GBD’s autorizados (PIOVESAN, 2018) .

Todavia, caso o projeto de lei seja aprovado, a adesão ao Cadastro poderá se realizar de forma automática. Assim, nessa hipótese, o consumidor que desejar ser excluído do banco de dados deverá requisitar a retirada de suas informações do sistema.

De acordo com a legislação ainda utilizada, apenas as instituições que concedem crédito poderiam transmitir informações ao banco de dados. O projeto em questão altera esse requisito e permite que administradoras de consórcios e prestadoras de serviços de saneamento básico e energia, por exemplo, possam transmitir informações sobre seus clientes, o que proporcionaria a elaboração de perfis de consumo precisos.

Destaca-se ainda que, pela legislação vigente, o conteúdo do cadastro não pode conter informações “excessivas” que fujam do perfil de dados vinculados à análise de risco de crédito do consumidor. Contudo, muitas informações tidas como não excessivas podem moldar um perfil de consumo de maneira a torna-lo mais ou menos interessante para as instituições financeiras. À título de exemplo, cita-se a hipótese de contenção de dados referentes ao uso

discreto de cartão de crédito ou marca de aparelho celular de determinado consumidor, o que poderia ser suficiente para enquadrá-lo em certa categoria.

Em matéria de proibição, estão sob sigilo bancário e, portanto, excluídas do cadastramento, as informações de saldo em conta corrente, limites de cheque especial e de cartão de crédito, bem como aquelas referentes a investimentos financeiros (SUTTO, 2018).

Através das informações selecionadas no banco de dados, o Cadastro formula um “score”, ou seja, uma nota ao consumidor. Um levantamento realizado pelo Serasa demonstrou que após aderirem ao Cadastro Positivo, 40% dos consumidores melhoraram suas pontuações, enquanto 22% pioraram seu “score” e 38% não alteraram seu perfil (PORTINARI, 2018).

No que diz respeito a possibilidade de abuso do poder econômico a partir do uso dessas informações, convém salientar algumas considerações.

Em primeiro lugar, conceitua-se “abuso de poder econômico” como sendo determinada conduta unilateral que visa ou resulta na eliminação ou diminuição da concorrência (GABAN e DOMINGUES, 2016, p. 177). Destaca-se que o princípio da repressão ao abuso de poder econômico está contido na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 173, parágrafo 4º, “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Ainda que o significado por trás desta máxima polêmica esteja constantemente em disputa, é fato que este princípio ainda é um dos grandes pilares da proteção à concorrência. Sobre esse assunto, destaca-se as palavras de Priscila Brolio Gonçalves sobre o tema:

Esse poder [econômico] não se confunde com a limitada acepção neoclássica de poder de mercado (que equivale à capacidade de elevar preços), mas abrange diversas outras facetas, entre as quais citados a capacidade de controlar o nível de inovação da indústria, a capacidade de atuar independente de clientes, fornecedores e da reação de concorrentes e a capacidade de coordenação (no caso de oligopólios). Os agentes detedores de poder econômico, justamente por usufruírem tal status, têm sua liberdade de iniciativa limitada em grau superior àquele relativo aos demais agentes[...]. (GONÇALVES, 2008)

Em segundo lugar, é pertinente destacar que o setor bancário sofre com algumas peculiaridades em seu mercado de atuação, o que ocasiona distorções nas relações econômicas entre instituições financeiras e consumidores. Isto por que este mercado é construído de maneira a favorecer assimetria informacional devido à natureza contábil de suas operações, que são de difícil entendimento para o consumidor médio.

Ainda, a própria natureza da atividade bancária ocasiona certa vulnerabilidade ao setor, uma vez que este depende da confiança dos depositários em deixarem as instituições financeiras

administrarem seu capital. Da mesma forma, o crédito (originado, por sua vez, da palavra confiança) só é garantido aquele que faz jus a crença do futuro adimplemento. Por esta razão, este mercado possui certo fator de risco sistêmico, razão pela qual este é considerado um ponto delicado em toda e qualquer matriz macroeconômica (MOREIRA e MATTOS, 2010, p. 290).

Posto isso, é necessário pontuar ainda que a “recusa de venda” ou “recusa de contratar” é considerada uma prática anticoncorrencial, contemplada pela legislação nacional (art. 36, §3º, XI e XII) e pela jurisprudência. Nesse sentido, para a caracterização da conduta, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) o fornecedor deve deter acentuado poder de mercado; b) deve haver ausência de justificativas plausíveis a restrição e c) a recusa deve ser efetivamente capaz de diminuir a concorrência no mercado (GABAN e DOMINGUES, 2016, p. 194). Nesse sentido, a recusa de contratar só pode ser considerada prática anticoncorrencial quando precedida pela existência de abuso de poder econômico por determinado (s) agente (s).

Debateremos pontualmente cada um desses pontos a fim de averiguar a possibilidade de um determinado agente de mercado realizar conduta infracional mediante a recusa de venda a determinado cliente com baixo “score” no Cadastro Positivo.

É notória a concentração do mercado bancário brasileiro em cinco grandes bancos. Em setembro de 2017, quatro dessas instituições detinham 83% dos ativos totais do sistema e 87% do total de empréstimos. Em consonância com essa informação, o Índice de Herfindahl Hirschman (IHH), que estipula a faixa de alta concentração econômica acima de 1.800 pontos, indicou que este mercado marcou 1.741 pontos em junho de 2017 (MOREIRA e TORRES, 2018).

Um estudo promovido pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) em 2017 buscou compreender a razão desta concentração:

O sistema de intermediação financeira brasileiro foi alvo de diversas fusões ao longo da primeira década de 2000, motivadas por quatro elementos principais: mudanças no Sistema de Pagamentos Brasileiro, redução das taxas de juros básicas, maior participação de grupos financeiros estrangeiros e a crise financeira de 2008. Este movimento inspirou estudos que, de um modo geral, concluem que houve elevação da concentração e que predomina um sistema de competição do tipo concorrência monopolística, em que as firmas possuem algum poder de mercado (CARDOSO, AZEVEDO e BARBOSA, 2017).

Assim, é indiscutível a potencialidade de domínio econômico por qualquer uma das principais instituições financeiras do país, ainda que os aspectos concorrenciais do setor sejam tema de grande polêmica.

De acordo com os defensores do Cadastro Positivo e suas eventuais alterações, a disponibilização dos dados dos consumidores ao setor financeiro ocasionaria o desconto do risco do inadimplemento das elevadas taxas de juros tomadas pelos devedores no país. Especialmente, boas condições e vantagens seriam oferecidas aos bons pagadores, que não sofreriam em razão do inadimplemento de outros. Ademais, argumenta-se que, com o acesso ao número de informações sobre o comportamento de pagamento, a assimetria de informação existente diminuiria e haveria melhores tomadas de decisão referentes a crédito, fazendo com que um número considerável de empresas consiga participar desse mercado e competir com os bancos para aumentar a captura de novos clientes.

Todavia, ainda que o projeto de lei proposto preveja a sanção em caso de vazamento de informações sigilosas dos usuários, a forma como a proteção de dados tem sido levada tão pouco a sério no Brasil e no mundo é fato incontroverso. De fato, o consumidor, em especial na internet, é pessoa extremamente vulnerável ao sequestro de bens imateriais, por vias voluntárias e involuntárias. Isto porque, como já citado, as entidades administradoras do Cadastro Positivo são de natureza privada, sendo extremamente comprometidas com seus próprios interesses.

Ainda, com o acesso irrestrito a diversas informações não especificadas do consumidor, bem como com a possibilidade de uso desautorizado e ausência de fiscalização por parte de órgãos especializados, é possível que outros critérios obscuros e pouco objetivos passem a moldar o perfil ideal a ser alcançado pelos consumidores. A quantidade de novas informações mineradas poderia tornar determinados pagadores mais ou menos atrativos para o setor bancário, de maneira a ultrapassar os critérios relacionados aos níveis de adimplência de suas obrigações.

Cita-se, por exemplo, o fato de que consumidores que tendem a utilizar mais a modalidade débito em detrimento do uso do cartão de crédito geralmente possuem “score” mais baixo do que aqueles que utilizam as linhas de crédito para quitação de pagamento. Isso demonstra que nem sempre o adimplemento é elemento suficiente para definir um consumidor dentro de um padrão razoável do que seria um “bom pagador”.

Assim, acrescenta-se ao problema o fato de que algumas empresas poderão deter informações a respeito dos consumidores e outras não, o que atinge a concorrência ao permitir que algumas empresas detenham vantagens em detrimento de outras.

Por fim, destaca-se ainda a recente legislação aprovada no país, a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) que trouxe no seu art. 2º fundamentos como a autodeterminação

informativa, a inviolabilidade da intimidade, o desenvolvimento econômico e da inovação, além da livre iniciativa e livre concorrência. Ainda, a legislação criou critérios obrigatórios envolvendo a necessidade de autorização prévia do titular das informações para sua retenção em bancos de dados, a discriminação de conceitos como “dado pessoal sensível” e a responsabilidade no seu tratamento.

Nesse sentido, o projeto de lei proposto pelos defensores das alterações no Cadastro Positivo deverá negociar e reformular suas diretrizes de maneira a atender de forma cuidadosa a hermenêutica da LGPD.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como descrito no início da problematização deste trabalho, a proteção de dados e as políticas antitruste estão intimamente ligadas.

Através do Cadastro Positivo, determinadas empresas e, especialmente, as maiores instituições financeiras terão acesso a muitas informações que poderão servir não somente para o aperfeiçoamento de suas políticas de concessão de crédito, mas também para possíveis atos ilícitos de vendas de informações.

Considerando os recentes escândalos envolvendo a rede social Facebook (AGRELA, 2018), é incontroverso o fato de que grandes empresas de tecnologia usam dados pessoais de forma desautorizada para comercialização e desenvolvimento de mecanismos de propaganda direcionada.

Ademais, como explicitado, considerando a alta concentração do setor bancário no Brasil, é possível que a política de vantagens aos adimplentes nunca se realize, uma vez que a competitividade desse setor é limitada e seu interesse pelos dados dos consumidores seria objetivo suficiente a ser perseguido com a implementação do Cadastro nos moldes propostos. Acrescenta-se ainda que não existem mecanismos efetivos para que a “política em favor do bom pagador” se concretizem.

À título de exemplo, considera-se o fato de que nem sempre pessoas adimplentes possuem uma boa pontuação “score”. Isto porque muitas vezes, bons pagadores não utilizam rotineiramente serviços de cartão de crédito, por exemplo. Assim, ao usarem apenas a modalidade débito, a aferição do adimplemento de obrigações na modalidade crédito resta comprometida. Dessa forma, é possível que num futuro onde o acesso aos dados bancários seja aprovado nos moldes em que intenciona, determinada pessoa adimplente poderia sofrer

restrições a liberação de crédito por não usar serviços de concessão de crédito. Destaca-se que, dentro da lógica bancária, tende-se a favorizar mais o investidor/devedor moderado e arrojado do que investidor/devedor conservador.

Por esta razão, exige-se muita cautela no que diz respeito a implementação desse mecanismo nos moldes em que se pretende, motivo pelo qual muitas instituições ligadas a Defesa do Consumidor alinharam-se para articular a Lei Geral de Proteção de Dados recentemente promulgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACREFI. Modernização do Cadastro Positivo. **ACREFI – Associação Nacional das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento**, 2018. Disponível em: <<http://www.acrefi.org.br/#>>.

AGRELA, L. O escândalo de vazamento de dados do Facebook é muito pior do que parecia. **EXAME**, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/o-escandalo-de-vazamento-de-dados-do-facebook-e-muito-pior-do-que-parecia/>>. Acesso em: 10 jan 2019.

BRASIL. Súmula nº 385. Da anoração irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. **Superior Tribunal de Justiça.**, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27385%27>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar; **PLP 441/2017**. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160860>>. Acesso em: 11 jan 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**. Brasília, DF, ago 2018.

CARDOSO, M.; AZEVEDO, P. F. D.; BARBOSA, K. **Poder de Mercado e Nível de Competição no Mercado de Empréstimo Bancário Brasileiro**. Insuper Working Paper - INSPER (WPE: 374/2017). São Paulo. 2017.

CLAVELL, G. G. O que acontece com nossos dados na internet? **EL PAIS**, 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095_932305.html>. Acesso em: 10 jan. 2019.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, P. B. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. Faculdade de Direito de São Paulo. São Paulo. 2008.

MARTINS, E. Mudança no Cadastro Positivo geram críticas de especialistas. **O TEMPO**, 2018. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/capa/economia/mudan%C3%A7as-no-cadastro-positivo-geram-cr%C3%ADticas-de-especialistas-1.1594480>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MELLO, J. M. P. D.; MOURA, M. C. D. Cadastro que positiva. **Ministério da Fazenda**, 03 mai. 2018. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/cadastro-que-positiva>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MOREIRA, E. B.; MATTOS, P. T. L. **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. Belo Horizonte : Fórum, 2010.

MOREIRA, T.; TORRES, F. Crise coloca sob holofotes poder de mercado dos bancos. **VALOR ECONÔMICO**, 2018. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/financas/5398285/crise-coloca-sob-holofotes-poder-de-mercado-dos-bancos>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

PIOVESAN, E. Câmara aprova urgência para projeto que obriga participação no cadastro positivo. **Câmara Legislativa**, 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/555176-CAMARA-APROVA-URGENCIA-PARA-PROJETO-QUE-OBRIGA-PARTICIPACAO-NO-CADASTRO-POSITIVO.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

PORTINARI, N. Entenda o cadastro positivo, que pode mudar suas condições de crédito. **FOLHA DE SÃO PAULO**, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/entenda-o-cadastro-positivo-que-pode-mudar-suas-condicoes-de-credito.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SUTTO, G. Cadastro Positivo: 6 verdades e mentiras sobre a lei. **INFOMONEY**, 2018. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/credito/noticia/7432839/cadastro-positivo-verdades-mentiras-sobre-projeto-lei>>. Acesso em: 10 jan. 2019.